



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الدولي

طبيعة اختصاص هيئة التحكيم

ومبدأ الاختصاص بالاختصاص

بحث علمي قانوني أُعد لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي

إعداد الطالب

علي ابراهيم معلا

إشراف الدكتورة

وفاء مزيد فلحوط

أستاذ مساعد في قسم القانون الدولي

للعام الدراسي

١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

لجنة الحكم على الرسالة

الدكتورة وفاء فلحوط

الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

الدكتور ساجر خابور

الأستاذ المساعد في قسم القانون الدولي - كلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

الدكتورة حنان مليكة

الأستاذ المساعد في قسم القانون التجاري - كلية الحقوق - جامعة دمشق

عضواً

بسم الله الرحمن الرحيم

((يرفع الله الظالمين آمنوا منكم والظالمين أوتوا العلم طرقات))

صدق الله العظيم

سورة المجادلة - الآية ١١

الإهداء

*إلى من قال فيهما الحق: ((واخفض لهما جناح الذل من الرحمة)) الإسراء، ٢٤

إلى والديّ بصمت ، فصمتُ الكلماتِ أبلغُ أمامَ فيضِ فضلِهما، أطال الله في عمرهما وأمدَّهما بالعافية.

أبي وأمي

*إلى من سارت معي نحو الحلم ،خطوةً بخطوة ،فكانت الموقد الذي أمدني بالدفع والطاقة ،إلى مهجة القلب وخليلة الروح

زوجتي ديمه

*إلى من تفرَّ عيني بروياهم ،وتهدأ نفسي بقلبيهم ،سندي وعزوتي

أبنائي ((كرم _ الكميت _ وجد))

*إلى الغالية عليّ

أختي وسام

*إلى كل من شجعني وساندني أصدقائي وزملائي في العمل

أهديكم هذا الجهد المتواضع داعياً الله أن يُكَلِّلَ بالقبول والنجاح

شكر وتقدير

تنتثر كلماتُ الشكرِ حُباً وحبراً لكلِّ من أزال غيمةَ جهلٍ مررتُ بها بريح العلم الطيبة .

شكراً لمن ضمت رسالتي أمّا ورعتها كطفل الأشهر ، فأعادت رسم ملامحها وصحت عثراتها .

شكراً للكثير القليل الكثير من العطاء والقليل من التكلّف .

شكراً لعظيم الوفاء الدكتورة وفاء فلحوط ، لتفضّلها بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فكانت لي خير موجّه ومعلّم، وكان لسعة صدرها وغزير علمها كل الأثر في إخراج هذا البحث إلى النور .

كما أتوجّه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من :

*الدكتور فؤاد ديب، والذي بإشرافه ودعمه بدأت الخطوات الأولى في هذه الرسالة .

*أعضاء لجنة المناقشة الكرام، لتفضّلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة، أدامهم الله عوناً وسنداً لكل سائرٍ في دروب العلم.

المقدمة

موضوع البحث:

يعتبر التحكيم الشكل البدائي للعدالة ، حيث يرى البعض أنه أسبق في الظهور من العدالة التي تقدمها الدولة ، وإذا كانت العدالة في الدول المعاصرة تتميز بكونها عدالة عامة تمارسها الدولة من خلال أجهزتها القضائية المختصة ، فإن اعتبارات متعددة اقتضت أن لا تبقى أجهزة قضاء الدولة هي المحتكر الوحيد لحسم المنازعات بين الأشخاص في المجتمع، وإنما يشاركها في ذلك ، وفي نطاق منازعات معينة ، قضاء التحكيم ، بحسبانه صورة منظمة قانوناً من صور القضاء الخاص المعترف به في جميع النظم القانونية .^١

يعتبر التحكيم ضرورة من ضرورات العولمة الاقتصادية ، وأداة من أدواتها القانونية ، ويعيش التحكيم الآن ، لاسيما التحكيم التجاري الدولي ، أزهى عصور ازدهاره ، إذ لم يعد مجرد نظام استثنائي لمنافسته للعدالة التي تؤديها الدولة ، أو حتى نظام مصاحب وقرين لها ، بل أصبح في الآونة الأخيرة نظام بديل عن قضاء الدولة.^٢

وهذا الازدهار الذي لحق بنظام التحكيم مرجعه المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات التجارية لاسيما الدولية منها ، حيث يقدم جملة مزايا تدفع الأفراد إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن قضاء الدولة ، وتتمثل هذه المزايا بالسرعة والسرية

^١ د. مصلح أحمد الطراونة - الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية - دراسة مقارنة - دار وائل للنشر -

عمان - الطبعة الأولى ٢٠١٠ - ص ٩

^٢ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي

الحقوقية - بيروت - ٢٠١٠ - ص ٦

والحرية التي يتمتع بها الأطراف في ظل هذا القضاء الخاص^١، من خلال إتاحة الفرصة أمامهم لاختيار أشخاص من ذوي الخبرة والاختصاص في الفصل في المنازعة ذات الشأن، والمحافظة على السرية في المسألة المتنازع فيها، وتجنب اللجوء إلى قضاء وطني غريب على أحد المتقاضين إن لم يكن غريباً عليهما معاً^٢، خاصة في المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي، هذا بالإضافة لاختلاف العدالة التي يقدمها قضاء التحكيم عن العدالة التي تقدمها محاكم الدولة حيث تتسم عدالة التحكيم بالمرونة مما يمكنها من الاستجابة لرغبات الأطراف المتنازعة^٣.

وإذا كانت الدولة تجيز التحكيم أي تجيز طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة، فذلك بقصد التيسير على الخصوم والتبسيط عليهم، ولتفادي بطء الإجراءات وتوفير الجهد والمصاريف التي قد يتحملونها أمام القضاء^٤.

فالتحكيم هو قضاء خاص لحل المنازعات يبيحه القانون، ويتم عن طريق شخص أو عدة أشخاص يستمدون سلطتهم من اتفاق أطراف النزاع^٥، أي أن قضاء التحكيم -

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - منشأة المعارف . الإسكندرية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٧ - ص ١٤

^٢ د. ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ - الطبعة الأولى - دار النهضة - ١٩٩٦ - ص ١٣٠ ومابعداها

^٣ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق - ص ٢٩

^٤ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم بالقضاء وبالصلح - منشأة المعارف بالإسكندرية - الطبعة الأولى ١٩٦٤ - ص ١١

^٥ د. وفاء مزيد فلهوط - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٨ - ص ٤٤١

كأسلوب لحل المنازعات بين الأفراد في المجتمع - يقوم على مرتكزين أساسيين هما :
إرادة الخصوم ، وإقرار المشرع لهذه الإرادة.^١

فاللجوء إلى قضاء التحكيم هو لجوء إرادي يستند إلى إرادة الأطراف التي تظهر من خلال الاتفاق على التحكيم ، أي أن اتفاق التحكيم هو العقد الذي بموجبه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهما أو التي قد تنشأ بواسطة المحكمين ، وليس بواسطة قضاء الدولة ، هذا ويترتب على اتفاق التحكيم أثرين مختلفين : فالأثر الأول بموجبه يتعين على الأطراف أن تحترم التعهد الصادر عنها ، وتعهّد بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم إلى المحكم ، أما الأثر الثاني الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم ، فبموجبه يتمتع على الأطراف الالتجاء إلى المحاكم الوطنية من أجل الفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم .^٢

وعليه فبموجب اتفاق التحكيم يلتزم الأطراف بعرض النزاع القائم بينهم على محكمة التحكيم وينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم بالفصل في هذه المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم ، حيث يستمد المحكم ولايته بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم من الاتفاق المبرم بين الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ في المستقبل .^٣

^١ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري - - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٧٤ -

ص ١٦

^٢ د. باسمه دباس - شروط اتفاق التحكيم وآثاره . رسالة دكتوراه . جامعة القاهرة . كلية الحقوق ، ٢٠٠٥ ص

٣٦١ وما بعدها

^٣ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق - ص

وباعتبار أن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد ، فهو يخضع لمبدأ نسبية الآثار المتولدة عنه ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع ، فلا يحتج باتفاق التحكيم على من لم يكن طرفاً فيه ^١ ، كما لا يمتد أثره إلى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم .

فمن اتفاق التحكيم تستمد هيئة التحكيم اختصاصها بالفصل في المنازعة ^٢ ، وهي في سبيل ذلك وقبل الفصل في الموضوع لا بد لها من بحث مسألة مدى اختصاصها بنظر النزاع المعروض عليها ، حيث يرى جانب من الفقه بأن اتفاق التحكيم هو من يمنح هيئة التحكيم صلاحية الفصل في مسألة اختصاصها وتحديد نطاق هذا الاختصاص ، أي ما يُعرف فقهيًا بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا يكفي كأساس لمنح هيئة التحكيم الاختصاص بالفصل في مسألة اختصاصها ، إذ يُستمد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من قوانين التحكيم في مجموع الدول التي من المحتمل أن تعترف بحكم المحكم الصادر في مسألة اختصاصه ، والقول بغير ذلك قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية ، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص يخول محكمة التحكيم الاستمرار في أداء مهمتها حتى إذا تم إنكار وجود وصحة اتفاق التحكيم ذاته من قبل أحد الأطراف ولأسباب تتعلق بشكل مباشر باتفاق

^١ د. باسمة دبّاس - مرجع سابق - ص ٤٥٦

^٢ يرى الأستاذ R.David أن المحكمين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق ، دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة . انظر في هذا الشأن

- R.David: L'arbitrage dans le commerce international Economica, Paris, 1982, p 9

" L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs, par une ou plusieurs autres personnes - l'arbitre ou les arbitres - lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur les base de cette convention, sans etre investis de cette mission par l'étate "

التحكيم لا بالعقد الأصلي ، حيث يسمح مبدأ الاختصاص للمحكم بأن يفصل عند الاقتضاء في بطلان اتفاق التحكيم ويصدر قراراً بعدم اختصاصه ^١.

يترتب على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه أثر إيجابي يتمثل بالسماح للمحكمين بأن يفصلوا بأنفسهم في مسألة اختصاصهم ، وهذا الأثر محل إجماع عام من قبل المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم.

كما يُرتب مبدأ الاختصاص أثر سلبي لا يقل أهمية عن الأثر الإيجابي ، حيث يسمح هذا المبدأ للمحكمين ليس فقط أن يفصلوا في مسألة اختصاصهم ، وإنما أن يفصلوا فيها أولاً وقبل أية جهة أخرى .

حيث يفرض مبدأ الاختصاص بالاختصاص على الجهات القضائية في الدولة والتي يُعرض عليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ، أن تمتنع عن الفصل في هذا النزاع قبل أن تتاح الفرصة لهيئة التحكيم للفصل فيها ^٢.

إن هيئة التحكيم وفي سياق بحثها في مسألة اختصاصها ، فإنها تبحث في وجود وصحة اتفاق التحكيم من جهة ، وفي قابلية النزاع للتحكيم فيه قانوناً واتفاقاً من جهة أخرى ^٣، وفي سبيل ذلك فإنها تصدر حكمها ، إما بالاختصاص ومن ثم استمرار سير إجراءات التحكيم وصولاً إلى حكم فاصل بموضوع النزاع ، أو تعلن عدم اختصاصها

^١ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق ص ٢٣٤

^٢ د.أنور علي أحمد الطشي- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- ٢٠٠٩-

دار النهضة العربية- القاهرة - ص ١١٢

^٣ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٤٠

وتنتهي بهذا الحكم العملية التحكيمية ، ويعود الاختصاص بنظر النزاع إلى القضاء العادي صاحب الولاية العامة بعد أن كان مستبعداً بموجب اتفاق التحكيم.

ونقول إن حكم هيئة التحكيم في مسألة اختصاصها إيجاباً أو سلباً يبقى خاضعاً للرقابة القضائية من قبل القضاء المعني بالقيام بهذه الرقابة ، سواء في معرض نظر دعوى البطلان ، أو في معرض الأمر بالتنفيذ .

إن الدولة الحديثة لم تقف عند إقرارها لإرادة الخصوم باللجوء إلى التحكيم ، وإنما حرصت على كفالة تحقيق الضمانات الأساسية التي يوفرها قضاء الدولة من خلال قضاء التحكيم ، وذلك من خلال إخضاع أحكام المحكمين إلى رقابة قضاء الدولة حتى لا ينحرف عن حسن أداء وظيفته في تحقيق العدالة.^١

بناءً على ما سبق ذكره فإن النطاق الموضوعي لبحثنا هذا يتعلق في دراسة جوانب اختصاص هيئة التحكيم ، بما في ذلك أساس ونطاق هذا الاختصاص التحكيمي الممنوح لهيئة التحكيم والمتميز عن الاختصاص القضائي ، وبحث سلطة هيئة التحكيم في إصدار حكم تحكيمي فاصل في مسألة اختصاصها ، ومتضمن تحديد النطاق والمدى الشخصي والموضوعي لهذا الاختصاص ، استناداً لما يُعرف فقهيّاً بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وبيان أثر هذا المبدأ ودوره في استبعاد اختصاص قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم ، ومن ثم دراسة مدى خضوع هذا الحكم التحكيمي الفاصل في مسألة الاختصاص لرقابة القضاء الوطني .

^١ د. مصلح أحمد الطراونة - مرجع سابق - ص ١١

لذلك وبغية الإحاطة الشاملة بالموضوع من جميع جوانبه اقتضت الدراسة تقسيم هذا البحث إلى فصلين رئيسيين ، يخصص الأول منهما لدراسة مفهوم الاختصاص التحكيمي ومدى سلطة هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها وتحديد نطاق ومجال هذا الاختصاص ، أما الفصل الثاني فيخصص لدراسة آلية المنازعة بالاختصاص أمام هيئة التحكيم و الدفوع المتعلقة بذلك مع دراسة الحكم التحكيمي الصادر في هذه المنازعة وآثاره والرقابة القضائية عليه.

إشكالية البحث :

تتمثل إشكالية هذا البحث في مدى منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها ، وتحديد مشتملات هذا الاختصاص التحكيمي على الصعيد الشخصي والموضوعي ، سواء كانت الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التي تواجهها هيئة التحكيم في معرض تحديد نطاق اختصاصها منصبّةً على العقد الأصلي موضوع المنازعة ، أم على الاتفاق على التحكيم ، بصورة شرط أو مشاركة التحكيم ، كما وتتمثل إشكالية البحث من جهة أخرى في أثر هذه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها على اختصاص القضاء الوطني صاحب الولاية العامة بالنظر في النزاع ، من خلال وقف اختصاص هذا القضاء واستبعاده عن نظر المنازعة محل اتفاق التحكيم ، ويضاف إلى ذلك إشكالية أخرى يطرحها البحث تدور حول الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في مواجهة الدفوع المتعلقة بمسألة الاختصاص وأثار هذا الحكم التحكيمي على إجراءات التحكيم ومدى خضوعه لرقابة القضاء الوطني .

هدف البحث :

يهدف هذا البحث إلى الإجابة على التساؤلات التي تطرحها إشكالية البحث من خلال تقديم دراسة معمقة تفصيلية تحيط بكافة جوانب موضوع اختصاص هيئة التحكيم ، لاسيما فيما يخص سلطة هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها ، ودور هذه السلطة في التأكيد على استقلال التحكيم وزيادة الثقة فيه كقضاء مكتمل الأركان بعيداً عن القضاء العادي ، وبالتالي تعزيز دوره في حسم المنازعات ، لاسيما على صعيد علاقات التجارة الدولية ، والتي تأبى بطبيعتها عن التوطين.

منهج البحث :

لقد سعينا في إعداد هذا البحث نحو اعتماد منهجية علمية تحقق الإحاطة الشاملة بالموضوع ، وعليه فقد تم الإرتكاز في دراستنا هذه على المنهج التأصيلي والمنهج التحليلي لدراسة المبادئ العامة وأساسها ومستندها ، ومن ثم إسقاط النتائج على الجزئيات ، بالإضافة إلى تحليل مواقف الفقهاء وآرائهم والإجتهادات القضائية ذات الصلة ، وذلك كله دون الإستغناء عن سلوك المنهج المقارن حيث سيتم مقارنة ما تبنته قوانين التحكيم الوطنية لعدة دول عربية وأجنبية ، وما اعتمدته أنظمة مراكز التحكيم والاتفاقيات على الصعيد الدولي ، وذلك فيما يخص مسألة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها .

خطة البحث :

تم تقسيم هذه الدراسة على النحو التالي :

الفصل الأول : مفهوم الاختصاص التحكيمي وسلطة هيئة التحكيم في تحديده

المبحث الأول : التعريف بالاختصاص التحكيمي وأساسه ونطاقه

المطلب الأول : التباين في مفهوم الاختصاص وطبيعته بين التحكيم والقضاء

أولاً : الطبيعة الاستثنائية والاستقلالية للتحكيم والدعوى التحكيمية

ثانياً : المركز الاستثنائي للمحكم وميزات الاختصاص التحكيمي

المطلب الثاني : الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم ونطاق القابلية للتحكيم

أولاً : اتفاق التحكيم وصوره وتكييفه القانوني

ثانياً : معايير ونطاق القابلية للتحكيم

المبحث الثاني : سلطة هيئة التحكيم في تحديد نطاق اختصاصها " مبدأ الاختصاص بالاختصاص "

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الاختصاص وأساسه والاتجاهات في تقريره

أولاً : التعريف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وتأصيله

ثانياً : أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومستنده

ثالثاً : موقف التشريعات الوطنية و أنظمة التحكيم الدولية من مبدأ الاختصاص

المطلب الثاني : أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص على القضاء الوطني

(تنازع الاختصاص بين التحكيم والقضاء)

أولاً : مفهوم مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم

ثانياً : تفعيل مبدأ الاستبعاد (الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء)

ثالثاً : الاستثناءات من مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم

الفصل الثاني : المنازعة باختصاص هيئة التحكيم والفصل فيها

المبحث الأول : الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

المطلب الأول : نطاق الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

أولاً : مفهوم نظرية الدفع

ثانياً : تحديد مدلول ومستند الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

المطلب الثاني : إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم والفصل فيه

أولاً : التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض القوانين الوطنية

ثانياً : التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض الاتفاقيات وأنظمة مراكز التحكيم

ثالثاً : حكم هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

المبحث الثاني : آثار حكم هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص والرقابة القضائية عليه

المطلب الأول : آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

أولاً : حيازة حكم التحكيم في مسألة الاختصاص لحجية الأمر المقضي به

ثانياً : استنفاد ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لمسألة الاختصاص

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على حكم المحكم في مسألة اختصاصه

أولاً : الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض دعوى البطلان

ثانياً : الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض الأمر بالتنفيذ

الفصل الأول

مفهوم الاختصاص التحكيمي وسلطة هيئة التحكيم في تحديده

المحكم لغةً بتشديد الكاف مع الفتح ، هو من يفوض إليه الحكم ، واصطلاحاً هو من يعهد إليه بالفصل في النزاع المعروض على التحكيم ، وقد ذهب البعض إلى أن المحكم قاضٍ بكل معنى الكلمة ويخضع لما ينص عليه القانون من مبادئ وقواعد ، ويباشر مهمته بحرية تامة ولحكمه خصائص الأحكام . بينما عارض البعض الآخر هذا التوجه واعتبر أن المحكم وإن كان شأنه شأن القاضي في مركز الغير المحايد أي في مركز موضوعي وغير شخصي وله سلطة عامه موضوعية غير شخصية ، إلا أنها سلطة عرضية موقوتة غير دائمة ولا يجوز التوسع فيها ، وهذا المركز المتميز للمحكم عن القاضي ينعكس على الدعوى التحكيمية التي هي نوع خاص مستقل عن الدعوى القضائية ، ولا يجوز الجمع بينها وبين الدعوى القضائية ، فالمحكم ليس له اختصاص قضائي وإنما له اختصاص تحكيمي يتمتع بميزات مستقلة عن الاختصاص القضائي لا سيما لجهة كونه لا يثبت للمحكم إلا بعد قبوله منه ، أي أن المحكم له اختصاص تحكيمي بدعوى تحكيمية ، لا اختصاص قضائي بدعوى قضائية ، وإن ثبت هذا الاختصاص التحكيمي للمحكم رهين بوجود الاتفاق على التحكيم ، وبالتالي فإن هذا الاختصاص التحكيمي يختلف من اتفاق تحكيم إلى آخر ، بل كذلك يختلف هذا الاختصاص التحكيمي من دعوى تحكيمية إلى أخرى ، ذلك كله وفقاً لمعايير وضوابط تحكم نطاق القابلية للتحكيم ، أي تحكم نطاق هذا الاختصاص التحكيمي .

بناء عليه فإن اتفاق التحكيم هو من يعطي لهيئة التحكيم الاختصاص بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم ، وإن تحديد نطاق هذا الاختصاص ومداه إنما يعود لهيئة التحكيم باعتبارها صاحبة السلطة في الفصل في مسألة اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يمنح لهيئة التحكيم الأولوية بالفصل في مسألة اختصاصها ويستبعد اختصاص القضاء الوطني من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم .

وفقاً لما سبق بيانه سنقوم بدراسة مفهوم الاختصاص التحكيمي الذي يملكه المحكم والمتميز عن الاختصاص القضائي من جهة ، وسلطة هيئة التحكيم في تحديد مدى ونطاق هذا الاختصاص من جهة ثانية وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول : التعريف بالاختصاص التحكيمي و أساسه و نطاقه

المبحث الثاني : سلطة هيئة التحكيم في تحديد نطاق اختصاصها

" مبدأ الاختصاص بالاختصاص "

المبحث الأول

التعريف بالاختصاص التحكيمي و أساسه و نطاقه

إن التحكيم عون للقضاء في حسم المنازعات المتعلقة بالمسائل التي تقع ضمن منطقة القابلية للتحكيم ، وإن للمحكم اختصاص تحكيمي بحسم هذه المسائل ، وهذا الاختصاص التحكيمي متميز عن الاختصاص القضائي العام والثابت للقاضي ، ويتحدد نطاق هذا الاختصاص التحكيمي اتساعاً وضيقاً بإرادة الأطراف المتجلية باتفاق التحكيم ، وبالصواب القانونية التي تحكم مسألة القابلية للتحكيم، وعليه سنقوم بدراسة مفهوم الاختصاص التحكيمي وأساسه ونطاقه وفق التقسيم التالي :

المطلب الاول : التباين في مفهوم الاختصاص و طبيعته بين التحكيم و القضاء

المطلب الثاني : الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم ونطاق القابلية للتحكيم .

المطلب الأول

التباين في مفهوم الاختصاص و طبيعته بين التحكيم و القضاء

تشير الدراسات الاجتماعية التاريخية إلى أن التحكيم يعتبر الشكل البدائي للعدالة ،
وتقول القاعدة الرومانية أن التحكيم غير القضاء (**cloudiest judicial allied**)
arbitrumd^١.

وقد طرحت هذه القاعدة عدة تساؤلات فيما إذا كان هذا النظام قد تطور ليصبح قضاءً
مستقلاً أو جزء من القضاء أم أنه مؤسسة مستقلة لا تتصف بصفات القضاء ، وهل
المحكم وعمله يتصف بالصفة القضائية وبالتالي يتمتع بالاختصاص القضائي أم أن له
اختصاص تحكيمي متميز ؟.

إن الإجابة على التساؤلات السابقة تستلزم البحث في الطبيعة الاستثنائية للتحكيم و
الدعوى التحكيمية و بيان المركز الإجرائي و الاستثنائي للمحكم وخضوعه لنظام
خاص متميز عن مركز القاضي ، ومن ثم التعريف بالاختصاص القضائي و أنواعه
وبيان طبيعة اختصاص المحكم وعدم خضوع هذا الاختصاص لتقسيمات الاختصاص
القضائي .

^١ المحامي عبد الهادي عباس - التحكيم الداخلي في القانون السوري و المقارن - دار الأنصار - دمشق -

أولاً : الطبيعة الاستثنائية و الاستقلالية للتحكيم و الدعوى التحكيمية

إن التحكيم هو استثناء من الأصل العام في التشريع ، وإن هذه الطبيعة الاستثنائية للتحكيم سواء من الوجهة الشخصية أو الموضوعية أو الشكلية تمتد إلى اتفاق التحكيم، وإلى المجال الموضوعي للتحكيم أي حالات التحكيم الموضوعية كما تمتد إلى الدعوى التحكيمية ، كما أن للتحكيم طبيعة استقلالية ، فلا هو عقد موضوعي من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص الذي يؤمه القانون المدني ، ولا هو قضاء مما ينظمه القانون الإجرائي الذي يؤمه قانون المرافعات ، إنما هو ذو طبيعة واحدة قائمة بذاتها أي مستقلة سواء عن العقد الموضوعي أو عن القضاء ، ولذلك سنستعرض العلاقة بين التحكيم والقضاء وبين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية.

١- مفهوم التحكيم عون للقضاء :

التحكيم هو النظام الذي يمكن من خلاله اشباع حاجة نفسية وقانونية لدى أطرف التحكيم حيث أعطاهم المشرع حق إيجاد نظام قضائي خاص و تطبيق إجراءات خاصة^١.

أما القضاء فهو سلطة من سلطات الدولة التي تحقق من خلالها وظيفتها في إقامة العدالة ، فالتحكيم لا يمثل انتقاصاً من سلطة القضاء^٢ ، إنما هو في صورته

^١ محمد علي سكيكر - تشريعات التحكيم في مصر و الدول العربية - ٢٠٠٦ - بدون دار نشر - ص ٣

^٢ عمرو عيسى الفقي - الجديد في التحكيم في الدول العربية - المكتب الجامعي الحديث - الإسكندرية -

التقليدية الشائعة شريك للقضاء في تحقيق العدل أو العدالة أي في وظيفة القضاء^١.

وإن الدولة وإن كانت تقر التحكيم كنظام استثنائي منافس أو كنظام قرين لمصاحب أو بديل عن سلطتها القضائية، فإن دورها يقف عند هذا الاعتراف دون زيادة، إذ يتوقف تحريك هذا القضاء الخاص وإعمال آلياته على تصرف إرادي بحت هو اتفاق الأطراف على ولوج هذا الطريق الخاص للفصل في منازعاتهم^٢.

ولابد من الإشارة إلى أن القول بأن التحكيم شريك للقضاء هو قول محل نظر إذ ليس للقضاء شركاء في وظيفته وإنما له أعوان، فالتحكيم مجرد عون للقضاء، بل هو ليس معاوناً لكل قضاء وليس معاوناً للقضاء في كل المسائل^٣، وإن كون التحكيم عون للقضاء لا يمكن أن يؤثر على مبدأ استقلالية التحكيم عن القضاء باعتباره مبدأ مستقر في القانون المقارن^٤، فمنطقة التحكيم القانونية أي منطقة القابلية للتحكيم (l'arbitrabilité) ليست حكراً عليه وحده وإنما هي منطقة يتنازعها الصلح والتحكيم والقضاء^٥.

^١ د. مصطفى الحمال و عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - ١٩٩٨ ص ١٩ - ويقولان ((...فالتحكيم هو مسار للفصل في الادعاءات المتباينة التي يتمسك بها أطراف النزاع و يطرحه النظام القانوني إلى جانب المسار القضائي العادي وإن التحكيم من ثم يؤدي الوظيفة ذاتها التي يؤديها القضاء))

^٢ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق - ص ٤٦

^٣ د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - دار النهضة العربية - مصر - عام ٢٠٠٠ ص ١٣٤

^٤ وجدي راغب - هل التحكيم نوع من القضاء - بحث منشور بمجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثاني - ١٩٩٣ - ص ١٥٠

^٥ حسام الدين كامل الأهواني - المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم - ورقة بحث مقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لحقوق المنصورة عن الاتجاهات الحديثة في التحكيم - كلية الحقوق - جامعة المنصورة - مصر - ٢٨-٢٩ آذار عام ٢٠٠٠

وكما لم يقل أحد أن الصلح شريك للقضاء في وظيفته، ولا المتصالحان ذوي اختصاص قضائي بمعناه الفني، فلا يصح القول أن التحكيم شريك للقضاء في وظيفته ، ولا أن للتحكيم اختصاص قضائي بمعناه الفني ، حيث أن تلك المنطقة القانونية تدخل- بلا جدال- في الاختصاص القضائي أي في اختصاص القضاء، وبالتالي فهي لا تدخل في أي اختصاص آخر، سواء وجد أم لم يوجد اتفاق التحكيم أو اتفاق الصلح، وكل ما هناك أنه كما يترتب على اتفاق الصلح عدم جواز الجمع بينه وبين القضاء فيترتب على اتفاق التحكيم عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية^١.

وعليه فإن المحكمة تقضي بعدم جواز نظر الدعوى إذا رفعت إليها الدعوى المتفق بشأنها على صلح أو تحكيم على نحو ما سنبينه بالتفصيل لاحقاً عند البحث في الدفع بوجود اتفاق تحكيم أمام القضاء.

وبالعودة لفكرة أن التحكيم ليس معاوناً لكل قضاء ولا في كل المسائل ، فلا خلاف أن دور التحكيم هو حسم بعض المنازعات ، لا كل المنازعات، إنما فقط المنازعات في بعض المسائل القانونية إذ ينحصر دور التحكيم في بعض المسائل المدنية والتجارية والإدارية وهي تلك التي يجوز فيها الصلح ، أي المسائل التي تحتل الصلح بصرف النظر عن حلول القانون الموضوعي في شأنها. وبالتالي فهي تحتل التحكيم بلا قانون موضوعي ، فلا حاجة إلى رقابة قضائية أصلاً على الصلح والتحكيم في هذا الصدد، بمعنى أن الخطأ في القانون أي الخطأ في تطبيقه أو تأويله أو تفسيره لا يبطل الصلح أو التحكيم ، فالتحكيم لا يعاون سوى قضاء المنازعات المدنية والتجارية والإدارية ولا يعاونه إلا بصدد

^١ د. أحمد حشيش - طبعة المهمة التحكيمية- مرجع سابق- ص ١٣٤

بعض هذه المنازعات، ويعاونه بحسم هذه المنازعات بلا قانون موضوعي بمعناه الفني إنما طبقاً لقواعد موضوعية حضارية.^١

٢- ميزات الدعوى التحكيمية :

إن الطبيعة الاستثنائية للتحكيم التي سبق بيانها تنعكس على الدعوى التحكيمية التي وإن كانت دعوى إجرائية مثل الدعوى القضائية إلا أنها دعوى من نوع خاص تتميز بمايلي:

أ- الدعوى التحكيمية نوع من جنس الدعوى:

الدعوى التحكيمية لا تقبل التنوع إلى مدنية وإدارية وجنائية ودستورية لأنها نوع واحد قائم بذاته ويقابل الدعوى القضائية (**action en justice**) باعتبارها نوعاً آخر قائم بذاته في جنس الدعوى الإجرائية ، لذا فالقاعدة عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية.^٢

ب- الدعوى التحكيمية دعوى مدنية دائماً:

الدعوى التحكيمية هي بطبيعتها دعوى مدنية ،حتى لو تعلقت بمنازعة في عقد إداري، لذا فإن قانون التحكيم يعقد الاختصاص لجهة القضاء المدني بصفة أصلية سواء بالمسائل المتعلقة بالتحكيم ، أو بدعوى البطلان أو الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.^٣

ت- الدعوى التحكيمية دعوى موضوعية دائماً:

القاعدة أنه لا دعوى مستعجلة إلا أمام القضاء حتى لو تعلقت هذه الدعوى بموضوع اتفاق التحكيم وبالتالي بموضوع دعوى تحكيمية ، ومبنى ذلك أن الدعوى المستعجلة نوع قائم

^١ المرجع السابق - ص ١٣٦-١٣٧

^٢ المرجع السابق - ص ١٧٠

^٣ د.ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ١٩٦-١٩٧

بذاته يقابله الدعوى الموضوعية ، وأن اتفاق التحكيم لم يلغ الدعوى القضائية الموضوعية وإنما أثره لا يتعدى عدم جواز الجمع بينهما ، أما فيما يتعلق بمسألة التدابير المؤقتة والتحفظية التي أجاز المشرع للخصوم تخويلها للمحكم فهي مسائل نسبية موضوعية وليست مسائل مستعجلة ، وإن للفرقة بين التدابير التحكيمية وفكرة التدابير القضائية أهمية خاصة في عدة مجالات ومنها مجال النفقة الوقتية للدائن (provision) ، فعلى سبيل المثال المادة (٢/٨٠٩) مرافعات فرنسي نصت على أنه لايجوز للقاضي أن يأمر بنفقة وقتية إذا كان وجود الالتزام محل نزاع جدي .^١

ث- الدعوى التحكيمية دعوى غير تنفيذية دائماً:

إن الدعوى التحكيمية بطبيعتها غير تنفيذية، ولا يمكن أن تكون أبداً دعوى تنفيذية، سواء دعوى تنفيذية وقتية أو دعوى تنفيذية موضوعية ، ومبنى ذلك أن منازعة التنفيذ الموضوعية تستعصي بطبيعتها على أن تكون دعوى تحكيمية ، لأنه مثلاً لا يجوز أن يرد اتفاق التحكيم على مسألة صحة أو بطلان إجراءات التنفيذ الجبري .^٢

ج- الدعوى التحكيمية دعوى حق دائماً:

إن الدعوى التحكيمية دعوى حق دائماً أي أن موضوعها دائماً حق من الحقوق المالية، وهي لا تكون أبداً دعوى دليل لإثبات الحق ، فالدعوى التحكيمية تستعصي بطبيعتها أن تكون دعوى دليل إثبات للحق سواء دعوى دليل لإثبات الوقتية كدعوى سماع

^١ في هذا الصدد انظر الدكتور محمد نور شحاته- النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكّمين - دار النهضة - مصر - ١٩٩٣ - ص ١٧٥ - ١٧٦ ، وانظر أيضاً د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ١٧٩ - ١٨٠

^٢ د. أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري - مرجع سابق - ص ٧٧

الشاهد أو دعوى اثبات الحالة، أو دعوى دليل لإثبات الموضوعية، كدعوى تحقيق الخطوط أو دعوى التزوير سواء كانت أصلية أو فرعية.

إن خلاصة فكرة الطبيعة الاستثنائية للتحكيم والدعوى التحكيمية هي أن المحكم هو عون للقاضي مزود بسلطة تحكيمية ولا يعلم القانون الموضوعي أو يلتزم بتطبيقه في الحالة الواقعية الخاصة، ويصدر مجرد حكم تحكيمي لا يخضع لأي رقابة قضائية في هذا الصدد ، حتى لو كان غير مطابق لصحيح القانون الموضوعي، وإن التحكيم باعتباره طريق استثنائي فهو يخول من اختاره دعوى تحكيمية يحظر جمعها مع الدعوى القضائية^١.

إن كون التحكيم عون للقضاء لا يؤثر على استقلال التحكيم باعتباره مبدأ مستقر في القانون المقارن كما سبق وأشرنا وباعتبار أن أحد أهم طبائع التحكيم ظهوراً في الوسط القانوني، سواء الوسط القضائي أو الفقهي أو التشريعي هي طبيعته الاستقلالية أي مبدأ استقلال التحكيم (Le principe de L'indépendance de l'arbitrage).

فالتحكيم شيء والقضاء شيء آخر، أو كما قال الرومان " التحكيم غير القضاء " ، وإن مبدأ استقلال التحكيم يعتبر مبدأ قديم قدم القانون الروماني وليس مبدأ حديث خلقه القضاء الفرنسي^٢.

إن المبدأ ليس فقط استقلال التحكيم عن القضاء بل أيضاً استقلاله عن العقد الموضوعي، فليس صحيحاً أنه لا تحكيم بلا عقد موضوعي حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد نشأ بمناسبة علاقته قانونية عقدية ، والصحيح أنه لا تحكيم اختياري بلا

^١ د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ٢٠٥

^٢ د. سامية الراشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - منشأة المعارف بالاسكندرية - ١٩٨٤ - ص ٩٩ وما بعدها

اتفاق تحكيم بصرف النظر عن وجود العقد الموضوعي وعن صحته أو بطلانه ، وقد حظيت هذه الحقيقة بإقرار تشريعي من جانب المشرع الفرنسي والمصري إذ نصت المادة (١٤٤٦) من قانون المرافعات الفرنسي على أنه:

"إذا كان شرط التحكيم باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب"، (**Lorsque elle est nulle la clause compromissoire est réputée non écrite**)

مما يعني أنه لا يترتب على بطلان شرط التحكيم بطلان العقد الموضوعي . كما نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري على أنه 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 ،^١ وفي هذا الاتجاه سار المشرع السوري في قانون التحكيم رقم ٤/ لعام ٢٠٠٨- المادة/١١/.

إن اتفاق التحكيم يتمتع بالاستقلال سواء أكان شرطاً أو مشاركة أي بصرف النظر عن صورته ، وأيضاً سواء كان موضوع النزاع علاقة قانونية عقديه أم غير عقديه ، أما فيما يتعلق باستقلال الدعوى التحكيمية فستتطرق إليه بشيء من التفصيل لجهة بيان مصدر الدعوى التحكيمية وقاعدة عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية.

٣- استقلال الدعوى التحكيمية عن الدعوى القضائية :

إن استقلال الدعوى التحكيمية، ليس فقط مبناه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم إنما أيضاً مبناه استقلال الدعوى القضائية، فكما أن الدعوى القضائية مستقلة عن الدعوى

^١ راجع المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤ - انظر أيضاً د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ٢٣١

التحكيمية فإن الدعوى الأخيرة مستقلة عن الدعوى الأولى، فكلاهما مستقل عن الآخر ولا يجوز الجمع بينهما.

أ- استقلال مصدر الدعوى التحكيمية:

الدعوى التحكيمية باعتبارها أثراً إجرائياً ، فهي أثر قانوني مستقل وبالتالي مصدرها بالضرورة مستقل ، فاتفاق التحكيم باعتباره اتفاقاً إجرائياً^١ ، هو اتفاق بمقتضاه يستبدل أطرافه - على وجه التقابل - بالدعوى القضائية **action en justice** دعوى تحكيمية **action arbitral** بشأن نزاع محتمل أو قائم حول مسألة مما يجوز التصرف فيه بطريق الصلح والتحكيم.

إن التصوير السابق يربط بين اتفاق التحكيم باعتباره اتفاق إجرائي استثنائي ومصدر مباشر للدعوى التحكيمية التي هي إجرائية واستثنائية وأثر قانوني مباشر لاتفاق التحكيم، وهذه العلاقة الإيجابية هي ما يعبر عنه الفقه بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، ولو أنه يتكلم عن جواز اللجوء إلى التحكيم فالدعوى التحكيمية هي بالفعل حق اللجوء إلى التحكيم.^٢

ب- قاعدة عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية:

لا يعد اتفاق تحكيم الاتفاق الذي بمقتضاه لا يستبدل أطرافه بالدعوى القضائية دعوى تحكيمية، إنما بمقتضاه يجمع أطرافه بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية معاً

^١ اتفاق التحكيم هو حجر الزاوية للتحكيم ذاته لأنه الأساس الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم وهو الذي يضيف عليه طبيعته الخاصة ومداه، وهو الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها، وهو الذي يضيف عليها الشرعية، وهو أيضاً مصدر سلطة المحكم...انظر د.ناريمان عبد القادر - مرجع سابق- ص ٤٤ وما بعدها

^٢ د.د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ٢٥٥

ومثال ذلك أن ينص الاتفاق على أن يكون لكل طرف أن يلجأ إلى القضاء إذا لم يقبل بحكم التحكيم^١.

إن قاعدة عدم جواز الجمع بين الدعوى التحكيمية والدعوى القضائية في اتفاق التحكيم أو أمام القضاء هما وجهان لحقيقة واحدة وكل منهما مترتب على الآخر ويكمّله وإن نص المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك^٢، إذا كان يقتصر على قاعدة عدم جواز الجمع بين الدعويين التحكيمية والدعوى القضائية أمام القضاء فهو لا يُغني عن قاعدة عدم جواز الجمع بينهما في اتفاق التحكيم.

ونشير هنا إلى أن هذه القاعدة موجودة في نظام الدعوى القضائية ، وبالتالي فهي قيد في هذا النظام ومن ثم في نظام القضاء وهذا ما نصت عليه المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ وكذلك المادة ١٠ من قانون التحكيم السوري رقم ٤/٤ لعام ٢٠٠٨ ، وقد حسم المشرع من خلال هذه المواد خلافاً في الفقه والقضاء

^١ عرضت هذه الحالة على القضاء الألماني بمناسبة علاقة عقدية كانت قد نشأت بين شركة ألمانية وأخرى هولندية ، وقد تضمن العقد نصاً بالالتجاء إلى هيئة التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الألمانية الهولندية، على أنه في حال عدم قبول أحد الأطراف لحكم هيئة التحكيم يجوز له الالتجاء إلى القضاء الألماني، في حين تمسكت الشركة الهولندية بعدم جواز ذلك باعتبار أنه يجب أولاً الفصل بالنزاع من قبل هيئة التحكيم واستندت الشركة الألمانية في رفضها اللجوء ابتداءً للتحكيم إلى أن اتفاق التحكيم حتى يكون صحيحاً وفق مفهوم اتفاقية نيويورك يجب أن يُخرج النزاع بصيغة مطلقة من اختصاص القضاء العادي، وقد قررت محكمة هيدلبرج في حكمها الصادر بتاريخ ٢٣ أكتوبر ١٩٧٢ أن الاتفاق الذي يحتفظ فيه الأطراف بالحق في اللجوء إلى القضاء لا يبعد اتفاق تحكيم وفق اتفاقية نيويورك- هذا الحكم مشار إليه في كتاب الدكتور سامية راشد - مرجع سابق - ص ٣١٩-٣٢٠

^٢ تنص المادة ٢ فقرة ٣ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨ على أنه ((على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أولاً أثر له أو غير قابل للتطبيق)).

حول ما إذا كان الجزء في هذه الحالة هو عدم الاختصاص (incompetence) ، أم هو عدم القبول (irrecevabilité) باعتبار أن ذلك يبين الدفع الذي يجب التمسك به.

إن استقلال الدعوى التحكيمية يتمثل أيضاً بأنه لا أثر لها على الدعوى القضائية^١، فالدعوى التحكيمية ترتبط بغايتها ، وكذلك المهمة التحكيمية ترتبط بغايتها والتي لا تُستنفذ بمجرد صدور الحكم التحكيمي إذا كان الحكم التحكيمي معيباً بخطأ مادي أو بالغموض، أو كان قد أغفل الفصل في بعض الطلبات ،فهذه المسائل تبقى من اختصاص هيئة التحكيم بصرف النظر عن انتهاء ميعاد التحكيم أو إيداع الحكم ديوان المحكمة.^٢

ثانياً : المركز الاستثنائي للمحكم وميزات الاختصاص التحكيمي

بعد أن تم عرض الطبيعة الاستثنائية والاستقلالية للتحكيم عموماً وللدعوى التحكيمية خصوصاً، نخلص إلى إن اختصاص المحكم ليس اختصاصاً بمعناه في فكرة القضاء، أي ليس اختصاصاً قضائياً بمعناه الفني، إنما هو مجرد اختصاص بمعناه في فكرة التحكيم أي اختصاص تحكيمي، أو بالأحرى هو اختصاص بالدعوى التحكيمية لا بالدعوى القضائية، وهو الاختصاص الذي قبله المحكم ، لذلك لابد بداية من التعريف بالاختصاص القضائي وبيان أنواعه ومن ثم بيان مركز المحكم وتمييزه عن القاضي لنصل ختاماً إلى ميزات الاختصاص التحكيمي للمحكم عن الاختصاص القضائي.

^١ راجع المادة ٢/١٣ من قانون التحكم المصري ١٩٩٤/٢٧ والمادة ٢/١٠ من قانون التحكيم السوري

٢٠٠٨/٤

^٢ راجع المواد ٤٩-٥٠-٥١ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ والمواد ٤٦-٤٧ من قانون

التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨

١ . التعريف بالاختصاص القضائي وأنواعه:

يعرف الاختصاص بأنه توزيع العمل القضائي بين الجهات القضائية المختلفة وبين محاكم هذه الجهات .

ويمكن تعريفه أيضاً بأنه سلطة المحكم وفق القانون في نزاع معين ويقابله عدم الاختصاص أي فقدان هذه السلطة ، وبعبارة أخرى فإن الاختصاص هو السلطة المسندة لمحكمة ما للنظر في النزاع.

إن القوانين الباحثة في الاختصاص هي التي تحدد ولاية المحاكم المختلفة ، والتي يعود سبب تنوعها واختلاف أماكن وجودها إلى إرادة الشارع في تقديره لتسيير التقاضي وحسن سير العدالة.

وعليه فإن فكرة الاختصاص تفترض مبدئياً تعدد المحاكم داخل الدولة الواحدة، كما أن التقسيم الإداري للدولة واتساع رقعتها يوجب انتشار المحاكم في أرجائها تسهيلاً على المتقاضين وتيسيراً لهم ، ولهذا فإن الاختصاص يتنوع وينقسم تبعاً للزاوية التي ينظر إليها منها في هذا التنوع والانقسام.^١

. وبصورة عامة مختصرة يمكن الإشارة إلى أنواع الاختصاص القضائي بالآتي:

أ . الاختصاص الوظيفي والولائي ((lajuridiction)):

^١ يميز البعض بين فكرة الاختصاص وفكرة الوظيفة أو الولاية القضائية، حيث تنصرف فكرة الولاية إلى صلاحية القضاء أو سلطته في نظر الدعاوي المرفوعة إليه، وهي تتوزع بين جهتي القضاء العادي والإداري من حيث أن الدولة تأخذ بنظام القضاء المزدوج أو بينهما وبين جهات أخرى أعطاهما القانون صلاحيات القضاء في نزاعات خاصة، أما الاختصاص فيعني تحديد الوظيفة القضائية لكل محكمة من جهتي القضاء من خلال تحديد الدعاوي التي تنتظر فيها دون غيرها من المحاكم .. راجع في هذا الشأن د محمد واصل- شرح قانون أصول المحاكمات - منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٦/٢٠٠٧ ص ١٧٩

إن قواعد هذا الاختصاص هي التي تحدد جهة القضاء الواجب عرض النزاع أمامها^١، وإن جهات القضاء في سورية هي بوجه عام، القضاء العادي والقضاء الإداري والقضاء الاستثنائي، وتخضع المحاكم التي تتبع جهة قضاء واحدة إلى قانون واحد من حيث تشكيلها وتنظيمها وإجراءات التقاضي أمامها.....، وفي العادة فإن قانون السلطة القضائية هو الذي يحدد الاختصاص الوظيفي ، أما الاختصاص النوعي للمحاكم العادية فيحدده قانون أصول المحاكمات.

ب . الاختصاص النوعي ((Competence a Raison de La natiere)):

ويسمى أيضاً الاختصاص المطلق ، ويقصد به توزيع الاختصاص بين أقسام أو محاكم الجهة القضائية الواحدة للنظر في النزاعات التي يجوز لها الفصل فيها، كاختصاص محاكم الصلح أو البداية أو الاستئناف أو النقض في جهة القضاء العادي، أو اختصاص المحكمة الإدارية العليا ومحكمة القضاء الإداري في جهة القضاء الإداري.

إن هذا التقسيم قائم تبعاً لنظر الشارع لأهمية القضية أو قيمتها أو صفتها...إلخ ، ومن المعلوم أن الجهة القضائية الواحدة تنقسم إلى درجات يعتمد المشرع في تكوينها على اعتبارات ملحوظة من حيث وجود محكمة عليا تشرف على صحة تطبيق القانون ومن حيث نوع وأهمية القضية، وعلاوة على كل هذا من حيث إتاحة أمر النظر في بعض القضايا أمام أكثر من درجة تحوطاً لحسن تطبيق القانون واطمئناناً أكثر للعدالة.

^١ إن توزيع ولاية القضاء بين المحاكم المختلفة التي عهد إليها الشارع بالفصل في الخصومات هو من النظام العام ولايجوز الاتفاق على خلافه ومن الواجب على المحكمة الالتفات إليه من تلقاء ذاتها .. لمزيد من التفصيل انظر د. عبد الحميد الشواربي ، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية . ١٩٨٥ ص ٢٣١ .

ج . الاختصاص النسبي . المكاني أو المحلي)) Competence Territoriale
:((on Competence araison siegend de tribunal

ويقصد به توزيع الاختصاص توزيعاً جغرافياً بين المحاكم المختلفة المنتشرة في أنحاء الدولة ومراعاة نصيب كل محكمة من محاكم درجة معينة من ولاية القضاء ، وذلك تبعاً للمكان المعين لهذه المحاكم وشمول دائرة اختصاصها.

إن هدف الشارع من توزيع الاختصاص هكذا بين جهاته ودرجاته ومراكز وجوده مبني على التقدير لجانب المصلحة العامة وجانب مصلحة الخصوم بالذات بحيث تتوفر الضمانات الممكنة لضمان وتحقيق فكرة العدالة بين المواطنين^١.

٢ . اختلاف نظام مركز المحكم عن مركز القاضي:

إن مركز المحكم وإن كان يتشابه مع مركز القاضي من ناحية أنهما في مركز موضوعي وغير شخصي في المجال الإجرائي، أي في مركز الغير المحايد في المجال الإجرائي ، فهذا التشابه لا يجعل القاضي في مركز المحكم ولا المحكم في مركز القاضي^٢، فمن جهة نظام رد القاضي يختلف عن نظام رد المحكم، فيخضع كل منهما

^١ المحامي عبد الهادي عباس . الاختصاص القضائي وإشكالاته . الطبعة الأولى - ١٩٨٣ . ص ١٤٥ وما بعدها

^٢ يرى بعض الفقه أن قضاء التحكيم يسير موازياً لقضاء الدولة وأن مهمة المحكم تتطابق مع مهمة القاضي وإذا وجد اختلاف ، فمرده إلى عوامل خارجية ليست من صميم مهمة المحكم ...انظر في هذا المعنى :

Philippe Fouchard , L,arbitrage commercial international, 1965, p.5 ,11.

مشار لهذا المؤلف في كتاب د هدى عبد الرحمن - مرجع سابق ص٤٣ حيث يقول سيادته :

"Les arbitres ont pouvoir de juger, ils doivent trancher le differend qui leur est soumis,c'est-à-dire, (dire le droit) ,au sens propre fixer les droits et obligations des parties statuer sur leurs pretentions respectives ,candamner l'une ou l'autre. ou l'une et l'autre."

لنظام رده ولا يخضع إلا لنظامه في صدد هذا الرد حتى ولو كانت أسباب رد وعدم صلاحية القاضي والمحكم هي أسباب واحدة^١، ومن جهة أخرى يخضع المحكم لنظام خاص للفصل في النزاع التحكيمي، لا للنظام العام للفصل في النزاع القضائي، فالقاضي يفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الموضوعي بمعناه الفني، أما المحكم فيفصل في النزاع، لا وفقاً لقواعد قانونية موضوعية وإنما وفقاً لمجرد قواعد موضوعية تفقد تماماً صفة القانونية وبالتالي تفقد تماماً قوة القانون^٢.

ومن ثم فالعلم بقواعد القانون الموضوعي هو أمر غير لازم لعمل المحكم، بينما هو أمر لازم لعمل القاضي^٣.

^١ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال . مرجع سابق - ص ٧٦٦- ويقولان ((ويلاحظ في هذا الصدد وأن أسباب عدم صلاحية القضاة أو ردهم تعتبر أسباب لرد المحكم بالرغم من عدم النص صراحة على ذلك في قانون التحكيم المصري)) - راجع أيضاً في نفس الصدد . أبو العلا علي النمر . النظام القانوني لرد المحكم . ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لحقوق المنصورة والمنعقد في كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر، بعنوان : الاتجاهات الحديثة للتحكيم بتاريخ ٢٩/٣/٢٠٠٠ . ص ١٥ منها حيث تضمنت : أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قضت بأنه لا سبيل إلى الحكم بإبطال حكم التحكيم على أساس تحيز المحكم المعين من قبل أحد الأطراف لعلاقته بالطرف الذي عينه وكونه يعمل مستشاراً بشركاته على أساس أن الأطراف كانوا يعملون بوجود هذه العلاقة ولكنهم لم يبدو اعتراضاً على هذا المحكم أو رداً له قبل ذلك . انظر أيضاً المادة ١٨-١٩ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨

^٢ د. أحمد حشيش . طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق . ص ١٢٦.... راجع أيضاً في نفس الصدد د. ناريمان عبد القادر . مرجع سابق - ص ٥٤ حيث ورد فيه أن الدكتور فتحي والي يقول أن التحكيم نوع من القضاء إلى جانب القضاء الصادر عن المحاكم التي تنشئها الدولة، ونتيجة هذه الصفة القضائية للتحكيم، فإن المحكم يطبق قواعد القانون الموضوعي ويكون لحكم التحكيم حجة الأمر المقضي وهي حجة من المسلم أنها لا تكون إلا للأعمال القضائية

^٣ د. مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال . مرجع سابق - ص ٦١٣ حيث يقولان ((اشترطت بعض الأنظمة أن يكون المحكم من ذوي الخبرة في مجال المنازعة المعروضة على التحكيم، لكن أغلبها قد سكتت عن هذا الشرط)).

ونخلص القول إلى أن المحكم بذلك هو في مركز غير قضائي، فليس للمحكم سلطة قضائية وإن القول أن المحكم هو قاض غير مزود بسلطة الأمر^١، فهو قول محل نظر لأن هذا القول يعني في نفس الوقت أن القاضي محكم مزود بسلطة الأمر وهذا المعنى غير صحيح، وكما ليس القاضي محكماً مزوداً بسلطة الأمر، فليس المحكم قاضي غير مزود بسلطة الأمر، وهذا يعني أن سلطة المحكم ليست في مركز قضائي وهذا يجعله غير خاضع لقواعد مخاصمة القاضي وقواعد إنكار القاضي للعدالة وقواعد عدم قابلية القاضي للعزل^٢.

ونخلص إلى القول أن المحكم في مركز إجرائي واستثنائي متميز عن مركز القاضي وبالتالي فهو لا يخضع كما سبق وأشرنا لنظام الاختصاص القضائي وإنما يخضع لنظامه الخاص^٣.

^١ يرى البعض أن عمل المحكم هو عمل قضائي لأن قضاء الدولة يشارك في إصدار هذا الحكم ، ولأن المحكم يؤدي ذات الدور الذي يؤديه القاضي، عن طريق تحقيق فاعلية القواعد القانونية التي تحكم العلاقة محل النزاع. راجع د. علي سالم إبراهيم . ولاية القضاء على التحكيم . مصر - جامع عين شمس - ١٩٩٥ - ص ١٠٧

^٢ د. د. أحمد حشيش . طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق . ص ١٣٠ وانظر أيضا .. د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال . مرجع سابق . ص ٦٠٢ حيث يقولان : ((إن نظام المسؤولية التقصيرية للمحكم لا يعرف فكرة الخطأ الجسيم في تطبيق القانون وتفسيره وإن هذا الخطأ لن يكون مشكلاً بذاته لخطأ مهني جسيم يُسأل المحكم عن الضرر المترتب عليه على أي حال إلا في حالة العمد أو حالة مخالفة حكم مستفاد من الأدلة القطعية الثبوت والدلالة لا في الأدلة المختلف فيها، وكلا الأمرين صعب الإثبات)).

^٣ راجع في نفس المعنى: شريف محمد غنام . السوابق التحكيمية . ورقة بحثية مقدمة إلى مؤتمر حقوق المنصورة الخامس عن الاتجاهات الحديثة في التحكيم . عام ٢٠٠٠ - ص ٢٢٦

٣ . ميزات الاختصاص التحكيمي:

يتمتع الاختصاص التحكيمي بجملة ميزات نبينها على النحو التالي :

أ . الاختصاص التحكيمي لا يثبت للمحكم إلا بعد الاتفاق على التحكيم:

وهو من ثم لا يثبت للمحكم قبل وجود هذا الاتفاق، وهذا يعني ليس فقط أن الاختصاص التحكيمي رهين وجود اتفاق التحكيم، إنما يعني أن هذا الاختصاص يختلف بالتالي من دعوى إلى أخرى، بينما الاختصاص القضائي ثابت للمحكمة بصرف النظر عن أي اتفاق بين الخصوم، لذا فإن اتفاق التحكيم وإن كان اتفاقاً على اختصاص المحكم أي اتفاقاً على المهمة التحكيمية لكنه ليس اتفاقاً على اختصاص قضائي بمعناه الفني.^١

^١ راجع د. أحمد حشيش . طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ١٣٧ ويقول : ((ولأنه لا اختصاص قضائي بالمرة للمحكم، سواء كان محكماً اختيارياً أو إجبارياً، فليس من المتصور أن يقضي هذا المحكم بعدم اختصاصه قضائياً وإحالة الدعوى إلى القضاء المختص ولا أن تقضي محكمة بعدم اختصاصها والإحالة إلى المحكم))

قارن: د. محمد كمال عبد العزيز . تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ج ١ . ط ٣ - بدون دار نشر - لعام ١٩٩٥ - ص ٦٩٩ حيث أورد إشارة إلى قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٩/٣/٢٤ بالطعن رقم ٦٣٤ وقد تضمن القرار المذكور ما ملخصه أنه ((إذا كان المشرع بنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري قد هدف إلى تبسيط الإجراءات في صدد الأحكام المتعلقة بالاختصاص ولو كان ولائياً إلا أن النص السالف الذكر جاء عاماً مطلقاً ينطبق أيضاً إذا ما كانت الدعوى داخلة في اختصاص قضائي كهيئات التحكيم لتوافر العلة التي يقوم عليها النص وإذا لم يأخذ الحكم المطعون فيه بهذا النظر ولم يأمر بإحالة طلب الضمان الذي رفعته الهيئة الطاعنة ضد شركة الشرق للتأمين على هيئات التحكيم المختصة فإنه يكون في هذا الخصوص معيباً لمخالفة القانون))

إن اتفاق الخصوم أمام القضاء على اختصاص محكمة أخرى غير المحكمة المختصة، ليس اتفاق على تحكيم المحكمة المتفق عليها ، إنما هو مجرد اتفاق على إحالة الدعوى القضائية إلى هذه المحكمة المتفق عليها.^١

ب . الاختصاص التحكيمي لا يثبت نهائياً للمحكم إلا بعد قبوله:

إن الاختصاص التحكيمي ينعقد للمحكم بقبوله له^٢ ، بينما الاختصاص القضائي ثابت نهائياً للمحكمة بصرف النظر عن أي قبول من جانب القاضي، أو أية ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاليته أو حيديته، سواء كان الاختصاص وظيفياً أو قيمياً أو نوعياً أو محلياً.

إن الاختصاص التحكيمي بطبيعته لا يقبل التنوع إلى اختصاص وظيفي واختصاص قيمي واختصاص نوعي واختصاص محلي إنما يقبل بطبيعته التنوع إلى نوعين:

١ . اختصاص تحكيمي موضوعي

٢ . اختصاص تحكيمي شخصي.

^١ راجع المواد ١١١-١١٢ من قانون المرافعات المصري

^٢ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ . حيث تنص المادة ٣/١١ منه على أنه (يكون قبول المحكم القيام بمهمة كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيادته). وفي نفس المعنى نص قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ في المادة ١٧ منه على أنه (يكون قبول المحكم لمهمة كتابة بتوقيعه على اتفاق التحكيم أو بتوقيعه على وثيقة مستقلة تثبت قبوله أو على محضر جلسة التحكيم، ويجب عليه أن يفصح لطرفي التحكيم وللمحكمن الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاليته أو حياديته سواء أكانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أم استحدثت أثناء إجراءات التحكيم، ويكون لطرفي التحكيم في هذه الحالة الخيار لقبول استمراره بمهمة التحكيم أو مطالبته بالتخلي عنه).

لقد واجهت المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ والمقابلة للمادة ٢١ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ ، حالة عدم الاختصاص التحكيمي الشخصي أو الموضوعي وذلك بقولها: ((تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة باختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع)).

وهكذا فإن المحكم يفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه سواء عدم اختصاصه الموضوعي أم عدم اختصاصه الشخصي، وعلى سبيل المثال فإن المادة ٢٢ تحكيم مصري قد عدت بعض الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي إلا أن هذا التعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر، لا سيما أن المشرع قد استهل هذا التعداد بعبارة ((بما في ذلك)) .

وبالتالي فإن الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التحكيمي تنتوع إلى نوعين:

النوع الأول: دفوع متعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي كالدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

النوع الثاني: دفوع متعلقة بعدم الاختصاص الشخصي كالدفوع المتعلقة بعدم صلاحية أحد الأطراف للخضوع للتحكيم أو المبنية على عدم قبول المحكم للتحكيم، أو قبوله شفاهة لا كتابة، أو عدم إفصاحه عما يشين صلاحيته للتحكيم أو سبب من أسباب رده.

ج . الاختصاص التحكيمي ليس اختصاص بدعوى قضائية:

الاختصاص التحكيمي هو اختصاص بمجرد دعوى تحكيمية وليس اختصاص بدعوى قضائية، وآية ذلك أن الدعوى التحكيمية وإن كانت شأنها شأن الدعوى القضائية هي

دعوى إجرائية، تخول صاحبها حق الادعاء والدفاع والإثبات إلا أنها دعوى من نوع خاص ، فهي لا تخوله حق الادعاء والإثبات والدفاع القضائي، إنما فقط تخوله الادعاء والدفاع والإثبات التحكيمي وشتان بين الأمرين، فعلى سبيل المثال لقد لاحظ الفقه أن هناك اختلاف بين طلب المقاصة التحكيمية وبين طلب المقاصة القضائية باعتبار أن طلب المقاصة لا يكون مقبولاً أمام هيئة التحكيم إلا إذا كان الحق الذي يتمسك به المدعى عليه بهدف إجراء المقاصة... ناشئاً عن العلاقة محل التحكيم، ذلك لأنه إذا لم يكن ناشئاً عن هذه العلاقة فإنه لا يكون لهيئة التحكيم النظر فيه. وعلى هذا النحو تختلف الحدود التي تُقبل فيها المقاصة أمام هيئة التحكيم عن تلك التي تُقبل فيها أمام القضاء، لأن طلب المقاصة القضائية يكون مقبولاً حتى ولو لم يكن هناك ارتباط من حيث الموضوع أو السبب بين دين المدعي ودين المدعى عليه.^١

^١ د. مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٦٤٤ وانظر أيضاً د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق ص ١٣٩-١٤٠

المطلب الثاني

الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم ونطاق القابلية للتحكيم

لم يحظَ أي اتفاق من الاتفاقات الخاصة في الآونة الأخيرة بمثل ما حظي به اتفاق التحكيم من عناية واهتمام، ولم يقتصر هذا الاهتمام على صعيد التشريعات الوطنية ولكن على صعيد المعاهدات الدولية، ولا يغيب عن الذهن السبب الأساسي وراء هذا الاهتمام وتلك العناية، فاتفاق التحكيم هو المحرك الذي يستند عليه هذا النظام القضائي الخاص الذي هو نظام التحكيم والذي يعتبر السبيل المعتاد لحل المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية.^١

وبناء على ذلك فاتفاق التحكيم هو حجر الزاوية للتحكيم ذاته لأنه الأساس الذي يظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم وهو الذي يضيف عليه صفته الخاصة ومداه وهو الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها، فهو الذي يضيف عليها الشرعية وهو مصدر سلطاتها وعليها الالتزام بحدود هذا الاتفاق أولاً وأخيراً فكما يقولون من اتفاق التحكيم يبدأ كل شيء، فلا يعرض أي نزاع على محكمين إلا باتفاق ذوو الشأن اتفاقاً واضحاً على الفصل فيه بطريق التحكيم ، فتوافق إرادة الطرفين هو أساس التحكيم ومصدر سلطة المحكمين.^٢

ومن هنا خصصنا هذا المطلب للتعريف باتفاق التحكيم و بيان تكييفه القانوني وإظهار معيار القابلية للتحكيم على النحو التالي:

^١ د. حفيظة السيد الحداد . الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي . مرجع سابق - ص ١١٥

^٢ د. فتحي والي . مرجع سابق - ص ٨٣

أولاً : اتفاق التحكيم وصوره وتكييفه القانوني

ثانياً : معايير ونطاق القابلية للتحكيم

أولاً : اتفاق التحكيم وصوره و تكييفه القانوني:

انطلاقاً من أن الفكرة التي يقوم عليها التحكيم في كل التشريعات المعاصرة هي حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على تجنب قضاء الدولة في منازعاتهم وإخضاعها لقضاة يختارونهم بأنفسهم ويرضون بأحكامهم ، وبالتالي فالتحكيم يرتكز على إرادة الأطراف وإقرار الدولة لهذه الإرادة ، وكون إرادة الأطراف إنما تتجلى بصورة الاتفاق على التحكيم كان لا بد من التعريف بهذا الاتفاق وبيان أشكاله وطبيعته القانونية والمسائل الموضوعية محل هذا الاتفاق .

١ . التعريف باتفاق التحكيم وبيان صورته:

لا يُعرض نزاع على محكم أو محكمين إلا باتفاق ذوو الشأن ، فالتحكيم عقد شأنه شأن سائر العقود أو بالأحرى التحكيم يولد من عقد ينزع اختصاص محاكم الدولة ، فمن عقد التحكيم (اتفاق التحكيم) يبدأ كل شيء في التحكيم.

وقد عرّف المشرع المصري اتفاق التحكيم حيث نص في المادة العاشرة من قانون التحكيم على أن :

"اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية " .

كما عرّفت المادة السابعة من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اتفاق التحكيم بأنه :

" اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم ، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أم غير

تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

وبدوره عرف المشرع السوري اتفاق التحكيم في المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٤/ لعام ٢٠٠٨ حيث نص على أن اتفاق التحكيم هو :

" اتفاق طرفي النزاع على اللجوء للتحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية".

كما يُعرّف اتفاق التحكيم الدولي بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينها أو المحتمل نشوئها بينها من خلال التحكيم وذلك إذا كانت هذه المنازعات تتعلق بمصالح التجارة الدولية.

يتضح من خلال هذا التعريف التقليدي لاتفاق التحكيم أنه يتضمن بين ثناياه نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم ، دون التفرقة بينهما، وهما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وإلى جانب هاتين الصورتين التقليديتين لاتفاق التحكيم، فإن هناك صورة أخرى كشفت منها الممارسات العملية وهي الصورة المعروفة باسم شرط التحكيم بالإحالة أو شرط التحكيم بالإشارة.^١

إنه من خلال استقراء المواد المتعلقة بتعريف اتفاق التحكيم في القانونين السوري والمصري الخاصين بالتحكيم^٢، نلاحظ أن المشرعين السوري والمصري قد حرصا على

^١ انظر بخصوص هذا الموضوع: د. حفيظة السيد الحداد . مقالة بعنوان ((شرط التحكيم في ضوء منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية . دراسة تحليلية وانتقادية . منشورة في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية . مصر . العدين الأول والثاني . ١٩٩٥ ص ١ وما بعدها

^٢ راجع قانون التحكيم المصري رقم ٢٧/ لعام ١٩٩٤ المادة ١٠/ منه وقانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ - المادة ٧/ منه

تبنى مفهوم شرط التحكيم بالإحالة أو الإشارة إلى جانب الصورتين التقليديتين للاتفاق على التحكيم ، حيث نص المشرع المصري في المادة /١٠/ /الفقرة ٣/ على أنه "يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد" ، كما نص المشرع السوري في المادة /٧/ /فقرة ٢/ من قانون التحكيم على أنه :

" يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد " .

يمكن أن نخلص القول من خلال ماسبق تبينه أن اتفاق التحكيم يرد بصورتين تقليديتين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم بالإضافة إلى صورة ثالثة أفرزتها الممارسة العملية وهي شرط التحكيم بالإشارة أو بالإحالة وسنأتي على عرض هذه الصور الثلاثة بشيء من التفصيل على النحو التالي:

الصورة الأولى: شرط التحكيم (La clause compromissoire).

قد يرد شرط التحكيم في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، سواء كان عقداً مدنياً أو عقداً تجارياً، فيتفق طرفا العقد على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد أو تنفيذه يُحل عن طريق التحكيم وعندئذٍ يرد التحكيم على أي نزاع يحدث في المستقبل فلا ينصب على نزاع معين، ويسمى هذا الاتفاق كما درج عليه فقه التحكيم "شرط التحكيم" .

إن فالأصل أن يرد شرط أو بند التحكيم في العقد الأصلي بين الطرفين متعلقاً بنزاع محتمل الوقوع^١، على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط أيضاً في عقد لاحق-

^١ د. وفاء فلحوط - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا - مرجع سابق ص ٤٤٢

يُعرف بوثيقة التحكيم - قبل نشوء أي نزاع، فيكون المميز لشرط التحكيم، ليس هو وروده في العقد الأصلي لكن كون المنازعات التي ينصب عليها التحكيم هي منازعات لم تنشأ بعد، أي منازعات محتملة وغير محددة.^١

ونورد فيما يلي بعض الأمثلة لشرط التحكيم المؤسسي حيث يوجد بمراكز التحكيم عدة نماذج لشرط التحكيم الذي يتم تحت إشراف المركز ومن هذه النماذج نعرض ما يلي:

أ- نموذج مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي : حيث ورد فيه أن :
" كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه ، أو فسخه أو بطلانه يسوّى بطريقة التحكيم وفقاً لقواعد مركز القاهرة للتحكيم الدولي ^٢ .

ب- نموذج غرفة التجارة الدولية في باريس: حيث ورد فيه أن :
"جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد أو التي لها علاقة به، يتم حلها نهائياً وفقاً لنظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام ^٣ .

^١ د ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٤٥ وانظر أيضا في نفس الصدد د أكثم الخولي - اتفاق التحكيم البيانات الجوهرية - مجلة التحكيم العربي الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي - منشورات دار النهضة - ٢٠٠٠ العدد الثالث ص ٦ وما بعدها

^٢ راجع بهذا الخصوص قواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي على الرابط التالي :
<https://crica.org>

^٣ وفقاً لقواعد التحكيم في الغرفة اعتباراً من ١-١-١٩٩٨

الصورة الثانية: مشاركة التحكيم (le compromis).

عندما لا يتفق الطرفان على التحكيم في العقد الأصلي، غير أنه وبعد قيام النزاع بينهما يبرمان اتفاقاً خاصاً لعرض هذا النزاع المعين على محكم أو أكثر ويسمى هذا الاتفاق "مشاركة التحكيم".

وإن ما يميز مشاركة التحكيم أنها تتم بعد نشأة النزاع، فنشأة النزاع مفترض ضروري لإبرام مشاركة التحكيم.^١

إن نشأة النزاع تعني من ناحية وقوع نزاع بين الطرفين، وأن يكون هذا النزاع لازال قائماً، ولا يكفي وقوع حالة من الاعتراض أو عدم الاتفاق بين الطرفين بل يجب وقوع اختلاف يظهر بصورة ادعاءات محددة يناط بالمحكم حسمها، وبالتالي يثور التساؤل حول أنه متى يعتبر النزاع قد نشأ أو قام، بحيث يتعلق الأمر عندئذ بمشاركة وليس بشرط تحكيم؟

من المؤكد أن النزاع بين الطرفين ينشأ أولاً دون مظهر خارجي، عندئذ لا يعتد به، وإنما يعتد به فقط عند ظهوره، وهذا الظهور قد يتحقق بأن يتفق الطرفان على التحكيم في منازعات بينهما بحد ذاتها، وقد يتحقق في تبادل خطابات بين الطرفين، أو في الرد على إنذار من أحد الطرفين إلى الآخر بحيث يحمل الرد معنى عدم التسليم بما جاء بالإنذار، وقد يبدو في عمل من أحد الطرفين يتضمن عدم الوفاء بالتزام معين ناشئ

^١ حيث نصت المادة ١٠/١/ فقرة ٢/ من قانون التحكيم المصري على أنه.....كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع....وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً كما نصت المادة ٧/٢/ فقرة ١/ من قانون التحكيم السوري.....يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بصورة لاحقة لقيام النزاع...وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً

عن علاقة تعاقدية بين الطرفين أو عن القيام بخطأ يسبب ضرر للأخر يخوله إقامة دعوى استناداً للمسؤولية التقصيرية.^١

يتضح لنا من خلال الصورتين السابقتين لاتفاق التحكيم أن مضمون شرط التحكيم هو شرط يتفق عليه الأطراف وقوامه طرح النزاعات المحتملة أمام المحكم للفصل فيها، وبهذا يختلف شرط التحكيم عن المشاركة في أن الأول يتعلق بنزاع محتمل الوقوع مستقبلاً، أما الثاني فإنه يتعلق بنزاع وقع فعلاً، والواقع أن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في التطبيق من الناحية العملية لأنه يبرم في وقت تسوده روح المودة، بعكس المشاركة التي تبرم بعد وقوع النزاع مما يصعب معه إبرام اتفاق التحكيم.

يعد شرط التحكيم أهم مصدر من مصادر التحكيم التجاري الداخلي أو الدولي حيث تبين أن ما يقارب من (٨٠%) من عقود التجارة الدولية أصبحت تتضمن شرطاً تحكيمياً ويصبح الاختصاص في شأن حل النزاع يتم عن طريق محكم أو محكمين أو بالإحالة إلى النظم الخاصة بهيئة تحكيمية معينة كغرفة التجارة الدولية بباريس، أو كمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أو مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري الدولي، أو مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي في البحرين، أو مركز البحرين للتحكيم التجاري الدولي.

لقد أصبح شرط التحكيم وكذلك المشاركة معروفاً بصورة واسعة في الاتفاقات الصناعية وعقود نقل التكنولوجيا، سواء كانت هذه الاتفاقات أو العقود بين دول، أو بين دولة وأشخاص عاديين، أو بين أشخاص بعضهم مع بعض بحيث أصبحوا ينشدونه لأنه يركز على اتفاق إرادي بينهم.^٢

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٠٣-١٠٤

^٢ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٤٦

الصورة الثالثة: شرط التحكيم بالإشارة أو بالإحالة.

إن هذه الصورة لاتفاق التحكيم أفرزتها الممارسات العملية وهي تتشابه مع الصورة الأولى لاتفاق التحكيم ، إلا أنه في هذه الصورة فإن شرط التحكيم لايرد في العقد الأصلي، بل يكتفي العقد الأصلي بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم وهذا ما يحصل عادةً في عقود الشحن بالسفن أو بالطائرات أو عقود التأمين ، وتثور أساساً صورة الإحالة التي ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم كثيراً في مجال عقود النقل البحري في إحالة سند الشحن إلى مشاركة إيجار سفينة تتضمن شرط تحكيم .

فقد ينص عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة ، ويحتوي هذا العقد الأخير على شرط تحكيم ، فيثور التساؤل حول الإقرار بوجود اتفاق التحكيم لإخضاع المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري (نقل البضائع) لنظام التحكيم الوارد في عقد استئجار السفينة رغم أن أطراف العقد يختلفون في كلا العقدين وليست هناك علاقة ولو غير مباشرة تربط المستفيد في عقد النقل البحري بمالك السفينة ؟.

إن الإجابة على التساؤل هي أنه يجب التأكد من إرادة الأطراف وما إذا كانت قد اتجهت بالفعل إلى مد نطاق اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) ليشمل العلاقة التي ينشأ بمناسبة النزاع ، وتوافرت فيها شروط صحتها ويتحقق ذلك بكون الوثيقة التعاقدية تحتوي على إشارة مباشرة وصريحة لشرط التحكيم تفيد أنه كان محل اعتبار الأطراف وقت التعاقد، بل وعلى اعتبار الشرط جزء من العقد ، وعليه لا بد من القول بضرورة الحذر عند تقييم فكرة الارتباط للتأكد من وجود صلة جدية في خصوص التحكيم بين العقد القائم المحال إليه و العقد الجديد المتضمن للإحالة.¹

¹ المرجع السابق - ص ٢١٣-٢١٤

وإنه فيما يتعلق بالوثيقة المحال إليها فيستوي أن تكون اتفاقاً بين الطرفين أو وثيقة صادرة عن أحدهما، أو عن شخص آخر أو عقداً نموذجياً أو لائحة مركز تحكيم ، وهذه الإحالة تعتبر اتفاقاً على شرط تحكيم ، وإنه يشترط لإعمال أثر هذه الإحالة مايلي:

- أ - أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد المحيل .
- ب - أن تكون الوثيقة المحال إليها تتضمن صراحة شرط التحكيم .
- ج - أن تكون الوثيقة المحال إليها معروفة للطرف الذي يحدث التمسك في مواجهته بالشرط، أو على الأقل أن تكون الوثيقة معلومة على نطاق واسع في وسط النشاط الاقتصادي الذي ينتمي إليه الطرفان.
- د - أن تكون الإحالة واضحة إلى شرط التحكيم الوارد في تلك الوثيقة باعتباره جزءاً من العقد.^١

^١ د. فتحي والي - مرجع سابق - ص ٩٨ - راجع في نفس الشأن: نقض مصري تجاري - ١٣-يناير- ٢٠٠٤ في الطعن رقم /٤٩٥/ لعام ٢٠١٢ حيث قضت محكمة النقض المصرية فيه بعدم وجود اتفاق تحكيم (شرط تحكيم) بالإحالة وعقدت الاختصاص بنظر النزاع للقضاء العادي.

٢- طبيعة اتفاق التحكيم وتكييفه القانوني :

يتنازع في الفقه مذهبان حول التكييف القانوني لاتفاق التحكيم:

المذهب الأول: يرى أن اتفاق التحكيم هو عقد "un contrat" من عقود القانون الخاص ويخضع لما تخضع له هذه العقود^١ ، وأنه لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية ذلك أن هذا الاتفاق يبرم قبل بدء الخصومة، فلا يمكن اعتباره عنصراً في خصومة فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة، ولا يعد بالتالي عملاً إجرائياً

ويترتب بالتالي على وجهة النظر هذه أن اتفاق التحكيم يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص، فلا يخضع للشروط التي ينظمها القانون للأعمال الإجرائية، وبصيغة خاصة لا يخضع لقواعد بطلان الأعمال الإجرائية، وإنما لقواعد البطلان التي يتضمنها القانون المدني^٢.

ويترتب على هذا التكييف أيضاً أن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي تخضع له التصرفات القانونية وليس القانون الذي تخضع له الإجراءات^٣.

و يعتبر اتفاق التحكيم عقداً مدنياً ، فهو لايعتبر عقداً تجارياً ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية ، كما لايعتبر عقداً إدارياً ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الإدارية، هذا ولو كان اتفاق التحكيم شرطاً في العقد الأصلي ،ذلك أن

^١ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الإجباري والتحكيم الاختياري - مرجع سابق - ص ١٩٢

^٢ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ٨٧- وراجع أيضاً نفس المؤلف - نظرية البطلان في قانون المرافعات - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ١٩٩٧ - ص ١٣٧

^٣ د. سامية راشد- مرجع سابق - ص ٢٥٠

اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي ، فلا يتأثر بصفته وكونه تجارياً أو إدارياً.^١

يمكن القول أن هذا التكييف لاتفاق التحكيم يؤدي إلى تصور أن اتفاق التحكيم يخضع للتقسيمات التقليدية للعقود في القانون الخاص، وبالتالي فهو من العقود المسماة والملزمة لجانبين، لكن بلا دفع بعدم التنفيذ مثلاً أو الفسخ لعدم التنفيذ، وهو ليس من عقود المعاوضة أو التبرع ولا من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة، ولا من العقود المحددة أو العقود الاحتمالية إلا إذا كان اتفاق تحكيم بالصلح ففيه معنى المعاوضة والتصرف والصفة الاحتمالية، وهو ليس من العقود المدنية أو العقود التجارية أو العقود الإدارية، لكنه عقد من العقود الإجرائية.

في الواقع إن هذا التكييف العقدي لاتفاق التحكيم لم يعد يتماشى مع قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الموضوعي. وهو كما أسهم اسهاماً فعالاً وطويلاً في تأخر الإمساك بفكرة استقلال اتفاق التحكيم، مازال يعوق الإمساك بتأصيل سليم لهذه الفكرة.^٢

المذهب الثاني: يرى أن اتفاق التحكيم هو اتفاق لاعتقد "convention" لذا فإن المشرع الفرنسي والمصري والسوري بلفظ "اتفاق" وهذا الاتفاق هو اتفاق اجرائي لا اتفاق موضوعي.

يعتبر أنصار هذا المذهب أن اتفاق التحكيم من الاتفاقات الإجرائية التي تأثرت في نصوص القانون الإجرائي بالأخص في نصوص قانون المرافعات، ومسلم في الفقه الحديث أن القانون الإجرائي ليس فرع من فروع القانون الخاص الذي يؤمّه القانون المدني والاتفاقات الإجرائية ليست عقود بالمرة ، وهي من ثم لا تُدعى عقوداً حتى لو

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق ص ٨٨

^٢ د. أحمد حشيش - طبيعة المهمة التحكيمية - مرجع سابق - ص ٩٨

كانت القاعدة المسلمة: أن كل عقد اتفاق وبالتالي كل اتفاق عقد ومن ثم لأهمية للتمييز بين العقد والاتفاق.^١

غير أن هذه القاعدة وإن كانت صحيحة فشطرها الأخير محل خلاف^٢، باعتبار أن إطلاق صحة هذه القاعدة سليم في منطقة العقد (**Le Contract**) باعتباره من أملاك القانون الخاص الذي يؤمه القانون المدني، إلا أن هذا الإطلاق غير سليم من منطقة الاتفاق (**La convention**) باعتباره من أملاك نظرية القانون العامة، حيث يقول الدكتور الفقيه الكبير عبد الرزاق السنهوري في صدد تحديد منطقة العقد:

((ليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل لا بد أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية))^٣.

إن منطقة العقد تعتبر من أملاك القانون الخاص، بينما منطقة الاتفاق تعتبر من أملاك نظرية القانون العامة، إذ أن المنطقة الأخيرة تشمل العقود بمعناها في القانون الخاص كما تشمل غيرها من الاتفاقات التي لا تدعى عقود لأنها إما خارجة عن نطاق القانون الخاص، وإما خارجة عن دائرة المعاملات المالية فهي لا تخضع لأحكام العقد في القانون المدني الذي يؤمه القانون الخاص وإنما تخضع لأحكام الاتفاق العامة في نظرية القانون من حيث الإرادة والمحل والسبب والصحة والبطلان فضلاً عن أحكامها الخاصة في قانون المرافعات.

إن مؤدي استقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية أن الأولى بطبيعتها عسوية على الخضوع للتقسيمات التقليدية للعقود في القانون الخاص وبالتالي فلا جدوى

^١ المرجع السابق - ص ١٠٠

^٢ د. عبد الرزاق السنهوري. الوجيز في شرح القانون المدني. ج ١. دار النهضة - ١٩٩٦ ص ٢٦-٢٧

^٣ المرجع سابق - ص ٢٧-٢٨

من محاولة إخضاعها لتلك التقسيمات ، إذ لا جدوى في القول مثلاً بأن اتفاق التحكيم ينتمي إلى فكرة العقود الملزمة لجانبيين مجردة من الدفع بعدم التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ أي مجردة عن أهميتها العملية .^١

نقول ختاماً إن اتفاق التحكيم شأنه شأن الاتفاقات الإجرائية العامة ليس توافقاً بين إرادتين على إحداث آثار موضوعية متباينة بتباين الأطراف أو آثار تتصرف إلى طرف دون آخر، إنما هو تساند بين إرادتين على إحداث أثر إجرائي واحد ينصرف إلى الطرفين معاً وفي نفس الوقت وهو بهذا عمل إجرائي بالمعنى الواسع.^٢

ثانياً . معايير ونطاق القابلية للتحكيم:

تعد معايير القابلية الموضوعية للتحكيم من المسائل المهمة التي شغلت ولا تزال تشغل بال المهتمين بالتحكيم، سوءاً على الصعيد الداخلي أم الدولي، وذلك بهدف التشجيع على سلوكه كأداة لحل المنازعات وبغية التوفيق بين مواقف مختلف الدول في هذا الخصوص، والوصول من ثم إلى حلول يكون من شأنها السماح للتحكيم بأن يقوم بدوره، بصورة تقلل من حجم تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم، بحجة أن موضوع المنازعة المعروضة على التحكيم، يعد من المواضيع التي لا يجوز حلها بواسطة التحكيم.^٣

^١ د عبد الرزاق السنهوري - مرجع سابق ص ٣٨-٣٩

^٢ د.د. مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال- مرجع سابق ص ٣٢٥

^٣ إن مسألة قابلية موضوع النزاع للتحكيم تعتبر من أهم القيود على مبدأ خضوع اتفاق التحكيم ((للقانون الإرادة))، إذ بالرغم من أن قابلية التحكيم تعتبر شرطاً في صحة الاتفاق التحكيمي مما يعني خضوعها من حيث المبدأ لقانون الإرادة ، إلا أنها تمثل في وقت لاحق شرطاً للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه ، انظر في

تظهر أهمية هذه المشكلة متى علمنا أنه يعود لكل دولة إصدار تشريعاتها الخاصة بالتحكيم، وتحديد المواضيع التي يجوز اللجوء فيها إلى التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بها، وكذلك المواضيع التي لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بشأنها ، وبمفهوم آخر تحديد المنازعات التي لا يمكن أن تدخل في اختصاص هيئة التحكيم.

إن التطبيقات العملية بخصوص نطاق التحكيم تكشف وجود مرونة في التعاطي مع القابلية للتحكيم على الصعيد الدولي بالرغم من النص على منع التحكيم في العلاقات القانونية الداخلية، فالاجتهاد في بعض الدول أجاز التحكيم في العلاقات الدولية في مسائل ممنوع اللجوء إلى التحكيم بشأنها في العلاقات الداخلية ، فعلى سبيل المثال فقد جاء في قرار المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن قاعدة عدم جواز نظر الدعوى المتعلقة بمكافحة الاحتكار بطريق التحكيم يقتصر نطاقها على المنازعات الداخلية ويجوز الفصل فيها بطريق التحكيم في المنازعات الدولية.¹

وإذا كانت الدولة بسياساتها الحالية تشجع اللجوء إلى التحكيم لأسباب خاصة بها تتعلق بالتنمية وعمليات جذب الاستثمارات، فإنه يمكن القول أنه بالرغم من تشجيع الدول للتحكيم كوسيلة لفض النزاعات، فإنها لم تلغ تماماً جميع القيود على القابلية للتحكيم، فهي وإن أبدت مرونة تجاه القابلية للتحكيم على الصعيد الدولي فإنها لا زالت متشددة نسبياً، فيما يتعلق بالقابلية للتحكيم على الصعيد الداخلي.

هذا الشأن د. وفاء فلحوط - بحث بعنوان : النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم الدولي - ألقى في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية - أبوظبي - بتاريخ ٢٨-٢٩-٣٠ نيسان ٢٠٠٨ .

¹ د. زياد بردان . التحكيم والنظام العام . منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - الطبعة الأولى ٢٠٠٤ ص

ونخلص القول أن نطاق القابلة للتحكيم تحكمه عدة ضوابط أساسية نستعرضها تباعاً كالتالي:

١ - الضوابط الأساسية للقابلية للتحكيم:

إن نطاق القابلية للتحكيم محكوم بجملة ضوابط نلخصها بالآتي :

أ - صلاحية الحق المتنازع عليه كمحل للتحكيم:

يجب أن يتوافر في الحق المتنازع عليه كمحل لاتفاق التحكيم الشروط العامة من حيث أن يكون موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً، كما يجب أن يكون الحق المتنازع عليه حقاً مالياً سوءاً كان له طابع مدني أو إداري أو تجاري فالمهم أن يكون النزاع حول علاقة قانونية ((ذات طابع اقتصادي)) ، ويستوي أن يكون النزاع متعلقاً بحق شخصي أو بحق عيني وأياً كان محل الحق العيني سواء عقار أو منقول، ولا يهم مصدر الحق سواء أكان الحق العيني عقداً أو عملاً غير مشروع أو غير ذلك من مصادر الالتزام ، باعتبار أن العلاقة القانونية بين طرفي التحكيم قد تنشأ من واقعة بسيطة مثل عقد معين أو من واقعة مركبة من عدة عقود، كما هو الحال بإقامة مصنع بنظام تسليم مفتاح باليد، وكذلك الحال بالنسبة لعملية المقولة التي قد تقتضي عقد مقولة أصلي وعقود مقولة من الباطن.^١

ويجب أن تكون العلاقة القانونية التي يتعلق بها النزاع علاقة قانونية قائمة، فلا يصح اتفاقاً لتحكيم بشأن علاقة قانونية لم تنشأ بعد.^٢

ب - عدم جواز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح:

^١ د. فتحي والي . قانون التحكيم - مرجع سابق ص ١٢١

^٢ د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال . مرجع سابق . ص ٣٣٩

لقد نصت المادة ٩ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ على أنه : لا يجوز الإتفاق 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 نصت المادة /١١/ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ على أنه : لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وحددت المادة ٥٥١ من القانون المدني المصري هذه المسائل بتلك المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.

إن علة إخراج المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح من نطاق القابلية للتحكيم هي رغبة المشرع في بسط ولاية قضاء الدولة على هذه المنازعات وهو ما يقتضي منع التحكيم بشأنها باعتبار أن التحكيم مازال برأي البعض هو طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات .

حيث يرى بعض الفقه أن الأصل هو عدم القابلية للتحكيم بينما جواز التحكيم هو الاستثناء على الأصل .

إن هذا القول في غاية الخطورة لماله من آثار تهدم نظام التحكيم ذاته فالأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو إخراج بعض المسائل من نطاق القابلية للتحكيم ، وهذا ما أخذ به المشرع المصري والمشرع السوري من خلال صياغة قانون التحكيم ، ويترتب على مفهوم أن جواز التحكيم هو الأصل وعدم القابلية للتحكيم هو الاستثناء عدة نتائج أهمها أن عبء إثبات القابلية للتحكيم يقع على عاتق الطرف الذي يسعى لاستبعاد التحكيم أو إبطاله وليس على الطرف الذي يتمسك بصحة التحكيم ، ومن جهة أخرى عدم جواز التوسع في تفسير المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم باعتبار أن عدم

القابلية للتحكيم هي استثناء من الأصل^١. وبناء على ما سبق سنبين مفهوم المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

١. المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية:

يختلف مفهوم الحالة الشخصية من دولة إلى أخرى، ففي فرنسا يشمل مفهوم الحالة الشخصية الحالة والأهلية، أما في إيطاليا فهي على نطاق أوسع بحيث تتسع لتشمل فضلاً عن الحالة والأهلية، المواريث والوصايا.

يمكن القول أن مصطلح الأحوال الشخصية يشمل المنازعات في المسائل المتعلقة بحالة الشخص وأهليته أو المتعلقة بنظام الأسرة من زواج وطلاق وحقوق الزوجين والعلاقة بين الأصول والفروع و نفقة الأقارب وقضايا النسب والإرث والولاية والوصاية والقوامة والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، وقد عرفت محكمة النقض المصرية الأحوال الشخصية بأنها:

((مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية ، العائلية التي رتب عليها القانون أثراً قانونياً، في حياته الاجتماعية، لكونه ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً، أو مطلقاً أو ابناً شرعياً أو أباً، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية))^٢.

بناء على ما سبق فإنه لا يجوز التحكيم بشأن حالة شخص معين أو أهليته أو لتحديد من صاحب الولاية أو الوصاية عليه، أو لتحديد نسب شخص معين، أو الفصل في منازعة حول الحق في حضانة طفل، أو الفصل في دعوى تطليق للضرر أو في دعوى

^١ د. ناريمان عبد القادر . مرجع سابق ص ٢٤٢ وما بعدها

^٢ د. باسمه دباس- مرجع سابق . ص ١٢٥ وما بعدها

خلع^١. أو الفصل فيما إذا كان الزواج صحيحاً أو باطلاً أو ما إذا كان قد حدث طلاق أم لا، أو حول حق الزوج في الطلاق أو ما إذا كان الشخص يعتبر مفقوداً أم لا، كما لا يجوز التحكيم حول نسب طفل إلى والده أو حق الشخص بالإرث.^٢

هذا ويجوز التحكيم في التعويض عن فسخ الخطبة أو فيما يترتب على عقد الزواج الباطل من حقوق مالية أو في تحديد مقدار النفقة الواجبة لأحد الأقارب أو للزوجة أو للصغير أو في الخصومة بتقسيم التركة بين الورثة باعتبار أن الآثار المالية مستثناة من المسائل التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم فيها^٣.

٢. المسائل المتعلقة بالنظام العام:

إن فكرة النظام العام فكرة دقيقة يصعب ضبطها وتحديدها، كما أنها فكرة متغيرة النطاق اتساعاً وضيقاً من مجتمع إلى آخر، وقد باغت بالفشل كل المحاولات التي رمت إلى وضع تعريف محدد لكلمة النظام العام ولعل أبرز هذه التعاريف أن قواعد النظام العام هي القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة: اجتماعية أو سياسية أو اقتصادية أو أخلاقية^٤.

^١ إن التحكيم في مسألة التفريق بين الزوجين يسمى تحكيمياً، ورغم أنه لا ينطبق عليه أحكام التحكيم وأصوله، فله طابع محاولة الصلح وللمحكمين فيه صفة أقرب إلى صفة الخبراء راجع بهذا الصدد : المحامي عبد الهادي عباس وجهاد هواش . التحكيم . الطبعة الأولى ١٩٨٢ . ص ٩٠

^٢ راجع نص المادة ٩ من قانون التحكيم السوري والتي أشارت إلى عدم جواز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية ماعدا الآثار المالية المترتبة عليها . وانظر أيضاً د. فتي والي . مرجع سابق - ص ١٤٣

^٣ نصت الفقرة ٢/ من المادة ٩ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ على أنه : (لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها))

^٤ عبد الهادي عباس . التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن - مرجع سابق . ص ١٢٨

إن عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام يعتبر من مقتضيات النصوص العامة في القانون المدني لمختلف الدول مثل المادة /٥٥١/ من القانون المدني المصري والمادة /٢٠٦٠/ من القانون المدني الفرنسي، باعتبار أن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد من حيث أن محله يجب أن يكون قابلاً للتعامل فيه ولكي يكون المحل قابلاً للتعامل فيه يجب ألا يخالف النظام العام. وعلى هذا فإنه إذا كان اتفاق التحكيم ينشئ التزاماً على عاتق كل من الطرفين بالالتجاء إلى التحكيم فإن الالتجاء إلى التحكيم باعتباره محلاً للالتزام يجب ألا ينصب على ما يتعلق بالنظام العام وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً.^١

من جهته القضاء السوري قد أكد بدروه على عدم القابلية للتحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام في العديد من أحكام محكمة النقض السورية^٢.

وفيما يلي نوجز تعداد فقهي لأهم المسائل المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز فيها التحكيم:

١ . المسائل المتعلقة بالتجريم والعقاب والقضايا الجزائية والتي تمثل النيابة العامة فيها طرف الحق العام.

٢. المسائل ذات الطابع الإجرائي البحث مثل منازعات التنفيذ و رد القضاة ومخاصمتهم واختصاص المحاكم من عدمه.

٣ . مسائل الحالة الشخصية للفرد كالجنسية.

^١ د. فتحي والي . قانون التحكيم . مرجع سابق ص ١٢٣

^٢ أ. شفيق طعمة . التحكيم في قانون أصول المحاكمات السوري بين الفقه والقضاء . دار الصفدي . دمشق

٤ . مسائل الإفلاس

٥ . مسائل حقوق الملكية الفكرية (أدبية وفنية وصناعية)

٦ . المسائل التي ينظمها قانون يتعلق بالنظام العام كالمخدرات والدعارة والأسلحة والذخائر^١.

إن حالات التحكيم في مسألة تتعلق بالنظام العام يمكن تمييزها كالتالي:

١ . حالات يكون عرض المسألة على غير قضاء الدولة مما يتعارض مع المصلحة العامة

وفي هذه الحالات، يكون التحكم ممتعاً أصلاً كما هو الحال بالنسبة لعرض مسألة ما إذا كان تاجر ما يشهر إفلاسه أم لا، ففي هذه الحالة يمتنع التحكيم، ويبطل حكم التحكيم ولو كان الحل الذي توصل إليه المحكم متفقاً مع صحيح القانون.

٢ . حالات يحول النظام العام دون أن يكون لإرادة الأفراد دور بشأنها.

وهي المسائل التي ليس للأطراف حرية التصرف بشأنها، ويمتنع التحكيم بشأنها بصفة مطلقة ، كمسائل الأحوال الشخصية فالاتفاق على عرض مسألة الأحوال الشخصية على التحكيم هو اتفاق يتعارض مع النظام العام.

ولهذا فإن اتفاق التحكيم بالنسبة لهذه المسائل يعتبر باطلاً، إذ ليس للأطراف سلطة التصرف بشأنها.

^١ د. باسمة دبّاس . مرجع سابق - ص ١٤٩ وما بعدها وراجع أيضاً في نفس الصدد : خالد عزت المالكي . التحكيم . مؤسسة النوري . دمشق ٢٠٠٣ ص ٣٨ وما بعدها

٣ . حالات لا يحول النظام العام دون وجود دور للإرادة فيها . ولكن النظام العام يرفض حل النزاع بشأنها بما يخالف النظام العام.

وفي هذه الأحوال، ما يهم النظام العام هو عدم حل النزاع على نحو يتعارض مع ما تقتضيه حماية مصلحة المجتمع ، فالأمر يتعلق بمصالح خاصة يمكن للأطراف التصرف بشأنها، ولا يتعارض مع النظام العام عرض ما يقوم بشأنها من نزاع على التحكيم وليس على قضاء الدولة، ولكن بشرط ألا يؤدي التحكيم إلى قضاء يتعارض مع النظام العام وفي هذه الحالات، إذا كان الحكم يتضمن مباشرة وبصفة رئيسة مخالفة تتعلق بالنظام العام فإن حكم التحكيم يكون باطلاً.

وعلى العكس فإنه رغم أن المنازعة تمس النظام العام أو تثير مسألة تتعلق به، أو تنكر بصفة ثانوية قاعدة تتعلق بالنظام العام، فإن حكم التحكيم إذا لم يخالف النظام العام يكون صحيحاً. فمخالفة النظام العام تأتي فقط من انتهاك حكم التحكيم لقاعدة من قواعد النظام العام، ويبقى اتفاق التحكيم صحيحاً رغم بطلان الحكم.

إن للتفرقة سالفه الذكر أهمية كبيرة بالنسبة لسلطة هيئة التحكيم فيما يتعلق بتحديد النطاق لاختصاصها، فإذا قدرت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم مخالف للنظام العام أي ظاهر البطلان فإنها تقرر عدم اختصاصها بنظر النزاع ، أما إذا كان اتفاق التحكيم غير مخالف للنظام العام، فإن هيئة التحكيم تكون مختصة وعليها ألا تخالف النظام العام في حكمها، وإذا احتوى الاتفاق على تحكيم جائز وتحكيم غير جائز، صح بالنسبة للشق الأول وبطل بالنسبة للشق الثاني وحده^١.

^١ د. فتحي والي . قانون التحكيم . مرجع سابق . ص ١٢٨ . ١٢٩

٢. موقف التشريعات الوضعية المقارنة والاتفاقات الدولية من مسألة القابلية للتحكيم:

هناك أنواع من النزاعات في مختلف القوانين لا يمكن إحالتها إلا على المحاكم القضائية وعليه فإن اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بهذه المنازعات باطل، وإذا اتفق في عقد ما على إحالتها إلى التحكيم فيكون هذا الاتفاق باطلاً، وإذا جرى التحكيم رغم ذلك فإن حكم التحكيم يكون قابلاً للإبطال. فهل حددت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية المسائل القابلة للتحكيم والمسائل التي لا تقبله؟.

إن الإجابة على هذا التساؤل يستلزم استعراض موقف هذه الأنظمة القانونية على النحو التالي :

أ . التشريعات الوضعية المقارنة ((التشريعات الوطنية)):

لم تتفق قوانين بلدان العالم حول المسائل التي تقبل و تلك التي لا تقبل التحكيم ، والمسائل التي تقبل التحكيم الداخلي هي غير التي تقبل التحكيم الدولي أو على الأقل فإن حقل المسائل القابلة للتحكيم الدولي هو أكبر بكثير من حقل المسائل القابلة للتحكيم الداخلي.

ويلاحظ أنه في أنظمة القوانين المدنية لا سيما فرنسا، كان التحكيم محظوراً في صدد طوائف معينة من العلاقات القانونية كمسائل الأهلية ، بينما اتجه الاجتهاد و الفقه في القوانين ذات الأصل الروماني على استبعاد التحكيم في الأمور ذات الصلة الجزائية أو الإدارية أو الضرائبية ومسائل الإفلاس والملكية الفكرية والنقد وقوانين العمل ،كما ذهب الفقه في أعراف القوانين الأنكلو أميركية الذي لايفرق بين القانون المدني والقانون التجاري إلى اعتبار المسائل التي لاتقبل التحكيم الدولي مقتصرة على الحالة الشخصية

والعلاقات ذات الطابع السياسي ، غير أن الاجتهاد في القوانين ذات الأصل الروماني عاد ففرق بين التجارة الداخلية والتجارة الدولية، والنظام العام الداخلي والآخر الدولي، واعتبر قابلاً للتحكيم المسائل المتعلقة بالتجارة الدولية، وأعطى للدولة معناً اقتصادياً وليس جغرافياً، إذ ربطه بما يوضع في ميزان مصالح التجارة الدولية^١.

ونخلص القول إلى أن قوانين العالم تنقسم إجمالاً فيما يتعلق بالمسائل القابلة للتحكيم بين:

١. قوانين تعتبر اللجوء إلى التحكيم هو القاعدة، والاستثناء وارد على سبيل الحصر وفي أضيق نطاق، كقوانين الدول الأنجلو أمريكية والدول الاسكندنافية و سويسرا وهولندا.

٢. قوانين حذرة من التحكيم، بحيث تعتبره منافساً للقضاء، وتتشدّد في المسائل القابلة للتحكيم، كدول أمريكا اللاتينية والدول العربية وإيران.

٣. الأنظمة القانونية التي أخذ فيها الاجتهاد دوراً مهماً في توسيع الأمور التي تقبل التحكيم، كفرنسا وإيطاليا واليابان^٢.

^١ د ناريمان عبد القادر - اتفاق التحكيم - مرجع سابق - ص ٢٥٩

^٢ المرجع السابق - ص ٢٦٠

ب . الاتفاقيات الدولية:

١ . اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٣ : كانت اتفاقية جنيف المعقودة في ظل عصبة الأمم عام ١٩٢٣/ تعتبر المسائل القابلة للتحكيم هي المتعلقة بالتجارة، وترجع كل دولة متعاقدة إلى قانونها الذي يحد مفهوم وحقل التجارة.

٢ . اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ : لم تتمكن اتفاقية نيويورك من وضع قاعدة دولية موحدة تحدد المسائل التي يجوز التحكيم فيها ، وتلك التي لا يجوز فيها ذلك، فقد عجزت عن وضع قائمة شاملة لتلك المسائل غير القابلة للتحكيم رغم أن هذه الاتفاقية قد جعلت المسألة القابلة للتحكيم أثراً حاسماً في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين.

ورفضت الاتفاقية إقحام فكرة النظام العام في هذا الحقل، كما امتنعت عن إعطاء تعريف لمفهوم التجارة، متخذةً موقف صريح من هذا الأمر إذ تجعل حكم التحكيم غير قابل للتنفيذ في حال كون قانون البلد المطلوب الاعتراف أو التنفيذ بواسطة قضاؤه لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

فيجب إذن العودة إلى قانون الدولة التي يُطلب من قضائها التنفيذ لمعرفة ما إذا كان هذا القانون يعتبر النزاع ناشئاً عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية.

إن الاتجاه في فقه واجتهاد التحكيم الدولي الصادر في ظل اتفاقية نيويورك يميل إجمالاً نحو تضيق حقل المسائل التي لا يجوز التحكيم بشأنها ، لابل إن فقه واجتهاد القوانين المدنية والأنجلو أمريكية يتجه إلى حصر عدم إجازة التحكيم في الأمور السياسية وأمور الحالات الشخصية فقط، بحيث يكاد يصبح بالإمكان إحالة أي موضوع آخر للتحكيم الدولي.

٣. القانون النموذجي ((Model Law)):

لم يشر القانون النموذجي إلى المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها وترك هذا الأمر تحدده كل دولة حسب نظامها القانوني وتحدد الإطار الذي يمكن أن يجري التحكيم في دائرته أن يكون هذا الإطار محدوداً بدائرة النظام العام فيها.

ومن جهة أخرى فإنه إذ يشترط القانون النموذجي أن يكون التحكيم تجارياً ودولياً فإنه يكفي بإعطاء تعريف لمفهوم التجارة الدولية فينص أنه ينبغي تفسير مصطلح التجاري تفسيراً واسعاً، بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أم غير تعاقدية.

وبعد أن يضع القانون النموذجي هذه القواعد يعود فيدخلها كلها في صندوق الاحتياط ويرجّح أي قانون آخر، كالقانون المطبق على التحكيم أو قانون محكمة التنفيذ لتحديد ما إذا كان موضوع النزاع يقبل التحكيم أم لا ، بحيث لا يرجع إلى هذه القواعد إلا إذا لم يكن القانون المطبق أو قانون محكمة التنفيذ يخالفان هذه القواعد، وبالتالي فهي لا تنطبق إلا على سبيل الاحتياط.^١

٣- المعايير الحديثة في تحديد قابلية المنازعات للتحكيم:

إن اشتراط القابلية للتحكيم يأتي من ضرورة حماية المصلحة العامة التي تشكل جوهر النظام العام، غير أن الفقه والاجتهاد القضائي والتحكيمي اتجها نحو ضرورة النأي بمسألة القابلية الموضوعية للتحكيم عن معيار النظام العام وتبني مفاهيم حديثة لمعايير القابلية للتحكيم تتلاءم وخصوصيات التحكيم وبشكل خاص الدولي منه، وشدداً على

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٦٠ وما بعدها.

ضرورة اعتماد معايير حرية التصرف بالحقوق والطابع المالي للنزاع والصلاحية الخاصة لسلطات الدولة الإدارية والقضائية، حيث أنه واستناداً إلى تفسيرات حديثة للمادة /٢٠٥٩/ مدني فرنسي فقد عمد الفقه والقضاء الفرنسيان إلى تبني معيار جديد لتحديد قابلية المنازعات للتحكيم وهو معيار حرية التصرف بالحقوق، كما أن بعض التشريعات الليبرالية الحديثة كالتشريعين السويسري والألماني، لحظت معياراً آخر يتسم بالليبرالية المفرطة، وهو معيار الطبيعة المالية للنزاع ، وبالإضافة للمعيارين السابقين فإن جميع الدول تحد من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في بعض المنازعات، لأنها ترى وجود مصلحة هامة تحتم أن تنتظر بها إحدى السلطات العامة التابعة لها، وهذا ما يسمى بالاختصاص الحصري لسلطات الدولة، وبناء على ما سبق فإننا سنعرض على مفهوم هذه المعايير بشيء من الإيجاز وموقف بعض التشريعات الأوروبية والعربية منها.

أ- معيار حرية التصرف بالحقوق:

إن الحق يكون قابلاً للتصرف فيه عندما يكون بإمكان حائزه أو صاحبه التفرغ عنه ببيعه أو التنازل عنه، فالحق يكون ممكناً التصرف به عندما يكون بالإمكان القيام بعمل تصرفي بشأن موضوعه، واتفاق التحكيم باعتباره عملاً تصرفياً يتطلب أن يكون لدى من يود إبرامه حرية التصرف بحقوقه.

إن المادة /٢٠٥٩/ من القانون المدني الفرنسي تؤكد ذلك حيث تنص على أن :

((كل الأشخاص يمكنهم اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالحقوق التي يملكون حرية التصرف بها))،

ولا يقتصر الأمر على القانون الفرنسي، حيث أن القضاء البلجيكي يتبنى في المادة /١٦٧٦/ نفس المعيار.

ويذهب القانون الألماني في ذات الاتجاه بموجب التعديلات التي أدخلت على قانون أ.م.م سنة /١٩٩٧/ فبالإضافة إلى تبنيه معيار الطبيعة المالية للنزاع، تبني أيضاً معيار حرية التصالح على موضوع النزاع، أي حرية التصرف بالحقوق وذلك في المادة /١٠٣٠/ أ.م.م ألماني حيث تنص على أن :

((كل نزاع ذو طبيعة مالية يمكن أن يكون موضوع اتفاقية تحكيم، اتفاقية التحكيم التي تتعلق بمنازعات ذات طبيعة غير مالية تنتج آثارها القانونية عندما يكون للأطراف الحرية بالمصالحة على موضوع النزاع)).

أما القانون اللبناني وعلى غرار معظم القوانين العربية تقريباً فقد تبني مبدأ التحكيم في المواضيع القابلة للصلح أي تبني معيار جواز المصالحة لتحديد نطاق القابلية للتحكيم، فهل يعني ذلك أنه تبني معيار حرية التصرف بالحقوق؟

إن الرجوع إلى مضمون وروحية النصوص المتعلقة بالموضوع لا سيما المواد ٧٦٢-٧٦٥/ أ.م.م لبناني والمادة /١٠٣٦/ من قانون الموجبات والعقود^١ ، نجد أن نصوصها تسمح بتجاوز تعبير قابلية النزاع للصلح إلى جواز المصالحة، حيث أنه يجب على من يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتفرغ مقابل عوض عن الأموال التي تشملها المصالحة، فأهلية التصرف المشروطة في هذه المادة لإبرام عقد المصالحة هي ذاتها أهلية التصرف المشروطة في نصوص القوانين المدنية العربية.^٢

^١ يقابلها نص المادة /٥١٨/ مدني سوري و/٥٥٠/ مدني مصري و/٦٩٩/ مدني عراقي

^٢ د. زياد بردان - مرجع سابق - ٢٠٠٤ - ص ١٦٦.

ونشير إلى أن بعض التشريعات العربية قد تبنت معيار حرية التصرف بالحقوق إلى جانب معيار جواز المصالحة وهذا واضح من نص المادة /١١/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤ وكذلك من نص المادة /٩/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨^١.

ونقول ختاماً إن البعض يأخذ على هذا المعيار أنه يتعلق بالقابلية الشخصية للتحكيم من خلال توافر أهلية التصرف في الشخص الذي يود إبرام اتفاق التحكيم .

وإن الرد على ذلك يكون بالقول إن هذا الخلاف ما هو إلا اختلاف في الزاوية التي يُنظر منها، فبدلاً من اعتماد الزاوية التي تركز على أهلية الشخص للتصرف بالحق، نعتمد الزاوية التي تركز على الحق ذاته، فإذا كان قابلاً للتصرف فيه فإنه يمكن التحكيم بشأنه^٢.

ب- معيار الطابع المالي للنزاع:

يعني هذا المعيار أن كل نزاع ذا طابع مالي يكون قابلاً للتحكيم، وبمعنى آخر فإن كل نزاع يمكن تقويمه بمال يمكن أن يكون موضوع اتفاق تحكيم.

يعد هذا المعيار أحد ثمار تطور الفكر القانوني المتعلق بالتحكيم، وقد تم تبنيه في عدد من الدول التي عمدت إلى تطوير أنظمتها القانونية الخاصة بالتحكيم، وذلك بغية

^١ تنص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على أنه ((لا يجوز الاتفاق على التحكيم للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي لا يملك التصرف في حقوقه ، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح .)) كما تنص المادة ٩ من قانون التحكيم السوري في فقرتها الأولى على أنه ((لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه وفقاً للقانون الذي يحكم بأهليته))
^٢ د. زياد بردان -التحكيم والنظام العام - مرجع سابق- ص ١٧٥

جعلها أكثر ليبرالية، ومن هذه الدول من قصر نطاق تطبيق هذا المعيار على التحكيم الدولي، ومنها من مده إلى التحكيم الداخلي بالإضافة إلى التحكيم الدولي.

فالمشرع السويسري لحظ في الفقرة الأولى من المادة /١٧٧/ من القانون الدولي الخاص السويسري أن كل قضية ذات طابع مالي يمكن أن تكون موضع تحكيم^١، فهذا المشرع يستبعد فقط في إطار التحكيم الدولي وحده المنازعات ذات الطبيعة غير المالية، أما في إطار التحكيم الداخلي فيتبنى معيار حرية التصرف بالحقوق والاختصاص الحصري للمحاكم^٢.

أما المشرع الألماني فيعتمد معيار الطابع المالي للنزاع في التحكيمين الداخلي والدولي حيث يعتمد كمعيار أساس ويعتمد معيار حرية التصرف بالحقوق ((التصالح على موضوع النزاع)) كمعيار ثانوي احتياطي^٣.

وعلى صعيد التشريعات العربية فقد رأى جانب من الفقه أن المشرع المصري تبنى معيار الطابع المالي للنزاع من خلال ما ورد في نص المادة /٢/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤^٤، بينما يعارض آخرون هذا الاتجاه باعتبار أن

^١ Toute case de nature patrimoniale peut fair L'objet d'un

^٢ وفق ما ورد في المادة /٥/ من الشريعة الخاصة بالتحكيم فيما بين الكانتونات السويسرية المسماة : concordate inter cantonal sur l'arbitrage

^٣ وتنص المادة /١٠٣٠/ أ.م.م ألماني على أن كل نزاع ذي طبيعة مالية يمكن أن يكون موضوع اتفاق تحكيم، وإن اتفاق التحكيم الذي يتناول نزاعات ذات طبيعة غير مالية ينتج آثاره القانونية عندما يكون الأطراف أحراراً بالتصالح على موضوع النزاع -راجع د. زياد بردان- مرجع سابق- ص ١٧٥

^٤ تنص المادة /٢/ من قانون التحكيم المصري على أنه ((يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية.....))

المادة المذكورة تتعلق بتكليف التحكيم وبيان الحالات التي يكون فيها التحكيم تجارياً أو غير تجاري، وليس بتحديد المنازعات القابلة للتحكيم^١.

ج- معيار الاختصاص الحصري للسلطات العامة:

يقصد بهذا المعيار استبعاد التحكيم في المسائل التي يقرر المشرع بأن اختصاص البت فيها يعود للسلطات التابعة للدولة، القضائية أو الإدارية، وفي معظم الأحيان يكون هذا الاختصاص للسلطات القضائية أما المشرع غالباً ما ينص على أن يكون النظر في بعض القضايا من اختصاص المحاكم التابعة له.

ويوجد العديد من التشريعات المتعلقة بالتحكيم قد تبنت هذا المعيار كمعيار ناظم لمسألة القابلية للتحكيم، ومنها التشريع السويسري في المادة ٥/ من قانون التحكيم المعمول به في الكانتونات السويسرية.

ويرى البعض أن الطابع الأمر لاختصاص المحاكم لا يؤثر على التحكيم فالمحكّمين غير معنيين مبدئياً بالتنظيم القضائي، وبالتالي فإن مسائل الاختصاص التي يراها هذا التنظيم تظل غريبة عنهم، إذ يستمدون حقهم في القضاء من صلب اتفاق التحكيم وليس من التنظيم المذكور، فإسناد الاختصاص الحصري للقضاء يعبر فقط عن إرادة المشرع بمنع إخضاع النزاع لقضاء رسمي آخر، ولا يتعارض هذا بالضرورة مع إخضاعه للتحكيم الذي يقع على هامش التنظيم القضائي.

ومؤدى ذلك أن التحكيم لا يجب منعه تلقائياً بمجرد أن موضوع النزاع من اختصاص محاكم الدولة، ذلك أن المنع التلقائي للتحكيم بسبب الاختصاص الحصري لقضاء

^١ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ١٧١.

الدولة يؤدي إضافة إلى تطبيق قواعد الاختصاص القضائي على التحكيم -علماً أن هذا الأخير لا يدخل ضمن إطار التنظيم القضائي للدولة- إلى الحد من اللجوء إلى التحكيم بسبب تعدد أنواع القضاء ذات الاختصاص الحصري، فتكاثر القضاء الاستثنائي المتميز باختصاصات حصرية سيقود إلى إقصاء التحكيم من عدة مجالات.

يرى البعض أنه يجب التمييز بين الاختصاص الأمر والاختصاص الحصري لمحاكم الدولة بالنسبة لمسألة القابلية للتحكيم، وأن الإسناد الحصري للاختصاص لا يكفي لاستبعاد التحكيم بل يجب أن يكون هناك اختصاص أمر، أي أن وجود قاعدة آمرة لمصلحة قضاء ما ستؤدي بصورة غير مباشرة إلى إقفال طريق اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي تدخل في اختصاصه.

إن الاجتهاد القضائي السويسري وعلى الرغم من تبني المشرع السويسري لمعيار الطبيعة المالية للنزاع للاعتراف بالقابلية للتحكيم على الصعيد الدولي، فقد أخذ بمعيار الاختصاص الحصري في عدة قضايا نظراً للارتباط بين المعيار المذكور والنظام العام.

وأيضاً اتجه الاجتهاد القضائي اللبناني إلى الأخذ بمعيار الاختصاص الحصري وقضى بعدم القابلية للتحكيم في حال النص على اختصاص حصري لمحاكم معينة وذلك في معرض معالجة بعض المنازعات المتعلقة بقضايا العمل والتمثيل التجاري . أما في القانون الفرنسي فتوجد بعض السلطات الإدارية التي تتمتع باختصاص حصري

لنظر بعض المنازعات ، كسلطات البورصة^١ ، وكذلك الأمر في قضايا مكافحة الاحتكار^٢ .

^١ تتمتع هذه السلطات باختصاص حصري في نظر المنازعات المتعلقة بتقدير صحة شروط العرض العام للشراء، بحيث لا يكون للمحكم إعلان بطلان مثل هذه الشروط

^٢ د. زياد بردان - مرجع سابق - ص ١٨٤-١٨٥ .

المبحث الثاني

سلطة هيئة التحكيم في تحديد نطاق اختصاصها

" مبدأ الاختصاص بالاختصاص "

إن إعطاء هيئة التحكيم الحق في الفصل في مسألة اختصاصها وتحديد نطاق هذا الاختصاص على الصعيد الشخصي والموضوعي يعتبر من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم ، وإن نفي سلطة هيئة التحكيم في البت في مسألة اختصاصها يعني إعادة النزاع إلى المحكمة المختصة وإصابة عملية التحكيم في مقتل، ورفع سلطات المحكم في تسوية النزاع بمجرد إثارة الظن حول صحة أو نطاق اتفاق التحكيم، لذا كان لا بد من التعريف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وبيان مضمونه والأساس الذي تم الارتكاز عليه في منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها مع بيان موقف النظم القانونية المعنية بالتحكيم من منح هيئة التحكيم هذه السلطة ، وسنبين أثر مبدأ الاختصاص ودوره في استبعاد اختصاص قضاء الدولة من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من خلال منح هيئة التحكيم الأولوية في البت في مسألة اختصاصها ، حيث سنعالج ماسبق ذكره من مسائل في مطلبين فنيين مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص وأساسه والاتجاهات الداخلية والدولية من اعتماد هذا المبدأ في المطلب الأول وأثر مبدأ الاختصاص على القضاء الوطني في المطلب الثاني وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : مفهوم مبدأ الاختصاص وأساسه والاتجاهات في تقريره

المطلب الثاني : أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص على القضاء الوطني

((تنازع الاختصاص بين القضاء والتحكيم))

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص وأساسه و الاتجاهات في تقريره

إن بيان مفهوم مبدأ الاختصاص يستلزم بيان الخصائص العامة لهذا المبدأ ومحتواه من خلال قراءته ومعرفة بنائه ومفرداته ، وإن صح التعبير الكشف عن سيرته الذاتية وما يقدمه من أحكام تلعب دور بارز في نجاح عملية التحكيم ، وبيان الأساس الذي يركز عليه هذا المبدأ ويلقى فيه مصدره ومبداه ثم سنعرض مدى اعتماده من الأنظمة القانونية المعنية بالتحكيم على الصعيدين الداخلي والدولي ، وعليه سندرس ماسبق وفق التقسيم التالي :

أولاً: التعريف بمبدأ الاختصاص وتأصيله

ثانياً: أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومستنده

ثالثاً: موقف التشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية من مبدأ الاختصاص

أولاً- التعريف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وتأصيله:

إن البحث في مضمون مبدأ الاختصاص، ليس مسألة نظرية بحتة ولا ضرب من ضروب الترف العلمي، بل إن هناك نتائج بالغة الأهمية من الناحية العملية تترتب على معرفة مضمون مبدأ الاختصاص ، ويقتضي التمهيد لهذا المضمون بما يثيره المبدأ من مفاهيم وما يُقرن به من مسائل، بيان ماهية هذا المبدأ ومعرفة منشأه.

١ - مبدأ الاختصاص بالاختصاص لغةً واصطلاحاً:

لا بدّ بدايةً من توضيح هذا المبدأ من زاوية المصطلح اللفظية قبل الزاوية القانونية باعتبار أن تركيبة اللفظ بحد ذاتها توحى بغموض وعدم شفافية، وهذا على عكس ما لو أننا ذكرنا بعض المبادئ القانونية الأخرى، فإن الغالب منها يُستشف من ألفاظها ما تتضمنه هذه المبادئ من مفاهيم، كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أو الغرم بالغنم.

فالمبدأ هو الحال والنشأة، وهو القاعدة الأساسية التي يعقد عليها الأمر ولا يخرج عنها، وهو مادة الشيء التي يكون منها، ويقول ابن سينا أن المبدأ هو كل ما يحصل منه وجود شيء آخر ويقوم به.

أما الاختصاص: أي أنه اختصّه بالشيء أي خصّه به ، وخصّص تعني خصّه بكذا واختصّه فاختصّ به ^١ ، وفي القرآن الكريم " يختصّ برحمته من يشاء والله ذو الفضل العظيم " ^٢.

^١ الإمام الزمخشري أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، أساس البلاغة ، دار الكتب العلمية،

بيروت ، ١٩٩٨ ص ١٦٤

^٢ سورة آل عمران الآية ٧٤

أما بالاختصاص: فالباء هنا تفيد المصاحبة كون هذه الفائدة ألصق بالدلالة على المعنى المراد، فلفظ الاختصاص الأول يصاحبه الاختصاص الثاني دوماً وأبداً دون افتراق، فإما يتحققان معاً وإما يغيبان معاً، ولفظ الاختصاص الثاني في المصطلح قد يجيء بدون اقتران مع الباء فيكون هكذا (اختصاص الاختصاص) وهذا لا يختلف من ناحية اللغة عن ذي سابق، بل هو أبلغ، لماذا؟ لأنه يذكر اللفظ بشكل متتابع مع تعريف الثاني بأل التعريف (اختصاص الاختصاص) حيث يتضح لنا من اللفظ أن الاختصاص الثاني نعقل منه الاختصاص ثم يفضي بنا هذا الاختصاص إلى اختصاص آخر وهو اللفظ الأول، فهو اختصاص أدق من الاختصاص الثاني ومستغرق به.^١

يمكن القول أن مبدأ الاختصاص يفتقر إلى تعريف اصطلاحي من قبل التشريع والقضاء، أما في الفقه فنجد التعريف يقتصر على ذكر موضوع مبدأ الاختصاص في سلطات المحكم، والمعلوم أن تعريف الشيء يختلف في مدلوله عن الموضوع، حيث يبين الأول ماهية الشيء والثاني وظيفته، ومن هذه التعاريف لهذا المبدأ نورد الآتي:

- "إن لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه".^٢

^١ د.أنور علي أحمد الطشي - مرجع سابق - ص ٣٥

^٢ د هدى عبد الرحمن - دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطانه-دار النهضة العربية - ١٩٩٧ -

- " مبدأ الاختصاص يعني أن يكون للمحكم السلطة بالبت في كل مسألة تتعلق باختصاصه أي البت في المنازعات المتعلقة بوجود وصحة اتفاقية التحكيم ونطاقها من حيث الأشخاص أو المواد".¹

نلاحظ أن هذه التعاريف متقاربة مع بعضها ويؤخذ عليها أنها قريبة إلى بيان الوظيفة أكثر من بيان الماهية، وأنه من المعلوم أن أهم مزايا التعريف هي حسن الدلالة والشمول بجانب الاختصار والتحديد.

ويمكن القول إن أكثر تعريف يوضح الرؤية تجاه ماهية هذا المبدأ هو التعريف التالي:

" إن مبدأ الاختصاص هو حق المحكم في تكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه وتأكيده ذلك بحكم مع أعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقاً".

فمعنى "حق المحكم": أي أن المحكم قد يقوم ببحث مسألة الاختصاص من تلقاء نفسه ولا ينتظر حتى يمنعه الأطراف أو يقرر القانون الواجب التطبيق صلاحية ذلك.

"في تكوين عقيدته": أي أن تكون له الكلمة الأولى في تحديد اختصاصه.

" حول تحديد اختصاصه": أي أن يحدد إما اختصاصه بالنزاع أو عدم اختصاصه بما يتراءى له المستندات والأوراق المطروحة بين يديه.

"وتأكيد ذلك بحكم": أي أن المحكم لا يكتفي بتكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه فقط بل لا بد من إعلان ذلك بحكم صادر منه وقبل الشروع بالنزاع، وبعد كل مسألة تثار أثناء النزاع وفي أية لحظة تحتم ذلك.

¹ د. زياد بردان - مرجع سابق- ص ٤٦١

"مع إعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقاً": يعني أن على المحكم أن يفهم أن حكمه يجب أن يقوم على أساس صحيح ، وإلا فإن المحكمة المختصة سوف تحكم ببطلانه فما زالت هي صاحبة الكلمة الأخيرة.^١

٢ - تأصيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يستخدم الفقه عادةً للتعبير عن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه الألفاظ الألمانية المستخدمة من قبل الفقه الألماني والمعروفة بـ (Kompetenz - Kompetenz) ، والواقع أن المعنى الحقيقي للمصطلح (Kompetenz- Kompetenz) لم يتم إلقاء الضوء عليه مطلقاً على الرغم من أهمية تلك المسألة في تحديد المقصود بفكرة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، إذ أنه من الثابت أن المصطلح القانوني الألماني المذكور يضيف على هذا التعبير معنى مختلف عن المعنى الذي يُضفى عليه في أدبيات التحكيم الدولي ، فالمصطلح (Kompetenz- Kompetenz) يعني سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه ودون الخضوع إلى أية رقابة قضائية، صحيح أن هذه السلطة المقررة للمحكم تم رفضها سواء في ألمانيا أو في غيرها من الدول، ومع ذلك فإن التناقض يبقى قائماً من ناحية الموضوع.

فمن هذه الزاوية الأخيرة فإن مسألة تحديد ما إذا كان قضاء الدولة يتعين عليه أن يمتنع عن النظر في المنازعة حتى ينتهي المحكمون من الفصل في مسألة اختصاصهم، والتي تشكل الجانب السلبي لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، من المسائل المتنازع عليها في ألمانيا.

^١ راجع د. أنور على الطشي - مرجع سابق - ص ٣٩.

ونظراً للصعوبات المتقدمة ولما يثيره المصطلح الألماني من خلط ولبس، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى تحاشي استعمال المصطلح الألماني (Kompetenz-Kompetenz) واستخدام مصطلح (competence - compétence) الذي يشير إلى اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، والواقع أن تلك الرغبة تتماشى مع ما ذهب إليه الفقه السويسري المدرك للفروق الدقيقة القائمة بين القوانين الوطنية، والذي أشار مبكراً إلى عدم ملائمة استخدام مصطلح (Kompetenz - Kompetenz) نظراً للمعنى الخاص الذي يستوعبه هذا المصطلح في القانون الألماني¹.

من الملاحظ أن القانون الفرنسي عندما عبر عن سلطة المحكم في التصدي لبحث اختصاصه قد استخدم لفظ ((الولاية-Investiture)) ، وليس ((الاختصاص - competence)) وهذا يثير التساؤل حول الذي قصده المشرع الفرنسي، فهل يتحد لفظا الولاية والاختصاص في مدلولهما القانوني؟.

يرى البعض أن اتفاق التحكيم هو الأساس القانوني لمنح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه، وهذا الاتفاق هو الذي يمنح قضاء التحكيم وجوده واختصاصه، ويعد تصدي المحكم لصحة اتفاق التحكيم فصلاً في ولايته وليس اختصاصه، بينما انتهت بعض الأحكام إلى التفرقة بين اختصاص المحكم وولايته، حيث قصرت فكرة الاختصاص على نطاق سلطات المحكم دون أن تمتد إلى صحة العمل المسند إليه والذي عبرت عنه بالولاية، وترتيباً على ذلك يكون للمحكم سلطة التصدي للدفع المتعلقة باختصاصه طبقاً لنطاق اتفاق التحكيم، أما المنازعة في أصل التصرف ذاته

¹ د. حفيظة حداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٢٨-٢٢٩.

فتخرج عن نطاق اختصاصه ويلتزم المحكم بوقف سير الإجراءات لحين حسمها، غير أن هذه التفرقة غير دقيقة، فعدم اختصاص المحكم يعد عيباً في ولايته أيضاً^١.

ففي مجال التحكيم يتحد لفظا الولاية والاختصاص فإذا كانت لهيئة التحكيم ولاية فهي صاحبة الاختصاص بنظر النزاع وبحث كافة الاعتراضات التي تثار حول وجود وصحة اتفاق التحكيم أو حتى نطاق أعماله، بعكس القضاء فقد يكون للمحكمة ولاية نظر المنازعة أصلاً إلا أنها غير مختصة بنظر هذا النزاع بالذات

وكما ذهب البعض فإن مصطلح الولاية ليس من شأنه إثارة الشك حول فكرة الاختصاص التحكيمي أو حدودها^٢.

إنه وبمراجعة قانون التحكيم السوري وقانون التحكيم المصري نجد أن هذه القوانين قد أعطت لهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ويمكن القول أن صياغة المواد القانونية في تلك القوانين ترجح معنى الاختصاص وليس الولاية^٣.

بمعنى أن المحكم لا يملك بحث صحة العقد الأصلي، إلا أن مقتضى التصدي لبحث هذه الدفوع يستلزم حتماً التطرق للعقد الأصلي.

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٦

^٢ د. محمد نور شحاته - مرجع سابق - ص ١٠٨.

^٣ راجع المادة /٢٢/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ ١٩٩٤ المقابلة للمادة /٢١/ من قانون التحكيم السوري رقم ٢٠٠٨/٤

ونخلص إلى القول بأن الاعتراف بوجود اختصاص تحكيمي للمحكم لا يقف عند حد الاعتراف للمحكم بسلطة أو صلاحية الفصل في النزاع فقط بل وفي أساس ونطاق اختصاصه أيضاً، وبصفة عامة في كل المنازعات التي تثار في الخصومة، فلا يقصد بسلطة المحكم بالفصل في اختصاصه، سلطة فقط التصدي للاعتراضات التي تثار بشأن اختصاصه وإنما تقع على عاتقه مهمة تقرير اختصاصه كمسألة تمهيدية قبل الفصل في النزاع حتى ولو لم ينازعه الخصوم^١.

ثانياً- أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومستنده:

يقصد بأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص الفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ ومعرفة أصل قيامها وتبريرها، والمصدر الذي تتبع منه، وقد تعددت الاتجاهات في البحث عن أساس مقبول لمبدأ الاختصاص وانقسم الرأي في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات، اتجاه يرى أن الأساس اتفاقي والثاني يرى أن الأساس تشريعي والثالث يرى أن الأساس فني، وعليه سنعرض المقصود بهذه الاتجاهات من جهة أولى، كما سنبين مدى ارتباط مبدأ الاختصاص بالاختصاص بمبدأ استقلالية شرط التحكيم من جهة ثانية.

١- الأساس الاتفاقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يرى جانب من الفقه أن مبدأ الاختصاص يجد أساسه ومصدره الروحي في استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أي يجد أساسه في مبدأ استقلالية شرط التحكيم ويرى

^١ د. هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- ص ٦٧ .

أن قاعدة الاختصاص بالاختصاص متفرعة عن مبدأ الاستقلالية، وأن مبدأ الاختصاص من المبادئ المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وأن من نتائج مبدأ الاستقلالية إعطاء المحكم سلطة النظر في مسألة اختصاصه ومن ثم الاستمرار في إجراءات التحكيم.

ويقول في ذلك الأستاذ عبد الحميد الأحذب^١ :

((..... بالطبع لولا استقلالية اتفاق التحكيم لما كان بإمكان المحكم أن يكون له الاختصاص للنظر باختصاصه، فبفضل قاعدة الاستقلالية فإن العيوب المنسوبة للعقد الأساسي تفقد كل أثر مباشر لها على اتفاقية التحكيم التي تبقى صحيحة وتعطي بالتالي للمحكم اختصاص النظر بالنزاع، ولا تعود هناك أية حجة من عدم اختصاص المحكم قائمة نتيجة الدفع بعيوب العقد الأصلي المتفرع عنه البند التحكيمي)).

إن هذا الجانب من الفقه الذي تبنى الأساس الاتفاقي لمبدأ الاختصاص يرى أن شرط التحكيم هو عقد داخل العقد الأصلي ومستقل عنه، ولو اعترى هذا الأخير شيء فإنه لا مانع من فصل المحكم في مسألة اختصاصه بناء على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بالإضافة إلى أن مبدأ الاستقلالية يمنح المحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، فلا يمكن إيعاز ذلك إلى العقد الأصلي فمن غير المنطقي أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته^٢.

حيث يثور تساؤل أساسي حول ما إذا كان من سلطة المحكم النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي أم ينبغي إحالة هذه المنازعات إلى القضاء العادي؟،

^١ أ. عبد الحميد الأحذب - موسوعة التحكيم في البلاد العربية - جزء ٢ - دار المعارف - مصر ١٩٩٨ - ص ١٥٦-١٥٧

^٢ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٦٩

فإذا قيل بتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي وجب حرمان المحكم من نظر الادعاء في بطلان هذا العقد، إذ من غير المقبول أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطته، وإذا قيل باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد ارتفع هذا الحرج وجاز للمحكم نظر المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه وإنما من اتفاق التحكيم المستقل عنه.^١

إنه وبالرغم من انبثاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص عن مبدأ الاستقلالية، فإن هذا الفقه لا يرى إمكانية الاستغناء عن مبدأ الاختصاص باعتماد قاعدة الاستقلالية، إذ لكل منهما وظيفته المستقلة فإذا كانت قاعدة الاستقلالية تجيز للمحكم عدم الوقوف عند الاعتراض المتمثل بوجود عيوب في العقد الأساسي، وإن وجد أن هذه العيوب صحيحة، وبالتالي متابعة إجراءات التحكيم، إلا أن المسألة تكون على العكس من ذلك عندما يكون الاعتراض مرتكزاً على عيب في اتفاق التحكيم، فالاستقلالية ليست قادرة وحدها على مواجهة مثل هذا الاعتراض، الأمر الذي يقتضي توافر قاعدة أخرى قادرة على مواجهته وقد تمثلت هذه القاعدة بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يُبقي للمحكم اختصاصه - على الرغم من الطعن باتفاق التحكيم - بالنظر بمثل هذه الطعون وأن يبت فيها وبصدر قراره في ضوء النتائج التي يتوصل إليها.^٢

وهذا ما اتجه إليه جانب من الفقه الذي رأى اختلاف في طبيعة كل من المبدئين عن بعضهما لجهة طبيعة ونطاق الوظيفة التي يقومان بها بل ذهب البعض إلى أبعد من ذلك وصولاً إلى القول بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس له علاقة مباشرة أو

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣٣٣.

^٢ د. زياد بردان - مرجع سابق - ص ٤٦٤.

غير مباشرة بمبدأ استقلالية التحكيم، فمبدأ الاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، وآية ذلك ما يلي:

أولاً: إن كل من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص يعمل في مجال مختلف عن المجال الذي يعمل فيه الآخر، حيث أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يجد مجاله عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، في حين أن مبدأ الاختصاص يجد مجاله عند البدء بإجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة هذا الاتفاق.

وعليه فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يأتي في مرحلة لاحقة يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر، أي أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعد مسألة أولية بالنسبة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

فالمحكم يتصدى للفصل في مسألة اختصاصه عندما يدفع أمامه أحد الأطراف ببطان اتفاق التحكيم أو فسخه أو انقضائه، أي يفصل في مسألة اختصاصه قبل أن ينظر في حقيقة ذلك الادعاء بالنظر لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم .

فمبدأ الاختصاص بالاختصاص يخول هيئة التحكيم الاستمرار في أداء مهمتها وذلك حتى في الفرض الذي يتمسك فيه أحد الأطراف بعدم وجود وصحة اتفاق التحكيم ذاته ولأسباب تتعلق بصورة مباشرة بهذا الاتفاق.

ثانياً: إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يختلف عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك للحفاظ عليه من أي عيب قد يلحق بالعقد الأصلي لضمان تحقيق

فعاليته، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها أيّاً كان سبب الدفع بعدم الاختصاص.^١

٢ - الأساس التشريعي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص :

يرى جانب من الفقه أن أساس مبدأ الاختصاص هو القانون الواجب التطبيق، ولقد تميز هذا الاتجاه بتعدد أدلته ومناقشة أدلة الاتجاه الأول.

ومذهب هذا الاتجاه أن مبدأ الاستقلال ومبدأ الاختصاص بينهما علاقة جزئية بسيطة، وعند التحدث عن هذه العلاقة لا بد من العناية الفائقة مع توخي عدم الخلط بينهما، فمبدأ الاستقلال ليس أساس مبدأ الاختصاص بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين والذي يستمد اتفاق التحكيم قوته منه، إنما يستمد مبدأ الاختصاص أساسه من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم وبصفة عامة من قوانين التحكيم لدى مجموع الدول التي من المحتمل أن تمنح المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه.^٢

حيث يرى أنصار الأساس التشريعي لمبدأ الاختصاص إن إيعاز مبدأ الاختصاص إلى استقلال اتفاق التحكيم كأساس له قد يؤدي إلى نتائج غير منطقية أو قد يظهر عجز في معالجة بعض الحالات نذكر منها:

(١) إن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يمكن أن يفسر أسباب استمرار المحكم في حالة بطلان اتفاق التحكيم وإصدار الحكم بعدم اختصاصه، باعتبار أن هذا التفسير إنما يملكه مبدأ الاختصاص الذي يتم إعماله في حالة بطلان

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٣٣٠-٣٣١.

^٢ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٧٠ وما بعدها.

اتفاق التحكيم ومن ثم استمرار المحكم في أداء مهمته رغم البطلان المذكور.^١

(٢) إن مبدأ الاستقلالية يعجز عن تبرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه عندما يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي وأخذاً شكل المشاركة، بالإضافة لأنه في حالة بطلان اتفاق التحكيم فإن سلطة المحكم ستتعدم تماماً حيث يفقد المحكم أساس وجوده وسلطاته، كما أنه يتعذر الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على إطلاقه، فهناك حالات يبطل فيها اتفاق التحكيم عندما يكون العقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً كما في حالة مخالفة موضوع العقد الأصلي للنظام العام، ففي مثل هذه الفروض لا يملك المحكم التصدي لنظر النزاع رغم استقلالية اتفاق التحكيم^٢، هذا عدا عن أن مبدأ الاستقلالية لا يستطيع أن يبرر سلطة المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه في حالات الاعتراض الجزئي على الاختصاص، أي عند اعتراض أحد الخصوم على دخول النزاع المثار ضمن بنود اتفاق التحكيم.

(٣) إن متعلق كل من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص مختلف عن الآخر، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يتعلق بمسألة موضوعية تحقق التمييز بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي، أما

^١ د. حفيظة السيد حداد- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم- دار الفكر الجامعي- الاسكندرية- ٢٠٠١- ص ١٣١

^٢ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٣ - فقد أوردت سيادتها رأي للفقهاء ((Devlin)) حيث يقول : أنه عند بطلان العقد بطلاناً مطلقاً فلن يكون هناك اتفاق تحكيم ، وستتوقف سلطة المحكمين عن أعمال أثرها بل إنه ينكر منح أي سلطة للمحكمين على الإطلاق.

مبدأ الاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تحقق منح المحكم سلطة تقدير اختصاصه بالأخص عند إثارة الريبة حول صحة اتفاق التحكيم ويظهر أن بطلانه نابع من ذات الاتفاق لا من العقد الوارد فيه، وتقول الأستاذة "Dimolitsoa" في هذا الصدد:

"إن استقلال اتفاق التحكيم لا يكفي لتأسيس سلطة المحكم للفصل في النزاع إذا كان هذا الاتفاق قد جاء باطلاً في ذاته فيكون مبدأ الاختصاص هو الذي يعطي له سلطة البت في صحة اتفاق التحكيم ليقرر بعدها إذا كان مختصاً بالنزاع الموضوعي من عدمه، فإذا انتهى إلى بطلانه أعلن عدم اختصاصه بالنزاع الموضوعي".^١

في الوقت الحاضر يمكن القول أن أغلب التشريعات العربية والتشريعات الأجنبية والمعاهدات الدولية والأنظمة النموذجية تقرر الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، نذكر منها قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم السوري، والقانون الفرنسي والبلجيكي والسويسري، واتفاقية جنيف الأوروبية لعام ١٩٦١، واتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات لسنة ١٩٦٥، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي "اليونسترال" لعام ١٩٨٥.^٢

تجدر الإشارة إلى أن هذا الأساس قد لاقى من النقد ما يقلل من قيمته وقوته حيث أنه لا يمكن القول بأن القانون هو أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص لأن هذا معناه إنشاء شيء لم يكن موجوداً، وهذا غير صحيح كون مبدأ الاختصاص موجود كقاعدة

^١ د . أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٧٢.

^٢ لمزيد من التفصيل ... انظر د. زياد بردان - مرجع سابق - ص ٤٦١.

عرفية تعتبر الآن في وصف القواعد عبر الدولية سواء نص عليها التشريع المقارن أم لم ينص عليها ، ومن جهة أخرى فإن المحكم عندما يشرع في تسوية المنازعات يطبق عدة قوانين ولكل نزاع قانون قد تم اختياره، فهل يمكن القول أن المحكم يجد أحياناً أساساً لمبدأ الاختصاص عندما يجد أحد هذه القوانين قد نصت عليه، ولا يجد أحياناً لمبدأ الاختصاص أساساً لأن هذا القانون أو ذاك لم ينص عليه، فهذا أمر غير منطقي لأن الأساس دائماً مايكون ثابتاً لدى الكافة.^١

٣- الأساس الفني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يرى بعض الفقه أن الطبيعة القضائية لمهمة المحكم هي أساس مبدأ الاختصاص، ويعتمد هذا الاتجاه في تحديد أساس مبدأ الاختصاص على الطبيعة القضائية لمهمة المحكم على اعتبار أن المحكم قاضٍ يملك سلطة الفصل في نطاق اختصاصه، فالقاسم المشترك بين القضاء والتحكيم هو الحماية القضائية، وهذه الحماية لها معطيات ومتطلبات لتحقيق الهدف، فالقاضي له سلطات ومكنات محددة لتحقيق هذه الحماية، ولا بد من الاعتراف بهذه المكنة للمحكم والمستوحاة من الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، ويشرع المحكم في نظر كافة المنازعات سواء تعلقت بالعقد الأصلي أو باتفاق التحكيم وسواء في مصدر كل منهما أو نطاقه، فالمحكم هو المقدر الأول لسلطته القضائية وهذه المهمة تعلو على كافة الاعتراضات أيّاً كان مصدرها.^٢

^١ د . أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٧٥

^٢ المرجع السابق-ص٧٢.

إن الفقه المؤيد لهذا الأساس الفني قد عارض الاتجاه نحو نفي سلطة المحكم في بحث اختصاصه تسليمًا بالطبيعة القضائية للتحكيم ولمهمة المحكم، ونادى بتقرير عدم اختصاص القضاء الوطني عند وجود اتفاق على التحكيم حرصاً على فعالية التحكيم.

إن الأخذ بغير هذا يعني أن مجرد إثارة الشك في مشروعية اتفاق التحكيم يعيد النزاع للقضاء ولو كان الطعن بلا أساس.

إن منح المحكم سلطة التصدي لبحث مسألة اختصاصه بنظر النزاع هو أثر للطبيعة القضائية لمهمته، فطالما أن المحكم قاضي فإنه يملك سلطة التحقق من حدود اختصاصه، ويكون مختصاً ببحث كافة الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص، فلما كانت الحماية القضائية تتحقق عن طريق التحكيم كما تتحقق عن طريق القضاء، فإن هذه الحماية تقتضي منح القائم بها السلطات التي تمكنه من تحقيق هذا الهدف وهذه السلطات تمنح وفقاً لشروط تحددها فكرة الاختصاص.

إن التزام المحكم بالفصل في النزاع يقتضي منه التحقق من صحة اتفاق التحكيم قبل بدء الاجراءات، وهذا هو مناط سلطته بالفصل في اختصاصه، فلا سلطة للمحكم في حسم النزاع قبل التحقق من اختصاصه بحسمه.¹

إن أنصار الأساس الفني يعتبرون أن مبدأ الاختصاص هو عبارة عن نقل ملطّف للمبدأ الإجرائي المشترك المتضمن أنه يعود لكل قاضي سلطة البت في مسألة اختصاصه، وهو يمثل تنازلاً من جانب الأنظمة القانونية لصالح المحكمين كي يتمكنوا من البت في مسألة اختصاصهم، وإن كان ذلك تحت رقابة القضاء.

¹ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٤ .

وإنه في ضوء مبدأ الاختصاص لم يعد يكفي لاستبعاد اختصاص المحكمين ومنح الاختصاص للقضاء أن يَنَازِع أحد أطراف التحكيم بوجود أو صحة اتفاق التحكيم، ويرى الفقيه "Cornu" أن أساس مبدأ الاختصاص يكمن في الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فهذا الأخير كأَي قاضٍ آخر هو قاضٍ في أمر اختصاصه أو بالأحرى المقدر الأول لسلطته القضائية^١.

ويبرر جانب من الفقه السلطة المعطاة لهيئة التحكيم بالفصل في كافة المنازعات المتعلقة باختصاصها على أساس أن المحكم قد عين تعييناً صحيحاً يعد قاضياً، وهو بهذه الصفة له سلطة بل عليه واجب النظر في مدى صحة اختصاصه وحرمانه من هذه السلطة بمجرد الادعاء ببطلان اتفاق التحكيم يُعد مصادرة على المطلوب لأن البطلان لا يثبت بمجرد الادعاء وإنما يظل اتفاق التحكيم صحيحاً والمحكم قاضياً إلى أن يتقرر البطلان بصورة مؤكدة، وإن هيئة التحكيم هي صاحبة الولاية في التصدي لكافة الاعتراضات المثارة بمناسبة التحكيم بما في ذلك تلك الناشئة عن التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم دون حاجة لوقف إجراءات التحكيم وطرح تلك المشكلات على القضاء الوطني ليفصل فيها^٢.

إن المحكم يعرض حكمه للإبطال إذا لم يحدد اختصاصه بداءةً لأنه قد يتجاوز سلطاته، فانطلاقاً من المفهوم القضائي لمهمة المحكم تثبت له سلطة الفصل في اختصاصه بل والتزامه بذلك .

^١ د. زياد بردان - مرجع سابق - ص ٤٦١

^٢ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٣٣٣-٣٣٤.

وقد سلمت محكمة النقض الفرنسية بسلطة المحكم في الفصل في اختصاصه أخذاً بالطبيعة القضائية للتحكيم في وقت متزامن مع التحول إلى الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، فجاء تقرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه كأثر لها، إلى أن صدر قانون المرافعات الفرنسي الجديد ليحسم الأمر نهائياً عندما أقر في المادة /١٤٦٦/ أن المحكم كأبي قاضي يفصل في اختصاصه، أي أن للمحكم دون غيره التصدي لكافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه دون الحاجة إلى عرض تلك المشكلات على القضاء الوطني.^١

٤- مدى ارتباط مبدأ الاختصاص بمبدأ استقلالية شرط التحكيم :

سنبين بدايةً مفهوم مبدأ الاستقلالية ، ومن ثم سنوضح العلاقة بينه وبين مبدأ الاختصاص ومجال عمل كل منهما .

أ- مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي:

تعتبر العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي الذي يتضمنه من أهم المسائل التي شغلت المفكرين الحقوقيين في عالم أخذ يتجه إلى تدعيم ذاتية قانونية مستقلة تماماً

^١ د. هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- ص ٦٥ - وانظر أيضاً د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص ٣٣٥ وما بعدها حيث ترى سيادتها أن المشرع الفرنسي أقر صراحة للمحكم باختصاصه في الفصل في مسألة اختصاصه حيث نصت المادة /١٤٦٦/ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام /١٩٨٠/ بشأن التحكيم الداخلي على أنه: "إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس ونطاق سلطته القضائية فإن المحكم هو وحده الذي يفصل في صحة ونطاق سلطته"، أما على صعيد التحكيم الدولي فإن قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام /١٩٨١/ بشأن التحكيم الدولي لم يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة /١٤٦٦/ آنفة الذكر إلا أن الرأي الراجح في الفقه وفي اجتهاد محكمة النقض الفرنسية يرى إعطاء المحكم سلطة الفصل في المسائل المتعلقة باختصاصه.

لاتفاق التحكيم، مما يجعله بمنأى عن أن يتأثر بإبطال العقد الأصلي، لدعم وتنشيط وتحسين التحكيم كوسيلة لحسم خلافات التجارة الداخلية والدولية.^١

يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، إذ تستمد هذه الاستقلالية من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية ولكن ينصب عمله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي.

يترتب على الملحوظة السابقة أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثانٍ وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي .

فالاستقلالية هي استقلالية بالمعنى القانوني لا بالمعنى المادي، فهي لا تعني مطلقاً أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون محلاً لرضا وقبول مستقل عن الرضا والقبول بشأن العقد الأصلي، كما أن هذا المبدأ لا يعني أن شرط التحكيم لا يمكنه أن يلقي ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حال انتقال الحقوق الناجمة عن هذا العقد.

ويترتب على مبدأ استقلالية شرط التحكيم أثرين: الأول هو عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي والثاني هو إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي .^١

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣١٨

ب- مدى ارتباط مبدأ استقلالية شرط التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص :

إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يرتب بطريقة غير مباشرة أثراً هاماً أساسياً هو مبدأ استقلالية المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، حيث يعد هذا المبدأ قاعدة من القواعد الأساسية لقانون التحكيم وهو مبدأ ملازم لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يمكن القول أنه وإن كان من الممكن الاعتراف بأن هذين المبدأين بينهما علاقة وطيدة ويتنافسان في تحقيق ذات الهدف إلا أنهما مع ذلك لا يلتقيان إلا بشكل جزئي.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يعد دون شك الركيزة الأولى في المنطق الذي يسمح للمحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، فهو يلغي أي تأثير مباشر على اتفاق التحكيم وبالتالي على اختصاص المحكم، إذا كان هذا التأثير يستند إلى أن العقد الأصلي لحقه عيب أياً ما كان السبب.

كذلك فإن هذا المبدأ يسمح بالفصل في مسألة إنكار اختصاص المحكم المستند إلى عدم فعالية العقد محل المنازعة، ففي هذه الفروض المذكورة يلتقي مبدأ استقلالية شرط التحكيم مع مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه.

وعلى عكس ما تقدم، وفي نواحٍ معينة، يذهب مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلى مدى أرحب وأبعد من ذلك الذي يذهب إليه مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يفسر كيفية أن للمحكم أن يقضي بعدم

¹ د. حفيظة السيد الحداد- الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق - ص ١١٩

فعالية العقد الأصلي وعدم ترتيبه لأي أثر، وذلك دون أن يذهب - على الرغم من استفادته لاختصاصه وفصله في مسألة اختصاصه - إلى أن عدم الفعالية يمتد إلى اتفاق التحكيم ويفرض عليه أن يستخلص عدم اختصاصه .

وبعبارة أخرى فإن مبدأ استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه لا يقدر وحده على تبرير إمكانية أن يظل المحكم متمتعاً بالاختصاص من أجل أن يفصل في عدم فعالية العقد المتنازع عليه، فهذه الإمكانية تترتب فقط على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وبشكل قاصر عليه.

وبالمقابل فإن مبدأ الاختصاص يذهب في نواحٍ أخرى إلى مدى أبعد من ذلك الذي يذهب إليه مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لن يمكنه تبرير الانتقادات التي يمكن أن توجه من أحد الأطراف في المنازعة، ليس إلى العقد الأصلي ولكن إلى اتفاق التحكيم بشكل مباشر والتي تتصل على الأقل في الفترة الأولى بالاختصاص القاصر للمحكم، وعلى هذا الصعيد تظهر ذاتية قاعدة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ^١.

على الرغم من أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه قد توارى في فترة من الزمن تحت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم فإن هذا المبدأ الأول يتعين تمييزه بعناية فائقة عن المبدأ الأخير باعتباره من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي ومن أدقها في ذات الوقت، وقد أثار العديد من الجدل ذلك على الرغم من الاعتراف شبه الكامل بهذا المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة.

^١ المرجع سابق - ص ١٥١-١٥٢-١٥٣

ثالثاً- موقف التشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

اتجهت غالبية التشريعات المعنية بالتحكيم داخل الأنظمة القانونية للدول إلى النص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص بشكل صريح ضمن قوانينها ، وإن كان بدرجات مختلفة من حيث الفاعلية ، كما تم تقنين هذا المبدأ ضمن أغلب الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم وضمن الأنظمة القانونية لمختلف مراكز التحكيم ، وعليه سنبين الموقف من مبدأ الاختصاص و آليات عمله ضمن الأنظمة القانونية التي تبنته على الصعيد الداخلي والدولي .

١- مدى تبني تشريعات التحكيم الوطنية لمبدأ الاختصاص :

سعت كثير من الدول إلى تطوير وتحديث تشريعاتها الخاصة بالتحكيم وحرصت على طرح ما هو جديد، وتناولت هذه التشريعات التطوير بشكل ملحوظ، حتى أن بعض التشريعات أفردت له قانوناً مستقلاً بعد أن كان ضمن قانون المرافعات، والبعض منها تناول التحكيم الداخلي بنصوص مستقلة عن التحكيم الدولي، ولم يكن مبدأ الاختصاص بمعزل عن هذا التطوير والتحديث، وقد حاولت أغلب التشريعات الاستفادة من غيرها من التشريعات إما بالاقتراس أو المحاكاة، ودأبت التشريعات الحديثة على تحديث مضمونها بما يناسب ويلئم الحياة الاقتصادية والتجارية، وبما يسهل التعامل فيها والنقاضي إذا لزم الأمر .

وقد سعت هذه التشريعات إلى وضع مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أولويات اهتماماتها في معالجته والنص عليه في أحدث تعديلات لها، وعلى رأس هذه

التشريعات التشريعية الفرنسي والمصري واليمني والسوري والإنكليزي، وإننا نجد في هذه التشريعات اختلافاً في درجة الاهتمام والمعالجة سواء من حيث بيان ماهيته أو بيان نطاقه ودرجة رقابة القضاء عليه، ومن حيث إتاحة الفرصة للمحكم للاستفادة منه مما يعكس ذلك على نجاح عملية التحكيم وازدهارها وبقائها^١.

وعليه سنستعرض مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نصوص بعض التشريعات على النحو التالي:

أ- في التشريع الفرنسي:

تضارب قديماً التشريع الفرنسي في الأخذ بنظام التحكيم من عدمه، وهذا بدوره انعكس على مدى الأخذ بمبدأ الاختصاص الذي يعتبر عنصراً هاماً في منظومة التحكيم، حيث إنه من الملاحظ عدم اهتمام المشرع الفرنسي بمبدأ الاختصاص إلا في الثمانينات من القرن السابق، حيث إن أول تشريع صدر يؤيد التحكيم كان للملك فرانسوا الثاني حيث أصدر مرسوماً سنة ١٥٦٠ جعل فيه التحكيم إجبارياً فيما ينشأ بين التجار من أعمال تجارية وفيما يتعلق بالميراث وما يتعلق بذلك من وصاية وإدارة، ثم قامت الثورة الفرنسية وقدمت الكثير من الإصلاحات من بينها توسيع نطاق التحكيم فيما ينشأ بين المواطنين من نزاعات وذلك بالمرسوم ١١٦١ تاريخ ٢٤ - آب - ١٧٨٩ ، ثم توسعت الإصلاحات حتى شملت إمكانية التحكيم في المواد المدنية في الهبات والوصايا وغيرها وذلك في القانون ١٠ حزيران لعام ١٧٩٣، ثم جاء قانون الإجراءات المدنية في ٢١ أبريل ١٨٠٦ لكي يؤكد حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم مع نوع من التصنيف، ولم يتناول المشرع الفرنسي مبدأ الاختصاص في هذا القانون بتاتاً إنما تناول الطعن في قرارات المحكمين أمام

^١ د أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٢٢٢ وما بعدها

القضاء، وطلب بطلان القرار في حالات معينة، واشترط أمر القاضي لتنفيذ قرار التحكيم، كما ألزم المحكم بضرورة كتابة وتثبيت الحكم ، ثم بعد ذلك نص القانون التجاري في المواد من ٥١ حتى ٦٢ على التحكيم الإجمالي بين الشركات، ثم تدخل المشرع الفرنسي وتم تعديل المادة /٦٣١/ من القانون التجاري بالقانون ٣١ لسنة ١٩٢٥ ، حيث أضاف فقرة جديدة تجيز للمتعاقدین الاتفاق على التحكيم في المسائل التي هي من اختصاص القضاء التجاري ولكنه لم يتعرض في هذا التعديل لمبدأ الاختصاص^١.

ثم صدر المرسوم /٣٥٤/ لسنة ١٩٨٠ مستحدثاً نظاماً تشريعياً للتحكيم في القانون الداخلي ضمن مواد قانون المرافعات الفرنسي في المواد /١٤٤٢-١٤٩١/ وتدخل بالمرسوم رقم /٥٠٠/ لسنة ١٩٨١ الخاص بالتحكيم الدولي وتضمن المواد /١٤٩٢-١٥٠٧/.

لقد اهتم المشرع الفرنسي بمبدأ الاختصاص في المرسوم /٣٥٤/ لسنة ١٩٨٠ حيث تم النص عليه صراحة في المادة /١٤٦٦/ من قانون المرافعات فأشارت المادة صراحة إلى أنه إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكمة في أساس أو في نطاق سلطته القضائية فإنه له الفصل في صحة ونطاق ولايته^٢.

^١ د عبد الحميد الأحذب - التحكيم أحكامه ومصادره - الجزء الأول - مؤسسة نوفل - ١٩٩٠ - ص ٩٥
^٢ د أنور الطشي - مرجع سابق - حيث يوضح سيادته أن آخر تشريع فرنسي قد صدر في مايو ١٩٨١ وهو يتعلق بالتحكيم الدولي وسبقه مرسوم في ١٤/٥/١٩٨٠ يتعلق بالتحكيم الداخلي والذي تناول نصوص المواد من /١٤٤٢/ إلى /١٥٠٧/ من تقنين الإجراءات المدنية، ومن هذه المواد يتكون الكتاب الرابع وهو الكتاب الذي يضم ستة أبواب:

الباب الأول: ويسمى بالعقود التحكيمية ويضم ثلاثة فصول:

- الفصل الأول: يخص شرط التحكيم ويشمل المواد ١٤٤٢-١٤٤٦.

وعليه فإن المشرع الفرنسي يكون قد اعترف للمحكم باختصاصه في الفصل في مسألة اختصاصه وذلك إذا دفع أحد الأطراف أمامه بعدم الاختصاص سواء كان هذا الدفع مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه، أو على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو تجاوز المسألة موضوع النزاع لاتفاق التحكيم.^١

ب- في التشريع المصري:

أصدر المشرع المصري تشريعاً خاصاً بالتحكيم ومستقلاً عن قانون المرافعات، حيث أصدر القانون رقم /٢٧/ لسنة ١٩٩٤ وسمي بقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية مشكلاً بذلك نقلة حضارية في هذا المجال القانوني، حيث كرس القانون /٢٧/ لسنة ١٩٩٤ مبدأ الاختصاص بالاختصاص بشكل صريح في المادة /٢٢/ من الباب الثالث المتعلق بهيئة التحكيم، وبذلك يكون المشرع المصري قد حسم الخلاف في مسألة أثارت جدل واسع في الفقه ، وهي مدى سلطة المحكم في حسم المنازعات

- الفصل الثاني: ينظم الاتفاق على التحكيم ويشمل المواد ١٤٤٧-١٤٥٠.

- الفصل الثالث: ويضم القواعد المشتركة ويشمل المواد ١٤٥١-١٤٥٩.

الباب الثاني: ينظم الدعوى التحكيمية ويضم المواد ١٤٦٠-١٤٦٨.

الباب الثالث: يتناول حكم التحكيم ويضم المواد ١٤٦٩-١٤٨٠.

الباب الرابع: ينظم طرق الطعن على حكم التحكيم ويضم المواد ١٤٨١-١٤٩١ .

وهذه الأبواب السابقة تتعلق بالتحكيم الداخلي وصدرت بمرسوم ١٤/٥/١٩٨٠،

أما الأبواب التالية فتتعلق بالتحكيم الدولي:

الباب الخامس: يخص التحكيم الدولي ويضم المواد ١٤٩٢-١٤٩٧.

الباب السادس: ويتعلق بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وقرارات التحكيم

الدولي وتنفيذها وطرق الطعن عليها ويضم المواد ١٤٩٨-١٥٠٧.

^١ د باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٣٣٥ - وانظر أيضاً في نفس المعنى ..د حفيظة الحداد - الموجز

النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٣٣

المتعلقة باختصاصه مؤصلاً بذلك مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" بهدف تبسيط إجراءات التحكيم والاقتصاد في الوقت وإزالة العقبات التي تعترض مبدأ التحكيم والسير فيه^١.

وقد نصت المادة /٢٢/ من قانون التحكيم رقم /٢٧/ لسنة ١٩٩٤ على ما يلي:

١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقدم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة /٣٠/ من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

٣- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة /٥٣/ من هذا القانون.

^١ د ز ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣٣٤

ج- في التشريع الانكليزي:

لقد سعى المشرع الانكليزي إلى الريادة دائماً في تقنين التشريعات لا سيما في مجال التحكيم بدءاً من تشريع عام ١٨٨٩ المتعلق بالتحكيم إلى قانون التحكيم لعام ١٩٣٤ ثم محاولة الجمع بين القانونين السابقين بالقانون الصادر سنة ١٩٥٠ وصولاً إلى آخر تشريع وهو الصادر في ١٧ يونيو ١٩٩٦ المتضمن قانون التحكيم الانكليزي والذي تم الاعتماد في إصداره بشكل كبير على القانون النموذجي للتحكيم الذي تبنته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية سنة ١٩٨٥.^١

وقد كرس المشرع الانكليزي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص مادتين مستقلتين تُعنيان بتقرير الاختصاص وطريقة الدفع في هذا الاختصاص وذلك في المواد /٣٠-٣١/ من العنوان السادس "اختصاص هيئة التحكيم" من الجزء الأول المعنون بـ "التحكيم بموجب اتفاق التحكيم"، حيث تتبنى مبدأ الاختصاص مادتين، الأولى بعنوان "اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها" وتتكون من فقرتين، والثانية بعنوان "الدفع بعدم اختصاص الهيئة" وتتكون من أربع فقرات.^٢

وفيما يلي نورد نص المادة /٣٠/ والمادة /٣١/ على النحو التالي:

المادة /٣٠/:

أ- ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك يكون لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها المتعلق بوجود وثيقة اتفاق التحكيم أو بالتشكيل الصحيح لهيئة التحكيم، أو بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع.

^١ د. فاطمة محمد العوا ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، المكتب الإسلامي ، دمشق ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ص ٣٦٠ ومابعدھا .

^٢ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٢٣٥

ب- يجوز الطعن على حكم هيئة التحكيم بكل طرق الطعن المتاحة تحكيمياً أو طبقاً لأحكام الجزء الأول من القانون.

المادة /٣١/:

أ- إن الدفع منذ البداية بعدم اختصاص الهيئة يجب أن يبيده الطرف المعني في ميعاد لا يجاوز ميعاد اتخاذه أول خطوة في الاجراءات لتقديم دفاعه في موضوع المسألة التي يدفع بعدم اختصاص الهيئة بنظرها، ولا يترتب على قيام هذا الطرف بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في الدفع.

ب- يجب إيداء الدفع بأسرع ما يمكن عقب إثارة المسألة من قبل أحد الطرفين حال عدم شمول اختصاص الهيئة لمسائل يثيرها الطرف الآخر.

ج- لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا قُدرت أن التأخير كان لعذر مقبول.

د- متى قُدم الدفع طبقاً للقانون وكانت الهيئة مختصة بالفصل فيه، جاز للهيئة أن تفصل في الدفع وحده أو في حكمها في الموضوع، واتفاق الطرفين على أي من الحلين يكون ملزماً للهيئة.

د- في التشريع السوري:

بداية كان المشرع السوري قد قنن القواعد القانونية المتعلقة بالتحكيم ضمن قانون أصول المحاكمات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لسنة ١٩٥٣ وذلك في المواد /٥٠٦/ وحتى /٥٣٤/، مع غياب أي نص صريح في هذه المواد يعطي لهيئة التحكيم الفصل في مسألة اختصاصها، حيث كان يتم الاعتماد على الفقه والاجتهاد القضائي لمعالجة هذه المسألة، وبقي الحال كذلك إلى أن أصدر المشرع السوري القانون رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية، وبموجب

هذا القانون فقد حسم المشرع السوري في المادة /٢١/ من قانون التحكيم مسألة اختصاص المحكم وأسند إليه سلطة الفصل ليس فحسب في نطاق سلطاته بل و في وجودها وأساسها بما في ذلك عدم وجود اتفاق تحكيم ابتداءً أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وقد نصت المادة /٢١/ من قانون التحكيم رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على ما يلي:

١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع، ويجب تقديم هذه الدفوع قبل أي دفع آخر وإلا سقط الحق فيها.

٢- يجب تقديم الدفع المتعلق بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فوراً وإلا سقط الحق فيه.

٣- لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو اشتراكه في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى.

٤- أ- لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة باعتبارها مسألة أولية، أو تقرر ضمها للموضوع لتفصل فيهما معاً، و يعتبر قرار الهيئة مبرماً في الحالتين.

ب- يجوز لمن رفضت دفوعه المذكورة أن يتمسك بها عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للمادة /٥١/ من هذا القانون

نلاحظ من النص السابق أن المشرع السوري قد تبنى بشكل صريح مبدأ الاختصاص بالاختصاص وأعطى المحكمين سلطة الفصل في اختصاصهم دون أن يعيدوا ذلك إلى المحكمة المختصة بأصل النزاع، وهذا يتوافق مع الاتجاه الدولي الحديث الذي يمنح

المحكمين سلطة واسعة للبت في المسائل التي تثار أمامهم، وعلة المشرع في ذلك هي تعزيز دور قضاء التحكيم وتمتين الروابط التجارية وتشجيعها واختصار الزمن والاقتصاد في النفقات ^١.

٢- موقف الاتفاقات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم من اعتماد مبدأ الاختصاص :

يحظى مبدأ الاختصاص بالنصيب الأوفر من الاهتمام من قبل الاتفاقيات المبرمة بين الدول باختلاف أطيافها، ولكن درجة الاهتمام ليست على مستوى واحد بل تختلف من اتفاقية إلى أخرى ، كما أن اللجوء الواسع للتحكيم في حسم المنازعات التجارية الدولية فقد تزايدت أعداد المؤسسات التحكيمية حول العالم والتي تتيح للأطراف المتنازعة الاستفادة من خدماتها في الفصل في النزاع القائم، وتختلف هذه المؤسسات على حسب اختلاف أنظمتها فالبعض منها يعتبر مؤسسة وطنية ^٢ ، والبعض منها يعتبر مؤسسة خدماتها تشمل المنازعات الدولية وتعتبر ذات صفة دولية ^٣، ومنها ما هو متخصص في بعض المنازعات كالقضايا البحرية ^٤ ، ومنها ما يقوم بدور المساعد والمعاون ومنها ما ينحصر نشاطه على تقديم نظام معين للأطراف يسير التحكيم على وفقه ^٥.

^١ القاضي أمراة فنصه - التحكيم عدالة اتفاقية - شرح قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ - بدون دار نشر وتاريخ

^٢ مثل مركز هونج كونج للتحكيم الدولي

^٣ مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات C-I-R-D-I بالإضافة لمحكمة التحكيم الدولي في غرفة التجارة الدولية C.C.I

^٤ مثل غرفة التحكيم البحري في باريس

^٥ مثل قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسترال"

وبناء على ما سبق سنستعرض مكانة مبدأ الاختصاص بالاختصاص في بعض الاتفاقيات الدولية الأكثر ذيوياً وانتشاراً في الأوساط الدولية والإقليمية، وكذلك مكانة مبدأ الاختصاص في أنظمة بعض المؤسسات التحكيمية ذات الدور المؤثر في التحكيم التجاري الدولي .^١

أ- اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي:

جاءت هذه الاتفاقية كثمرة لجهود لجنة عمل تحت إشراف اللجنة الاقتصادية الأوروبية بهدف تسهيل نمو التجارة بين الدول، وتم الاعتماد على اتفاقية نيويورك واستكمال ما نقص فيها .^٢

وتميزت الاتفاقية بتبنيها لمبدأ استقلال شرط التحكيم واهتمامها بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وذلك في المادة /٥/ من هذه الاتفاقية حيث نصت على ما يلي:

١. إن الطرف الذي يرغب في إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم يقتضي عليه عندما يتعلق الأمر بدفع مرتكزة على عدم وجود أو بطلان أو إلغاء اتفاقية التحكيم القيام بذلك خلال الإجراءات التحكيمية وفي موعد أقصاه تاريخ تقديم دفاعه في الأساس، ويقتضي عليه عندما يتعلق الأمر بدفع ناتجة عن أن القضية موضوع النزاع تتجاوز صلاحيات المحكم إثارة الدفع فور إثارة المسألة التي تتجاوز تلك الصلاحيات خلال الإجراءات التحكيمية، وعندما يكون تأخير إثارة الدفع ناتجاً عن سبب مشروع وفقاً لرأي المحكم فإن هذا الأخير يعتمد على اعتباره مقبولاً.

^١ د. أنور الطشي - مرجع سابق ص ٢٧٢

^٢ د. عبد الجميد الأحذب - موسوعة التحكيم - الجزء ٢ - مرجع سابق ص ٦٨

٢. إن الدفوع بالصلاحية المحددة في الفقرة أعلاه والتي لم تكن قد أثّرت في المهل المحددة في هذه الفقرة، لا يمكن للأطراف إثارتها فيما تبقى من الإجراءات إذا كان الأمر متعلقاً بالدفوع التي للأطراف الحق بالتدّرع بها بموجب القانون المطبق من قبل المحكم، والتي لم تكن قد أثّرت كذلك خلال الإجراءات القضائية اللاحقة في الأساس أو في مرحلة تنفيذ الحكم إذا كان متعلقاً بدفوع متروكة لاستعداد الأطراف وفقاً للقانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين للمحكمة القضائية التي رفع أساس النزاع أمامها لو طلب تنفيذ الحكم فيها، ويمكن للقاضي في كل الأحوال مراقبة القرار الذي بموجبه تحقق المحكم من التأخير الحاصل في الإدلاء بالدفوع.

٣. مع التحفظ لجهة الرقابة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحياته ألا يتخلّى عن القضية وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحيات كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه.

نلاحظ من خلال استقراء نص المادة ٥/ السابق ذكره، أن اتفاقية جنيف قد جمعت بين مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص وعددت حالات الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم سواء تعلقت هذه الحالات باتفاق التحكيم أو بالعقد الأصلي ونظمت كيفية تقديم الدفع بعدم الاختصاص تنظيمياً دقيقاً وفقاً لمستند وأساس هذا الدفع.^١

^١ د أنور الطوشي - مرجع سابق - ص ٢٥٨ وما بعدها - وفي نفس المعنى د. حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٣٣

ب- الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى "اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥":

نظراً للحذر الذي كان ينتاب المستثمر الأجنبي في دول العالم النامية واتساع احتياجات هذه الدول لبعض الخدمات التي تقدمها الاستثمارات الأجنبية، سعت بعض الدول إلى دعوة المستثمر الأجنبي وحاولت تشجيع ذلك بتقديم بعض الامتيازات، لكن المستثمر الأجنبي كان يتوجس خوفاً من مخاطر تغيير الحكومات أو تأمين أموالهم المستثمرة أو عرض الخلاف الذي قد ينشأ إلى المحاكم الوطنية، بناء على ذلك طلب المستثمر الأجنبي ضمانات لحماية استثماراته، ومن أجل إيجاد نوع من التوازن بين تشجيع الاستثمار في الدول النامية وبين حماية المستثمر الأجنبي سعى البنك الدولي إلى إعداد مشروع اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى ولإنشاء المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وقد انضمت أغلب الدول العربية إلى هذه الاتفاقية ومنها سورية ومصر، حيث أن هذه الاتفاقية قدمت وضعاً حديثاً في مجال التحكيم الدولي من خلال منح أشخاص القانون الخاص الحق في اللجوء مباشرة إلى جهاز دولي للتقاضي دون حاجة إلى اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية لدولهم، وأهم شروط هذه الاتفاقية هو أن يكون النزاع ناتج عن عملية استثمارية وبين شخص تابع للقانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص^١.

لقد تميزت هذه الاتفاقية بالاهتمام بمبدأ الاختصاص بالاختصاص والنص عليه صراحة في المادة ٤١/ حيث نصت على ما يلي:

^١ د. فوزي محمد سامي - التحكيم التجاري الدولي - مكتبة دار الثقافة - عمان - ١٩٩٧ - ص ٥٩

١. المحكمة هي التي تحدد اختصاصها.
٢. أية اعتراضات من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة، تقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

نلاحظ أن الاتفاقية كما سبق وأشرنا تتص صراحة على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها^١، بل أبعد من ذلك حيث أعطت هذه الاتفاقية لهيئة التحكيم إثارة مسألة الاختصاص من تلقاء ذاتها دون انتظار تقديم دفع من أحد الأطراف من خلال نص الفقرة الأولى السابق ذكرها.

ج- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧:

سعت الدول العربية إلى إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري وتوجيه القضايا التحكيمية المتعلقة بالتجارة العربية الدولية إلى مركز عربي بدلاً من اللجوء إلى مراكز التحكيم الدولي، وبالفعل تم توقيع اتفاقية عمان ، وتم إنشاء مؤسسة دائمة تسمى المركز العربي للتحكيم التجاري ومقره الرباط^٢.

تعتبر هذه الاتفاقية أول اتفاقية عربية تهتم بشؤون التحكيم التجاري، وقد تعرضت هذه الاتفاقية لمبدأ الاختصاص في معرض بيان الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص وواجب المحكم حيال تلك الدفوع ، حيث نصت المادة /٢٤/ منها على ما يلي:

^١ د. حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٣٣

^٢ د. فوزي سامي - مرجع سابق - ص ٨٦.....ويقوم بوظيفة هذا المركز :مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري وذلك بموجب قرار الأمين العام لمجلس جامعة الدول العربية تاريخ ١٩٩٤/٤/٢٨

"يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً."

د- اتفاقية القاهرة لتسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام ٢٠٠٠:

تم توقيع هذه الاتفاقية سعياً من الدول العربية إلى مزيد من التعاون والتكامل الاقتصادي وحل أي نزاع ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها، وبين إحدى الدول العربية الأخرى وبين الأطراف أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها ، بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع قيام الاستثمارات العربية .

وقد عالجت الاتفاقية جميع مفردات التحكيم من إجراءات التحكيم وإصدار حكم التحكيم وتفسيره وإعادة النظر والإبطال ، ولم يكن مبدأ الاختصاص بالاختصاص بعيداً عن أحكامها حيث تناولته في الفقرة الأولى من المادة /١١/ والتي تنص على ما يلي:

" تبث المحكمة في أي اعتراض أو دفع بعدم اختصاصها بيديه أحد أطراف النزاع قبل الدخول في موضوعه أو في أي مرحلة من مراحل الدعوى " .^١

إن أهم ما يلاحظ في هذا النص هو عدم تحديد ميعاد لتقديم الدفع بعدم الاختصاص وإنما يكون في كافة مراحل إجراءات التحكيم.

^١ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٢٥٥

هـ - محكمة لندن للتحكيم الدولي:

"L C I A" London court international arbitration

تأسست محكمة لندن عام ١٨٩٢ تحت اسم غرفة لندن للتحكيم وهي من أقدم منظمات التحكيم في العالم، وفي عام ١٩٨١ أصبحت باسم محكمة لندن للتحكيم الدولي حيث تقوم بتقديم خدمات التحكيم في أي مكان في العالم، وإن قواعد هذه المحكمة تلائم أغلب الأنظمة القانونية، حيث تقوم المحكمة بتعيين المحكمين طبقاً لقواعدها كما تقوم بمراقبة تطبيق هذه القواعد التي صدرت عام ١٩٨٥، وتقوم محكمة التحكيم التابعة لمحكمة لندن للتحكيم الدولي بالتحقق من صحة تطبيق القواعد كما تتولى الفصل في رد المحكمين ومراقبة المصاريف^١.

تتضمن قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي اثنتان وثلاثين مادة وتم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة /٢٣/ في ثلاث فقرات حيث تنص المادة /٢٣/ على ما يلي:

((أ- يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته.

ب- يثار الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ويثار الدفع نفسه من قبل المدعى عليه في الدعوى المقابلة في موعد أقصاه تقديم بيان دفاعه، أما الدفع بتجاوز المحكمة نطاق سلطاتها فيجب إيدأؤه بمجرد أن تثار أثناء

^١ منى محمود مصطفى - الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار -

إجراءات التحكيم المسألة التي يُدعى أنها خارج نطاق سلطتها، وللمحكمة التحكيمية في كلتا الحالتين قبول أي دفع يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره.

ج- يجوز للمحكمة التحكيمية أن تفصل في أي دفع من الدفوع المتعلقة باختصاصها إما كمسألة أولية، وإما في حكم تحكيمي موضوعي، وفقاً لما تراه مناسباً للظروف)).

يلاحظ من نص المادة السابق أن قواعد التحكيم لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي هي من أكثر قواعد التحكيم في العالم تنظيماً وتفصيلاً للدفع بعدم الاختصاص، حيث أن هذه القواعد منحت هيئة التحكيم حق تقرير اختصاصها من تلقاء نفسها في الفقرة الأولى وأطلقت هذا المنح بدون تقييد أي أنه يمكن للمحكمة إثارة موضوع اختصاصها من تلقاء نفسها، كما حددت الفقرة الثانية ميعاد تقديم الدفع بعدم الاختصاص وفقاً لمستند هذا الدفع ووجوب تقديمه فوراً في حال تعلق الدفع بحالة تجاوز المحكمة نطاق سلطاتها ، وإعطاء المحكمة صلاحية قبول الدفع المتأخر إذا رأت ذلك، كما أعطت تلك القواعد للمحكمة حق الفصل في الدفع كمسألة أولية أو ضمه والفصل فيه مع حكم التحكيم الموضوعي.

و - غرفة التجارة الدولية باريس:

International chamber of commerce ICC

إن غرفة التجارة الدولية في باريس هي منظمة خاصة دولية غير حكومية مقرها باريس ، ويرجع تأسيسها إلى المؤتمر الدولي للتجارة الذي عقد في باريس عام ١٩٢٠ وأقر نظام غرفة التجارة الدولية في باريس كمنظمة تعنى بشؤون التجارة الدولية وتقوم بدور هام في توحيد قواعد وأعراف التجارة الدولية يفوق دور أية منظمة في هذا

المجال، وتعد الغرفة تجمعاً عالمياً لرجال الأعمال وتضم غرضاً للتجارة واتحادات للصناعة واتحادات مهنية، وأهم ما حققته الغرفة في مجال قانون التجارة الدولية هو وضع قواعد التحكيم التجاري الدولي مع إنشاء هيئة تتولى الإدارة والإشراف على قضايا التحكيم التجاري الدولي التي تتم وفقاً لقواعد الغرفة وتحت إشرافها، وعرفت هذه الهيئة باسم محكمة التحكيم الدولية، ولا تعتبر محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية محكمة بالمعنى المفهوم وإنما يتم تعيين المحكمين لكل قضية على حدة طبقاً للموضوع الذي تمت إحالته للتحكيم بموجب قواعد غرفة التجارة الدولية، ويكون دور أعضاء المحكمة مراقبة العملية التحكيمية والإشراف عليها، فهي لا تبت بنفسها في النزاع بل إن ذلك يتم عن طريق المحكمين الذين قامت المحكمة بتعيينهم أو الذين يختارهم الأطراف بعد التأكد من استقلالهم عن الأطراف.^١

وتختص المحكمة بالنظر في الدفع المتعلق بعدم قابلية النزاع للتحكيم ، والفصل في مسألة قبول التحكيم من عدمه دون المساس باختصاص هيئة التحكيم في تقرير اختصاصها بنظر النزاع، وهذا ما تم النص عليه في المادة ٦/ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية في الفقرة ٢/ و٤/ على النحو التالي:

((المادة ٦/ الفقرة ٢: إذا لم يرد المدعي على الطلب على النحو الوارد في المادة ٥/ أو إذا أثار أحد الأطراف دفعاً أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للمحكمة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق للتحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم أمر البت في مسألة

^١ محمود سمير الشرقاوي - منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ ص

اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع المحكمة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكانية التحكيم وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه.

-المادة /٦/ الفقرة ٤: ما لم يتفق على خلاف ذلك، لا يترتب على الادعاء بطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم ما دام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه، بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم)) .

إن نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس قد أشار إلى اختصاص هيئة التحكيم بالتصدي للدفع المقدم حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم ، مع الإشارة إلى الإجراء الواجب اتباعه في حالة ما إذا قررت محكمة التحكيم عدم اختصاصها لسبب يرجع إلى اتفاق التحكيم وهو لجوء الأطراف إلى المحاكم القضائية المختصة بالفصل في مدى صحة الاتفاق من عدمه، كما عالج نظام الغرفة حالة مدى وجود أو صحة العقد الأصلي.

لقد أحسنت محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس حين فصلت بين حالات الدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالاتفاق على التحكيم والدفع بعدم الاختصاص المتعلقة بالعقد الأصلي ، كما تميزت لجهة ترك باب الدفع بعدم الاختصاص مفتوحاً للأطراف دون تحديد ميعاد للتمسك بهذا الدفع تحت طائلة سقوط الحق فيه، وهذه الخطوة تشكل دعماً كبيراً لعملية التحكيم نحو الأفضل^١.

^١ د. أنور الطوشي - مرجع سابق - ص ٢٨٥

نستخلص ختاماً من خلال ماسبق عرضه من تشريعات وطنية ودولية أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص أصبح مبدأً مستقر في معظم هذه التشريعات وتم تقنينه ضمن موادها من خلال النص صراحةً على سلطة هيئة التحكيم في التصدي للدفع المتعلقة بمسألة اختصاصها ، غير أننا لاحظنا في نفس الوقت أن التشريعات الوطنية المعنية بالتحكيم قد عالجت مسألة تصدي هيئة التحكيم للدفع المتعلقة بالاختصاص والمثارة من قبل الأطراف دون النص صراحةً على إجازة هيئة التحكيم التصدي من تلقاء ذاتها لهذه المسألة ، بينما نجد التشريعات على الصعيد الدولي كانت أكثر وضوحاً في منح الهيئة هذه الصلاحية كما في هو الحال في اتفاقية واشنطن ونظام محكمة لندن للتحكيم الدولي .

المطلب الثاني

أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص على القضاء الوطني

((تنازع الاختصاص بين التحكيم والقضاء))

ينطلق مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من فكرة أساسية وهي أنه لا محل للتشكيك مقدماً في قدرة المحكمين في أن يصلوا بأنفسهم إلى قرار عادل وقادر في نفس الوقت على تحقيق مصالح المجتمع .

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يرتب أثرين:

حيث يتمثل الأثر الإيجابي لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بالسماح للمحكمين بأن يفصلوا بأنفسهم في مسألة اختصاصهم ، وهذا الأثر محل إجماع على صعيد التشريعات الداخلية والدولية المعنية بالتحكيم .

أما الأثر السلبي لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه والذي لا يقل أهمية عن الأثر الإيجابي فإنه يتمثل بأن يسمح للمحكمين ليس فقط بالفصل في مسألة اختصاصهم ، وإنما بالفصل فيها أولاً وقبل أي جهة أخرى.^١

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص كمبدأ مستقر في معظم تشريعات التحكيم الوطنية والدولية ، فإنه يمنح كما سبق وأشارنا هيئة التحكيم حق تقرير اختصاصها وبيان

^١ د. حفيظة الحداد ، الموجز في النظرية العامة ، مرجع سابق ، ص ٢٣٧

المسائل الواقعة ضمن نطاق هذا الاختصاص استناداً إلى اتفاق التحكيم، وأكثر من ذلك فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطي لهيئة التحكيم حق تقرير اختصاصها قبل أي جهة أخرى، أي أنه يعطيها الأولوية في تحديد نطاق اختصاصها^١، وإن هذه الأولوية تستلزم وقف اختصاص المحاكم العادية أي محاكم الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم لحين أن تقول هيئة التحكيم كلمتها النهائية في مدى اختصاصها بهذه المنازعات على ضوء ما هو متفق عليه بين أطراف اتفاق التحكيم .

ومن هنا فمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يتضمن فكرة الأولوية مأخوذة على المفهوم الزمني بحيث يُعطى للمحكم الفرصة في أن يفصل ، ويفصل أولاً في جميع المسائل المتصلة باختصاصه .

في سبيل دراسة هذا الأثر لمبدأ الاختصاص في وقف اختصاص القضاء العادي ، سنتعرف على مفهوم منع محاكم الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وطبيعة الدفع بالتحكيم أمامها في معرض عرض النزاع المتفق بشأنه على التحكيم عليها، وسنبين موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من مبدأ منع قضاء الدولة

^١ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنوب القاهرة الابتدائية بعدم قبول الدعوى التي أقامها التلفزيون العربي الأمريكي لوقف إجراءات التحكيم في الدعوى التحكيمية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمقامة من اتحاد الإذاعة والتلفزيون بجمهورية مصر العربية ضد شركة التلفزيون العربي الأمريكي . كما قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/١/١٩٩٥ بأنه : يترتب على مبدأ صحة شرط التحكيم الدولي وأن المحكم يقضي في شأن مدى اختصاصه أن قضاء الدولة غير مختص بالفصل بصفة أساسية في شأن صحة شرط التحكيم ..."

انظر د. بشار محمد الأسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ، ص ٨٦.

من نظر النزاع محل التحكيم، و الاستثناءات من هذا المنع ، ولدراسة ذلك اتبعنا التقسيم التالي :

- أولاً: مفهوم مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم .
- ثانياً: تفعيل مبدأ الاستبعاد ((الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء)) .

أولاً- مفهوم مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم:

لابد بداية من بيان المقصود بمبدأ استبعاد قضاء الدولة وتوضيح مفهوم هذا المبدأ وآلياته في سلب اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع بناء على اتفاق الأطراف، ومن ثم بيان موقف الأنظمة القانونية المختلفة المعنية بالتحكيم من هذا المبدأ.

١- التعريف بمبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر المنازعة محل اتفاق التحكيم:

إن مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم يتم معالجته في حقل المشتغلين بالتحكيم باعتباره أثر إجرائي سلبي لاتفاق التحكيم، حيث أن اتفاق التحكيم وباعتباره من العقود الملزمة لجانبيين فإنه يرتب على عاتق أطرافه التزاماً بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة.

وعليه فإن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتمثل في سلب اختصاص القضاء العام في الدولة بالفصل في النزاع وإسناد مهمة الفصل فيه إلى القضاء الاتفاقي الذي يتشكل من أفراد عاديين يختارهم الأطراف بأنفسهم ليتولوا مهمة الفصل فيه بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بالفصل فيه.^١

فالأثر السلبي لاتفاق التحكيم يحرم على الأطراف الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم احتراماً لتعهداتهم بالعهد بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى محكمة التحكيم.^٢

^١ د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص ٣٦٤.

^٢ د. حفيظة الحداد- الموجز في النظرية العامة- مرجع سابق- ص ٢٨١.

إن مبدأ منع قضاء الدولة من نظر المنازعات محل التحكيم يفرض التزام على كل طرف بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في اللجوء إلى التحكيم ويفرض التزام على عاتق الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه.^١

كما إن سلب قضاء الدولة الولاية أو الاختصاص لفصل المنازعات محل اتفاق التحكيم يتحقق أيّاً كانت صورة اتفاق لتحكيم، سواءً أكان في صورة شرط تحكيم مبرم في وقت سابق على وقوع النزاع، أم في صورة مشاركة تحكيم مبرمة في وقت لاحق على وقوع النزاع.^٢

مما تقدم يمكن القول أن اتفاق الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع يفرض عليهم من جهة أولى الالتزام بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة، فيعتبر مجرد وجود اتفاق التحكيم مانعاً للأطراف عن عرض نزاعهم على القضاء العام في الدولة.

على أن هذا الأثر المانع من اللجوء إلى قضاء الدولة يقتصر على أطراف اتفاق التحكيم استناداً للقواعد العامة في نسبية أثر العقود ومن ثم فإن هذا المنع لا يسري في مواجهة الغير.

أما من جهة ثانية فإن الاتفاق على التحكيم يفرض على قضاء الدولة عدم نظر النزاع المبرم بشأنه اتفاق تحكيم، وذلك إذا تمسك أحد الأطراف بسبق الاتفاق على التحكيم، وعليه إذا لجأ أحد أطراف التحكيم إلى قضاء الدولة ودفع الطرف الآخر بوجود اتفاق تحكيم، تعين على قضاء الدولة الامتناع عن نظر النزاع، ويترتب هذا الالتزام على

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٧٧.

^٢ د. محسن شفيق - التحكيم التجاري الدولي - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٧ - ص ١٩٨.

قضاء الدولة بمجرد التمسك أمامه بسبق الاتفاق على التحكيم، وسواءً تم ذلك قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد ذلك.^١

تجدر الإشارة إلى أن الأثر المانع لقضاء الدولة من نظر النزاع يفترض أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً وناظراً وقابلاً للتطبيق، فإذا حكم ببطالان الاتفاق على التحكيم زالت آثار الاتفاق وعاد لطرفيه الحق في الالتجاء إلى قضاء الدولة، ونفس الأمر إذا استحال عرض النزاع على التحكيم المتفق عليه .

وإعمالاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا تمسك المدعي رداً على الدفع بشرط التحكيم- بأن القانون الإنكليزي يحول دون عرض النزاع على هيئة التحكيم في لندن إذا وردت الإحالة في سند الشحن بصفة عامة على شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة - فإن الحكم المطعون فيه إذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم يكون معيباً بالقصور إذ هو دفاع يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى ،حتى لا يحرم المدعي من جهة يلجأ إليها للمطالبة بحقه.

كما أن جواز عدم رفع الدعوى أمام المحكمة يتحقق ولو كانت الدعوى مما ترفع بطريق استصدار أمر أداء ،فلا يقبل إصدار الأمر عند وجود اتفاق على التحكيم، كما يكون الأمر كذلك ولو رفعت دعوى أمام القضاء في نزاع لا يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فتمسك المدعى عليه بالمقاصة القضائية استناداً إلى حق له يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، فإن للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول طلب المقاصة إذ إن هذا الطلب هو دعوى وليس مجرد دفاع في الدعوى الأصلية، فلجوء المدعي في الدعوى الأصلية إلى رفع الدعوى

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٣٦٦.

أمام المحكمة لا يمنعه من التمسك بوجود شرط التحكيم بالنسبة للطلب المقابل بالمقاصة القضائية إذا كان هذا الطلب يوجد بشأنه اتفاق تحكيم إذ لا يجوز تقديمه إلا أمام هيئة التحكيم.^١

إن الأثر المانع لقضاء الدولة من نظر النزاع لا يتحقق إلا إذا كان التحكيم ممكناً، ومن ثم إذا استحال إجراء التحكيم لأي سبب من الأسباب فإن ولاية القضاء العام في الدولة تتجدد انطلاقاً من هذه الاستحالة باعتباره صاحب الولاية العامة بالفصل في كافة المنازعات.^٢

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على مبدأ منع قضاء الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم عندما قضت في أحد أحكامها بأن: " اتفاق التحكيم يعزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها ذلك الاتفاق استثناءً من خضوعها أصلاً لها.^٣

٢- موقف التشريعات الوطنية والدولية من مبدأ استبعاد قضاء الدولة :

لقد تبنت العديد من الأنظمة الوضعية مبدأ منع قضاء الدولة من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٧٨.

^٢ د. محمود هاشم- النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - ١٩٩٠ - ص ٣٦٧

^٣ الطعن رقم ١٣/ لسنة ١٥/ قضائية الصادر في جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٤، مشار إليه في مؤلف د. باسمه دباس - مرجع سابق- ص ٣٦٨.

حيث نجد مثلاً المشرع السوري قد كرس هذا المبدأ في المادة /١٠/ من قانون التحكيم السوري والتي نصت على أنه:

"يجب على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ما لم يتبين لها أن الاتفاق باطل أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

والمشرع المصري أيضاً نص في المادة /١٣/ من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع بالدعوى".

ونجد أيضاً أن المشرع الأردني قد تبني المبدأ في المادة /١٢/ من قانون التحكيم الأردني رقم ٢٠٠١/٣١ حيث نص على أنه:

"على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".^١

أما القانون الفرنسي فقد كرس قاعدة منع قضاء الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في المادة /١٤٥٨/ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي نص على أنه:

^١ تجدر الإشارة أنه وفقاً لقانون التحكيم الأردني القديم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ فقد كان يتوجب على المحكمة عند إثارة الدفع بالتحكيم أمامها أن تحكم بوقف إجراءات الدعوى وفقاً للمادة السادسة من القانون المذكور ... انظر حول ذلك مؤلف المحامي خالد ابراهيم التلاحمة ، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، دار جهيئة للنشر، عمان ٢٠١٢ ، ص ١٠٦ ومابعدها .

"١- إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم على القضاء الوطني يجب على القاضي أن يقرر عدم اختصاصه.

٢ - إذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بعد بالنزاع يجب أيضاً على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه، إلا إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان".

وبموجب هذه المادة فقد أكد المشرع الفرنسي عدم اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم.

وإذا كان حكم هذه المادة خاص بالتحكيم الداخلي ولم يرد نظيره في الباب الخامس من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التحكيم الدولي، إلا أنه يعد من المبادئ الأساسية المستقرة في القانون الفرنسي ويعد مصدره في الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها فرنسا، وما تكرر في كل القوانين الفرنسية التي أكدت على صحة اتفاق التحكيم وما تأكد في القضاء الفرنسي الثابت^١.

وقد سار المشرع التونسي على نهج المشرع الفرنسي في تبني قاعدة الأثر المانع في باب التحكيم الداخلي ضمن قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢/ لعام ١٩٩٣ حيث نصت المادة ١٩/ على أنه:

"إذا رفع أمام المحكمة نزاع منشور أمام هيئة التحكيم بموجب اتفاقية تحكيم، فعليها التصريح بعدم اختصاصها بطلب من أحد الأطراف، وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع فعلى المحكمة أيضاً التصريح بعدم اختصاصها ما لم تكن اتفاقية

^١ د. عاطف محمد راشد الفقي- التحكيم في المنازعات البحرية- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق- جامعة

التحكيم واضحة البطلان، وفي كلتا الحالتين لا يجوز للمحكمة التمسك من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص".

أما على الصعيد الدولي ، نجد أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٥٨ قد كرست مبدأ استبعاد ولاية قضاء الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ،حيث نصت المادة الثانية فقرة ٣/ على أنه:

"على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ،وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل او لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

إن هذا النص الوارد في اتفاقية نيويورك قد قطع الطريق أمام محاولات التملص من الحصول على حكم تحكيم ،ذلك عن طريق لجوء أحد الأطراف ابتداءً إلى القضاء الوطني لرفع دعوى يمكن التمسك بها كعقبة أمام تنفيذ حكم التحكيم.^١

ويلاحظ أن هذا النص قد جاء بقاعدة موضوعية تسمو في المرتبة على التشريعات الداخلية، ومن ثم تلتزم بها كافة الدول الأعضاء المنظمة للاتفاقية، وبغض النظر عن أية اعتبارات سواء ما تعلق منها بجنسية أطراف التحكيم ،أو ما تعلق منها بالمكان الذي اتفق الأطراف على أن يكون مقراً للتحكيم.

ويترتب على الطبيعة الدولية لهذه القاعدة أنه يتعين على محاكم الدول المنظمة لاتفاقية نيويورك أن تلتزم بها، ومن ثم لا يجوز للمشرع الوطني أن ينال من قوتها

^١ د. سامية الراشد - مرجع سابق - ص ٤٣٤.

الملزمة لا تقييداً ولا مساساً، كما أنها تسري وبأثر مباشر وبغض النظر عما تفرضه بعض الدول في تشريعاتها الداخلية.^١

كذلك فإن معاهدة جنيف لعام ١٩٦٦ قد تبنت بشكل غير مباشر مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم حيث تنص المعاهدة في المادة /٦/ فقرة /٣/ على أنه:

"في حالة عدم الالتجاء السابق إلى أي قضاء وطني والشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم، فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة والتي عُهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم إلا لأسباب خطيرة، وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم".

والواقع أن هذا النص يعنيه أنه لا يواجه سوى الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد شرع في اتخاذها، بينما أن ذات القاعدة يتعين إعمالها حتى في حالة عدم الشروع في هذه الإجراءات طالما كان هناك اتفاق على التحكيم وذلك من أجل تحاشي المنافسة بين اختصاص الجهات الوطنية والمحكم.^٢

كما تبني قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ مبدأ المنع في المادة /٨/ منه حيث نصت على أنه:

"على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه

^١ المرجع السابق - ص ٤٣٥.

^٢ د. حفيفة حداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٨٢.

الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أنه باطل ولاغٍ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

هذا ولا تعد قاعدة الأثر المانع من القواعد المستقرة في الأنظمة القانونية الوضعية فحسب، وإنما كذلك أكد القضاء في العديد من دول العالم على هذه القاعدة، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها للتأكيد على ضرورة امتناع القضاء العام في الدولة عن نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، فقد جرى قضاؤها على أن: " مفاد المادة /٥٠١/ من قانون المرافعات- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- تحويل المتعاقدين الحق في اللجوء إلى التحكيم لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فاختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبغي مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين".^١

كما ذهبت محكمة النقض السورية للتأكيد على استبعاد ولاية قضاء الدولة عن نظر المنازعات التي تدخل في نطاق اتفاق تحكيم صحيح، وذلك عندما قضت في أحكامها بأن: "اتفاق الطرفين على التحكيم ينهي ولاية القضاء العادي في نظر الخصومة، ويوجب على المحكمة التخلي عن الدعوى إلى المحكمين".^٢

^١ الطعن رقم /١٩٦٥/ لسنة /٥٠/ قضائية تاريخ ١٢ فبراير ١٩٨٥- مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب لفني لمحكمة النقض- السنة السادسة والثلاثون- الجزء الأول-١٩٨٥- ص ٢٥٣، مشار إليه في مؤلف د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص ٣٧٠

^٢ نقض سوري رقم ٣١٦٤ تاريخ ١٢/٢٣/١٩٦٤ مشار إليه في مؤلف شفيق طعمة- مرجع سابق- ص ٤١.

كما قضت في حكم آخر بأن: "وقوع التحكيم يخرج النزاع عن ولاية المحكمة النازرة فيه ويخضعه لولاية المحكم، ولا يعود من حق المحكمة المذكورة أن تنتظر فيه ما لم يتم إلغاء صك التحكيم برضاء الطرفين أو يتم إبطال حكم التحكيم بعد صدوره".¹

وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها وذلك عندما قررت إعمال قاعدة منع قضاء الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم والواردة في نص المادة /١٤٥٨/٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التحكيم الداخلي في مجال المنازعات الدولية الخاصة.²

ثانياً- تفعيل مبدأ الإستبعاد ((الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء)):

بعد أن استعرضنا تبني مختلف التشريعات الوضعية محلياً ودولياً لمبدأ منع محاكم الدولة من نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وباعتبار أن هذا المنع هو استثناء على الأصل في اختصاص محاكم الدولة، فإننا سنعرض في هذا الجزء من البحث لآلية تفعيل هذا الأثر المانع من خلال إثارة الدفع أمام القضاء بوجود اتفاق تحكيم بخصوص النزاع المعروض عليه وبيان طبيعة هذا الدفع وتكييفه القانوني وموقف المحكمة من هذا الدفع على النحو التالي:

¹ نقض سوري رقم ٦٢ تاريخ ١٩٦٨/١٧٢ مشار إليه في مؤلف شفيق طعمة- مرجع سابق- ص ٥٠

² *cass.civ.28 juin. 1989. Rev.arb,1989,p.664,note: ph. fouchard

مشار إليه في مؤلف د. باسمه دباس - مرجع سابق - ٣٧١

١- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء والتكييف القانوني له:

إذا كان الاتفاق على التحكيم صحيحاً وناظراً ورفعت دعوى بخصوص المنازعة محل اتفاق التحكيم أمام محكمة من محاكم الدولة، كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق على التحكيم، ويكون للمدعى عليه التمسك بهذا الدفع ولو كانت إجراءات التحكيم لا زالت جارية، وسواء كانت الدعوى التحكيمية قد رفعت قبل رفع الدعوى أمام المحكمة أو بعدها.^١

وقد اختلف الفقه والقضاء حول تكييف هذا الدفع^٢، فذهب اتجاه إلى اعتباره دفع بعدم الاختصاص، وذهب اتجاه ثاني إلى اعتباره دفع بعدم القبول، بينما اعتبره اتجاه ثالث دفع إجرائي يبطلان المطالبة القضائية.

وعليه سنعرض هذه الاتجاهات مع بيان موقف القضاء والتشريعات الوضعية من التكييف القانوني لهذا الدفع:

أ- الاتجاه الأول الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم الاختصاص:

لقد تبنت هذا الاتجاه محكمة النقض الإيطالية في بعض أحكامها، واعتبرته دفعاً لا يتعلق بالنظام العام شأنه شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي مما يوجب التمسك به

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٨١

^٢ يدق كثيراً تحديد طبيعة هذا الدفع وما إذا كان من قبيل الدفع بعدم الاختصاص أم من قبيل الدفع بعدم القبول، وبعبارة أخرى، هل الاتفاق على التحكيم في موضوع ما ينزع اختصاص المحكمة بهذا الموضوع أم يمنعها فقط من سماع الدعوى مادام التحكيم قائماً. انظر د. أحمد أبو الوفا- التحكيم بالقضاء وبالصلح - مرجع سابق ص ١٠١ وما بعدها

قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق فيه، كما اعتمدته المادة /٨١٩/ مكرر /٣/ إجراءات مدنية إيطالية (مضافة باللائحة بقانون رقم ٤٠/٢٠٠٦).^١

كما تبنى هذا الاتجاه الرأي السائد في الفقه الفرنسي^٢ ، وجانب من الفقه المصري حيث اعتبروا الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص لأن الغاية منه إخراج الدعوى من ولاية المحكمة المختصة لكي تدخل في ولاية هيئة قضائية أخرى هي هيئة التحكيم، كما نص قانون الكويتي صراحةً على أن التمسك بالتحكيم يكون بالدفع بعدم الاختصاص ، ويتم إبدائه قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في الإدلاء به ، ويثبت الاختصاص للمحكمة القائمة أمامها الدعوى^٣.

ويقوم هذا الرأي على أن القانون يجيز للأفراد عن طريق الاتفاق على التحكيم سلب ولاية القضاء العادي أي محاكم الدولة وإعطاء الاختصاص بنظر النزاع إلى هيئة التحكيم^٤، ومن ثم فهو يثير مسألة اختصاص متعلق بالولاية أو ما يسمى بالاختصاص الوظيفي، لذا يرى البعض أن هذا الدفع هو دفع بانتفاء الولاية.

^١ * نقض إيطالي مدني ٣ أغسطس ١٩٤٦ - المجلة الفصلية الإيطالية للقانون المدني وقانون المرافعات ١٩٤٨ ص ٤٢١ - كوستا: بند ٦٣ ص ٨٣.

* نقض إيطالي مدني ١٨ يناير ١٩٤٨ - المجلة الفصلية الإيطالية - ١٩٤٨ ص ٤٢٢، مشار إلى قراري النقض السابقين في مؤلف د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٨١

^٢ - M.de Boissésou, Le droit Francais de L'arbitrage interne et international, 1990, p.79 et's, no84 et's.

^٣ د.أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية "خاصة في القانون الكويتي " ، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ص ٢٢

^٤ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٣٠

بالإضافة إلى ذلك فإن الدفع باتفاق التحكيم يعامل من قبل القضاء معاملة الدفع الشكلية وبالتالي يجب إيدأؤه قبل التعرض للموضوع و إلا سقط الحق به، فهو دفع بانتفاء الولاية.^١

كما أخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٥٧ واعتبرت الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم الاختصاص النوعي يمكن التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يأخذ بهذا الرأي بشكل عام كل من القضاء والفقه في فرنسا ويعتبرون القول بأن اتفاق التحكيم يؤدي إلى عدم اختصاص المحاكم هو القول المجمع عليه في الفقه وإن كان عدم الاختصاص نسبي وليس ومطلق.^٢

إن الاتجاه في اعتبار الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص يعنيه أن الكلام عن عدم اختصاص المحكمة بالنزاع يعني أن المحكم هو المختص، و الاختصاص إنما يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة، وقضاء المحكم ليس قضاء بإحدى محاكم جهة قضائية حتى يمكن الكلام عن "اختصاصه" بالدعوى بحيث تكون المحكمة المرفوعة إليها الدعوى غير مختصة، ولو ذهبنا إلى أن الأمر يتعلق بتوزيع الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، فإنه يكون حتماً توزيعاً للولاية، ومن المسلم أن ولاية المحكمة أو عدم ولايتها أمر يتعلق بالنظام العام، وهو ما يخالف التنظيم الوضعي لولاية هيئة التحكيم إذ أن ولايتها لا تتعلق بالنظام العام.

^١ د. محمود محمد هاشم- النظرية العامة للتحكيم- مرجع سابق- ص ٢٦٣ وما بعدها.

^٢ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٨٢.

من ناحية أخرى فإن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص كلياً عن محاكم الدولة، فرغم هذا الاتفاق يظل الاختصاص ببعض المسائل المتصلة بالنزاع محل هذا الاتفاق لمحاكم الدولة مع الإشارة إلى أن القول بعدم الاختصاص يستتبع الإحالة إلى المحكمة المختصة وهي "هيئة التحكيم" وهو ما لم يمكن التسليم به.

ولهذا فإنه رغم اعتماد المشرع الإيطالي لهذا التكييف صراحة في اللائحة بالقانون رقم ٤٠/ لسنة ٢٠٠٦ فإن بعض الفقه الإيطالي يرى أن المشرع قد استعمل اصطلاح "عدم الاختصاص" في غير معناه الفني الصحيح.^١

كما يرى المعارضون لهذا الاتجاه بأن الاتفاق على التحكيم لا يؤدي إلى إقصاء قضاء الدولة نهائياً عن نظر النزاع بل يظل لهذا القضاء الاختصاص بنظر بعض المسائل المتصلة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم، وإذا قيل إن الدفع باتفاق التحكيم يعد دفعاً بعدم الاختصاص فمن المستحيل تحديد نوع هذا الاختصاص لأنه ليس متعلقاً بالوظيفة أو بنوع القضية أو متعلقاً بالمحل ومن ثم فإنه لا يدخل ضمن أنواع الاختصاص المعروفة في قانون المرافعات وهي الاختصاص الوظيفي والاختصاص النوعي والاختصاص المحلي.^٢

إن القواعد المنظمة لولاية القضاء واختصاص المحاكم هي قواعد عامة مجردة تحدد اختصاص المحاكم بنظر الدعاوى بناء على معايير عامة في هذه الدعاوى، يرجع بعضها إلى قيمة الدعوى أو موضوعها أو محلها ومن ثم فإن المحكمة تكون غير مختصة بنظر دعوى ما إذا لم تنطبق عليها المعايير النوعية أو المكانية.

^١ المرجع السابق - ص ١٨٢.

^٢ د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري - مرجع سابق - ص ١٢٧ وما بعده.

أما إقصاء قضاء الدولة عن نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم فلا يرجع إلى كون هذا النزاع لا يدخل في اختصاص قضاء الدولة بل على العكس من ذلك إنه يدخل في اختصاصه وفق قواعد الولاية والاختصاص، إنما هو منع من نظر هذا النزاع بالذات بسبب اتفاق التحكيم، وعليه يجب البحث عن سبب آخر لهذا المنع غير عدم اختصاص قضاء الدولة أو انتفاء ولايته.

ب- الاتجاه الثاني الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم القبول:

يذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى، فلما كان من شأن اتفاق التحكيم إقصاء قضاء الدولة عن نظر النزاع من خلال اتفاق الأطراف على التنازل بإرادتهم عن اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإسناد مهمة الفصل فيه إلى هيئة التحكيم فإن ذلك يؤدي إلى تخلف شرط من شروط قبول الدعوى مما يمتنع معه على المحكمة قبولها.^١

فاتفاق التحكيم ليس من شأنه نزع الاختصاص بنظر النزاع عن قضاء الدولة وإنما منع هذا القضاء مؤقتاً من سماع الدعوى ما دام اتفاق التحكيم موجوداً، فبموجب اتفاق التحكيم يتنازل الأطراف عن اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقهم، ومن ثم فإن الدفع باتفاق التحكيم يعد من قبيل الدفوع بعدم القبول، لأن الخصم بموجبه ينكر على خصمه سلطته في اللجوء إلى قضاء الدولة.

إن اتفاق التحكيم ينشأ عائقاً مؤقتاً يمنع قضاء الدولة من سماع الدعوى، وما يقطع بأن اتفاق التحكيم لا ينزع اختصاص قضاء الدولة وإنما يمنعه مؤقتاً من سماع الدعوى هو

^١ المرجع السابق - ص ١٢٥.

أنه في حالة اتفاق جميع الأطراف على التنازل عن اتفاقهم ومن ثم الرجوع عنه يتعين عليهم اللجوء إلى قضاء الدولة لحماية حقوقهم^١، كذلك إن اتفاق التحكيم وإن كان من شأنه منع قضاء الدولة من نظر النزاع، إلا أنه مع ذلك يظل لهذا القضاء الاختصاص بنظر بعض المسائل المتصلة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم، فاختصاص المحكمة في هذه الحالة لا يمكن تجاهله، ومن ثم لا يمكن الافتراض بأن اتفاق التحكيم ينزع اختصاص تلك المحكمة^٢.

وقد واجه هذا الاتجاه جملة انتقادات تأسيساً على ضرورة التمييز بين حق النقاضي وحق الدعوى، باعتبار أن حق النقاضي هو من الحقوق العامة المكفولة للكافة والتي لا تقبل التقييد أو التنازل من جانب الأفراد لاتصالها بالنظام العام، فحق النقاضي ليس حقاً فردياً ذاتياً، أما حق الدعوى فهو حق فردي بالمعنى الدقيق على اعتبار أن الدعوى هي وسيلة لحماية الحق الموضوعي الذي تم الاعتداء عليه.

والقانون لا يعترف بحق الدعوى إلا لصاحب الحق فيها، لكن اتفاق التحكيم لا يمس الحق في ذاته، ذلك أن حق الدعوى هو حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لمصلحته، وعليه فإن هذا الحق يبقى قائماً على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، فالأفراد عند اتفاقهم على التحكيم لا يتنازلون عن حقهم في الحصول على حكم لحماية حقوقهم، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر لحماية هذه الحقوق^٣.

^١ المرجع السابق - ص ١٢٦.

^٢ المرجع السابق - ص ١٢٧.

^٣ راجع في هذا الشأن د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٥٢١ وأيضاً د. محمود محمد هاشم - النظرية العامة للتحكيم - مرجع سابق - ص ٢٥٨ وما بعدها.

ونشير إلى أن قضاء محكمة النقض المصرية قد استقر على أن الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول يحوز حجية الأمر المقضي، ومن ثم فإنه يستنفذ ولاية محكمة أول درجة، ومن ثم يتعين على المحكمة الاستئنافية عند إلغاء الحكم التصدي للفصل في الموضوع، وهذا ما يخالف الوضع بالنسبة للدفع بوجود اتفاق تحكيم أمام القضاء، حيث أن الحكم الصادر بقبول الدفع بالتحكيم ومن ثم بعدم قبول الدعوى لا يستنفذ ولاية محكمة أول درجة حيث يتعين على المحكمة الاستئنافية عند إلغاء الحكم إعادة القضية إلى محكمة أول درجة من أجل الفصل فيها^١.

ج- الاتجاه الثالث: الدفع بالتحكيم هو دفع إجرائي يبطلان المطالبة القضائية:

يتجه جانب من الفقه إلى تكييف الدفع بالتحكيم أمام القضاء على أنه دفع إجرائي بحت موضوعه بطلان المطالبة القضائية لعدم صلاحية المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم وأن تكون محلاً لهذه المطالبة.

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أن أسباب عدم القبول ترتبط بموضوع الدعوى ، بينما الدفع بالتحكيم لا صلة له بموضوع الدعوى لأنه يوجه إلى إجراءات الخصومة.

وقد ذهب الفقيه الإيطالي الأستاذ كيوفندا إلى القول بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بالتنازل عن الخصومة القضائية باعتباره دفع يعلق بالإجراءات، فالخصم وقد ارتضى عرض النزاع على محكم بإجراءات خصومة التحكيم يكون قد نزل عن حقه في الفصل

^١ د. فتحي والي- قانون الحكيم- مرجع سابق- ص ١٨٥

في الدعوى عن طريق إجراءات الخصومة العادية، والتمسك بهذا النزول يعتبر دفعاً بعدم قبول الدعوى من الناحية الإجرائية أمام القضاء^١.

إن اتفاق التحكيم ينشئ التزاماً على عاتق الأطراف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة وإن الدفع بالتحكيم هو الوسيلة التي يستطيع بموجبها الخصم منع الطرف الآخر من استعمال حقه في اللجوء إلى القضاء مع الإشارة إلى خضوع الدفع بالتحكيم إلى القواعد المطبقة على الدفوع الإجرائية^٢.

وإنه إلى جانب الطبيعة الإجرائية لهذا الدفع يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الدفع بالتحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية أي ببطلان الإجراء الافتتاحي للخصومة، وإن سبب البطلان الذي يثيره هذا الدفع ليس عيباً شكلياً في المطالبة وإنما هو عيب موضوعي يتعلق بعدم قابلية المحل، أي عدم صلاحية المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية، أي أن الأمر يتعلق بسبب أصلي في الإجراء الافتتاحي للخصومة وهو المطالبة القضائية.

فإجراء المطالبة القضائية بوصفه عملاً قانونياً لا بد لصحته من توافر عناصره الشكلية وعناصره الموضوعية والتي من ضمنها عنصر المحل، فإذا كان الطلب الذي تتضمنه المطالبة القضائية محلاً لاتفاق تحكيمي فإنه يكون غير قابل لأن يكون محلاً للمطالبة به قضاءً، ومن ثم فإن المطالبة القضائية التي تضمن هذا الطلب تكون مفتقدة لهذا المقتضى القانوني، مما يستوجب بطلانها، وذلك لأن اتفاق التحكيم يفرض على أطرافه التزاماً بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة، أي عدم اتباع إجراءات التقاضي العادية بالنسبة

^١ المرجع السابق - ص ١٨٣

^٢ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤٣٥.

للنزاع محل اتفاق التحكيم، بحيث إذا خالف أحد الأطراف هذا الالتزام وياشر إجراء المطالبة القضائية أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، جاز للطرف الآخر أن يتمسك بأثر اتفاق التحكيم طالباً من القضاء أن يقرر عدم قابلية هذه الطلبات لأن تكون محلاً للمطالبة بها أمامه، وهو ما يؤدي إلى بطلان إجراء المطالبة القضائية لانتفاء أحد عناصره الموضوعية وهو قابلية المحل، وهذه هي وظيفة الدفع بالتحكيم^١.

وبدوره هذا الاتجاه قد تعرض لبعض الانتقادات لجهة أن القول بأن الدفع بالتحكيم يوجه إلى إجراءات الخصومة على اعتبار أن اتفاق التحكيم يتضمن تنازلاً عن اللجوء إلى قضاء الدولة، يقوم على افتراض غير صحيح وأية ذلك إمكانية اللجوء إلى قضاء الدولة عند تعذر مواصلة التحكيم، بعكس التنازل الذي يحول دون العودة إلى ممارسة الحق الذي تم التنازل عنه، كما يرى ناقدوا هذا الاتجاه بأن الدفع بالتحكيم لا يوجه إلى إجراءات الخصومة وإنما إلى حق الدعوى ومن ثم حق الخصم في اللجوء إلى قضاء الدولة الذي اتفق أطراف التحكيم على إقصائه عن نظر النزاع وإسناد مهمة الفصل في النزاع إلى هيئة التحكيم بوصف التحكيم قضاء مواز لقضاء الدولة ومحقق لذات الأهداف من حيث حسم النزاع بحكم ملزم^٢.

وإن اتفاق التحكيم لا يتصل بصحيفة الدعوى، حتى يصح القول بأن الدفع به هو دفع ببطلان صحيفة الدعوى بسبب عدم قابلية المطلوب فيها لأن يكون محلاً لها، وذلك لأن الدفع ببطلان صحيفة الدعوى لا بد أن يكون سببه راجعاً إليها، أي إلى بياناتها

^١ المرجع السابق - ص ٤٤١.

^٢ انظر في عرض الانتقادات الموجهة لأمصار هذا الاتجاه: د. إبراهيم حرب محيسن - طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية - دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن - الطبعة الأولى - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - ١٩٩٩ - ص ٧٥ وما بعدها

وعناصرها، فلا يمكن أن يكون لأمر خارج عنها مثل اتفاق التحكيم الذي قد يوجد سابقاً على المطالبة، كما قد يوجد بالفعل بعد رفعها أي بعد أن تكون قد رفعت مستوفيةً لبياناتها، مستجمةً لعناصرها ومقتضياتها الموضوعية والشكلية.^١

٢- موقف قضاء الدولة من الدفع بالتحكيم بمواجهة النزاع المطروح أمامه:

سنعالج في هذا الجزء من البحث موقف المحكمة المطروح عليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم بعد أن دفع أحد الأطراف أمامها بوجود اتفاق تحكيم، حيث يختلف موقف القضاء في كل دولة وفقاً للاتجاه الذي يتبناه النظام القانوني نصاً واجتهاداً في تلك الدولة من التكييف القانوني للدفع باتفاق التحكيم، حيث اتجه قضاء بعض الدول إلى إعلان عدم الاختصاص بالنظر في النزاع جواباً على الدفع باتفاق التحكيم، والبعض الآخر قرر إعلان عدم قبول الدعوى بشأن النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، والبعض منهم علّق الفصل في هذا الدفع على بدء إجراءات التحكيم بشأن النزاع المطروح أمام القضاء أو على وجود اتفاق تحكيم صحيح غير باطل، وعليه سنعرض هذه المواقف المختلفة على النحو التالي :

أ- موقف القضاء المصري:

تردد القضاء المصري قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام /١٩٩٤/ في تكييفه لطبيعة الدفع بالتحكيم أمام المحكمة في موضوع نزاع مطروح عليها يوجد بشأنه

^١ د. محمود محمد هاشم- النظرية العامة للتحكيم- مرجع سابق- ص ٢٦٢.

اتفاق تحكيم، حيث ذهب في بعض حكامه إلى اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وفي أحكام أخرى اعتبره دفع بعدم القبول.^١

وبعد إصدار قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤، تم تقنين التكيف القانوني للدفع بالتحكيم واعتباره دفعاً بعدم القبول، حيث نصت المادة /١٣/ من القانون على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع بالدعوى".

وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية في الحديث من أحكامها.^٢

كما أكدت محكمة النقض المصرية على أن الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يجب التمسك به أمامها، كما يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق في إبدائه فيما لو أثير متأخراً عن الموضوع، ويعتبر السكوت عن إبدائه قبل التكلم في الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به.^٣

كما يلاحظ أن نص المادة /١٣/ من قانون التحكيم المصري جاء بعبارات مطلقة يُستفاد منها أن على القاضي الوطني أن يحكم بعدم قبول الدعوى سواء أكان النزاع قد

^١ راجع في هذا الشأن الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣١ قضائية الصادر في جلسة ٢٤ مايو ١٩٦٦ والطعن رقم ٩ لسنة ٤٢ قضائية الصادر في جلسة ٦ يناير ١٩٧٦

^٢ نقض تجاري في الطعن ٤٩٥ لسنة ٧٢ قضائية والصادر بتاريخ ٣ يناير ٢٠٠٤ وكان الحكم المطعون فيه قد وصف الدفع بأنه دفع بعدم الاختصاص، ولكن محكمة النقض صححت هذا التكيف مقررّة أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه وصفه بأنه دفع بعدم الاختصاص، إذ لهذه المحكمة أن تصحح الوصف دون أن تنتقضه

^٣ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٤٦.

عُرض عليه قبل بدء إجراءات التحكيم، أم بعد أن تكون هذه الإجراءات قد بدأت بالفعل واتصلت هيئة التحكيم بالنزاع.^١

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري لم يُضَمِّن المادة /١٣/ نصاً صريحاً يتيح للقاضي الوطني فحص اتفاق التحكيم للتحقق من صحته وعدم بطلانه، بخلاف ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة /١٤٥٨/ من قانون المرافعات الفرنسي، و بخلاف ما جاء بنص المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك على نحو ما سنبينه لاحقاً، ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مناط الحكم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق تحكيم صحيح وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق، فالقاضي لا يتخلّى عن حقه في التصدي لموضوع نزاع مطروح عليه إلا إذا تبين له أن اتفاق التحكيم الذي يتمسك به أحد الأطراف هو اتفاق منتج لآثاره وصالح لعقد هيئة تحكيم تنتظر النزاع، أما إذا تبين له أنه أمام اتفاق باطل، فإن له رفض الدفع بعدم قبول الدعوى والتصدي لنظر النزاع ولا يعوقه عن ذلك الاستناد لنص المادة /٢٢/ من قانون التحكيم المصري التي ترسي مبدأ الاختصاص بالاختصاص أي تحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فالواقع أن هذا النص يعطي لهيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع لكنه لا يسلب ولا يستطيع أن يسلب اختصاص القاضي بالفصل في هذه الدفوع إذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف باتفاق التحكيم، ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق، فقاضي الدعوى هو قاضي الدفوع ولا يتصور إلزام

^١ د. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٤٤٢ وما بعدها

القاضي بالحكم بعدم قبول الدعوى استناداً إلى تمسك أحد الأطراف باتفاق تحكيم اكتشف القاضي بطلانه.

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من تخويل القاضي سلطة طرح اتفاق التحكيم الباطل والتصدي للموضوع في حالة الدفع بعدم قبول الدعوى أمامه، إذ يرى هذا الجانب من الفقه إمكانية قيام أي طرف من أطراف اتفاق التحكيم برفع دعوى أصلية يطلب فيها الحكم ببطلان اتفاق التحكيم، لأن تخويل هيئة التحكيم سلطة البت في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم لا يعني احتكارها لهذه السلطة وسلبها من سلطات القضاء، والقول بغير ذلك يشكل تعدي على حق الالتجاء للقضاء.^١

ويتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بغير ذلك، ويرى أن اتفاق التحكيم يتفرد بقواعد خاصة به دون سواه من الاتفاقات الإجرائية، وأهمها قاعدة خطر التمسك أمام القضاء بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلان أو عدم شموله لموضوع النزاع، على استقلال قبل صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن المادة ٢٢/ قد أعطت لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة ببطلان اتفاق التحكيم، وبذلك لم يعد للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم شموله لموضوع النزاع رداً على دفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم، ولم يعد بمقدور المحكمة أن تفصل تبعاً لذلك في صحة اتفاق التحكيم استقلاً عن الطعن بحكم التحكيم باعتبار أن المشرع قد جعل هذه المسائل صراحةً داخلة في ولاية هيئة التحكيم مما يشكل مانعاً أمام القضاء من

^١ د. مختار بري - التحكيم التجاري الدولي - دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ - ص ٤٨.

الفصل فيها قبل الحكم في موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم واستقلالاً عن الطعن في هذا الحكم.

ويرى أنصار هذا الرأي أن قاعدة خطر التمسك أمام القضاء بعيوب اتفاق التحكيم على استقلال قبل صدور حكم التحكيم إنما هي قاعدة مطلقة وليس نسبية، ومن ثم لا تتوقف على مدى تحريك إجراءات التحكيم، أو على مدى ظهور أو خفاء أسباب بطلان اتفاق التحكيم.^١

ب- موقف القضاء السوري:

لقد تبنى القضاء السوري قبل صدور قانون التحكيم السوري التكييف القانوني للدفع بوجود اتفاق تحكيم أمام القضاء بأنه دفع بعدم القبول وليس دفعاً بعدم الاختصاص^٢، وقد أقرت محكمة النقض السورية في العديد من أحكامها هذا التكييف القانوني مؤكدة أن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم القبول وليس دفعاً بعدم الاختصاص وأن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى فقط ما دام شرط التحكيم قائماً.^٣

^١ د. د. أحمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية- مرجع سابق- ص ١٥٩- قارن " رأي يخالف ذلك" د. ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم- مرجع سابق ص ٢٩٦- قارن أيضاً د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- مرجع سابق- ص ٥٣٠ وما بعدها.

^٢ عبد الهادي عباس- التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن- مرجع سابق- ص ١٥٨

^٣ نقض سوري رقم ٤٦٢ تاريخ ١٩٧٩/٣/٢٨ مشار إليه في مؤلف د. أحمد الشيخ قاسم- التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي- الطبعة الأولى- دار الجاحظ- دمشق ١٩٩٤- ص ١٩٦؛ انظر أيضاً نقض سوري رقم ١٦٠٨ تاريخ ١٩٨٢/٨/٢٦ مشار إليه في مؤلف شفيق طعمة- مرجع سابق- ص ٣٨

وقد اتجهت المحكمة الإدارية العليا في سورية إلى تبني نفس الاتجاه حيث قضت بأنه: "على المحكمة..... أن تنتهي إلى تقرير عدم قبول الدعوى لأن شرط التحكيم ليس من شأنه أن يسلب المحكمة اختصاصها إنما يعتبر مانعاً من قبول الدعوى فقط".^١

وبعد صدور قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨، فقد قنّن المشرع السوري هذا الموقف من الدفع بالتحكيم أمام القضاء من خلال نص المادة ١٠/ والتي جاء فيها أنه:

"١- يجب على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع بالدعوى، ما لم يتبين لها أن الاتفاق باطل أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

لقد تبني المشرع السوري من حيث المبدأ ما أخذ به المشرع المصري من ناحية الوجوب على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى في معرض نزاع طرح أمامها إذا ما دفع أحد الأطراف بوجود اتفاق تحكيم بخصوص هذا النزاع، كما أوجب أن يتمسك بهذا الدفع صاحب المصلحة ويثيره أمام المحكمة وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها باعتباره دعواً لا يتعلق بالنظام العام، كما يتوجب أن يثار هذا الدفع قبل التكلم في الموضوع وإلا سقط الحق في إبدائه.

وقد أكدت محكمة النقض السورية أن الدفع بالتحكيم لا يتعلق بالنظام العام في أحكامها، حيث أكدت أن عدم تمسك الأطراف باتفاق التحكيم في مرحلة المحاكمة

^١ قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم ١٢ في القضية رقم ٦٤ لسنة ١٩٦٧

البدائية يعتبر تنازلاً ضمنياً عنه ويؤدي إلى سقوط الحق بالدفع في المرحلة الاستثنائية.^١

ويلاحظ أن المشرع السوري وبخلاف المشرع المصري قد حسم جدلاً فقهيّاً واسعاً حول صلاحية المحكمة في فحص وجود وصحة اتفاق التحكيم في معرض نظرها بالدفع باتفاق التحكيم في النزاع المعروض عليها وذلك قبل أن تقرر عدم قبول الدعوى، حيث جاء نص المادة ١٠/ على أن المحكمة تحكم بعدم قبول الدعوى ما لم يتبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.^٢

ونخلص القول أن المشرع السوري من خلال إعطاء المحكمة صلاحية فحص اتفاق التحكيم قبل تقرير عدم قبول الدعوى قد سار على ما سار عليه القانون النموذجي في المادة ٨ الفقرة ١، وكذلك على ماسارت عليه اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ في المادة ٢ الفقرة ٣ ، والتي تسمح للقاضي الوطني بطرح اتفاق التحكيم إذا كان باطلاً، حيث تنص على إلزام المحاكم الوطنية بالإحالة ، "ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".^٣

^١ د. احمد الشيخ قاسم- مرجع سابق- ص ٢٠٠.

^٢ تجدر الإشارة إلى أن مشروع قانون التحكيم المصري قبل إقراره كان قد ضمّن المادة ١٣/ بنداً ثالثاً يخول المحكمة أن تقضي ببطالان اتفاق التحكيم أو بسقوطه أو بعدم نفاذه قبل صدور حكم التحكيم، غير أن هذا البند تم حذفه بقصد تحرير اتفاق التحكيم وإجراءاته بقدر الإمكان من الرقابة القضائية- انظر بهذا الخصوص: د. ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص ٢٩٦، وانظر أيضاً د. أحمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية- مرجع سابق- ص ١٥٩ في الهامش.

^٣ تنص المادة ٨ فقرة ١ من القانون النموذجي على الآتي:

ج- موقف القضاء الفرنسي:

لقد تبنى القضاء الفرنسي اتجاه مخالف للاتجاه الذي تبناه القضاء السوري والمصري، حيث اتجهت أحكام القضاء الفرنسي إلى اعتبار الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وليس دفع بعدم القبول، غير أن بعض أحكامه اعتبرت هذا الدفع هو دفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام وأحكام أخرى اعتبرته دفعاً متعلقاً بالنظام العام.^١

وبعد صدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد فقد نصت المادة ١٤٥٨ منه على أنه:

((١) - إذا رفع أمام المحكمة القضائية نزاعاً مرفوعاً أمام محكمة تحكيمية بموجب اتفاقية تحكيمية فعليها إعلان عدم اختصاصها،

٢- إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع، فعلى المحكمة القضائية

أيضاً إعلان عدم اختصاصها ما لم يكون عقد التحكيم واضح البطلان

٣- وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم

اختصاصها من تلقاء نفسها.))

"Le tribunal d'un differend sur une question faisant l'object d'une convention d'arbitrage renverra Les parties a L'arbitrage à moins qu'il ne constato que ladite convention est caduque inoperant ou non suseeptieel d'etre exécutée".

وهذا النص تقريباً يطابق حرفياً نص الماد ٣/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ حيث تنص على أن: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

^١ د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص٤٨٤.

نلاحظ أن النص السابق حسم الجدل حول الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم أمام القضاء مؤكداً أنه دفع بعدم الاختصاص ، وبالتالي فإن إقصاء قضاء الدولة عن نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم سببه عدم الاختصاص، كما أكد المشرع الفرنسي على أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها.^١

يُلاحظ أن المشرع الفرنسي قد ميّز بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الوطنية قبل أن تكون هيئة التحكيم قد اتصلت بالنزاع أي قبل بدء إجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة يحق للقاضي الوطني قبل أن يقرر عدم اختصاصه أن يفحص اتفاق التحكيم من حيث الظاهر، فإذا كان بطلان اتفاق التحكيم ظاهراً فإن القاضي يقرر اختصاصه ويرد الدفع باتفاق التحكيم، ويقصد بالبطلان الظاهر أي أن يكون واضحاً وغير قابل للمنازعة فيه بحيث يستطيع القاضي اكتشافه دون إجراء فحص معمق.
- **الحالة الثانية:** أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الوطنية بعد أن تكون قد بدأت إجراءات التحكيم واتصلت هيئة التحكيم بالنزاع، فهنا تقرر المحكمة الوطنية عدم اختصاصها دون صلاحية فحص اتفاق التحكيم.^٢

^١ د. محمود محمد هاشم- النظرية العامة للتحكيم- مرجع سابق- ص ٢٥١

^٢ - R.David: L'arbitrage dans le commerce international, 1982, op cit p294 et's, no.235.

هذا ويتعين عدم جواز التوسع في تفسير مفهوم البطلان الظاهر الوارد ذكره في الفقرة ٢/ من المادة ١٤٥٨/ بمعنى مراعاة التفسير الضيق لهذه الفكرة.^١

ويرى جانب من الفقه أنه لا مبرر للفرقة التي يقيمها المشرع الفرنسي بين حالة اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فيحتم على القاضي الحكم بعدم الاختصاص، وحالة عدم اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فيدخل القاضي إمكانية النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم ورفض الحكم بعدم الاختصاص، فثبوت البطلان أمام القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح اتفاق التحكيم واستعادة اختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود اتفاق تحكيم صحيح، وإن القول بأن هيئة التحكيم بعد اتصالها بالنزاع تحتكر النظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم استناداً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو قول غير كافي باعتبار أن هدف مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم إعاقة سير عملية التحكيم أمام هيئة التحكيم، فالهيئة لا توقف إجراءات التحكيم لحين عرض الأمر على القضاء بل لها أن تستمر إذا قدرت أن الدفوع مقصود بها المماطلة وإطالة أمد النزاع.^٢

د- موقف اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ :

انطلاقاً من أن اللجوء إلى قضاء الدولة بالرغم من وجود اتفاق تحكيم من شأنه أن يشكل عقبة تحول دون تنفيذ حكم التحكيم مستقبلاً، ومن ثم تهديد مستقبل التحكيم في

^١ -PH.Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, Rev.arb, 1985,p.27

مشار إليه في مؤلف د باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٣٧٨

^٢ د. مختار بريري- مرجع سابق- ص٤٨.

العلاقات الدولية الخاصة ،فقد تبنت اتفاقية نيويورك مبدأ ترتيب أثر فوري ومانع لاتفاق التحكيم غايته منع محاكم الدول الموقعة على الاتفاقية من نظر الدعاوي المرفوعة أمامها بالمخالفة لاتفاقات التحكيم المبرمة.^١

وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على أنه:

"على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

إن النص المذكور قد أورد قاعدة موضوعية موحدة دولياً تسمو على التشريعات الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية ،وتفرض على المشرع الوطني التزاماً بعدم مخالفتها تقييداً أو إطلاقاً، والشرط الوحيد لاستبعاد ولاية القضاء الوطني هو تمسك أحد الأطراف بسبق الاتفاق على التحكيم.^٢

ومع ذلك فإنه من الملاحظ أن واضعي نصوص الاتفاقية قد سعوا إلى تضيق سلطة القضاء الوطني في فحص اتفاق التحكيم وقصروها على حالة أن يكون اتفاق التحكيم باطلاً في ذاته أو مستحيل إعمال أثره أو أنه قد صار غير قابل للتطبيق، كما تم رفض إقحام فكرة النظام العام وكسر مجال الاستعانة بها على المرحلة التالية لصدور حكم التحكيم وطلب الأمر بتنفيذه ،أي أن واضعي اتفاقية نيويورك قد استبعدوا إمكانات

^١ د. سامية راشد- مرجع سابق- ص ٤٥١

^٢ د.باسمة دباس- مرجع سابق- ص ٤٥٢.

التمسك بفكرة النظام العام لمنع ترتيب اتفاق التحكيم لآثاره، وإنما أجازوا ذلك كوسيلة للاعتراض على تنفيذ حكم تحكيم معين.^١

ومن ناحية أخرى فإن عبارة "ذلك ما لم يتبين للمحكمة" الواردة في مستهل النص، تجعل الأصل هو وجود قرينة على كون اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وعلى من يدعي خلاف ذلك الأصل العام أن يقيم الدليل على ادعائه.^٢

ثالثاً- الاستثناءات من مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم:

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات^٣، أبرزها انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وتدخل القضاء الوطني من أجل تكوين محكمة التحكيم في حال تعذر تشكيلها، وأخيراً الرقابة القضائية

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق- ص ٢٩٥.

^٢ تقول د. سامية راشد في هذه الصدد أن التمسك بهذه الموانع لم يتم عملاً إلا بمناسبة عدد قليل من القضايا ينحصر في ثلاث دول على وجه التحديد وهي الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا والهند- مرجع سابق- ص ٤٦٥.

^٣ د. حفيظة حداد- الموجز في النظرية العامة- مرجع سابق- ص ٢٨٤.

التي تباشر من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم أم في إطار دعوى الأمر بالتنفيذ.^١

وعلى الصعيد الدولي نجد أن أغلب الاتفاقيات الدولية تأخذ بفكرة المهمة القضائية غير المحدودة للمحكم، أي أن لا يكون للقضاء الوطني أي صلاحية في هذا المجال.

وإذا ما تعمقنا في مجال التحكيم في التجارة الدولية، نجد مجموعات التجار على المستوى الدولي تتجه نحو إيجاد قضاء تجاري دولي يرتكز أساساً على مفهوم التحكيم ويستقل شيئاً فشيئاً عن كل ما هو وطني، ويبدو ذلك واضحاً بشكل خاص في حقل صلاحية المحكمين وإجراءات التحكيم^٢.

ومع صحة هذا، إلا أنه لا بد من التعاون مع القاضي الوطني في بعض النواحي، وأهمها ما يفرضه انتماء المحكمين لمفهوم حقوقي معين من جهة، وما يفرضه من جهة ثانية ارتكاز التحكيم على مصدر عقدي، وفي كل هذه المجالات يبدو واضحاً التعاون والتنسيق أحياناً مع القانون الخاص لدولة ما.

فبالنسبة لارتكاز التحكيم على مصدر عقدي، فإن الأطراف المعنية مقيدة بمضمون اتفاق التحكيم الذي ارتضته، لكن قد يكون اتفاق التحكيم ناقصاً كما لو لم يعين الاتفاق المحكمين بشكل واضح وهذا يرد كثيراً في شروط التحكيم الواردة في عقود التجارة الدولية.

^١ المرجع السابق - ص ٢٩٥.

^٢ عبد الهادي عباس وجهاد هواش - التحكيم - مرجع سابق - ص ٣٨٥.

وقد يؤدي ذلك كله إلى شل عملية التحكيم، لذلك لجأ الاجتهاد الدولي إلى أسلوب تعيين المحكم من قبل شخص ثالث، علماً أن أكثر القوانين الوطنية في العالم تسمح في هذه الحالة للمحاكم الوطنية باختيار المحكم من قبلها بناء على طلب أحد أطراف العقد.^١ وبالنسبة لصلاحيات المحكمين فلا شك أنه لا يمكن مطابقة صلاحيات المحكمين بصلاحيات القضاء الوطني مطابقة تامة، فعلى سبيل المثال إن الأمر بالتنفيذ لا يمكن أن يصدر إلا عن القاضي الوطني وهو الوحيد الذي يستطيع طلب مساعدة القوة العامة، فلا بد في مثل هذه الحالات من تدخل القضاء الوطني بالإضافة لحالات أخرى تتعلق بالإجراءات الاحتياطية والتحفيزية.

إن بعض الهيئات تعطي للمحكم الحق باللجوء إلى اتخاذ مثل هذه التدابير ولكن أكثر الهيئات الدولية وبخاصة غرفة التجارة الدولية **Chamber de commerce inter** ، وقواعد كوبنهاغن ، وجمعية القانون الدولي **International Law Association** ، وغيرها تحيل صراحة إلى القضاء الوطني بالنسبة لكل ما يتعلق بالتدابير الاحتياطية والموقفة.^٢

وملخص القول إلى أن مبدأ استبعاد اختصاص القضاء الوطني من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم هو مبدأ غير شامل حيث لا يترتب عليه حرمان القضاء الوطني من نظر جميع المسائل المتعلقة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم، بل على العكس

^١ المرجع السابق - ص ٣٨٦

^٢ عبد الهادي عباس وجهاد هواش - مرجع سابق - ص ٣٨٦.

فإن القضاء الوطني يحتفظ ببعض الاختصاص في أحوال عدة سواء عند بدء خصومة التحكيم أو أثناء إجراءات التحكيم.¹

ويرجع ذلك كما سبق وأشارنا إلى أن المحكم يستمد سلطته واختصاصه من اتفاق الأطراف بالإضافة إلى افتقاد المحكم لسلطة الأمر التي يتمتع بها قضاء الدولة لذلك فإنه يكون في حاجة إلى قضاء الدولة لمساعدته في أداء مهمته.

وعليه فإن اختصاص القضاء الوطني يستمر في بعض المسائل المتصلة بالنزاع محل اتفاق التحكيم ، وهذه المسائل منها ما يمكن القول عنه أنه إجرائي ومنها ما هو مرتبط جزئياً بموضوع النزاع.

بناء على ماسبق ذكره سنعرض المسائل الإجرائية كمسألة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات الإثبات أمام هيئة التحكيم ،وسنتوسع في مسألة اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة كون هذه الأخيرة تتعلق بالنزاع محل التحكيم أي ترتبط بموضوع النزاع.

١ - مدى تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم:

إن المبدأ الأساسي في تشكيل هيئة التحكيم هو الرجوع إلى إرادة أطراف اتفاق التحكيم، فالأطراف في التحكيم هم الذين يشكلون هيئة التحكيم وينظمون ما تخضع له من أحكام.

وتبدو إرادة الأطراف واضحة بالنسبة للتحكيم الخاص - **ad hoc** - إذ يختار الأطراف فيه مباشرة أو بواسطة شخص من الغير محكماً أو أكثر لنظر نزاع معين،

¹ R.David: L'arbitrage dans le commerce international, 1982, op cit, p296 et's, no.236

وفي التحكيم المؤسسي أيضاً لإرادة الأطراف دور أساسي من خلال اختيار التحكيم وفق نظام مركز تحكيم معين، وبذلك فإنهم يعبرون ضمناً عن إرادتهم في أن يتم اختيار المحكمين وفقاً لنظام المركز سواء نص النظام على أن يتم الاختيار من الأطراف على نحو معين أو بواسطة المركز.

وإذا لم يتم تعيين المحكم بإرادة الأطراف، فإنه يتم بواسطة المحكمة، فاختيار هيئة التحكيم بواسطة المحكمة لا يكون إلا على سبيل الاستثناء^١.

إذاً إن المشكلة تظهر حينما لا يتفق الأطراف على تعيين أعضاء هيئة التحكيم، أو على الأقل تحديد طريقة تعيينهم، ففي مثل هذه الحالة فإن جميع التشريعات الوضعية تكاد تتفق على أن قضاء الدولة يتدخل للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، بناء على طلب يتقدم به أطراف اتفاق التحكيم أو أحدهم على الأقل، وعليه لا يجوز لهذا القضاء التدخل من تلقاء نفسه للقيام بهذه المهمة^٢.

وقد أقر المشرع الفرنسي تدخل قضاء الدولة في تشكيل هيئة التحكيم وذلك في المادة ٢/١٤٩٣ من مجموعة المرافعات الفرنسية حيث تم النص على أنه:

"بالنسبة للتحكيم التي تجري في فرنسا أو تلك التي اتفق الأطراف بصدها على تطبيق قانون الإجراءات الفرنسي إذا اصطدم تشكيل هيئة التحكيم بأية صعوبات كانت،

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٩٨.

^٢ د. سراج حسين محمد أبو زيد - التحكيم في عقود البترول - ١٩٩٨ - بدون دار نشر - ص ٤٠٣ وما بعدها.

يجوز للطرف ذي المصلحة - ما لم يوجد اتفاق مخالف- اللجوء إلى رئيس المحكمة الكلية في باريس وفقاً للأوضاع المنصوص عنها في المادة ١٤٥٧/١.^١

وقد نظم المشرع السوري مسألة تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم في المادة ١٤/ من قانون التحكيم السوري، حيث عالجت هذه المادة حالة عدم اتفاق الطرفين على اختيار المحكمين، فأعطت الاختصاص لمحكمة الاستئناف التي يجري التحكيم في دائرتها أو التي يتفق عليها الطرفان في تشكيل هيئة التحكيم المؤلفة من محكم واحد بناء على طلب يتقدم إليها من قبل أحد الأطراف، وكذلك لها الصلاحية في تسمية المحكم المرجح والمحكم عن الطرف المقصر في التسمية وذلك في حال كون هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين.^٢

وبدوره المشرع المصري أيضاً نظم كيفية تشكيل هيئة التحكيم ودور القضاء الوطني في ذلك في المادة ١٧/ من قانون التحكيم المصري حيث تبنى قواعد مشابهة للقواعد التي تبناها المشرع السوري في المادة ١٧/ من قانون التحكيم السوري باستثناء اختلاف المحكمة الوطنية المختصة بذلك، فهي في التشريع السوري محكمة الاستئناف التي يتفق الطرفان عليها، وإلا محكمة الاستئناف التي يجري التحكيم في دائرتها، أما في التشريع المصري فهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع وفي حال كان التحكيم

^١ PH.Fouchard, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, op.cit, p.26

مشار إليه في مؤلف د باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٢٨٤
^٢ راجع نص المادة ١٤/ من قانون التحكيم السوري رقم ٤/ لعام ٢٠٠٨

تجارياً دولياً فهي محكمة الاستئناف التي يتفق عليها الطرفان وإلا محكمة استئناف القاهرة^١.

٢ - مدى تدخل القضاء الوطني في مجال الإثبات أمام هيئة التحكيم:

إن افتقار المحكم لسلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي الوطني يجعل من اللازم تدخل القضاء الوطني أثناء إجراءات التحكيم في مجال البحث عن أدلة الإثبات.

وبناء عليه فإذا كان المحكم يستطيع أن يطلب من أطراف اتفاق التحكيم تقديم ما بحوزتهم من مستندات، إلا أنه في الوقت نفسه لا يملك سلطة إجبارهم على ذلك في حال امتناعهم عن تقديم تلك المستندات.

وإذا كان المحكم لا يملك إجبار أطراف اتفاق التحكيم على تقديم ما بحوزتهم من مستندات ، فإنه من باب أولى لا يملك إجبار الغير - وهو كل شخص ليس طرفاً في اتفاق التحكيم - على تقديم ما بحوزته من مستندات عند امتناعه عن تقديمها، كما لا يملك إجبار شاهد على الحضور أمامه للإدلاء بشهادته أو حلف اليمين أو غير ذلك.

ولما كان المحكم يفتقد سلطة الأمر التي تمكنه من الإجبار على تقديم المستندات أو الإجبار على الإدلاء بالشهادة أو حلف اليمين ...، لذلك فلا يكون أمامه من سبيل إلا اللجوء إلى قضاء الدولة^٢.

^١ راجع نص المادة /٩/ من قانون التحكيم المصري ونص المادة /٣/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام

٢٠٠٨

^٢ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٣٨٤

إن أغلب تشريعات التحكيم الحديثة أجازت للقضاء الوطني التدخل لمساعدة هيئة التحكيم في الحصول على الأدلة، نذكر منها قانون التحكيم الإسباني الصادر سنة ١٩٨٨ وقانون التحكيم الجزائري الصادر سنة ١٩٩٣^١

وقد أجاز المشرع السوري تدخل القضاء الوطني لمساعدة هيئة التحكيم في مجال أدلة الإثبات ، حيث أجاز لهيئة التحكيم دعوة الشهود وسماعهم و إجراء الخبرة الفنية ، إلا أنه أعطى للمحكمة الوطنية سلطة فرض الجزاء على الشاهد المتخلف عن الحضور أمام هيئة التحكيم أو الممتنع عن الإدلاء بشهادته بدون عذر ، كما أعطى للقضاء الوطني الأمر بالإثابة القضائية كما في حال إجراء كشف ومعاينة في مكان يصعب على هيئة التحكيم الانتقال إليه، حيث يجوز للمحكمة بناء على طلب هيئة التحكيم إصدار أمر بالإثابة القضائية بهذه المهمة ، وأعطى أيضاً قانون التحكيم السوري للقضاء الوطني سلطة الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع.^٢

^١ راجع بهذا الشأن د. سراج حسين محمد أبو زيد - مرجع سابق - ص ٤٦ وما بعدها

^٢ نص المادة /٣٤/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على ما يلي: "ترجع هيئة التحكيم على المحكمة المعرفة في المادة /٣/ من هذا القانون لإجراء ما يلي: -١- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع دون عذر قانوني عن الإجابة بالجزاءات أو الغرامات المقررة قانوناً -٢- اتخاذ القرار بالإثابات القضائية -٣- الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع".

وذهب المشرع المصري مذهباً مشابهاً للمشرع السوري عندما أعطى للمحكمة الوطنية سلطة الأمر بالإلانات القضائية والحكم على الشهود المتخلفين أو الممتنعين عن أداء الشهادة أمام هيئة التحكيم وذلك في المادة /٣٧/ من قانون التحكيم المصري^١.

أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي للتحكيم الدولي، فإنه لم يتضمن نصاً يسمح بتدخل قضاء الدولة لمساعدة هيئة التحكيم في الحصول على الأدلة، كذلك لم يتضمن حلولاً في حال امتناع أحد الشهود عن الحضور أمام المحكمة أو امتناعه عن الإجابة.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه أنه لا يوجد ما يمنع المحكم من طلب مساعدة قضاء الدولة في الحصول على الأدلة رغم عدم وجود نص صريح^٢.

٣- مدى اختصاص القضاء الوطني في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة:

بعد أن عرضنا استبعاد اختصاص قضاء الدولة من نظر النزاع محل اتفاق التحكيم، ثار تساؤل حول ما إذا كان هذا الاستبعاد يمتد ليشمل اختصاص القضاء الوطني في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة المرتبطة بموضوع النزاع.

^١ تنص المادة /٣٧/ من قانون التحكيم المصري رقم ١٩٩٤/٢٧ على أنه: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة /٩/ من هذا القانون بناء على طلب هيئة التحكيم بما يأتي: ١- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين /٧٨-٨٠/ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ٢- الأمر بالإلانة القضائية"

^٢ د. سراج حسين محمد أبو زيد- مرجع سابق- ص ٤٠٨.

لذلك سنعرض بدايةً موقف الفقه من مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ تدابير تحفظية تتعلق بالنزاع محل اتفاق التحكيم ، ثم سنعرض ما تبنته بعض تشريعات وأنظمة التحكيم من ذلك.

أ- الاتجاهات الفقهية:

لقد تنازع الفقه عدة اتجاهات فيما يتعلق باختصاص القضاء الوطني في اتخاذ تدابير تحفظية ومؤقتة بشأن النزاع محل اتفاق التحكيم.

* الاتجاه الأول:

ذهب إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم لا يحجب اختصاص قضاء الدولة في إسباغ الحماية الوقتية على الرغم من وجود اتفاق التحكيم، باعتباره صاحب الولاية العامة في نظر النزاع الموضوعي والتدابير الوقتية والتحفظية.^١ بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم تقتقر سلطة الإجبار التي يتمتع بها قضاء الدولة، وهي تقتقرها بمواجهة الأطراف، فمن باب أولى أن لا تملكها بمواجهة الغير، كما أن بعض الإجراءات لا يمكن اتخاذها على نحو يتسم بالفاعلية إلا من قبل قضاء الدولة كالحجوزات التحفظية.^٢

وافتقار المحكم إلى سلطة الإجبار التي يتمتع بها قضاء الدولة مسألة يشير إليها قضاء التحكيم ذاته، ففي القضية رقم ٦٦٥٣ لسنة ١٩٩٣ لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، بين إحدى الشركات السورية وشركة ألمانية، فقد ورد طلب من الشركة السورية لمحكمة

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٣٨٩.

^٢ د. حفيظة السيد حداد - مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية ١٩٩٦ - ص ١٨ وما بعدها

التحكيم حتى تقوم الأخيرة بتأكيد الحجز الوقتي الصادر من القضاء الوطني السوري بجعله جزءاً تنفيذياً، والذي رأت الشركة المدعى عليها (الشركة الألمانية) أن هذا الطلب لا يدخل في سلطة محكمة التحكيم، وذهبت محكمة التحكيم إلى أنه ليس في مقدورها سوى رفض هذا الطلب غير المألوف" ^١.

كما أن الهدف الذي يسعى إليه المشرع من نظام الاستعجال كإجراء للحماية الوقتية يقتضي إصدار أوامر وقتية من خلال إجراءات قسرية تتطلب فيمن يصدرها توافر صفة الأمر لإمكان تنفيذها وهو ما لا يملكه المحكم ^٢.

إن اللجوء إلى قضاء الدولة لاتخاذ تدابير تحفظية يبدو أمراً لازماً لمواجهة حالة الاستعجال التي قد تطرأ في الفترة الممتدة بين إبرام اتفاق التحكيم وقبل تشكيل هيئة التحكيم، إذ ليس أمام الأطراف في هذه الحالة إلا اللجوء إلى قضاء الدولة لمواجهة حالة الاستعجال ^٣.

وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى حرمان الطرف المهدد بضياح دليله أو المعرض لمواجهة خطر محقق من وسيلة الحماية قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع ^٤.

^١ د.باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٣٩٠

^٢ د.هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٥٥، وتضيف سيادتها: إن هذا الأمر دفع القائمين على نظام غرفة التجارة الدولية لوضع مشروع لنظام تعيين محكم مستعجل يتولى حسم المنازعات المستعجلة استقلالاً عن إجراءات التحكيم، غير أن هذا المشروع قد لاقى معارضة من مندوبي بعض الدول تشكيكاً في جدواه واحتمال تعارضه مع سلطات المحكم لاحقاً.

^٣ د.باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٣٩١

^٤ د.مختار بريري - مرجع سابق - ص ١٥٥

ويمكن القول أن هذا الاتجاه يتماشى مع طبيعة الإجراءات الوقتية والتحفظية وما تتطلبه ضرورة تحقيق حماية مؤقتة سريعة وفعالة خشية ضياع معالم الإثبات.

* الاتجاه الثاني:

يرى أنصار هذا الاتجاه إعطاء الاختصاص لهيئة التحكيم في اتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة المرتبطة بموضوع النزاع طالما أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى ذلك إما صراحة أو ضمناً من خلال الإحالة إلى لائحة من اللوائح المنظمة للتحكيم^١

ووفقاً لهذا الاتجاه فإن استبعاد اختصاص قضاء الدولة يشمل النزاع الموضوعي والتدابير الوقتية والتحفظية بشرط أن يكون النزاع الموضوعي معروضاً على المحكمين.^٢

ويعول أنصار هذا الاتجاه على احترام أطراف التحكيم للتدابير المؤقتة والتحفظية الصادرة من هيئة التحكيم تبعاً لافتقار الأخيرة لسلطة الإجبار، ويبين أنصار هذا الاتجاه دور إرادة الأطراف في منح المحكم سلطة إسباغ الحماية الوقتية، إلا أنه من المعلوم أن هناك العديد من التدابير التحفظية لا يمكن إصدار الأمر باتخاذها إلا من قبل قضاء الدولة، إما لتعلقها بالغير أو لأنها تعبر عن سلطة الإجبار التي يتمتع بها قضاء الدولة وحده^٣، حيث أنه وإن كان ليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على منح هيئة التحكيم وتخويلها سلطة حسم المنازعات الموضوعية واتخاذ التدابير

^١د.حفيظة السيد الحداد- مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية- مرجع سابق- ص٢٣

^٢د.باسمة دباس- مرجع سابق- ص٣٩٣.

^٣د.حفيظة السيد الحداد- مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية- مرجع سابق- ص٢٦ وما بعدها

الوقتية إلا أن هذا الاتفاق قد لا يكون مجدياً خاصة إذا كانت الأموال المطلوب التحفظ عليها في حوزة الغير.^١

* الاتجاه الثالث:

يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أن الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المرتبطة بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم هو اختصاص مشترك ينعقد لهيئة التحكيم ولل قضاء الوطني، حيث أن للأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني بهدف الحصول على الحماية الوقتية لمواجهة حالة الاستعجال التي قد تطرأ بعد إبرام اتفاق التحكيم، إذ لا يمكن حرمان الأطراف من الاستفادة من القواعد التي تنظم الإجراءات المستعجلة في القوانين الوطنية نظراً لفعاليتها.

وإن الاختصاص بنظر النزاع الموضوعي يبقى منعقداً لهيئة التحكيم رغم لجوء الأطراف في اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة بهدف الحصول على الحماية المستعجلة باتخاذ تدبير وقفي أو تحفظي، ويمنح أنصار هذا الاتجاه هيئة التحكيم الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتدابير التحفظية استناداً إلى إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية بالإحالة إلى لوائح تحكيم تقرر للمحكم بهذه السلطة.^٢

إن مبدأ الاختصاص المشترك هو من يحكم مسألة توزيع الاختصاص من قبل كل من جهتي القضاء العادي وقضاء التحكيم بشأن التدابير الوقتية والتحفظية، حيث يؤكد هذا المبدأ أن وجود اتفاق التحكيم لا يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني بهدف

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٥٥

^٢ د. حفيظة السيد الحداد - مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية - مرجع سابق - ص ٢٩ وما بعدها.

الحصول على الحماية الوقتية وإن ذلك لا يعد تنازلاً عن اتفاق التحكيم ولا يشكل أي مساس بسلطة هيئة التحكيم واختصاصها بالفصل في النزاع الموضوعي المتفق بشأنه على التحكيم.^١

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه يجوز للأطراف الاتفاق على عدم اللجوء إلى قضاء الدولة لإسباغ الحماية الوقتية طوال فترة التحكيم، وقد أكدت وجهة النظر هذه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٨٦ والذي ذهب فيه إلى أنه:

"لا يمكن استبعاد اختصاص محاكم الدولة في اتخاذ الإجراءات الوقتية إلا بناءً على اتفاق صريح من الأطراف، أو بناءً على اتفاق ضمني يستشف من تبني لائحة تحكيم تفيد ذلك الاستبعاد، وهو ما يتحقق عندما تقوم الأطراف -بشرط عدم وجود اتفاق مخالف- على قبول التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار".^٢

يتفق جانب آخر من الفقه مع الرأي المتقدم من جهة هيئة التحكيم وليس من جهة قضاء الدولة بمعنى أنه يعترف أن لإرادة الأطراف مكنة استبعاد التدابير الوقتية والتحفظية من نطاق التحكيم إعمالاً للقواعد العامة التي تعطي للأطراف سلطة تحديد نطاق التحكيم، غير أن ذلك غير مقبول بشأن نطاق اختصاص قضاء الدولة ذلك أن

^١ . المرجع السابق - ص ٤٥ وما بعدها.

^٢ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤٠٠

هناك من الإجراءات الوقتية والتحفظية ما يتعلق بفكرة النظام العام أو ما يدخل ضمن نطاق الاختصاص الحصري لقضاء الدولة.^١

إن هذا الاختصاص الحصري لقضاء الدولة يستند إلى فكرة الفاعلية والنفاذ، أي أن أساس توزيع الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بين كل من جهتي القضاء العادي وقضاء التحكيم هو تقدير أي من هذين القضاءين أكثر قدرة على تحقيق فاعلية الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه وضمان تنفيذه على وجه السرعة لمواجهة حالة الاستعجال.

وبإعمال المعيار المتقدم يمكن الاعتراف لقضاء الدولة بالاختصاص الحصري باتخاذ جميع التدابير الوقتية والتحفظية التي تعرض عليه في الوقت السابق على تشكيل هيئة التحكيم، وكذلك إن إعمال المعيار المتقدم يؤدي إلى الاعتراف لقضاء الدولة بالاختصاص الحصري باتخاذ جميع التدابير الوقتية والتحفظية التي يطلب اتخاذها على الرغم من تشكيل هيئة التحكيم ونظرها في موضوع النزاع، وذلك كلما كان الإجراء المطلوب اتخاذه يتطلب ممارسة نوع من الإجبار والإلزام القانوني الذي تحتكر محاكم الدولة القيام به.^٢

^١ د. حفيظة السيد الحداد - مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية - مرجع سابق - ص ٤٢ وما بعدها

^٢ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤٠٣.

ب-موقف التشريعات الوضعية من الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية:

تباين موقف الأنظمة القانونية الوضعية بشأن تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية ، حيث ذهب بعضها إلى منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في حين ذهبت أنظمة قانونية أخرى إلى حصر الاختصاص باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية بقضاء الدولة، بينما أخذت بعض التشريعات الحديثة بمبدأ الاختصاص المشترك والذي يحكم مسألة توزيع الاختصاص بين كل من جهتي القضاء العادي وقضاء التحكيم، وعليه سنعرض لما تبنته بعض الأنظمة القانونية على النحو التالي:

١- "موقف القانون السوري:

تنص المادة /٣٨/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام /٢٠٠٨/ على أنه:
"يحق لأي طرف من طرفي التحكيم مراجعة قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لاتخاذ إجراء تحفظي وفقاً لأحكام قانون أصول المحاكمات".

يتضح لنا من نص الفقرة سالفة الذكر أن المشرع السوري لم يستبعد اختصاص القضاء الوطني متمثلاً بقاضي الأمور المستعجلة في اتخاذ التدابير التحفظية المتعلقة بالنزاع محل اتفاق التحكيم، بل نص صراحة على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ التدابير التحفظية بناء على طلب أحد أطراف التحكيم

وأخضع هذا الطلب للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات السوري^١.

إن المشرع السوري وبموجب المادة /٣٨/ فقرة /٦/ قد أجاز لأي من طرفي التحكيم إقامة دعوى مستعجلة أمام محكمة البداية المدنية بصفتها ناظرة بالقضايا المستعجلة أو أمام محكمة الصلح في الأماكن التي لا يوجد فيها محكمة بداية وذلك بهدف الحصول على الحماية المؤقتة أو اتخاذ تدبير تحفظي يتعلق بالحق المتنازع عليه محل اتفاق التحكيم، وأخضع المشرع السوري هذه الدعوى المستعجلة للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات السوري من حيث مدى توافر حالة العجلة الزائدة في الطلب و وجود مسائل يخشى عليها من فوات الوقت وعدم مساس الإجراءات والتدابير المستعجلة المطلوب اتخاذها بموضوع النزاع.

^١ تنص المادة /٧٩/ من قانون أصول المحاكمات في سورية رقم /١/ لعام ٢٠١٦ على ما يلي:
 "أ- يحكم رئيس محكمة البداية في الأمور المستعجلة دون تعد على الموضوع أو على اختصاص رئيس التنفيذ.

ب- في المراكز التي لا يوجد فيها محاكم بداية يتولى قاضي الصلح الفصل في هذه الأمور.

ج- يبقى من اختصاص محكمة الموضوع الحكم بهذه الأمور إذا رفعت إليها بطريق التبعية.

د- يقصد بالأمور المستعجلة المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت.

هـ- لا يجوز أن تمس التدابير المتخذة من قبل قاضي الأمور المستعجلة حقوق السلطة الإدارية متى استوفت أوضاعها الشكلية وفقاً لأحكام القانون.

و- يحق لقاضي الأمور المستعجلة أن يقرر بناء على الطلب المقدم إليه وقبل دعوة الخصوم إجراء معاينة أو خبرة فنية وذلك في حالة العجلة الزائدة.

إن المشرع السوري قد حافظ على اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، وأجاز في نفس الوقت للأطراف اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة للحصول على الحماية الوقتية واتخاذ تدبير تحفظي مستعجل دون أن يعد ذلك تنازلاً عن اتفاق التحكيم ودون المساس باختصاص هيئة التحكيم بنظر موضوع النزاع، باعتبار أن من أهم الشروط الواجب توافرها في التدبير المتخذ من قاضي الأمور المستعجلة وفقاً لنص المادة ٧٩/ أصول محاكمات سوري أن لا يكون من شأن هذا التدبير التعدي على موضوع النزاع.

إن المشرع السوري لم يميز بين الفترة السابقة لبدء إجراءات التحكيم والفترة اللاحقة حيث أعطى الاختصاص للقضاء المستعجل الوطني لاتخاذ أي تدبير تحفظي بناء على طلب أحد طرفي التحكيم سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم أو بعد بدء هذه الإجراءات واتصال هيئة التحكيم بموضوع النزاع.

والتساؤل يثور هنا حول مدى جواز اتفاق طرفي التحكيم على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع الموضوعي سلطة اتخاذ التدابير الوقتية التحفظية المرتبطة بهذا النزاع؟^١

يرى البعض أنه لا يجوز للأطراف الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة البت في الطلبات المستعجلة المرتبطة بالنزاع الموضوعي باعتبار أن إرادة المشرع لم تتجه إلى تخويل هيئة التحكيم هذه السلطة وإنما لهيئة التحكيم البت في أساس وموضوع النزاع.^٢

^١ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤١١.

^٢ خالد عزت المالكي - مرجع سابق - ص ٦٨ وما بعدها.

بينما ذهب آخرون - ونحن نؤيدهم - إلى إقرار جواز الاتفاق على منح هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع الموضوعي سلطة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية المرتبطة بهذا النزاع، غير أن منح هيئة التحكيم هذه السلطة يتوقف على عاملين اثنين:

أ- ألا يكون التدبير المطلوب اتخاذه متعلقاً بالنظام العام في النظام القانوني السوري.

ب- طبيعة الإجراء وكونه من الإجراءات التي تدخل في الاختصاص الحصري لقضاء الدولة، لما يتطلبه احترام فكرة الفاعلية والنفاز والإجبار، من منح الاختصاص باتخاذه إلى قضاء الدولة على نحو حصري، حيث يبدو أن قضاء الدولة أقدر من غيره على اتخاذ هذا الإجراء وضمان فعاليته بما يتمتع به من سلطة إجبار عند رفض الأمر بتنفيذه¹

يمكن القول إن المشرع السوري وإن كان قد حافظ على الاختصاص الأصلي لقاضي الأمور المستعجلة باتخاذ الإجراءات التحفظية وفقاً للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات، ولو كان النزاع معروضاً على محكمة أخرى، إلا أن ذلك لا يمنع أطراف التحكيم من الاتفاق على إعطاء هيئة التحكيم النازرة بموضوع النزاع سلطة اتخاذ الإجراءات التحفظية، فإذا كان المشرع قد أقر لهيئة التحكيم بسلطتها في فصل موضوع النزاع بناء على اتفاق الأطراف فمن باب أولى احترام هذا الاتفاق في حال اتجاهاه نحو منح هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تدابير وإجراءات وقتية تحفظية ترتبط بموضوع النزاع،

¹ د.باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤١١.

مع الاحتفاظ بحق الأطراف في اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على إمكانية التنفيذ في حال تعذر ذلك.^١

ونقول ختاماً حبذا لو أن المشرع السوري قد نهج منهج المشرع المصري في حسم الجدل حول تحديد الجهة المختصة باتخاذ التدابير التحفظية والوقائية عند وجود اتفاق تحكيم، والنص على جواز إعطاء الاختصاص لهيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير بناء على اتفاق طرفي التحكيم على ذلك، على نحو ما نص عليه المشرع المصري في المادة ٢٤/ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧/ لعام ١٩٩٤ والذي سنبينه تالياً.

٢- "موقف القانون المصري:

تنص المادة ١٤/ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧/ لعام ١٩٩٤ على أنه: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة ٩/ من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبيل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

كما تنص المادة ٢٤/ منه على أنه: ((١- يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب أحدهما أن تأمر أيّاً منهما باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كافٍ لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به

٢- إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون

^١ لمزيد من التفصيل انظر : د. وفاء فلحوط - بحث بعنوان ((العلاقة بي القضاء والحلول البديلة لفض المنازعات))- بحث ألقى في مؤتمر الإجراءات القضائية - جامعة اليرموك - إربد - الأردن - بتاريخ ٤-٥ تشرين الثاني ٢٠٠٨ ص ١٤ وما بعدها

الإخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة ٩/ من هذا القانون الأمر بالتنفيذ)).

نقول بدايةً إنه وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧/ لعام ١٩٩٤ لم تكن نصوص التحكيم الواردة في قانون المرافعات تسمح لهيئة التحكيم باتخاذ ما قد يقتضيه نظر الموضوع من تدابير مؤقتة أو تحفظية ، وكان يتعين على أطراف التحكيم الذين يعوزهم ذلك اللجوء إلى القضاء، وكان الفقه مستقراً يؤيده القضاء على أن اختصاص هيئة التحكيم يقتصر على الفصل في موضوع النزاع ولا يمتد إلى إصدار أوامر وقتية أو تحفظية.^١

غير أنه بعد صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧/ ١٩٩٤ وما تضمنته المادتين ١٤-٢٤/ السابق عرضهما ، نجد أن المشرع المصري قد حافظ على اختصاص القضاء الوطني باعتباره صاحب الولاية العامة الأصلية في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، وبنفس الوقت أجاز للأطراف الاتفاق على إعطاء هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع.

إنه وباستقراء نص المادة ٩/ السابق ذكره نجد أنه تضمن عدة قواعد موضوعية تمثلت بما يلي^٢ :

^١ د. مختار بريري- مرجع سابق- ص ١٥٣

^٢ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق- ص ٣٠١ وما بعدها:

أ- احتفاظ القضاء المصري بالاختصاص فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية.

ب- المحكمة المختصة بمسألة الطلبات الوقتية والتحفظية هي المحكمة المشار إليها في المادة ٩/ وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فيما لو لم يكن النزاع قد اتخذ مسار التحكيم وذلك في حالة التحكيم الداخلي ، بينما الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة أو محكمة استئناف أخرى إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر ، أوجرى في الخارج واتفق أطرافه على تطبيق قانون التحكيم المصري على نزاعهم.

ت- لا يعني اللجوء إلى القضاء بشأن هذا التدبير التنازل عن التحكيم.

ث- لا يجوز للطرف الآخر في التحكيم الحق في الدفع أمام المحكمة المعرفة في المادة ٩/ بعدم قبول طلب اتخاذ تلك التدابير بدعوى وجود شرط تحكيم.

ج- يجوز التقدم بطلب الإجراءات الوقتية أو التحفظية قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها ولا يمنع طلب الإجراءات الوقتية أو التحفظية من سير إجراءات التحكيم لأن ذلك لا يتعارض مع التحكيم، كإلغاء الحجز التحفظي أو المنع من السفر.

ومن ثم نستطيع القول إن الطرف الذي يتقدم بطلب الإجراءات التحفظية أمام القضاء يجوز له ذلك حتى ولو كان قد قام سابقاً باللجوء إلى التحكيم طالباً حسم النزاع حول الحق الموضوعي، كما أنه من الممكن مفاجأة الطرف الآخر بالطلب الوقتي أو التحفظي قبل الشروع في تحريك إجراءات التحكيم بحيث يحق للطالب أن يبدأ

في تاريخ لاحق تحريك التحكيم ولا يسقط حقه في سلوك هذا السبيل كنتيجة لتقديم طلب الحصول على أمر وقتي.^١

أما فيما يتعلق باختصاص هيئة التحكيم في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية ترتبط بموضوع النزاع ، فقد تصدى المشرع المصري بشكل صريح لهذه المسألة في المادة /٢٤/ السابق عرضها ، حيث أجاز لأطراف التحكيم الاتفاق على إسناد الاختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية إلى هيئة التحكيم فيصبح هذا الاختصاص مشتركاً بين القاضي والمحكم.^٢

حيث أن المشرع قد خول أطراف اتفاق التحكيم إمكانية مد سلطة هيئة التحكيم وعدم قصرها على الفصل في الموضوع، بحيث يتسنى لها الأمر بما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع.^٣

ونظراً لأن الهيئة لا تملك "سلطة" الإجبار التي يملكها القضاء فمن المتصور تجاهل من صدر ضده الأمر وامتناعه عن التنفيذ ، ولمواجهة ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة /٢٤/ على أن للهيئة بناء على طلب الطرف الذي صدر الأمر لصالحه أن تأذن له في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأمر بما في ذلك حقه في الالتجاء لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للحصول على أمر بالتنفيذ وذلك إذا تعلق الأمر بتحكيم غير دولي أو رئيس محكمة استئناف القاهرة أو محكمة الاستئناف المتفق على اختصاصها إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي.

^١ المرجع السابق - ص ٣٠٤

^٢ المرجع السابق - ص ٣٠٦

^٣ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ١٥٤

ويقتصر دور رئيس المحكمة على إصدار الأمر بالتنفيذ فهو لا يراجع سلامة أو صحة الأمر لأنه ليس جهة استئناف أو تظلم وإنما فحسب الجهة التي أناط بها المشرع أمر دعم وإجبار الطرف الممتنع عن تنفيذ أوامر الهيئة التي صدرت بناء على تراضيه مع الطرف الآخر على الخضوع لها وتنفيذها وفقاً لاتفاق التحكيم الذي تستمد منه الهيئة سلطاتها.^١

ولعل التساؤل الأهم الذي تطرحه المادة /٢٤/ من قانون التحكيم المصري هو مدى إمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية في ظل وجود اتفاق بين أطراف التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بهذه المسائل؟.

نقول إنه كان مفهوماً ومنطقياً لجوء الأطراف إلى القضاء المستعجل قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع، إذ يؤدي القول بمنع ذلك إلى حرمان الطرف المهدد بضياح دليله أو المعرض لمواجهة خطر محقق من وسيلة حماية، فإن بقاء هذا الباب مفتوحاً بعد انعقاد هيئة التحكيم واتصالها بالنزاع لا مبرر له إلا إذا خلا اتفاق التحكيم من شرط يخول هيئة التحكيم سلطة التصدي لطلبات اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية.^٢

^١ المرجع السابق - ص ١٥٥

^٢ المرجع السابق - ص ١٥٦.

فإذا بدأ المحكم بمزاولة عمله ووجد شرط صريح باختصاصه بالمسائل الوقتية فإن الاختصاص بنظر هذه المسائل يثبت له وحده ويتعين احترام هذا الشرط.^١

ومؤدى ما سبق أنه في حالة وجود اتفاق بين الأطراف على اختصاص الهيئة باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية فإن مثل هذا الاتفاق يمنع القضاء من نظر طلب اتخاذ هذه التدابير كما يمنعه اتفاق التحكيم من نظر الموضوع وذلك شريطة التمسك بالاتفاق، فلا يرفض القاضي الطلب المقدم إليه إلا إذا تمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم، وما تضمنه من شرط اختصاص هيئة التحكيم بالبت في طلبات اتخاذ التدبير المؤقتة أو التحفظية ، ولا يستثنى من ذلك إلا حالة الضرورة والتي تتمثل في وجود مبررات قوية تقتضي اتخاذ هذه التدابير بعد إبرام الاتفاق وقبل اكتمال الهيئة واتصالها بالنزاع.^٢

ونشير إلى أن جانب من الفقهاء يعارض ما سبق ذكره ويرى بأن اختصاص محاكم الدولة بنظر الدعوى المستعجلة أو بإصدار الأمر بالإجراء الوقتي يستمر ويبقى ولو اتفق الطرفان على قصر هذا الاختصاص على هيئة التحكيم، فمثل هذا الاتفاق لا يسلب محكمة الدولة اختصاصها، إذ أن المادة ١٤/ ثبقي لها هذا

^١ وهذا ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها: نقض مدني فرنسي ١٩٨٤/٣/١٤ مجلة التحكيم سنة ١٩٨٥ ص ٦٩، مشار إلى هذا الحكم في مؤلف د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق ص ٣٠٧.

^٢ د. مختار بربري - مرجع سابق - ص ١٥٦؛ وفي نفس الاتجاه انظر مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٢٠٤.

الاختصاص ولو حدث اتفاق على التحكيم، وهي ولاية عامة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على نزعها عن جهة المحاكم وقصرها على هيئة التحكيم.^١

٣- "موقف القانون الفرنسي:^٢

لقد جاء القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم خالياً من أي نص صريح يمنح القضاء الوطني الاختصاص باتخاذ تدابير تحفظية وقتية تتعلق بموضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

غير أن الفقه الفرنسي اتجه إلى اعتبار نص المادة /١٤٥٨/ من قانون المرافعات يقتصر نطاق تطبيقها على النزاع الموضوعي المتفق بشأنه على التحكيم ولا يمتد إلى التدابير الوقائية المرتبطة بهذا النزاع، فيتعين على قضاء الدولة عندما يرفع أمامه نزاع متفق بشأنه على التحكيم أن يعلن عدم اختصاصه بنظره تطبيقاً لنص المادة /١٤٥٨/، ولكن ذلك لا ينطبق على قاضي الأمور المستعجلة لأنه لا ينظر نفس موضوع النزاع الذي تنظره هيئة التحكيم، وإنما تقتصر سلطته على مواجهة حالة الاستعجال باتخاذ تدبير وقفي أو تحفظي لا يمس به موضوع النزاع الذي يظل الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم وحدها.

وقد أيد القضاء الفرنسي هذه النتيجة التي انتهى إليها الفقه، فقد ذهب في العديد من أحكامه إلى أن مجرد وجود اتفاق تحكيم لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من اختصاصه في إسباغ الحماية الوقائية لأن هذا القضاء يقتصر دوره على مجرد

^١ د.فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٨٩

^٢ د.باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤١٣.

اتخاذ تدبير وقتي لمواجهة حالة الاستعجال، وهذا يختلف تماماً عن موضوع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.^١

وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن احتفاظ قاضي الأمور المستعجلة باختصاصه بالبت في الطلبات المستعجلة المرتبطة بالنزاع الموضوعي المتفق بشأنه على التحكيم رهين بإرادة الأطراف حيث يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد اختصاص قاضي الأمور المستعجلة ومنح سلطة إسباغ الحماية الوقتية لمحكمة التحكيم التي تنظر النزاع الموضوعي، ومن ثم يجب احترام إرادة الأطراف وعلى الأخص اتفاقهم على استبعاد اختصاص قضاء الدولة، وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه.^٢

٤- "موقف بعض أنظمة التحكيم ذات الطابع الدولي:

إذا يمتنا شطر القواعد ذات الطابع الدولي سواء في لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس ، أو اتفاقية واشنطن المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار نجد أحكاماً مشابهة لما أخذ به المشرع المصري، فوفقاً للمادة الثامنة الفقرة الخامسة من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس نجد أنها تنص على أنه:

^١ د.حفيظة الحداد- مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية- مرجع سابق- ص ٥٧ وما بعدها.

^٢ - Cass.civ.20mars 1989, Rev.arb,1989,p653 et's: ph:fouchard

- Cass.com.29 juin 1999.H.C.P.5 janvier 2000, n°1,p.29, note:xvuitton

مشار للحكمين السابقين في مؤلف د. باسمه دباس- مرجع سابق ص ٤١٧

"يستطيع الأطراف - قبل تسليم الملف إلى المحكم واستثنائياً بعد تسليمه - تقديم طلبات إلى أية سلطة قضائية لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية دون أن يناقض ذلك اتفاق التحكيم الذي يربط بينهم ودون المساس بسلطات المحكم بهذا الخصوص، ومثل هذا الطلب وما يتخذ من إجراءات بواسطة السلطة القضائية يلزم إبلاغها دون تأخير لسكرتارية محكمة التحكيم الدولية لتتولى إعلام المحكم بها^١.

ووفقاً للمادة /٢٦/ من قواعد اليونسيترال المعمول بها في المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بالقاهرة^٢ ، يكون لمحكمة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف اتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية التي تراها ضرورية تبعاً لطبيعة النزاع وعلى وجه الخصوص الإجراءات التحفظية المتعلقة بالبضائع موضوع النزاع مع إمكانية الأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع المعرض منها للتلف، وحرصت الفقرة الثالثة على بيان أن تقديم أي طرف للقضاء بطلب لاتخاذ مثل هذه الإجراءات لا يعد تنازلاً عن التمسك باتفاق التحكيم أو متعارضاً معه^٣.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي فقد جاء نص المادة /٩/ منه مشابهاً لنص المادة /٢٦/ من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة ١٩٧٦ "uncitral" حيث نصت المادة /٩/ صراحةً أنه :

^١ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ١٥

^٢ تنص المادة /١١/ من قواعد المركز على تطبيق قواعد اليونسيترال وما تضمنته قواعد المركز من تعديلات

^٣ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ١٦٠

((يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الأطراف أن تأمر باتخاذ إجراء تحفظي ما بشأن النزاع سواء قبل إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها وأن ذلك لا يتعارض مع التحكيم))^١ .

ومن جهتها فقد نصت المادة /٢٦/ من اتفاقية واشنطن على أن اتفاق الأطراف على التحكيم في إطار هذه الاتفاقية يقتضي نزولهم عن أي طريق آخر إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك، ونجد المادة /٤٧/ تنص على أن لمحكمة التحكيم إذا اقتضت الظروف أن تتخذ كل الإجراءات التحفظية الكفيلة بالمحافظة على حقوق الأطراف إلا إذا حطّر الأطراف عليها ذلك.

أما بالنسبة لاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ فإن نصوص الاتفاقية لم تتناول مسألة اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية بشأن النزاع محل اتفاق التحكيم^٢ ، كما لم تتعرض لمسألة بقاء أو انعدام اختصاص القضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقائية ، فاتفاق التحكيم يحجب القضاء عن نظر الموضوع والبت في أصل الحق ، أما التدابير المؤقتة والتحفظية فوفقاً للتطبيقات القضائية في الدول المختلفة نجد أنها ترجح استمرار اختصاص القضاء الوطني ولا تتضمن الاتفاقية أي نصوص أو أحكام تمنع ذلك^٣ ، حيث لم يرد في اتفاقية نيويورك ما يحول دون العمل بالأصل القانوني المستقر وهو استمرار اختصاص القضاء الوطني باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، وإن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء الوطني طالباً الأمر

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣٠٤.

^٢ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٤١٧.

^٣ د. مختار بريري - مرجع سابق - ص ١٦٠.

باتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي معين لا يعني تنازله عن اتفاق التحكيم أو سبباً لمد ولاية القضاء الوطني للفصل في الجوانب الموضوعية للنزاع.^١

هذا ويجوز للأطراف التقدم بطلب الإجراء التحفظي أو الوقتي أمام القضاء الموضوعي حتى ولو كان الطرف الطالب للإجراء التحفظي قد قام سابقاً باللجوء إلى التحكيم طالباً حسم النزاع حول الحق الموضوعي، كما أنه من الممكن مفاجأة الطرف الآخر بالطلب الوقتي أو التحفظي قبل الشروع في إجراءات التحكيم بحيث يحق للطالب أن يبدأ في تحريك التحكيم بتاريخ لاحق للطلب، ولا يسقط حقه في سلوك هذا السبيل كنتيجة لتقديم طلب الحصول على أمر وقتي كالإذن بتوقيع الحجر التحفظي.^٢

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣٠٣.

^٢ د. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٤٥٣.

الفصل الثاني

المنازعة باختصاص هيئة التحكيم والفصل فيها

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطي لهيئة التحكيم دون غيرها سلطة التصدي لكافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه دون حاجة إلى عرض تلك المشكلات على القضاء الوطني ، وإن الأخذ بغير هذا يعني أن مجرد إثارة الشك حول مشروعية اتفاق التحكيم يعيد الاختصاص بظر النزاع إلى القضاء ولو كان الطعن بلا أساس . فلما كانت الحماية القضائية تتحقق عن طريق التحكيم كما تتحقق عن طريق القضاء ، فإن هذه الحماية تقتضي منح القائم بها السلطات التي تمكنه من تحقيق هذا الهدف ، وبالتالي فإن لهيئة التحكيم سلطة التصدي لبحث مسألة اختصاصها بنظر النزاع وبيان حدود هذا الاختصاص ، بل إن هيئة التحكيم تعرض حكمها للإبطال إذا لم تحدد اختصاصها بداءة ، لأنها قد تتجاوز حدود سلطاتها ، فالمبدأ أن سلطة هيئة التحكيم تنحصر بالفصل فيما يعرض عليها من نزاع بموجب اتفاق تحكيم وبين أطرافه فقط ، وليس لها أن تتعدى ذلك إلى نزاعات أخرى بين الخصوم أو إلى أشخاص آخرين غير أطراف النزاع المتفقين على التحكيم .^١

إن المنازعة باختصاص هيئة التحكيم على الصعيد الموضوعي إما أن تحمل معناً واسعاً بحيث تتعلق المنازعة بصحة العقد ومشروعيته وصحة وجود اتفاق التحكيم ، أو تحمل معناً ضيقاً لجهة التثبيت من قابلية النزاع المعروض للتحكيم فيه قانوناً أو اتفاقاً .

^١ المحامي محمد أمين فضلون ، التحكيم، مؤسسة النوري ، دمشق ١٩٩٤ ص ١٦٨

أما على الصعيد الشخصي فإن المنازعة باختصاص هيئة التحكيم إنما تتعلق بأطراف اتفاق التحكيم ومدى امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير ، وبالتالي شموله بهذا الاتفاق ودخوله ضمن دائرة اختصاص هيئة التحكيم وخضوعه لسلطاتها .

وقد اختلفت التشريعات المتعلقة بالتحكيم في مدى منح هيئة التحكيم سلطة إصدار أحكام جزئية تتعلق بمسألة اختصاصها وما إذا كانت هذه الأحكام الصادرة بمسألة الاختصاص تعتبر أحكام تحكيم وتخضع لما تخضع له أحكام التحكيم الفاصلة بالموضوع ، وبالتالي فإن دراستنا في هذا الفصل ستشمل مفهوم الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم وتحديد نطاقه وكيفية إثارته وبيان الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في مواجهة هذا الدفع وآثار هذا الحكم التحكيمي ومدى خضوعه للرقابة القضائية كسائر أحكام التحكيم وذلك كله وفق التقسيم التالي :

المبحث الأول : الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

المبحث الثاني : آثار حكم هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص والرقابة القضائية عليه.

المبحث الأول

الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

إن المنازعة باختصاص هيئة التحكيم من خلال إثارة الدفع أمامها بعدم الاختصاص ، إنما يستهدف وقف إمكانية اللجوء إلى طريق التحكيم لحل النزاع بين أطراف التحكيم وإعادة الاختصاص إلى القضاء العادي صاحب الولاية العامة ، وإن الدفع بعدم الاختصاص إما أن ينصب على موضوع النزاع فيكون مستنده عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوط هذا الاتفاق أو بطلانه ، أو عدم قابلية النزاع للتحكيم ، أو ينصب على أطراف النزاع فيكون مستنده تجاوز مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص .

وقد اختلفت تشريعات التحكيم على الصعيد الداخلي والدولي في التكييف القانوني للدفع بعدم الاختصاص ، وفي توقيت التمسك بهذا الدفع ومدى وجوب إثارته قبل غيره وفقاً للمستند الموضوعي أو الشخصي لهذا الدفع ، ومدى تعلقه بمفهوم النظام العام الداخلي والدولي ، كما اختلفت في تحديد الآلية التي تواجه بها هيئة التحكيم الدفع بعدم اختصاصها ، من خلال منحها من قبل البعض إمكانية إصدار أحكام جزئية لتقرير اختصاصها بنظر النزاع قبل الفصل في الموضوع .

وفقاً لما سبق كان لابد بداية من بيان مفهوم الدفع بشكل عام والدفع بعدم الاختصاص بشكل خاص وبيان نطاقه ومستنده وحكم التحكيم الصادر في مواجهته على النحو التالي :

المطلب الأول : نطاق الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

المطلب الثاني : إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم والفصل فيه .

المطلب الأول

نطاق الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

إن الدفع بشكل عام هي وسائل قانونية متاحة لكل طرف بالدعوى ، يواجهه من خلالها طلبات خصمه بهدف ردها ، وإن الدفع بعدم الاختصاص يعتبر من أهم الدفع التي يمكن أن يلجأ إليها الخصم بهدف تعطيل سير إجراءات الخصومة ومنع إصدار حكم في موضوعها .

وعلى صعيد الخصومة أمام هيئة التحكيم يمكن القول أنه تكاد لا تخلو أي دعوى تحكيمية من التمسك بهذا الدفع فيها ، وبالتالي منازعة هيئة التحكيم في حدود ونطاق اختصاصها الشخصي والموضوعي ، لذلك سنبين مفهوم الدفع وأنواعها بشكل عام ومن ثم بيان مستند الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي أو الموضوعي لهيئة التحكيم وفق التقسيم التالي :

أولاً : مفهوم نظرية الدفع

ثانياً : تحديد مدلول ومستند الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم .

أولاً- مفهوم نظرية الدفوع:

تقتضي حقوق الدفاع في الدعوى تمكين المدعى عليه من اتخاذ الوسائل القانونية المتاحة والتي تحول دون الحكم عليه وفق مطالب المدعي الأصلية أو الإضافية، وتمكين المدعي من الرد على مطالب ودفوع المدعى عليه، ويطلق على تلك الوسائل مصطلح الدفوع .

هذه الدفوع إما أن تكون دفوع شكلية موجهة إلى الخصومة أو إجراءات المحاكمة، أو تكون موضوعية موجهة إلى الحق مضمون الدعوى أو على إمكانية الحصول على حكم في الموضوع ، أو قد تهدف هذه الدفوع إلى مجرد انكار إمكانية حق الخصم في استعمال الدعوى وتسمى الدفوع في هذه الحالة بالدفوع المتعلقة بعدم القبول، وفي جميع الأحوال يتعين على الخصوم تقديم دفوعهم جملة واحدة وإثباتها ، والمحكمة غير ملزمة بتكليفهم لتقديمها أو إثباتها.

وعليه فإننا سنتطرق إلى تعريف و مفهوم الدفع من جهة وأنواعه من جهة أخرى، وسنبين أهمية التمييز بين الأنواع المختلفة للدفوع على النحو التالي :

١- التعريف بالدفوع و أنواعها:

جاءت أغلب التشريعات الوضعية خالية من تعريف محدد للدفوع أو الدفاع، حيث عرّفه البعض بأنه تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه أو إلى تأخير هذا الحكم، أو هو جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له بما يدعيه.^١

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق- ص ٤٢١

كما ورد تعريف للدفع في قانون أصول المحاكمات اللبناني بأنه " كل سبب يرمي به الخصم إلى رد طلب خصمه لعدم صحته بعد بحث الحق بالموضوع".^١

وقد عرف بعض الفقهاء الدفع بالمعنى الواسع بأنها الوسائل التي يلجأ إليها المدعى عليه للرد على دعوى المدعي، ويكون من شأنها منع أو تأخير أو الحؤول دون صدور حكم ضده في الدعوى، ومن المبادئ المقررة أن القاضي الذي ينعقد له الاختصاص بنظر الدعوى يكون مختصاً بكل ما يبيده المدعى عليه من أنواع الدفع المختلفة، ويعبر عن ذلك بأن قاضي الموضوع هو قاضي الدفع.^٢

كما يعرف الدفاع بأنه الحق الممنوح بقوة القانون للخصم في الدعوى من أن يدافع عن نفسه في الدعوى المقامة بمواجهته سواء كان مدعياً أم مدعى عليه وذلك بهدف عدم الحكم عليه بمطالب الطرف الآخر أو الحكم له بطلباته في الدعوى، وقد اعتبر قانون أصول المحاكمات اللبناني حق الدفاع أو الدفاع جزءاً من تعريف الدعوى وذلك بالنص على أن " الدعوى هي الحق الذي يعود لكل صاحب مطلب أن يتقدم به إلى القضاء للحكم له بموضوعه، وهي بالنسبة للخصم الحق بأن يدلي بأسباب دفاع أو دفع ترمي إلى دحض ذلك المطلب".^٣

^١ المادة ((٥٠)) من قانون أصول المحاكمات اللبناني

^٢ د. عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص ٢٢٠

^٣ د. إدوار عيد- موسوعة أصول المحاكمات- الجزء الأول- لبنان- بيروت- ١٩٧٨- مطبعة ستاركو- ص ٣٣٢.

وعليه، مهما كان تعريف الدفاع فإنه يشكل جوهر مسألة الدفع التي يعبر عنها بأنها وسائل قانونية يرد الخصم بها في الدعوى على طلبات أو دفع الخصم الآخر وبالتالي تجعل تلك المحكمة أو ذلك القاضي يحكم وفقها.^١

يمكن القول من خلال ما سبق أن الدفع تتصف بخصائص الدعوى من حيث أنها وسائل قانونية، أي أنها مكنة وضعها القانون بين يدي الخصوم كي يدفع كل منهما مطالب ودفع الآخر، وبالتالي فهي مصلحة أيضاً حيث لا يسمع أي دفع ليس لصاحبه فيه مصلحة قائمة ومشروعة، كما أنها شخصية أي لا يجوز تقديمها إلا من ذوي الشأن في الدعوى أو من قبل من يمثلهم قانوناً أو اتفاقاً، ويجب أن تتعلق بهم بشكل مباشر^٢، وبالتالي لا يجوز لأحد الخصوم في الدعوى أن يتمسك بدفع عدم صحة إعلان خصم آخر لم يحضر جلسات المحاكمة، وهذا ما يسمى بلغة القانون بوجوب توافر الصفة والمصلحة في صاحب الدفع.^٣

- أما بالنسبة لأنواع الدفع فيوجد عدة تقسيمات أو تصنيفات للدفع، حيث أن بعض التشريعات نصت على ثلاثة أنواع منها هي: الدفع الموضوعية، و الدفع الإجرائية أو الشكلية، والدفع بعدم قبول الدعوى.

^١ د. محمد واصل - شرح قانون أصول المحاكمات - الكتاب الأول، الجزء الأول - منشورات جامعة دمشق - كلية الحقوق - ٢٠٠٧ - ص ٤٧٨.

^٢ نصت المادة / ١٢ / من قانون أصول المحاكمات السوري على أنه: أ- لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة بقرها القانون، ب- تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر أو الاستيثاق من حق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه

^٣ د. محمد واصل - مرجع سابق - ص ٤٧٩.

بينما ذهب بعض رجال القانون إلى تصنيف الدفوع ضمن نوعين رئيسيين هما الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، حيث جعلوا التصنيفين المتعلقين بالإجراءات وبعدم القبول في تصنيف واحد تحت عنوان الدفوع الشكلية لأنه يتم البحث فيها قبل التعرض للموضوع.

وسنعرض في هذا البحث ثلاثة أنواع من الدفوع هي الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول على النحو التالي:

أ- الدفوع الشكلية أو الإجرائية:

يعرف الدفع الشكلي بأنه الدفع الذي يوجه إلى إجراءات الخصومة وشكلها بهدف الحصول على حكم يكون من شأنه إنهاء الخصومة دون الفصل في موضوعها أو على الأقل تأخير الفصل فيه^١.

فالدفوع الشكلية تتعلق بالإجراءات وقواعد الأصول ومنها ما يتعلق بصحة الخصومة والتمثيل والحضور أمام المحاكم وممارسة حق الدفاع، أو بإصدار الأحكام.

إن بعض الدفوع الشكلية تتعلق بالقواعد الموضوعية لمصلحة المتقاضين والتي تمكنهم من الوصول إلى اقتضاء حقوقهم أو الدفاع عنها عن طريق عدالة الدولة، وبالتالي على الخصوم أن يتمسكوا بالدفوع التي تنظم هذا الجانب قبل أي دفع آخر، وأمام محاكم الأساس، وقبل التعرض للموضوع تحت طائلة سقوط الحق فيه.

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٢٢.

هذا ويوجد دُفع شكليّة أخرى تتعلّق بالقواعد الموضوعيّة لتنظيم الجهاز القضائيّ ولحسن سير العدالة، كذلك المتعلّقة بالاختصاص وبطرق الطعن ومواعيده.

وعليه فإنّ الدُفع الشكليّة الإجرائيّة توجّه إلى الخصومة أو إجراءاتها، ويقضي المبدأ القانوني بضرورة الفصل فيها قبل البحث في الموضوع وقبل أيّ دفع موضوعي ما لم تكن تتعلّق بالنظام العام.

أيّ أنّ الدُفع الشكليّة إما أنّ تكون متعلّقة بالنظام العام ويجوز التمسك بها في أيّ مرحلة من مراحل الدُعوى وفي أيّ وقت ومثالها الدفع بعدم الاختصاص الولائيّ، والدفع بعدم الاختصاص النوعي والدُفع المتعلّقة بالبطلان المطلق، كعدم صلاحية القاضي للحكم بالدُعوى، أو أنّ تكون الدُفع غير متعلّقة بالنظام العام كونها لا تتعلّق بحسن سير العدالة وتُشرّع لمصلحة الخصوم كالدُفع المتعلّقة بالبطلان النسبي أو الدفع بإحالة الدُعوى إلى محكمة أخرى للارتباط^١.

^١ د. محمد واصل - مرجع سابق - ص ٤٨١ وما بعدها.

ولا بد من التنويه إلى المفهوم المرن والمتغير للنظام العام، والذي ينعكس على مدى اعتبار الدفع متعلّق بالنظام العام من عدمه ويؤدي إلى الاختلاف بين فترة وأخرى، فعلى سبيل المثال لم يكون الاختصاص المحلي في الدُعاوي الشخصية والعينية العقارية من النظام العام في سورية وفق أحكام قانون أصول المحاكمات السابق، غير أنّه بعد إصدار قانون أصول المحاكمات رقم ١/ لعام ٢٠١٦ جعل الاختصاص المحلي في الدُعاوى العقارية من النظام العام؛ وعليه فيمكن للأطراف إثارة هذا الدفع بأيّ مرحلة وللمحكمة إثارته من تلقاء ذاتها

ب - الدفوع الموضوعية:

يعرف الدفع الموضوعي بأنه الدفع الذي ينازع به الخصم في الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم يؤدي إلى رفض الدعوى كلياً أو جزئياً، ومن ثم فإنه ينازع في نشوء الحق المدعى به أو بقاءه أو مقداره كأن ينكر الدين المطلوب منه أو يدفع بانقضائه بالتقادم .^١

فالدفع الموضوعي هو كل سبب يرمي به الخصم إلى رد طلب خصمه لعدم صحته بعد بحث الحق في الموضوع، أي أن الدفوع الموضوعية تنصب على الحق ذاته وعلى إثبات هذا الحق ويكون من شأنها إهدار الدليل أو إسقاط الحق^٢، والدفوع الموضوعية غير محصورة ولا محدودة وهي في مجملها مستمدة من نظرية الحق أو نظرية الإثبات، كالدفع بالتقادم أو الدفع باعتماد الخبرة الفنية .^٣

والدفوع الموضوعية لا تسقط ما لم يتنازل عنها صاحبها ، كما يستنفذ الحكم الصادر في دفع موضوعي سلطة المحكمة .^٤

^١ د. محمد واصل - مرجع سابق - ص ٤٨١ وما بعدها.

^٢ المرجع السابق - ص ٤٩٤

^٣ نقض سوري - غرفة مدنية ثانية - قرار ١١٢ لعام ١٩٩٥ - أساس ٧٤ وقد جاء فيه: " إن الدفع بالتقادم دفع موضوعي وليس شكلي يسقط بالتكلم في الموضوع... منشور في مجلة "المحامون" لعام ١٩٩٦ - العدد ٩ - ١٠

^٤ د. أحمد أبو الوفا - نظرية الدفوع في قانون المرافعات - الطبعة الخامسة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ١٩٧٧ - ص ٢٢٧

ج - الدفع بعدم القبول:

يوجه الدفع بعدم القبول إلى حق المدعي في رفع الدعوى، ومن ثم فإن هذا الدفع لا يوجه إلى إجراءات الخصومة أو موضوعها بل إلى الحق في رفع الدعوى باعتباره حقاً مستقلاً عن الحق الذي يراد تقريره من وراء رفع الدعوى. فالدفع بعدم القبول هو عبارة عن التمسك بعدم توافر شرط من شروط الدعوى أياً كان هذا الشرط سواء كان من الشروط العامة أم الخاصة، الإيجابية أم السلبية، ويجوز إبداء هذه الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى وهي بذلك تقترب من الدفع الموضوعية^١.

تتعلق أكثر دفع عدم القبول بالنظام العام كونها ترتبط بشروط قبول الدعوى ابتداءً.

وتُعرّف الدفع بعدم القبول بأنها: "كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في الدعوى"^٢. وتُعرّف أيضاً بأنها: " جملة وسائل يستهدف بها الخصم رد الدعوى لعدم توافر الشروط اللازمة لسماعها دون تعرض لموضوع الحق الذي يدعيه الخصم الآخر، فهي دفع ترفع يد القضاء عن الدعوى قبل البحث في موضوعها"^٣، ومن أمثلة الدفع بعدم القبول نذكر الدفع بعدم الحق برفع الدعوى لسبق الفصل فيها على أساس أن لكل حق دعوى واحدة تحميه^٤.

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٢٣

^٢ راجع نص المادة ٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني

^٣ د. إدوار عبيد - مرجع سابق - ج ١ - ص ٤٣٦، ٤٣٥

^٤ د. محمد واصل - مرجع سابق - ص ٤٩٣

٢- أهمية التفرقة بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية والدفوع بعدم القبول:

تتميز الأنواع المختلفة للدفوع بعضها عن بعض سواء من ناحية آلية الإدلاء بها وميعاد ذلك، أو من ناحية الفصل فيها وأثر ذلك المحكمة وفق ما سنبينه على النحو التالي :

أ- يجب إبداء الدفوع الشكلية دفعة واحدة وقبل التعرض لموضوع الدعوى وقبل أي دفع آخر تحت طائلة سقوطها^١، وليس من تفاضل أو أولوية بين تلك الدفوع^٢، ويستثنى منها الدفوع الشكلية المتعلقة بالنظام العام فهذه يجوز إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما تستثنى الدفوع الشكلية التي تنشأ بعد التعرض للموضوع كالدفوع بسقوط الخصومة^٣، أما الدفوع الموضوعية والدفوع بعدم قبول الدعوى فيجوز إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى .

ب-الأصل أن تفصل المحكمة في الدفوع الشكلية قبل الفصل في الموضوع باعتبار أن قبول هذا الدفع قد يؤدي إلى انقضاء الخصومة ورد الدعوى شكلاً دون حاجة لبحث الموضوع، غير أنه يمكن للمحكمة أن ترجئ البت في الدفع الشكلي إلى حين البت في الموضوع وهذا يعني التفات المحكمة عن هذا الدفع كونه لا يؤثر في نتيجة الدعوى^٤، بينما بالنسبة للدفع الموضوعي فإن الفصل فيه يعد حكماً صادراً في موضوع الدعوى.

^١ د. محمد واصل- مرجع سابق- ص ٤٩٠

^٢ نقض مدني سوري- قرار ١٨١٧ أساس ٣٢٣٩ تاريخ ١٧/٦/١٩٥١- مجلة المحامون-ص ٤٧٢

^٣ د. باسمة دباس- مرجع سابق- ص ٤٢٤

^٤ د. محمد واصل- مرجع سابق- ص ٤٩٠

أما فيما يتعلق بالدفع لعدم القبول فإذا كان المشرع لم ينص على ضرورة أن تفصل المحكمة فيه على استقلال، إلا أن ذلك يعني أن لها أن تفصل فيه مع الموضوع، وإنما يجب كقاعدة أن تفصل فيه المحكمة على استقلال قبل التعرض لموضوع الدعوى لأنه يثير مسألة أولية سابقة على الفصل في موضوع الدعوى وهي مسألة قبول الدعوى، إذ أن قبول الدفع بعدم القبول قد يغني المحكمة عن الاستمرار في نظر الموضوع، فإذا قررت المحكمة ضرورة ضم الدفع إلى الموضوع فيتعين عليها أن تتبہ الخصوم إلى ذلك حتى يمكنهم الإدلاء بدفوعهم، ويتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تبين في حكمها ما فصلت فيه في كل من الدفع والموضوع.^١

ت- إن الحكم الصادر بالدفع الشكلي لا يمس أصل الحق ولا يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة لموضوع النزاع، وإن كان يحوز هذه الحجية بالنسبة للمسألة التي فصل فيها كالحكم الصادر بقبول الدفع بعدم الاختصاص. أما الحكم بالدفع الموضوعي يعتبر كما سبق وأشرنا حكماً فاصلاً بموضوع الدعوى ويحوز حجية بحيث يمنع عرض النزاع مرة أخرى على المحكمة بالنسبة للمسألة التي فصل فيها.

بينما الحكم في الدفع بعدم القبول فإنه يأخذ صفات الحكم بالدفع الشكلي، باستثناء حالة الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها وحالة الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد انقضاء الميعاد، ففي هاتين الحالتين لا يجوز رفع الدعوى مجدداً وذلك لسبق الفصل في الموضوع بحكم حائز

^١ د. باسمة دباس - مرجع سابق - ص ٩٦

للحجية، أو انقضاء الحق في موضوع الدعوى الذي يؤدي إلى انقضاء حق الدعوى بشأنه، وليس إعمالاً لحجية الأمر المقضي، باعتبار الحكم بعدم القبول لا يحوز هذه الحجية^١.

ث- إن الحكم بالدفع الشكلي ليس حكماً بالموضوع ولا يسقط ولاية المحكمة للنظر في الموضوع، وبالتالي إذا ما تم استئنافه وقررت محكمة الاستئناف فسخه فعليها أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لا أن تفصل في الدعوى، وهذا الأمر يسري على الحكم الفاصل في الدفع بعدم القبول كون الفصل بعدم القبول في جوهره فصل شكلي يقتضي إعادة النظر في الموضوع إلى محكمة الدرجة الأولى إذا وجدت محكمة الاستئناف فسخ الحكم الصادر بعدم القبول، وذلك قياساً على حالة الفصل في الدفع بعدم الاختصاص وحتى لا يحرم الخصوم درجة من درجات التقاضي^٢.

^١ المرجع السابق - ص ٤٢٧

^٢ د. محمد واصل - مرجع سابق - ص ٤٩٣

ثانياً- تحديد مدلول ومستند الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم:

إن الاعتراف بوجود اختصاص تحكيمي للمحكم لا يقف عند حد الاعتراف للمحكم بسلطة أو صلاحية الفصل في النزاع فقط، بل إن هذا الاعتراف يمنح المحكم سلطة وصلاحية الفصل في أساس ونطاق اختصاصه أيضاً، وبصفة عامة في كل المنازعات التي تثار في الخصومة فلا يقصد بسلطة المحكم في الفصل في اختصاصه سلطته في التصدي للاعتراضات التي تثار بشأن اختصاصه فقط، وإنما يقع على عاتقه مهمة تقرير اختصاصه كمسألة تمهيدية قبل الفصل في النزاع حتى ولو لم ينازعه الخصوم، فالاختلاف بين خصومة التحكيم والخصومة القضائية له أثر على اختصاص المحكم، فالأولى لا تنقيد بوجود الحق في الدعوى أو بوجود مركز قانوني تحميه، فقد تبدأ الإجراءات القضائية وتنتهي بصرف النظر عن وجود الحق في الدعوى، أما خصومة التحكيم فتستلزم وجود الحق في اللجوء إلى التحكيم كمناط لاختصاص المحكم وثبوت ولايته بنظر النزاع، متمثلاً في وجود اتفاق تحكيم صحيح، ومن ثم فإن التحقق من وجوده وصحته يعتبر مسألة أولية لازمة لمباشرة المحكم لمهمته في التصدي للنزاع واستمراره في نظره.¹

وترتيباً على ذلك فإن ثبوت الاختصاص يحمل معنى واسع يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم ومعنى ضيق يتعلق بقابلية النزاع للتحكيم فيه قانوناً واتفاقاً هذا على الصعيد الموضوعي، أما على الصعيد الشخصي فإنه يتعلق بصلاحية شخص المحكم من جهة وصلاحية الأطراف للخضوع للتحكيم وشمولهم باتفاق التحكيم من جهة أخرى.

¹ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٧.

وعليه سنعرض بشيء من التفصيل للدفع المتعلق بعدم الاختصاص الموضوعي والدفع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي على النحو التالي:

١- الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم:

إن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع موضوعاً إما أن يكون مبناه عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو أن يكون مبناه عدم قابلية النزاع للتحكيم فيه قانوناً أو اتفاقاً.

أ- عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه:

لما كان اتفاق التحكيم سواء كان بصورة شرط تحكيم يبرم في وقت سابق على وقوع النزاع أو صورة مشاركة تحكيم تبرم في وقت لاحق على وقوع النزاع، يمثل عقداً، فإنه كأبي عقد آخر تحكمه النظرية العامة في العقود التي ينظمها القانون المدني.

والعقد - أي عقد - لا يقوم بدون أركان، فهذه الأركان هي أساس وجوده وبدونها لا ينعقد العقد بل إن تخلفها يؤدي إلى انعدام العقد.^١

إن أساس التحكيم هو اتفاق الطرفين، وعليه فيجب لكي يصح حكم التحكيم أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً عند صدور الحكم، وإن اتفاق التحكيم هو عقد تنشأ عنه التزامات على الطرفين، لذا وجب توفر الشروط العامة اللازمة لصحة الالتزام لأي عقد، ويتم هذا الاتفاق بالإيجاب والقبول ويجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول في كل المسائل التي اتجهت إرادة الطرفين للاتفاق عليها

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ١٨.

حتى ينعقد اتفاق التحكيم، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب في أية مسألة بالزيادة أو بالنقص أو بالتعديل فلا ينعقد اتفاق التحكيم^١.
وكما سبق وقلنا فإن اتفاق التحكيم، كعقد، شأنه شأن أي عقد آخر تحكمه النظرية العامة في العقود التي ينظمها القانون المدني، وبالتالي لا بد من أن تتوافر فيه الأركان المتمثلة بالرضا والأهلية والمحل والسبب.

تتفق غالبية التشريعات في أن يكون لدى أطراف اتفاق التحكيم أهلية التصرف في حقوقهم باعتبار أن التحكيم يعد من أعمال التصرف وليس من أعمال الإدارة، فلا يكفي لإبرام اتفاق التحكيم توافر أهلية التبرع لأنه ليس من قبيل التبرع بالحق، كذلك لا يكفي لإبرام هذا الاتفاق أهلية الاختصاص أي أهلية التقاضي، وعليه فإنه لا يجوز أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم الشخص الذي لا يملك أهلية التصرف في حقوقه حتى ولو كان يتمتع بأهلية التقاضي وأهلية التبرع^٢.

أما في شأن الرضا فلا بد من توافر شرط التراضي بين أطراف التحكيم بحيث يجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما، والرضا يستلزم إرادة حرة غير معيبة، وعيوب

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢١٦

^٢ نصت المادة /١١/ من قانون التحكيم المصري رقم ١٩٩٤/٢٧ على أنه: " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه...." وفي نفس المعنى نصت المادة /٩/ من قانون التحكيم السوري رقم ٢٠٠٨/٤ على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.... راجع د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٠

الرضا معروفة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وهي قواعد مستقرة يمكن الرجوع إليها في القواعد العامة للالتزامات.^١

من الملاحظ أن معظم التشريعات قد أضافت شرط شكلي تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم وهو شرط الكتابة حيث أصبحت الكتابة شرط انعقاد وليس شرط إثبات ويترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم.^٢

إذا تخلف شرط من شروط صحة انعقاد اتفاق التحكيم السابق ذكرها كان هذا الاتفاق باطلاً وجاز الطعن بحكم التحكيم الصادر استناداً إليه بدعوى بطلان حكم التحكيم.^٣

وبالنسبة لبطلان اتفاق التحكيم فيطبق على هذا البطلان أحكام البطلان التي تنص عليها المجموعة المدنية بالنسبة لبطلان العقود، ما لم يرد نص خاص في قانون التحكيم ، ويكون التمسك بالإبطال أو البطلان وفقاً لما نصت عليه

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢١٨.

^٢ فقد نصت المادة ٨/ من قانون التحكيم السوري رقم ٢٠٠٨/٤ على أنه : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...." وفي نفس الاتجاه نصت المادة ١٢/ من قانون التحكيم المصري رقم ١٩٩٤/٢٧ على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.. " وأيضاً نصت المادة ١٠/ من قانون التحكيم الأردني رقم ٢٠٠١/٣١ أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً.... " ، ومع ذلك فإن الرأي حول شرط الكتابة ليس واحداً ، ففي الوقت الذي تعتبره بعض القوانين شرط إثبات ، تتعامل معه قوانين أخرى على أنه شرط صحة ، انظر د. وفاء فلحوط - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا - مرجع سابق - ص ٤٦٠

^٣ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٢١

هذه القواعد ، بحيث يزول البطلان إذا كان نسبياً بالنزول عن حق التمسك به صراحةً أو ضمناً.^١

وبالإضافة لما سبق ذكره فإن اتفاق التحكيم يسقط بانتهااء مدته ، ومن تطبيقات ذلك مثلاً أن يكون اتفاق التحكيم قد نص على أن تبدأ إجراءات التحكيم خلال مدة معينة من واقعة معينة أو من قيام المنازعة ، بحيث إذا لم تبدأ قبل انقضائها سقط اتفاق التحكيم واسترد كل طرف حقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه ، وإن من أسباب بطلان حكم التحكيم صدوره بعد انقضاء الميعاد أو الأجل الذي حدده القانون أو اتفاق التحكيم ، وتجدر هنا التفرقة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم ، فإذا تم الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع بموجب شرط تحكيم ، وتضمن هذا الشرط ما يفيد ضرورة تقديم طلب التحكيم خلال مدة معينة من تاريخ نشوء النزاع ، فإن فوات تلك المدة دون تقديم الطلب المذكور يؤدي إلى سقوط الاتفاق وفتح المجال أمام الأطراف للجوء إلى القضاء . أما إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع وبموجب مشاركة تحكيم ، فإن من المفروض أن النزاع قد نشأ فعلاً ، ويقوم الأطراف بإبرام مشاركة يحددون فيها موضوع النزاع والمدة التي يجب أن تنتهي خلالها إجراءات التحكيم ، فلو انقضت تلك المدة ولم يطرأ عليها مد سواء بالاتفاق أو بقرار هيئة التحكيم أو بحكم المحكمة المختصة فإن المشاركة تسقط .^٢

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ١٤٣ وما بعدها.

^٢ د مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ٢٠٥ - ٢٠٦

وفي حال سقط اتفاق التحكيم على نحو ماتقدم ، ومع ذلك بدأت خصومة التحكيم فإنه ووفقاً لقانون التحكيم السوري ، للمحتكم ضده أن يتمسك بسقوط الاتفاق لانتهاء مدته ، ويكون من اختصاص هيئة التحكيم الفصل في هذا الدفع وفقاً للمادة (٢١) ، وإذا رفضت الهيئة هذا الدفع واستمرت في نظر النزاع وأصدرت حكمها فيه ، فإنه من الممكن التمسك بسقوط اتفاق التحكيم لانتهاء مدته كسبب لبطلان الحكم التحكيمي وفقاً للمادة (٥٠) من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ .

ب- عدم قابلية النزاع للتحكيم بشأنه قانوناً أو اتفاقاً:

يعد موضوع القابلية للتحكيم وعدم القابلية من الأمور الهامة التي استرعت انتباه المهتمين بالتحكيم على المستوى الوطني وانتباه أكبر على المستوى الدولي وذلك للتوفيق بين مواقف مختلف الدول في هذا الخصوص وضرورة الوصول إلى حل يسمح للتحكيم أن يؤدي دوره على أكمل وجه وبأقل قدر ممكن من تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم بدعوى أن الموضوع المطروح على التحكيم يدخل في عداد المسائل التي لا يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، حيث تستهدف مسألة القابلية للتحكيم معرفة ما إذا كان من الممكن اللجوء إلى طريق التحكيم في سائر المنازعات التي قد تنور بين أطراف اتفاق التحكيم أم أن هذا الطريق محظور بالنسبة إلى نوعية أو نوعيات من المنازعات ، وعليه فإننا سنناقش حالتين تواجهان هيئة التحكيم في معرض تقرير اختصاصها :

الحالة الأولى : عدم قابلية النزاع للتحكيم بشأنه قانوناً

رغم اتساع وشمول نظام التحكيم فإن المشرع يتدخل ليقدر أن بعض المنازعات لا يصح أن تكون محلاً للتحكيم فيكون الاتفاق باطلاً إذا ورد عليها لأن محله يكون غير مشروع، ويكون الأمر كذلك إذا انصب التحكيم على منازعة تولدت عن حق لا يجوز التصرف فيه.^١

ونشير إلى أن الأصل هو جواز التحكيم في كافة المنازعات والاستثناء هو عدم القابلية للتحكيم في منازعات محددة، وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى آثار من شأنها هدم نظام التحكيم ذاته خاصة وأن أغلب التعريفات الفقهية للتحكيم تشير إلى أنه طريق استثنائي لفض النزاع رغم خطورة التمسك بالمفهوم الاستثنائي لطريق التحكيم.

إن القول بأن القابلية القانونية هي الأصل يترتب عليه نتائج هامة عند الفصل في الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم قابلية النزاع للتحكيم فيه قانوناً تتمثل بما يلي:

(١) عبء إثبات عدم القابلية على عاتق الطرف الذي يسعى لاستبعاد التحكيم أو إبطاله وليس على عاتق الطرف الذي يتمسك بصحة التحكيم.

(٢) لا يجوز التوسع في تفسير المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم باعتبار أن عدم القابلية هي الاستثناء، والقول بغير ذلك يهدد نظام التحكيم وبالأقل يؤدي إلى شلل فاعلية اتفاقات التحكيم والتقليل من إمكانات تنفيذ أحكام المحكمين.^٢

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٤٣

^٢ المرجع السابق - ص ٢٤٤

وحيث أننا كنا قد استعرضنا في الفصل الأول من هذه الرسالة معايير ونطاق القابلية للتحكيم قانوناً، وأشرنا إلى المسائل التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها ، حيث لا يجوز التحكيم فيما لا يجوز فيه الصلح كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وذكرنا من ناحية ثانية المعايير الحديثة في تحديد قابلية النزاع للتحكيم والتي هدفت إلى توسيع نطاق القابلية للتحكيم ، ولعل أهم عائق يحجب اختصاص هيئة التحكيم ويمنعها من نظر النزاع هو تعلق المسألة المطروحة عليها بالنظام العام بمفهوميه الداخلي والدولي أو عبر الدولي كما يفضل بعض الفقهاء تسميته ، و التساؤل المهم في هذه المسألة يثور حول ما إذا كان مجرد تعلق موضوع النزاع بقاعدة آمرة من النظام العام يكفي لحجب اختصاص هيئة التحكيم من نظر النزاع أم لا بد من وجود تعدّد على هذه القاعدة ؟.

إن فكرة النظام العام فكرة متغيرة بحيث تواكب المتغيرات في جميع مراحل نموه وتطوره، فهي تختلف باختلاف المجتمعات بل تختلف ضمن المجتمع الواحد باختلاف الزمان .

وفي الحقيقة يصعب تعريف فكرة النظام العام ، فما يعتبر من النظام العام في زمن ما في دولة ما قد لا يعتبر من النظام العام في هذه الدولة في وقت لاحق، وعلى هذا يقاس اختلاف هذه الفكرة من دولة لأخرى، لأن فكرة النظام العام تهدف في الأصل إلى حماية المبادئ والأسس السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع وهذه بدورها تختلف من دولة لأخرى .¹

¹ د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول - دار النهضة - الطبعة الثانية -

وإن تعدد القوانين المتعلقة بالنظام العام واختلاف غاياتها وآثارها هو الذي يسبب الغموض لفكرة النظام العام، وإن سبب قيام هذه الفكرة ونشأتها هو محاولة الدول الحفاظ على نظامها الاجتماعي واستبعاد أي قانون أجنبي أو أي أثر لقرار قضائي أجنبي يتمثل فيه الإفتئات على هذه القوانين أو تعارضه مع مصالح تلك الدول أو أساسها الاجتماعي.^١

وتتولى محاكم الدولة - كقاعدة - تحديد متى تعتبر المسألة متعلقة أو غير متعلقة بالنظام العام لتفصل فيها، حيث أنه رغم صعوبة ودقة فكرة النظام العام إلا أنه بالإمكان السيطرة عليها، فهي أمر يقدره القاضي مسترشداً بالمصلحة العامة وبما حدده المشرع، وما صاغه هذا الأخير من قواعد قانونية نص فيها على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها أو على بطلان هذا الاتفاق، وعلى عدم جواز التنازل عما تقرره من حقوق أو مراكز قانونية.^٢

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لفحص كل حالة وتقرير ما إذا كانت القاعدة التي تم الإخلال فيها تتعلق بالنظام العام أم لا، وحكمه في ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض باعتبار أن هذه المسألة مسألة قانونية وليست من مسائل الواقع.^٣

أما على الصعيد الدولي فإن الفقه يختلف حول تسمية النظام العام الذي يجب أن يعتد به في نطاق العلاقات القانونية الدولية، فالبعض يطلق عليه اسم النظام العام للقانون التجاري الدولي، والبعض يبحته تحت اسم النظام العام غير الوطني، والبعض الآخر

^١ د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي - دار الفكر العربي - ١٩٨٦ - ص ١١٨

^٢ د. مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٢٥٢

^٣ المحامي عبد الهادي عباس - التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن - مرجع سابق - ص ١٢٩

تحت اسم النظام العام عبر الدولي، وهذا المصطلح الأخير هو الأكثر دلالة على طبيعة العلاقة القانونية المحكومة به .

ورغم ندرة القرارات القضائية والتحكيمية التي استخدمت مصطلح النظام العام عبر الدولي إلا أن الفقه اعتبر بعض المفاهيم والتعابير الواردة في هذه القرارات كالمبادئ المشتركة بين أغلب الدول والأخلاقية والمناقبية والاستقامة في التعامل التجاري الدولي والمبادئ السائدة في الأمم المتحدة، تشكل برأي الفقه مضمون وفحوى إن لم نقل المرادف لما يسمى النظام العام عبر الدولي.^١

إن غياب الإجماع حول فكرة النظام العام عبر الدولي لا ينفي وجوده ، فليس ثمة حاجة لتوافر الإجماع حول قاعدة آمرة معينة حتى تصبح من قواعد النظام العام عبر الدولي، حيث يرى الفقه أن تبني قاعدة ما في أكثرية النظم القانونية من شأنه أن يجعلها قاعدة نظام عام دولي.^٢

إن تأثير فكرة النظام العام على مسألة القابلية للتحكيم وبالتالي على حدود ونطاق اختصاص هيئة التحكيم يختلف فيما إذا كان التحكيم داخلي عنه فيما إذا كان دولي، وعليه فإذا كان التحكيم داخلي فنطاق اختصاص هيئة التحكيم يتأثر بالنظام العام

^١ د . زياد بردان - مرجع سابق - ص ٥٦٨.

^٢ المرجع السابق - ص ٥٧٣.

وفي هذا الصدد فقد ذهبت د. حفيظة حداد إلى اعتبار أن لفظ النظام العام المذكور في مواد قانون التحكيم المصري هو النظام العام الدولي المتعارف عليه في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، إذ أن إيراد هذا الوصف على فكرة النظام العام وطبعه معه أمر طبيعي تتطلبه طبيعة المعاملات الدولية الخاصة على نحو ما هو مستقر في فقه وقضاء القانون الدولي الخاص، لما لفكرة النظام العام الدولي من مفهوم و وظيفة خاصة في إطار هذا القانون بصفة عامة وفي إطار القانون القضائي الخاص بصفة خاصة تختلف عن الوظيفة التي يؤديها النظام العام الداخلي في الدولة - لمزيد من التفصيل راجع د. حفيظة حداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٤٧٩.

الداخلي فقط، ولا يمكن الدفع بقواعد النظام العام الدولي ولا تأثير لها على التحكيم الداخلي مهما كانت الأسباب، والقول بغير ذلك يؤدي إلى هدر القيم الدينية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية والسياسية ضمن الدولة باعتبار أن هذه القيم هي مستند قواعد النظام العام الداخلي، وباعتبار أن مفاهيم النظام العام الدولي هي نتاج القواعد المشتركة الإيجابية لدى مجموع الدول، وإننا سنجد بعض هذه القواعد الإيجابية ضمن النظام العام الداخلي، وبالمقابل لن نطبق القواعد غير الإيجابية إذا تعارضت مع النظام العام الداخلي.^١

إن المحكم عند تفعيله لمبدأ الاختصاص في مجال تحديد اختصاصه فإنه ينظر في مشروعية العقد المتضمن لشرط التحكيم من حيث كونه مخالفاً أو مطابقاً للنظام العام وكذلك ينظر في مدى مطابقة ومخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام، فإذا تحققت المطابقة في الحالتين قام مبدأ الاختصاص بدوره الإيجابي بكل جدارة.

في الحقيقة إن معيار التطابق والمخالفة للنظام العام أثار جدلاً فقهيّاً في أوساط المشتغلين بالتحكيم وأثار التساؤل حول ما إذا كان مجرد تعلق النزاع الذي اتفق بشأنه على التحكيم بقاعدة قانونية أمرّة متعلقة بالنظام العام يكفي للقول بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم، أم لا بد أن يكون هناك تعدّد بالفعل على هذه القاعدة القانونية الأمرّة.^٢

^١ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٧٩.

^٢ راجع د. باسمه دبّاس - مرجع سابق - ص ١٣٦.

حيث تبين سيادتها أن العلاقة التبادلية بين مفهوم النظام العام والقواعد الأمرّة ليست علاقة طردية، بمعنى أنه إذا كانت القاعدة المتعلقة بالنظام العام هي قاعدة أمرّة فإن ذلك لا يعني أن كل قاعدة أمرّة تتعلق بالنظام العام أو بالمصالح العليا للدولة، فمن القواعد ما تعتبر أمرّة في بعض الظروف والأزمنة ولا تكون كذلك في ظروف وأزمنة أخرى، مثال ذلك قواعد التسعيرة الجبرية بالنسبة لسلعة معينة.

يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن مجرد تعلق النزاع المتفق بشأنه على التحكيم بقاعدة قانونية آمرة، "أي يثير تطبيق قاعدة قانونية آمرة"، فإن هذا النزاع يخرج من دائرة اختصاص هيئة التحكيم.

بينما ذهب جانب آخر إلى القول بأن خروج النزاع من دائرة القابلية للتحكيم أي من دائرة اختصاص هيئة التحكيم يستلزم أن يكون من شأن اتفاق التحكيم إحداث تعدد بالفعل على القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، ولا يكفي وفقاً لأصحاب هذا الاتجاه مجرد قيام صلة بين موضوع التحكيم والقواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام، بل لابد من وجود تعدد بالفعل على القاعدة الآمرة المتعلقة بالنظام العام .

وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي بشأن الربط بين عدم القابلية للتحكيم ووجود القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام ، حيث انتهى إلى أن مجرد وجود قواعد قانونية آمرة تنظم مسألة معينة لا يكفي بحد ذاته للقول بعدم قابلية هذه المسألة للفصل فيها عن طريق التحكيم وإنما يجب أن يكون من شأن الفصل فيها عن طريق التحكيم مخالفة للنظام العام^١.

وفي مرحلة لاحقة فقد وسع القضاء الفرنسي من هذا الاتجاه حيث حكمت حكمة استئناف باريس بأنه:

^١ وقد بدأ هذا الاتجاه واضحاً في حكم صدر عن محكمة النقض في قضية ((Nicolas societe S.A.F.L.C versus le Gant))، حيث أنه في هذه القضية أبرم عقد بيع بين شركتين وتضمن العقد التزام الشركة المشتري بتحويل الثمن إلى الشركة البائعة في الخارج، ولم تقم الشركة المشتري بالوفاء بالتزام ، فلجأت الشركة البائعة إلى التحكيم وتمسكت الشركة المشتري ببطلاق كل من شرط التحكيم والحكم الصادر فيه، على أساس أن عقد البيع يثير تطبيق قانون الصرف الأجنبي وهو متعلق بالنظام العام. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها بصحة الحكم على أساس أنه لم يفصل إلا في وجود الدين وليس في وسيلة الوفاء به. انظر : د فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٢٨

"إذا كان الاتفاق على التحكيم يقع باطلاً إذا اتصل بمسألة تتعلق بالنظام العام، فإن هذه القاعدة لا تفسر على أن كل منازعة تتصل ببعض جوانبها بأية قاعدة تتصل بهذا النظام، لا تخضع بهذه المشابهة للتحكيم".^١

والقضاء السوري بدوره يؤكد على عدم القابلية للتحكيم لمخالفة النظام العام، وهذا ماذهبت إليه محكمة النقض السورية في أحد أحكامها بقولها: ((إن الفصل في حقوق وادعاءات لا يجوز الصلح بشأنها يعتبر باطلاً لمخالفته النظام العام)).^٢

بناء على ما سبق فإن تعلق موضوع اتفاق التحكيم بقواعد آمرة تتعلق بالنظام العام لا يعني أن لا يجد مبدأ الاختصاص بيئة يحقق وجوده فيها، بل على العكس من ذلك فإن إقرار الاختصاص استناداً للمبدأ يجد نفسه في محل تحكيم أو اتفاق تحكيم تنظمه قواعد تتعلق بالنظام العام، ويقوم بدوره بشكل تام، وإن عدم فعالية مبدأ الاختصاص في إقرار اختصاص هيئة التحكيم تتركز بوجه التحديد عند مخالفة قاعدة معينة بذاتها لا مجرد تنظيمها فقط وإدراجها ضمن قواعد النظام العام.^٣

أما على الصعيد الدولي فإن المحكم الدولي ملقى على عاتقه أن يأخذ بعين الاعتبار قواعد النظام العام الدولي حين يشرع في تحديد اختصاصه وخاصة عندما يكون مفوضاً بالصلح أي في حالة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ففي هذه الحالة يكون للمحكم سلطة واسعة في تفعيل فكرة مبدأ الاختصاص، فإذا لم

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ١٣٧ وما بعدها.

^٢ نقض سوري - قرار ٣١٤٦ - أساس ١٥١٢ تاريخ ١٩٦٦/١٢/١٣ مشار إليه في مؤلف شفيق طعمة -

مرجع سابق - ص ٩٨

^٣ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ١٦٠.

ينص النظام العام الداخلي في مسألة ما على اعتبارها من النظام العام فلا يغيب عن ذهن المحكم توظيف فكرة النظام العام الدولي وإقرار اختصاصه.

ومثال ذلك ما أقرته هيئة تحكيم في نزاع بين شركة سوفيتية وشركة أخرى تطالبها بالتعويض، حيث رفضت هيئة التحكيم إلزام الشركة السوفيتية بالتعويض استناداً إلى وجود قوة قاهرة رغم أن القانون السوفيتي لا يجعل القوة القاهرة سبباً للإعفاء من المسؤولية، وذلك استناداً إلى كون الإعفاء من المسؤولية نتيجة القوة القاهرة يعتبر قاعدة من النظام العام الدولي تعلق على القاعدة المقررة في القانون السوفيتي.^١

يلاحظ في الفترة الأخيرة أن أحكام القضاء الوطني تعطي أولوية لفكرة النظام العام الدولي على فكرة النظام العام الداخلي فتضيّق دائرة الأخيرة وهذا يعني اتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم.^٢

الحالة الثانية: عدم قابلية النزاع للتحكيم بشأنه اتفاقاً

لا يوجد بطبيعة الحال ما يلزم الأطراف في اتفاق التحكيم على إخضاع جميع المنازعات الناشئة بينهم إلى التحكيم.

^١ المرجع السابق - ص ٢٨٨

^٢ تأكيداً لذلك فقد أيدت محكمة النقض الفرنسية بصحة إقرار هيئة التحكيم لاختصاصها والذي تجسد فيما قضت به من صحة شرط الوفاء بالذهب ولو كان مخالفاً لقاعدة أمر متعلقة بالنظام العام الفرنسي، مقرر أن هذا الشرط مفيد للتجارة الدولية بحمايتها من تقلبات سعر الصرف، واعتبرت هذه الغاية أولى بالرعاية من المصلحة التي ابتغاها المشرع الفرنسي من تحريم شرط الوفاء بالذهب وهي حماية العملة الوطنية الورقية، انظر: د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٨٥

فالتحكيم يقوم أساساً على إرادة الأطراف واتفاقهم وبالتالي فإن هيئة التحكيم لا يمكنها أن تفصل إلا في المسائل والمنازعات التي اتفقت الأطراف على أن يتم الفصل فيها وحسمها بهذا الطريق.

ويحدث من الناحية العملية أن تحدد الأطراف صراحةً أنهم اتفقوا على عدم إخضاع بعض المسائل للتحكيم، بل وكثيراً ما يلجأ الأطراف إلى وسائل أخرى من أجل الفصل في المنازعات المختلفة المتعلقة بالأوجه العديدة للعلاقات القائمة بينهم.

فعلى سبيل المثال يتفق الأطراف عادةً على العهدة إلى قضاء الدولة بالفصل في الإجراءات الوقائية والتحفظية على الرغم من اتفاقهم على اختصاص المحكم بالفصل في موضوع المنازعة، علاوةً على أنه بالنسبة لبعض العقود التي تشكل إطاراً تعاقدياً unique أو حتى بشأن عقد واحد فإن الأطراف قد تختار التعايش بين أكثر من شكل من أشكال التحكيم.^١

إن ما سبق ذكره يقودنا إلى البحث في أهمية تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم وسواء أكان هذا الاتفاق في صورة شرط أو مشاركة تحكيم، وذلك لما لتحديد موضوع النزاع من أهمية تتجلى في النواحي التالية:

(١) الرغبة في ألا ينزل الخصوم عن اللجوء إلى القضاء العام في الدولة إلا بالنسبة إلى النزاع المحدد في اتفاق التحكيم.^٢

(٢) عدم إثارة منازعات فرعية بين الخصوم حول ما عهد به إلى هيئة التحكيم.

^١ د. حفيظة حداد- الوزر في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٦٤

^٢ د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص ٢٨١

(٣) تقييد المحكم بموضوع النزاع وعدم الخروج عليه ، وإلا يكون المحكم قد قضى بغير ما يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه مما يفتح الباب أمام الطعن في حكمه بدعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة، فمهمة المحكم محددة دائماً بالاتفاق الذي يخوله سلطة التحكيم فلا يجوز الخروج على حدود هذا الاتفاق.

(٤) يسهل مهمة القاضي الذي يصدر الأمر بالتنفيذ في مراقبة المحكم والتأكد من عدم خروجه عن اتفاق التحكيم.^١

ولعل الفرق الوحيد فيما يتعلق بتحديد موضوع النزاع بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم هو أنه بالنسبة لمشاركة التحكيم ، أي اتفاق التحكيم الذي يبرم بعد قيام النزاع ، فيجب لصحته أن يتم النص في صلب الاتفاق على موضوع النزاع المراد حله عن طريق التحكيم، لأن النزاع قد وقع وصار شيئاً يمكن تمييزه، أما إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم فإنه لا يلزم ولا يتصور أن يشار فيه إلى نزاع بذاته ، وإنما يرد الشرط عادةً عاماً بالنسبة لأنواع معينة من المنازعات يحددها الشرط نفسه لأن النزاع يكون أمراً محتملاً غير معين السمات.^٢

إن عدم تحديد موضوع النزاع بشكل تفصيلي أمر بديهي ومنطقي بالنسبة لاتفاق التحكيم المبرم في وقت سابق على وقوع النزاع، إذ يتعذر تحديد موضوع النزاع على وجه الدقة، لأن ذلك النزاع لم يقع بعد ، وهذا ما ذهبت إليه المادة /١٠٠٦/ من

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢١١

^٢ راجع في هذا الشأن نص المادة /٧/ من قانون التحكيم السوري رقم ٢٠٠٨/٤ والمادة /١٠/ من قانون التحكيم المصري رقم ١٩٩٤/٢٧.

مجموعة المرافعات الفرنسية السابقة والمادة /١٤٤٨/ من مجموعة المرافعات الفرنسية الحالية إذ لم تشترط تحديد موضوع النزاع بالنسبة لشرط التحكيم.

وعليه فإن محل النزاع بالنسبة لشرط التحكيم يكون عاماً، بالنسبة لمنازعات معينة يحددها الشرط نفسه، وذلك لأن دائرة الاحتمال والتوقع بالنسبة لموضوع النزاع الذي سوف يطرح على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع في حال نشوئه تكون أوسع وغير محددة تحديداً كافياً.^١

وقد ذهبت محكمة النقض السورية بهذا الاتجاه حيث قضت بوجوب تحديد موضوع النزاع في صك التحكيم تحت طائلة اعتبار التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما قضت بأن بطلان التحكيم لعدم تحديد موضوع النزاع هو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام.^٢ تتجلى أهمية تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم وبالتالي انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل في النزاع أهمية في حالات خاصة تتمثل بما يلي:

١- تعدد المنازعات المختصة بعقد واحد:

حيث يجب على الأطراف تحديد المنازعات المحتملة النشوء بشكل تفصيلي وعدم إغفال أي منها، لأن الأطراف بعد أن تحدد خضوع جميع المنازعات المتصلة أو المتعلقة بالعقد تضيف أحياناً، لا سيما تلك المتعلقة بصحته وتفسيره وتنفيذه، حيث إن إغفال ذكر المنازعات المتعلقة بصحة العقد على سبيل المثال يؤدي إلى إمكانية التمسك ببطلان العقد بسبب ما قد يكون قد اعتراه من عيب وهذا يتيح للطرف صاحب المصلحة في تعطيل سير إجراءات

^١ د. باسمة دبّاس - مرجع سابق - ص ٢٨٦

^٢ عبد الهادي عباس - التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن - مرجع سابق - ص ١٣٦-١٣٧

التحكيم بإثارة هذه المسألة بوصفها تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم ويتعين عرضها على قضاء الدولة لعدم إشمال شرط التحكيم لهذه المسألة^١.

٢- "مجموعة العقود:

حيث ترتبط مجموعة عقود ببعضها إما بسبب موضوعها أو طرافها، ويتضمن بعضها دون الآخر شرط تحكيم، فهل تخضع جميع المنازعات المحتملة النشوء عن هذا الكل التعاقدي إلى التحكيم؟.

لا بد في هذا الصدد من التمييز بين مجموعة العقود التي تساهم في ذات العملية ومجموعة العقود المتلاحقة المبرمة من نفس الأطراف.

بالنسبة للحالة الأولى فيمكن القول: إنه لا يتم تحقيق العمليات الكبيرة المتصلة بالتجارة الدولية عن طريق إبرام مجرد عقد واحد بين الأطراف المعنية بهذه العمليات، ولكن يتم إبرام العديد من العقود، وإنه لا مشكلة في حالة وجود عقد أساسي يتضمن شرط تحكيم ومجموعة عقود أخرى لاحقة له تساهم في تحقيق العملية التعاقدية، بإرادة الأطراف صريحة في إخضاع جميع المنازعات للتحكيم، كذلك لا مشكلة عندما يتضمن كل عقد من مجموعة العقود نفس الشرط، بينما تنثور المشكلة عند اختلاف الشرط التحكيمي في كل عقد من مجموعة العقود، ففي هذه الحالة فإنه لا يمكن تطبيق القواعد التي تحكم الدعوى المدنية في قضاء الدولة من مد القاضي لاختصاصه على جميع المسائل المرتبطة بالمنازعة المعروضة عليه وضمها للفصل فيها تحت ولايته نظراً للارتباط وعدم القابلية للتجزئة، فهذا المبدأ لا محل لإعماله بشأن التحكيم

^١ د. حفيزة حداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق- ص ٢٦٥.

حيث يتمتع كل طرف بالحرية في تعيين محكمه، ويتقيد هذا الأخير بحدود ونطاق شرط التحكيم ولا يمكنه الخروج عنه وإلا تعرض حكمه للإبطال^١.
أما بالنسبة للعقود المتتابعة المبرمة بين ذات الأطراف بشأن علاقات تعاقدية معتادة بينهم تتعلق بذات المسائل أو بمسائل متشابهة، فإن الفقه الفرنسي والقضاء الفرنسي يميل إلى اعتناق الحل المتمثل بإخضاع جميع المنازعات للتحكيم على اعتبار أنه طالما أن المعاملات السابقة كانت من الأهمية بمكان بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة لهذا العقد الأخير وبالتالي لا مندوحة، والحال كذلك، من خضوع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم^٢.

إن قضية **Sofidif ...** ضد الحكومة الإيرانية من أهم الأمثلة التي ظهر فيها اختلاف وتتنوع في شروط التحكيم الواردة في صلب العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية التعاقدية، حيث أصدرت هيئة التحكيم حكماً يفصل في كل من مسألتَي الاختصاص والموضوع، إذ أقرت باختصاصها بالفصل في المنازعات الناشئة عن عدة عقود على الرغم من أن كل من هذه العقود المختلفة يتضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف، وقد استندت في حكمها على الصلة الوثيقة القائمة بين العقود المختلفة وتكامل شرط التحكيم فيما بينها^٣.

^١ د. حفيظة حداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٧٨

^٢ المرجع السابق - ص ٢٧٩.

^٣ نتلخص وقائع هذه القضية أنه في ٢٧ يناير ١٩٧٤ وقعت الحكومة الإيرانية مع الحكومة الفرنسية اتفاق تعاون بغرض الاستخدام السلمي للطاقة الذرية، ومن أجل تطبيق نصوص هذا الاتفاق تم إبرام العديد من العقود بين الشركات التي أنشأت لتحقيق الهدف المذكور.

في ٢٣ فبراير ١٩٧٤ ، تم إبرام اتفاق بين هيئة الطاقة النووية (C.E.A.) والمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية (O.E.A.I.) ، بغرض إنشاء الشركة الفرنسية الإيرانية من أجل تخليق اليورانيوم والمعروفة باسم (sofidif) وهي شركة فرنسية تملك هيئة الطاقة النووية (C.E.A.) ٦٠% من رأسمالها ، وتملك الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية ٤٠% منه.

ولقد نص العقد المبرم في ٢٣ فبراير ١٩٧٥ والموقع بين (C.E.A.) و (O.E.A.I.) على شرط التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والذي لم يحدد فيه لامر انعقاد جلسات التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع .

بينما نُص في العقد المبرم في ١٣ نوفمبر ١٩٧٥ بين (sofidif) و (Eurodif) وهي شركة فرنسية تم إنشاؤها من قبل هيئة الطاقة النووية ، على شرط التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس والذي تتعقد جلساته في جنيف ويطبق عليه القانون الفرنسي .

وفي ١٣ نوفمبر ١٩٧٥ أيضاً تم إبرام بروتوكول بين (sofidif) و (O.E.A.I.) و (Seru) وهي شركة الأبحاث الخاصة باليورانيوم ، وتضمن هذا البروتوكول شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ، ويخضع للقانون الفرنسي ويصدر حكم التحكيم في باريس .

بعد الثورة الإيرانية قامت إيران بإلغاء اتفاق التعاون مع الحكومة الفرنسية بغرض الاستخدام السلمي للطاقة النووية ، وقامت الشركات الفرنسية بالشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم لمطالبة الشركات الإيرانية المعنية بالتعويض الناشئ عن الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقد المبرمة بين الطرفين .

ولقد تقدمت كل من الشركات (sofidif) و (Eurodif) و (Cogema) باسمها ونيابة عن شركة (S.E.R.U.) وشركة (C.E.A.) ضد الهيئتين الإيرانييتين (O.E.A.I.) و (O.L.A.E.T.I.) بطلب التحكيم والذي أشار إلى كل من شرط التحكيم الوارد في العقد الموقع في ٢٣ فبراير ١٩٧٥ بين (C.E.A.) و (O.E.A.I.) وأيضاً الاتفاق الموقع في ١٣ نوفمبر ١٩٧٥ المبرم بين (Durodif) و (Sofidif) .

ولقد احتجت الشركات الإيرانية على شرعية مثل ذلك الضم للإجراءات وطلبت تعيين محكم مختلف ليفصل في المنازعات الخاصة بكل عقد على حدة .

ولقد تمسكت الشركات المدعية بالصلة الوثيقة القائمة بين العقود المختلفة وبتكامل شرط التحكيم فيما بينها وذلك من أجل أن تكون محكمة تحكيم واحدة ، وهو ما وافقت عليه محكمة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس وأيضاً محكمة التحكيم فيما بعد .

وفي ٢٥ أبريل ١٩٨٥ ، أصدرت هيئة التحكيم حكماً يفصل في كل من مسألتتي الاختصاص والموضوع ، إذ أقرت باختصاصها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود المذكورة على الرغم من أن كل من هذه العقود المختلفة يتضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف .

٢- الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي لهيئة التحكيم:

إن جملة الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي لهيئة التحكيم تكون مستندة إلى مفهوم النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، أي ما يعرف بمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، وإن كان البعض قد اتجه إلى توسيع دائرة الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي لهيئة التحكيم لتشمل الدفوع المبنية على عدم قبول المحكم للتحكيم أو قبوله شفاهةً لا كتابةً أو عدم إفصاحه عما يشين صلاحيته للتحكيم أو يوجب رده، أي الدفوع المتعلقة بشخص المحكم^١.

ولقد سببت محكمة التحكيم حكمها بأن الاتفاق المبرم في ٢٣ فبراير ١٩٧٥ والبروتوكول المبرم في ١٣ نوفمبر ١٩٧٥ هما اللذان يكرسان الالتزامات الأساسية للأطراف المتعاقدة، وأن الاتفاق والبروتوكول يشكلان كلاً متكاملًا، وإذا كان من الواضح أن الأطراف على الرغم من تركها لمحكمين الحرية في تحديدهم للقانون الواجب التطبيق ومقر التحكيم، فإنها أفصحت في البروتوكول عن تطبيق القانون الفرنسي وانعقاد جلسات التحكيم في باريس.

ولقد طعن الطرف الإيراني على الحكم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس التي قامت بإلغائه في حكمها الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٨٦ لتجاوز محكمة التحكيم لمهمتها الواردة في وثيقة المهمة نظراً لفصلها في موضوع الدعوى مع الدفع بعدم اختصاصها، على الرغم من أنه يظهر من وثيقة المهمة المذكورة أن محكمة التحكيم كان عليها أن تفصل فقط في مسألة اختصاصها وبالتالي يتعين إبطال الحكم.

وقد ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها إلى أنه كان يتوجب على محكمة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها بالنسبة لكل عقد على حدا، وأن حلول المشاكل المتولدة عن الارتباط بين العقود وعدم قابليتها للتجزئة، يتعين أن يتم من خلال البحث عن إرادة الأطراف، ومن جهتها محكمة النقض الفرنسية قد ألغت حكم محكمة استئناف باريس المتقدم الذكر في حكمها الصادر في ٨ مارس ١٩٨٨، مشار لهذه القضية بالتفصيل في مؤلف د حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٦٩

^١ أجاز المشرع الإنكليزي في قانون التحكيم الإنكليزي الصادر في ١٧ يونيو ١٩٩٦ في المادة ٣٠/ فقرة ١/ إثارة الدفع بعدم الاختصاص استناداً لعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم حيث جاء نص الفقرة على النحو التالي:

ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه باعتبار أن هذه الدفوع تتعلق بسلامة تشكيل هيئة التحكيم قبل البحث في تحديد دائرة اختصاصها الشخصي والموضوعي، حيث أن غالبية التشريعات الوطنية والمؤسسية المتعلقة بالتحكيم اتجهت إلى تقديم الضمانات الكافية لأطراف التحكيم لضمان حياد المحكم وسلامة مسلكه وصلاحيته لحسم النزاع من خلال وضع نظم خاصة بآلية رد المحكم وإمكانية عزله أو إقالته وحتى استبداله في حال عجزه أو إهماله، وأجازت هذه التشريعات تقديم الدفوع في حال وجود خلل في هذه الضمانات وبينت الكيفية لذلك وصولاً إلى تصحيح الخلل.

كما نقول إن البحث في سلامة تشكيل هيئة التحكيم وصلاحياتها لحسم النزاع في الغالب الأعم يكون سابقاً لأمر البحث في تحديد نطاق اختصاص هيئة التحكيم - ما لم يكن سبب عدم الصلاحية قد نشأ أثناء سير الدعوى التحكيمية - وهذا ما ينطبق على القضاء العادي في الدولة فلو عرض نزاع على محكمة وكانت المحكمة غير مختصة نوعياً أو قيماً بنظر هذا النزاع وكان القاضي رئيس المحكمة مشوب سبب من أسباب عدم الصلاحية أو سبب من أسباب الرد فهنا لا يجوز له البحث في مسألة اختصاص المحكمة بنظر النزاع من عدمه وإنما عليه التثني عن نظر الدعوى قبل تقرير عدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، أي أنه حتى ولو كان قرار القاضي هو إعلان عدم الاختصاص بنظر النزاع فلا يحق له إصدار هذا القرار طالما أن شخصه مشوب بسبب من أسباب عدم الصلاحية .

" ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، يكون لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفع بعدم اختصاصها المتعلقة بوجود وثيقة اتفاق تحكيم، أو بالتشكيل الصحيح لهيئة التحكيم، أو شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع".

إن سلامة تشكيل هيئة التحكيم وصلاحياتها تستقل عن موضوع تحديد نطاق اختصاصها، وعليه سنعرض لبحث الدفع بعدم الاختصاص استناداً للنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم على النحو التالي:

إن التحكيم كطريق استثنائي للتقاضي يقوم على رضا الأطراف به بديلاً عن محاكم الدولة، وعليه فإن إرادة الأطراف هي التي تُوجد التحكيم وهي أيضاً التي تحدد نطاقه، ولهذا من المسلم أنه لا يمكن إلزام الشخص بالتحكيم رغماً عن إرادته، فمتى تخلفت هذه الإرادة امتنع وجود الاتفاق على التحكيم بالنسبة له، ومن هنا تظهر نسبية اتفاق التحكيم فهو لا يحتج به ولا يترتب آثاره إلا بالنسبة للشخص الذي اتجهت إرادته إليه أو بعبارة أخرى للطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته، فاتفاق التحكيم لا يلزم الغير الذي لم يكن طرفاً في الاتفاق كما لا يخوله أي حق شأنه فيذلك شأن أي عقد.^١

فاتفاق التحكيم باعتباره عقداً شأنه شأن أي عقد آخر يخضع لمبدأ نسبية أثر العقود والذي مفاده أن اتفاق التحكيم يقتصر أثره على أطرافه ومن ثم لا يمتد إلى غير الأطراف الذين شاركوا في إبرامه.^٢

وإن مفهوم اتفاق التحكيم بوصفه مجرد عقد مبرم بين أطراف محددة يؤدي إلى عدم ترتب آثاره إلا بالنسبة للأشخاص التي قامت بالتوقيع عليه، ولا يستند هذا التفسير المضيق لاتفاق التحكيم من حيث آثاره على مبدأ نسبية آثار العقد فقط بل يستند أيضاً على الطبيعة الخاصة لموضوع الاتفاق على التحكيم، فالتحكيم يهدف إلى إخراج طائفة

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٦١، مشار فيه إلى قرار النقض المصري بتاريخ ٢٢ يونيو ٢٠٠٤ في الطعن رقم ٤٧٢٩-٤٧٣٠ لسنة ٧٢/ق.

^٢ د. باسمه دباس- مرجع سابق- ص ٤٥٦

محددة من المنازعات الناشئة بين الأفراد من ولاية قضاء الدولة بوصفها القاضي الطبيعي للأطراف والعهدة بها إلى المحكم للفصل فيها.^١

وبهذه المثابة تتنازل الأطراف عن الضمانات التي يمكن أن تتمتع بها في حالة الالتجاء إلى القاضي المختص أصلاً بالفصل في المنازعة المعهود بها إلى التحكيم، ولما كان التحكيم يعد في نظر البعض وسيلة استثنائية لحل المنازعات فإن قبول هذه الوسيلة يجب أن يكون قد تم عن اختيار واضح ومؤكد ولا شبهة حوله من قبل الأطراف المتمتعة بالأهلية اللازمة لقبول هذا الطريق، وبشأن المسائل التي تقرر الدولة قابليتها للاتفاق بشأنها على التحكيم ولا تقرر اختصاص قضائها بالفصل فيها بشكل قاصر عليها.^٢

وعليه وانطلاقاً من مبدأ أن اتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه فإن هيئة التحكيم التي تنشأ بمقتضى ذلك الاتفاق لا يخضع لولايتها أو اختصاصها من ليس طرفاً فيه، لذلك لا بد من إيضاح وبيان مفهوم الطرف و الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم :

أ - مفهوم الطرف والغير في اتفاق التحكيم:

من حيث المبدأ يقصد بالطرف في اتفاق التحكيم هو كل من أبرم اتفاق التحكيم بنفسه أو بواسطة من يمثله.^٣

^١ د. حفيظة الحداد- الموجز في النظرية العامة- مرجع سابق- ص ٢٤٠

^٢ Ibrahim Fadlallah: " clauses d'arbitrage et Groupes des sociétés" T.C. Fr. Dr. Inter.,Privé, 1984-1985, p. 105 et s

^٣ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٦١

فالمفهوم القانوني لتعبير "الطرف" يشمل الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وقع اتفاق التحكيم ويتسع ليشمل الخلف العام والخاص^١، والتوقيع يجب أن يكون منصباً على إرادة اتفاق التحكيم^٢.

فمعيار الطرف إذاً هو أن تتجه إرادة الأطراف الذين ساهموا في إبرام اتفاق التحكيم إلى الارتباط به، أي أن تكون قد اتجهت إرادتهم إلى اختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم ومن ثم إقصاء قضاء الدولة عن نظر هذه المنازعات ويخضع تفسير هذه الإرادة إلى سلطة المحكمين^٣.

وترتيباً على ذلك فإن مجرد التوقيع على اتفاق التحكيم لا يكفي لاعتبار شخص ما طرفاً في اتفاق التحكيم، فلا بد من اتجاه إرادته للارتباط بهذا الاتفاق وإحداث الأثر القانوني المترتب على هذا الاتفاق، فإذا كان المبدأ العام أن التوقيع على اتفاق التحكيم يكسب صاحبه صفة الطرف في هذا الاتفاق إلا أن هذا المعيار ليس وحيداً، فقد يرد ذكر الشخص أو توقيعه على اتفاق التحكيم ومع ذلك لا يعتبر طرفاً فيه، حيث أن الأمر يتوقف في النهاية على صلته بالأثر المترتب على العقد فضلاً عن صفته التي بمقتضاها وقع عليه^٤.

ومثال على ذلك، فإن توقيع وزير السياحة على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات القطاع العام في ذيل العقد بعد وضع عبارة "نُظر ويُعتمد" لا يجعل من الحكومة المصرية طرفاً

^١ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٢٩

^٢ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٦١

^٣ د. ماهر محمد صالح عبد الفتاح - اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤ - ص ٢٥٣.

^٤ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٦٢ - ٤٦٣

في العقد، إذ أن هذا الاعتماد لا يفيد اتجاه نية الحكومة المصرية إلى أن تكون طرفاً في العقد وإنما يعتبر نوعاً من الوصاية والرقابة التي تمارسها على الأنشطة التي تتم في المناطق التاريخية والأثرية.^١

وتجدر الإشارة إلى أن الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم يجب أن يصرح عن وكالته عند توقيع اتفاق التحكيم حتى ينصرف أثر الاتفاق للموكل، حيث كان قد صدر قرار تحكيم في لندن بتاريخ ١٩٧٨/١١/٥ باعتبار الوكيل طرفاً أصلياً في المنازعة لتوقيعه العقد بوصفه مشترياً دون بيان صفة الوكالة في أي موضع من العقد، والأمر كذلك بالنسبة لتصرفات الفضولي حيث إن إقرار الأصيل يجعل التصرف المتضمن إبرام اتفاق تحكيم يمتد إليه لا إلى الفضولي.^٢

ب- أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام والخاص للطرف:

تنص المادة /١٤٦/ من القانون المدني السوري على أنه " ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام....."، والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية بما لها من حقوق وما عليها من واجبات كالوارث أو الموصى له.^٣

والأصل أن الخلف العام ليس من الغير ومن ثم ينصرف إليه أثر العقد الذي يبرمه السلف ، فإذا كان السلف طرفاً في اتفاق تحكيم بصدد نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلى الخلف فإن آثار هذا الاتفاق تنتقل إلى الخلف.^١

^١ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٥٠.

^٢ المرجع السابق - ص ٤٥٤

^٣ د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مرجع سابق - ص ٧٢١ ومابعداها

وترتيباً على ذلك فقد قضي بأن: اتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إلى المتعاقدين فحسب وإنما أيضاً يلزم الخلف العام والخلف الخاص للمتعاقد ما لم ينص في الاتفاق على خلاف ذلك.^٢

وعندما يكون الخلف شخصاً طبيعياً يتعين مراعاة مشكلات الأهلية عند انتقال آثار اتفاق التحكيم إلى الورثة، حيث يفترض أن لا يكون الوارث قاصراً أو فاقداً للأهلية اللازمة لأعمال اتفاق التحكيم.^٣

إن قاعدة سريان أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام يرد عليها استثناءات مستمدة من القواعد العامة في القانون المدني والتي ترجع إما إلى طبيعة التعامل أو اتفاق الأطراف أو حكم القانون، وفي مثل هذه الحالات يعتبر الخلف العام من الغير ولا تنصرف إليه آثار العقد .

ونقول إن انقضاء العقد الأصلي بوفاة أحد الأطراف مثلاً لا أثر له على شرط التحكيم ويبقى قائماً وملزماً للخلف العام غير أنه إذا اتفق أطراف العقد الأصلي على انقضاء شرط التحكيم بوفاة أحد الأطراف فإن الخلف العام لهذا الطرف يبقى من الغير بالنسبة لشرط التحكيم.^٤

^١ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٧٣.

^٢ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٧٣.

^٣ د. محمد نور شحاتة - مفهوم الغير في التحكيم - دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٦ - ص ٣١

^٤ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٧٠.

أما بالنسبة للخلف الخاص، فالقاعدة عدم انتقال آثار العقود التي يبرمها السلف إلى الخلف الخاص، والاستثناء يكون بتحقق شرطين أساسيين وهما : أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وأن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعتبر من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه.^١

وبإسقاط ذلك على اتفاق التحكيم فإن آثاره تتصرف إلى الخلف لخاص بتوافر الشرطين التاليين:

(١) أن يكون اتفاق التحكيم من مستلزمات العقد الأصلي وهذا الشرط متحقق على اعتبار أن اتفاق التحكيم إنما ينصب على المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي وليس غيره.

(٢) أن يكون الخلف لخاص على علم باتفاق التحكيم، وهنا نميز بين حالتين:

أ- أن يكون اتفاق التحكيم وارداً ضمن بنود العقد الأصلي الذي انتقل إلى الخلف الخاص بمقتضى قواعد الخلافة أو مشاراً إليه فيه، وفي هذه لحالة يكون العلم بشرط التحكيم متحققاً بالضرورة تبعاً لتحقيق العلم بالعقد الأصلي.

ب- أن يكون اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي وغير مشار إليه فيه، في هذه الحالة يكون بمقدور الخلف التمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم إليه رغم انتقال العقد الأصلي إليه.^٢

^١ راجع المادة /١٤٦/ من القانون المدني المصري والمقابلة للمادة /١٤٧/ من القانون المدني السوري

^٢ د. باسمه دباس - مرجع سابق - ص ٤٧٩

بناء على ما سبق سنعرض لبعض حالات انتقال أثر اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص:

الحالة الأولى: حوالة الحق وحوالة الدين وحوالة العقد

إذا تمت حوالة الحق باتفاق بين الدائن والمحال له فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ينتقل إلى المحال له ، ما لم يتضمن الاتفاق على الحوالة ما يشير إلى غير ذلك، فإن لم يكن الشرط وارداً في العقد الأصلي أو مشار إليه فيه فلا يكون نافذاً في مواجهة المحال إليه إلا إذا وافق عليه ^١ ، أي أن اتفاق التحكيم وباعتباره من مستلزمات الحق الثابت للدائن المحيل فينصرف أثره إلى المحال له ، ولكن يشترط من أجل ذلك ثبوت علم المحال له بوجود اتفاق التحكيم ^٢.

وقد أكدت محكمة استئناف باريس على امتداد اتفاق التحكيم إلى المحال له في حكمها الصادر في ١٩٨٨/١/٢٨ عندما قضت بأن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد ، تنتقل إلى المحال له ^٣. وتتلخص وقائع القضية في تعاقد شركة ألمانية وشركة فرنسية لإنتاج فيلم مشترك بعنوان (Madchen in uniform)، وتضمن العقد توزيع واستثمار الفيلم ، كما تضمن العقد أن المنازعات الناتجة عن تفسير أو تنفيذ العقد تعرض على هيئة التحكيم

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٦٧

^٢ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة- مرجع سابق- ص ٤٧٦ وما بعدها.

^٣ Cour d'appel de paris. 28 janvier 1988, Rev. arb, 1988, p. 439 space: 565, note: J. Louis Goutal

مشار إليه في كتاب د. باسمه دباس - مرجع سابق- ص ٤٨١

وتم العقد بتاريخ ١٨/٢/١٩٥٨ ، وفي عام ١٩٧٤ تم تصفية الشركة الفرنسية وتنازلت عن جميع حقوقها إلى شركة **E.D.I.F** وهي شركة توزيع أفلام ، وقامت الأخيرة ببيع حقوق استغلال الفيلم المشترك، فثار نزاع بينها وبين الشركة الألمانية، فلجأت شركة **E.D.I.F** إلى التحكيم ودفعت الشركة الألمانية بعدم اختصاص هيئة التحكيم غير أن هيئة التحكيم أقرت اختصاصها ورفضت محكمة استئناف باريس طلب إبطال حكم التحكيم وأكدت حق شركة **E.D.I.F** في اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى حوالة حقوق الشركة الفرنسية المنحلة إليها وأن هذه الحوالة تتضمن بالضرورة حوالة شرط التحكيم لأن مثل هذا الشرط لا ينفصم عن اقتصاديات العقد.

أما حوالة الدين التي تتم باتفاق بين المدين والمحال له فإن شرط التحكيم سواء تضمنه العقد الأصلي أو أشار عليه أو كان في محرر مستقل لا ينتقل للدائن ولا يكون الدائن ملزماً بالتحكيم في مواجهة المحال له إلا إذا وافق عليه.^١

أما بالنسبة لاتفاق لتحكيم المبرم بين الدائن والمدين الأصلي فإن أثر هذا الاتفاق ينصرف إلى المحال له على اعتبار أن اتفاق التحكيم يعد من مستلزمات الدين المحال به وبشرط ثبوت علم المحال له بوجود هذا الاتفاق.^٢

وفيما يتعلق بحوالة العقد فإنه إذا تمت حوالة العقد واتفق الطرفان فيه أو في محرر مستقل على التحكيم فإن المحال إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في العقد المحال إذا تحقق بالنسبة له شرط نفاذ حوالة الحقوق والديون التي يرتبها العقد.^١

^١ د.فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٦٥.

^٢ د. منير عبد المجيد- التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم- منشأة المعارف بالإسكندرية- ١٩٩٧- ص ١٢٧ وما بعدها.

وعليه فإذا كان العقد الأصلي يتضمن اتفاق على التحكيم فقد جرى القضاء على أنه في حالة حوالة العقد فإن أثر هذا الاتفاق يمتد إلى المحال له بوصفه طرفاً في العقد وبشرط نفاذ عقد الحوالة.^٢

هذا وقد أكدت محكمة النقض المصرية ذلك عندما قضت بأنه: "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم الاعتراف بعقد البيع المحال من الطاعن (المشتري) للمطعون ضده الأول (المحال له) لأن الأخير لم يكن طرفاً فيه ولم تتم حوالاته إليه طبقاً للقانون، فإن أثره في جميع ما تضمنه - بما في ذلك شرط التحكيم - لا يتعدى طرفي هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون ضده الأول في خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن، وذلك تأسيساً على عدم نفاذ عقد الحوالة، إذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم، وبعدم سريان شرط التحكيم على المنازعة فإنه يكون قد انتهى صحيحاً في القانون".^٣

الحالة الثانية : الحلول وامتداد العقد

إذا حدث حلول في الالتزام، فإن الحلول يتضمن حلولاً في شرط التحكيم، ولهذا فإنه إذا قام شخص من الغير بوفاء الدين وحل محل الدائن المستوفي حقه في دعواه ضد المدين فإن هذا الغير - سواء كان حلوله بنص القانون أو باتفاق بينه وبين الدائن أو

^١ د. سامية الراشد - مرجع سابق - ص ٣٣٧

^٢ د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني للتحكيم - مرجع سابق - ص ١٢٧ وما بعدها ...

^٣ - الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ قضائية - الصادر بتاريخ ٩ يناير ١٩٦٦، * - الطعن رقم ١٨١ لسنة ٤٧ قضائية الصادر بتاريخ ٩ فبراير ١٩٨٣ - مجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية - السنة الرابعة والثلاثون - الجزء الأول - من يناير إلى أبريل سنة ١٩٨٣ - ص ٤٤٢.

المدين - يتقيد باتفاق التحكيم بين الدائن والمدين، فيحل محل الدائن في هذا الاتفاق عند رجوعه بالحق على المدين حالاً محل الدائن في حقه (دعوى الحلول).

وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن شرط التحكيم الوارد في عقد النقل يسري أيضاً في مواجهة شركة التأمين التي حلت محل المستفيد في حقوقه^١.

على أنه يلاحظ أنه إذا فضل الدائن الموفي الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية وليس حالاً محل الدائن في حقه، فإنه عندئذ لا يكون طرفاً في اتفاق التحكيم وليس له أن يستفيد منه، ويكون رجوعه على المدين بالدعوى أمام المحاكم^٢، وفيما يتعلق بامتداد العقد وتجديده، فإنه إذا أبرم عقد من عقود المدة كعقد الإيجار وتضمن شرط تحكيم واتفق فيه على عقده لمدة معينة على أن يمتد لمدة أخرى سواء تلقائياً أو إذا لم يبد أحد الطرفين رغبته في إنهاء العقد عند نهاية مدته أو بنص القانون، فإن شرط التحكيم يمتد إلى المدة التي امتد إليها العقد.

وإذا تجدد العقد المتضمن شرط تحكيم فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يسري أيضاً على العقد المجدد، فليس من شأن التجديد إنهاء شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، ذلك أن انتهاء مدة العقد الأصلي يؤدي إلى إنهاء الحقوق والالتزامات الناشئة

^١ نقض مدني فرنسي - ١٣ مايو ١٩٦٠ - مشار إليه في بواسيسون بند ١٣٢ - ص ١٢٧ - مشار إلى هذا الحكم في كتاب د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٦٨.

^٢ د. مصطفى الجمال - امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به - مقال منشور في مجلة الدراسات القانونية - كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية - العدد السابع - تموز ٢٠٠١ - ص ١٢.

عنه عن تلك المدة ولكنه لا ينهي العقد ذاته ما دام قد تجدد، فيبقى العقد بكل بنوده ومنها شرط التحكيم.^١

ويكون الأمر كذلك سواء تضمن العقد الأصلي بنداً على أن يتم التجديد تلقائياً أو باتفاق الطرفين أو لم يتضمن العقد هذا البند واتفق الطرفان على تجديد العقد، أو كان التجديد قد تم ضمناً باستمرار الطرفين في تنفيذه بعد انتهاء المدة الأصلية.^٢

ج- امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير :

استثناءً من نسبية آثار اتفاق التحكيم، قد يرتب الاتفاق آثاره بالنسبة للغير، وتظهر أهمية هذه المسألة ليس فقط بالنسبة لآثار اتفاق التحكيم وإنما أيضاً بالنسبة لآثار حكم التحكيم الصادر بناءً على هذا الاتفاق.

بادئ ذي بدء نود أن نشير إلى أن مسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الغير، أي الأشخاص التي لم توقع عليه لا محل لإثارته إلا إذا كان هذا الغير يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على العقد، ففي هذا الفرض، وفي هذا الفرض فقط تنثور فكرة الأثر النسبي لاتفاق التحكيم وإمكانية الخروج عليه أو الاستثناء منه ووفقاً لأية شروط، أما إذا كان الغير الذي لم يوقع على الاتفاق على التحكيم لا يتمتع بأية شخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع العقد، كأنه كان مجرد فرع للشركة التي قبلت الاتفاق على التحكيم أو كان الشخص الاعتباري التابع للدولة لا يتمتع

^١ د. سامية الراشد- مرجع سابق - ص ٢٦٩ وما بعدها؛ وقد أشارت إلى حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الإيطالية في ١٢ مايو ١٩٧٧ الذي قضى باستمرار شرط التحكيم بعد تجديد العقد ولو لم ينص التجديد على استمرار نفاذ الشرط.

^٢ د. مصطفى الجمال - مرجع سابق - ص ٢٢.

بشخصية قانونية مستقلة عنها^١، فإنه والحال كذلك لا معنى للحديث عن الأثر النسبي لاتفاق التحكيم بالنسبة للغير، فهذه الأشخاص على الرغم من أنها لم توقع على الاتفاق على التحكيم فإنها مع ذلك لا تعتبر من الغير بالنسبة لهذا الاتفاق لعدم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي أبرم العقد^٢.

هذه الفكرة تم تطبيقها واعتمادها من قبل القضاء الفرنسي في قضية الأهرام، وتفاصيلها أنه حدث نزاع بين شركة إيجوث ووزارة السياحة والمستثمر الأجنبي وقد صدر الحكم الأول للتحكيم في غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٨٣ مبرئاً لساحة شركة إيجوث وحكم فقط بالتعويض على الحكومة المصرية، وتم رفع دعوى إبطال لحكم التحكيم المذكور أمام محكمة الاستئناف الفرنسية التي أبطلته فعلاً، وحينما نقض المستثمر الأجنبي الحكم أمام محكمة النقض الفرنسية أيدت المحكمة العليا الفرنسية إبطال حكم التحكيم، لأنها اعتبرت أن الحكومة المصرية ممثلة بوزير السياحة لم تكن طرفاً في الاتفاق مع إيجوث والمستثمر الأجنبي، حيث اقتصر دور الوزير على اعتماد الاتفاق، وهذا التحليل هام وجدير بالتأمل وإن كان النزاع قد عرض بعد ذلك على مركز تسوية منازعات الاستثمار بواشنطن وأخذ مجرى آخر^٣.

بناء على ما سبق نعرض بعض صور امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير:

^١ يثار تساؤل هام حول مدى اختصاص هيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود مبرمة بين أجهزة تابعة للدولة وأشخاص أجنبية والتي لم تكن الدولة طرفاً فيها؟؟ حيث يرى جانب من الفقه أن الحل الذي بدأت تتضح معالمه بشأن مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الوحدات التابعة للدولة في مواجهة الدولة ذاتها يستند إلى إرادة الأطراف باعتبارها المعيار الوحيد الذي وفقاً له يتحدد نطاق اتفاق التحكيم .

^٢ د. حفيظة الحداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق- ص ٢٤٢.

^٣ د، ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٢٨٩

الصورة الأولى: الاشتراط لمصلحة الغير

من المسلم أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقاً مباشرة للغير في مواجهة المتعهد، ولهذا فإنه يمكن للغير المشتراط لصالحه في اتفاق يتضمن شرط تحكيم أن يطالب إعمال هذا الشرط لصالحه، فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم.^١ هذا و يمكن أن يكون الغير المشتراط لصالحه طرفاً في خصومة التحكيم سواء بأن يطلب بدأها أو بأن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الاتفاق، ويلتزم الغير باللجوء إلى التحكيم وفقاً لشرط التحكيم الوارد في العقد فإذا لجأ إلى محكمة الدولة فإن المتعهد أن يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم.

ومن ناحية أخرى فإن للمشتراط الطرف في الاتفاق إعمال شرط التحكيم الوارد في العقد الذي يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير للمطالبة بحقوق هذا الغير بواسطة التحكيم، فإذا صدر الحكم لصالح الغير فإن للغير المشتراط لصالحه أن يستفيد من هذا الحكم الصادر لصالحه.

وتطبيقاً لهذا، كان هناك عقد تمويل أبرم بين بنك وأحد عملائه عن مشروع معين تضمن التزام البنك بسداد مستحقات المقاول القائم بالمشروع كما تضمن شرط تحكيم، وقد طالب العميل في تحكيم أقامه ضد البنك بالزام البنك بسداد

^١ انظر القضية التحكيمية رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧- مركز القاهرة الإقليمي- منشور في مجلة التحكيم العربي- العدد الأول- ص ١٥١ حيث جاء في الحكم أنه : " ينصرف اتفاق التحكيم بين المؤمن والمؤمن له إلى المستفيد الذي قبله إذا كان عقد التأمين يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير وكان هو المستفيد الوحيد لا يشاركه أحد في مزايا العقد وآثاره.

مستحقات المقاول باعتبار أن للعميل مصلحة في هذا الالتزام حتى يتم المقاول أعماله، وقد قضت هيئة التحكيم باختصاصها بالنزاع وبإلزام البنك بسداد مستحقات المقاول رغم عدم تدخل المقاول في خصومة التحكيم، وذلك استناداً لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وتم إكساء حكم التحكيم المذكور صيغة التنفيذ.^١

الصورة الثانية : الكفالة "وخطاب الضمان"

إن شرط التحكيم الوارد في الاتفاق بين الدائن والمدين لا يسري في مواجهة الكفيل إذ هو ليس طرفاً فيه، إذ ينشأ التزام الكفيل عن عقد بينه وبين الدائن وهو غير العقد الذي يربط المدين بالدائن والذي يتضمن شرط التحكيم، وليس للدائن أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل على أساس أن يتمسك بالدفع التي لمدينه في مواجهة الكفيل والتي تؤدي إلى انقضاء الدين أو تخفيض مقداره، إذ شرط التحكيم مستقل عن عقد المديونية بين الدائن والمدين، وذلك ما لم تكن الكفالة واردة في نفس عقد المديونية المتضمن شرط التحكيم.^٢ على أنه إذا صدر حكم في التحكيم بين الدائن والمدين فإن للدائن أن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل، ولكن ليس للدائن أن ينفذ جبراً هذا الحكم

^١ حكم تحكيم صادر بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٥ عن هيئة التحكيم والمودع برقم ٩ لسنة ١٩٩٧ - محكمة جنوب الجيزة - وصدر الأمر من رئيس المحكمة بوضع الصيغة التنفيذية لصالح الغير المحكوم له - هذا الحكم مشأ ر إليه في كتاب د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٧٢.

^٢ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٦٢-٤٦٣.

بمواجهة الكفيل، وإنما عليه أن يرفع دعوى ضد هذا الكفيل ويكون رفعها أمام محاكم الدولة إذا لم يكن في عقد الكفالة شرط تحكيم.^١

ويتجه جانب من الفقه ومن القضاء الفرنسي بعكس ما سبق ذكره حيث يرى أنه يجوز الاحتجاج بحكم المحكم الصادر لمصلحة الدائنين على كفيل المدين مباشرة دون أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، فإذا صدر حكم المحكمين ضد المدين وكان هناك كفيل لهذا المدين فإن هذا الحكم يمكن أن ينفذ بمواجهة الكفيل طالما لم تبرأ ذمة الكفيل وطالما تم تجريد المدين من أمواله قبل الرجوع إلى الكفيل، وتأسيساً على ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من تنفيذ حكم المحكم الصادر على المدين في مواجهة الكفيل مباشرة دون أي حاجة لإصدار حكم ضده شخصياً، خاصة وأن التنفيذ ضده لن يكون إلا بعد تجريد المدين، ولأن الكفيل يستطيع كفالة المدين دون علمه ورغم معارضته.^٢

الصورة الثالثة : الاشتراك في " كونسورتيوم " مجموعة شركات

إذا اشتركت عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد، أو كونت فيما بينها اتحاد "كونسورتيوم" لمباشرة هذا النشاط، فهل يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات؟.

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- ص ١٧٢

^٢ د. ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص ٢٩١، ويخالفها في الرأي د. أحمد أبو الوفا- مرجع سابق- ص ١٣٤، فهو يرى أن اتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن لا ينفذ في مواجهة كفيل المدين إلا إذا قبله الكفيل و أجازه.

يرى جانب من الفقه أنه يجب التحرر من الموقف التقليدي لمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم ولو بشكل جزئي والسماح بالتالي لاتفاق التحكيم أن يرتب آثاره في مواجهة الغير الذي لم يكن موقعاً على الاتفاق، أي لم يكن طرفاً فيه، إذا ثبت من الظروف المحيطة بهذا العقد أن هذا الغير، بالنظر إلى الظروف والروابط الاقتصادية المتصلة بالغير وبالدور الذي ساهم فيه في إبرام العقد يمكن الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهته، إذ يتعين تغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات على اعتبار التعدد القانوني للوحدات المكونة لهذه المجموعة.^١

إن هذا الاتجاه المتحرر بشأن تقييد مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم يجد له صدى في الفقه والقضاء الفرنسي، حيث ذهب القضاء الفرنسي إلى سريان الاتفاق في مواجهة باقي الشركات، واستندت محكمة استئناف باريس في ذلك إلى الإرادة المشتركة لهذه الشركات في الاشتراك في جميع الاتفاقيات التي توقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع، وأضافت أن شرط التحكيم يمتد إلى باقي الشركات التي انغمست في تنفيذ العقد المحتوي على الشرط وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد على نحو يفترض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولو لم توقع على العقد الذي يتضمنه.^٢

^١ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٤٤.

^٢ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ١٧٣.

وفي نفس الاتجاه سار حكم هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، حيث قضى بأن للشريك في الكونسورتيوم باعتبارها شركة واقع أن يلجأ إلى التحكيم وفقاً لشرط التحكيم الوارد في عقد المفاولة الموقع مع الكونسورتيوم.^١

وأيضاً في نفس الاتجاه سارت هيئة التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي إذ قضت بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم، وإن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه .

ويرى الفقه الفرنسي أن امتداد شرط التحكيم إلى باقي الشركات المشتركة في نشاط اقتصادي واحد يقتضي وجود وقائع تتعلق بمركزهم ونشاطهم المشترك مما يفترض معها حتماً علمهم بوجود الشرط وبنطاقه.

وأيضاً اتجهت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس في حكمها الصادر في ٢٣ سبتمبر ١٩٨٢ إلى التأكيد على امتداد شرط التحكيم المدرج في أحد العقود التي أبرمتها بعض شركات المجموعة إلى غيرها من الشركات رغم أنها لم توقع على ذلك العقد ولم تكن طرفاً فيه.^٢

^١ راجع حكم هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس الصادر بتاريخ ١٦ سبتمبر ١٩٨٣ في القضية رقم ٣٥٧، وحكمها أيضاً الصادر بتاريخ ٢٦ يناير ١٩٨٤ في القضية رقم ٤٦٤، مشار إلى الحكمين في كتاب د. سامية الراشد - مرجع سابق - ص ٣٣٨ وما بعدها

^٢ تلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن شركتين من مجموعة شركات أمريكية (Dow chemical international) تعاقدتا مع شركة فرنسية (Boussios)

(Isolatio لتوزيع منتجاتهما من العوازل الحرارية في فرنسا، وقد بدأت الشركة الفرنسية بالتنفيذ ثم فوجئت بفسخ العقد من قبل إحدى الشركات الوليدة الأمريكية الموجودة في فرنسا (Dow chemical France) ، مع عرضها تقديم تعويض عن الأرباح التي كانت الشركة الفرنسية تستحقها حتى نهاية العام، غير أن الشركة الفرنسية لم تعبأ بذلك واستمرت في استخدام المنتج التجاري مما حدا بمجموعة الشركات الأمريكية إلى اتخاذ إجراءات التحكيم ضدها أمام غرفة التجارة الدولية مطالبة بالتعويض.

دفعت الشركة الفرنسية بعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى أن الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرنسية الوليدة لم تكونا طرفاً في عقد التوزيع المدرج به شرط التحكيم ، وانتهت هيئة التحكيم إلى أن الشركات المدعية وإن كان بعضها غير طرف في العقد إلا أنها قد ساهمت بطريقة أو بأخرى في إبرامه أو تنفيذه أو فسخه ومن ثم يمتد إليها شرط التحكيم بحسبان أنها تمثل كلها في النهاية حقيقة اقتصادية واحدة حتى ولو كانت تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن غيرها ، وقد أيدت محكمة استئناف باريس هيئة التحكيم في غرفة التجارة الدولية فيما ذهبت إليه في حكمها آنف الذكر . انظر في هذا الشأن كتاب د. باسمه دباس - مرجع سابق ص ٥٢٠ - ٥٢١ حيث أشارت إلى الحكمين السابقين :

-Sentence CCI.23 september-1982- Rev arb. 1984.p.137

- cour d'appel de paris.21octobre 1983.Rev arb 1984. P98

المطلب الثاني

إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم والفصل فيه

يقصد بإثارة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم ، هو التمسك بهذا الدفع والإدلاء به أمام هيئة التحكيم من قبل الطرف صاحب المصلحة ، حيث أننا نجد أن القوانين الوطنية المعنية بالتحكيم وكذلك الاتفاقيات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم الدولية قد اختلفت في تحديد توقيت التمسك بالدفع بعدم الاختصاص ، أي إثارة هذا الدفع و الإدلاء به ، فنجد منهم من ترك الأمر دون تحديد ومنهم من قيده بمدة محددة أو أوجب التمسك به قبل أي دفع آخر ، وأكثر من ذلك حيث أن هذه الأنظمة قد اختلفت أيضاً في مدى سلطة هيئة التحكيم بإثارة مسألة الاختصاص من تلقاء نفسها ، حيث سكت قسم من هذه الأنظمة عن منح هيئة التحكيم إثارة موضوع الاختصاص من تلقاء ذاتها وأبقى الأمر معلقاً على المنازعة أو إثارة الدفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف.

بناء على ذلك سنتعرض في هذا القسم من بحثنا إلى نصوص المواد الواردة في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية ونظم مراكز التحكيم لبيان آلية التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق ما تبنته كل منها ومن ثم إصدار هيئة التحكيم لحكمها في مواجهة هذا الدفع وذلك وفق التقسيم التالي:

أولاً: التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض القوانين الوطنية

ثانياً: التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض الاتفاقيات وأنظمة مراكز التحكيم

ثالثاً: حكم هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

أولاً: التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض القوانين الوطنية:

اختلفت قوانين التحكيم الوطنية في ميعاد التمسك بالدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم ، ومدى فقدان إمكانية إثارته وبالتالي سقوطه ، فمنهم من أوجب التمسك بالدفع بعدم الاختصاص قبل البحث بموضوع النزاع تحت طائلة سقوطه ، ومنهم من حدد لإثارة هذا الدفع ميعاد زمني يسقط بانتهائه ، وقسم منهم أعطى لهيئة التحكيم سلطة تبرير وجود تأخير بالتمسك بالدفع من عدمه وبالتالي صلاحية قبول هذا الدفع أو رفضه على نحو ما سنبيّنه في الآتي :

(١) في التشريع السوري:

نصت المادة /٢١/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على ما يلي:

١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ويجب تقديم

هذه الدفوع قبل أي دفع آخر وإلا سقط الحق فيها.

٢- يجب تقديم الدفع المتعلق بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من

مسائل أثناء نظر النزاع فوراً وإلا سقط الحق فيه.

لقد أوجب المشرع السوري على أطراف التحكيم إثارة دفوعهم المتعلقة بعدم الاختصاص قبل أن يبحثوا في موضوع النزاع، وبذلك يكون قد أخرج هذه الدفوع من دائرة النظام العام، كما رتب سقوط الحق في التمسك بها في حال إثارتها لاحقاً لباقي الدفوع، كما أوجب في الفقرة الثانية من المادة السابقة الذكر على الطرف صاحب المصلحة أن يتمسك بالدفع بخروج المسألة عن نطاق الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم لعدم شمولها باتفاق التحكيم وذلك بمجرد طرح هذه المسألة على هيئة التحكيم أثناء نظر

النزاع تحت طائلة سقوط حقه في إثارة هذا الدفع، فإذا أثبتت مسألة وتم البحث فيها من قبل الأطراف فلا يجوز لهم بعد ذلك إثارة الدفع بخروج هذه المسألة من شمول اتفاق التحكيم بهدف تقرير عدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر فيها.^١

(٢) في التشريع المصري:

نصت المادة /٢٢/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لسنة ١٩٩٤ على ما يلي:

- ١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها.....
- ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يتجاوز تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة /٣٠/ من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو بالاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع، فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

من خلال النص السابق نلاحظ أن المشرع المصري قد حدد ميعاداً للأطراف لتقديم دفوعهم المتعلقة بعدم الاختصاص بحيث لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة /٣٠/ من القانون، وهو الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم والذي يرسل المدعى عليه خلاله مذكرة مكتوبة بدفاعه لكل من المدعي والمحكمين .

^١ القاضي أمر الله فنصة- التحكيم عدالة اتفاقية- مرجع سابق- ص ١٤٤.

كما يُلاحظ أن المشرع المصري قد حافظ على حق الأطراف في إثارة هذا الدفع وإن سبق لهم الاشتراك في تعيين المحكم^١ .

ويوجب المشرع المصري توجيه الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع و التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، وبذلك يصبح من حق أي من الطرفين تقديم هذا الدفع حتى بعد أن تبدأ هيئة التحكيم نظر المسألة شرط أن يتقدم بهذا الدفع بشكل فوري.

وقد أجاز المشرع المصري لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع بعدم الاختصاص وإن وقع متأخراً عن المدة المحددة في الفقرة الثانية من المادة ٢٢/ وذلك إذا رأت الهيئة أن التأخير كان لسبب مقبول، ويعود تقدير ذلك لهيئة التحكيم^٢ .

وقد اتجه جانب من الفقهاء إلى اعتبار أن المشرع المصري نهج نهجاً فيه مغالاة لجهة ضمان استمرار التحكيم في مسيرته وإزالة العقبات التي تعترض مسيره، حيث اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم هو دفع جوهري في جميع الأحوال، وقد يتعلق بالنظام العام إذا كان النزاع غير قابل للتحكيم أصلاً، وبالتالي فإن هذا الدفع لن يسقط، وإنما ما سيحدث من الناحية العملية في مثل هذه الأحوال هو أن الفصل في هذا الدفع سيتراخى إلى المرحلة اللاحقة على صدور حكم التحكيم وهي مرحلة الطعن ببطالان حكم التحكيم أو الاعتراض على تنفيذه جبراً، بينما يستحسن أن يتم فحص هذا الدفع المتعلق بالنظام العام قبل

^١ سار المشرع السوري على نفس النهج في قانون التحكيم السوري رقم ٢٠٠٨/٤ في الفقرة الثالثة من المادة ٢١.

^٢ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٣٣٦-٣٣٧

صدور حكم التحكيم ولو تم التمسك به في مرحلة متأخرة نسبياً من سير التحكيم وذلك اقتصاداً للجهد والنفقات وتلافياً لصدور حكم تحكيم يولد ميئاً.^١

(٣) في التشريع الإنكليزي:

نصت المادة /٣١/ من قانون التحكيم الإنكليزي الصادر بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٩٦ على ما يلي:

- أ- إن الدفع منذ البداية بعدم اختصاص الهيئة، يجب أن يبديه الطرف المعني في ميعاد لا يتجاوز ميعاد اتخاذ أول خطوة في الإجراءات لتقديم دفاع في المسألة التي يدفع بعدم اختصاص الهيئة بنظرها، ولا يترتب على قيام هذا الطرف بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في الدفع.
- ب- يجب إبداء الدفع بأسرع ما يمكن عقب إثارة المسألة من قبل أحد الطرفين، حال عدم شمول اختصاص الهيئة لمسائل يثيرها الطرف الآخر.
- ت- لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا قدرت أن التأخير كان لعذر مقبول.^٢

لقد أوجب المشرع الإنكليزي على الطرف صاحب المصلحة في التمسك بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر مسألة معينة أن يتمسك هذا الطرف بهذا الدفع قبل تقديم دفاعه الموضوعي بخصوص النزاع الذي تثيره هذه المسألة، وإنه وفق الفقرة (ب) في حال طرحت المسألة أثناء سير إجراءات التحكيم فيجب التمسك بعدم اختصاص

^١ د. أكنم الخولي- بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي وتجارب الدول المختلفة التي اعتمدت القانون النموذجي، والبحث بعنوان "الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد"- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي- الفترة من ١٢-١٣ سبتمبر ١٩٩٤.

^٢ د. أنور الطشي - مرجع سابق- ص ٢٣٥.

هيئة التحكيم بنظرها بأسرع ما يمكن، وقد سار المشرع الإنكليزي على نهج المشرع المصري في إبقاء الباب مفتوحاً أمام هيئة التحكيم لقبول الدفع المتأخر بعدم الاختصاص إذا ما رأت أسباباً موجبة ومقبولة لهذا التأخير.

٤) في التشريع الفرنسي:

لقد سبق وأشرنا في هذا البحث إلى أن المشرع الفرنسي قد تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وأعطى هيئة التحكيم سلطة البت في مسألة اختصاصها إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في أساس أو في نطاق سلطته القضائية، وأعطى للمحكم سلطة الفصل في صحه ونطاق ولايته وذلك في المادة /١٤٦٦/ من الباب الثاني من الكتاب الرابع في التشريع الحديث الصادر برقم ٣٥٤ بتاريخ ١٤/٥/١٩٨٠.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ترك للأطراف إمكانية الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في أية مرحلة تكون عليها إجراءات التحكيم فلم يحدد أية مدة معينة للإدلاء والتمسك بهذا الدفع تحت طائلة سقوطه.^١

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع اليمني قد سار على نفس نهج المشرع الفرنسي وذلك لجهة إمكانية الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في أية مرحلة تكون عليها إجراءات التحكيم، وهذا يستفاد من نص المادة /٢٨/ من قانون التحكيم اليمني رقم /٢٢/ لسنة ١٩٩٢ والتي نصت على أنه: " تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو

^١ المرجع السابق ص ٢٣٨.

عدم شموله موضوع النزاع، وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جاز الطعن أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم".

وقد علق بعض الفقه على قانون التحكيم اليمني بأنه: "قانون عصري بمعنى الكلمة".^١

٥) في التشريع الأردني والتونسي:

نهج المشرع الأردني في المادة ٢١/ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١/ لعام ٢٠٠١ منهجاً مشابهاً لمنهج المشرع المصري بشأن ميعاد الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم وتبنى نفس القواعد التي سبق وأشرنا إليها عند الحديث عن موقف المشرع المصري.^٢

بينما المشرع التونسي فنجد سلك مسلكاً قريباً من المشرع الإنكليزي وذلك فيما يتعلق بميعاد تقديم الدفع بعدم الاختصاص حيث حدد الميعاد بما لا يتجاوز تقديم الملحوظات الكتابية للدفاع في الأصل، وأعطى هيئة التحكيم في جميع الأحوال صلاحية قبول الدفع المتأخر المقدم والمثار بعد مضي الأجل إذا اعتبرت أن التأخير وجيهاً.^٣

^١ د. عبد الحميد الأحديب - موسوعة التحكيم - الجزء الأول - مرجع سابق - ص ٨١٧

^٢ تنص المادة ٢١/ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١/ ٢٠٠١ في الفقرة ب على ما يلي: "يجب التمسك بهذه الدفوع لمدة لا تتجاوز تقديم اللائحة الجوابية وفقاً لأحكام الفقرة ب من المادة ٢٩/ من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لمعذرة مشروعة أو سبب مقبول"..... وأشارت الفقرة ب من المادة ٢٩/ من نفس القانون أن موعد تقديم اللائحة الجوابية هو الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم.

^٣ تنص المادة ٦١/ من قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لعام ١٩٩٣ على أنه: "يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في أجل أقصاه تقديم الملحوظات الكتابية للدفاع في الأصل، ولا يجوز منع أي طرف من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو شارك في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق نظرها

نلاحظ مما سبق عرضه من تشريعات وطنية معنية بالتحكيم أن أغلب هذه التشريعات، بما فيها التشريع السوري ، قد تبنت منهج تحديد ميعاد للإدلاء بالدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم ، سواء كان ميعاد زمني محدد بالأيام ، أم ميعاد إجرائي مرتبط بحصول إجراء معين كتقديم جواب أو دفاع موضوعي ، وحبذا لو أن المشرع السوري قد تبنى منهج المشرع الفرنسي في ترك الباب مفتوح أمام الأطراف لإثارة الدفع بعدم الاختصاص ، لما في ذلك من توفير للجهد والوقت ومنعاً من استمرار إجراءات تحكيم توصلنا لحكم تحكيمي مصيره البطلان.

ثانياً: التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض الاتفاقيات وأنظمة مراكز التحكيم :

لم يختلف الأمر على الصعيد الدولي منه على الصعيد الداخلي ، حيث أن بعض الاتفاقيات المعنية بالتحكيم تركت الباب مفتوح أمام الأطراف لإثارة الدفع بعدم الاختصاص في أي وقت أثناء سير إجراءات التحكيم ، بينما نظم بعضها الآخر بدقة ميعاد التمسك بالدفع بعدم الاختصاص تحت طائلة سقوط الحق فيه مالم تبرر هيئة التحكيم مشروعية هذا التأخير على النحو التالي :

فيجب التمسك به بمجرد أن تثار - أثناء إجراءات التحكيم - المسألة التي يدعي أنها خارجة عن نظرها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعاً يثار بعد مضي الأجل إذا اعتبرت التأخير وجيباً".

(١) إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق اتفاقية واشنطن واتفاقية جنيف واتفاقية القاهرة :

تنص الفقرة ٢/ من المادة ٤١/ من الاتفاقية الدولية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى والمعروفة باتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ على ما يلي:

"٢- أي اعتراضات من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة، تقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع".

وتنص المادة ٥/ من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعروفة باتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ على ما يلي:

" ١- إن الطرف الذي يرغب في إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم يقتضي عليه - عندما يتعلق الأمر بدفع مرتكزة على عدم وجود أو بطلان أو إلغاء اتفاق التحكيم- القيام بذلك خلال الإجراءات التحكيمية في موعد أقصاه تاريخ تقديم دفاعه في الأساس، ويقتضي عليه عندما يتعلق الأمر بدفع ناتجة عن أن القضية موضوع النزاع تتجاوز صلاحيات المحكم إثارة الدفع فور إثارة المسألة التي تتجاوز تلك الصلاحيات خلال الإجراءات التحكيمية، وعندما يكون تأخير الدفع ناتجاً عن سبب مشروع وفقاً لرأي المحكم فإن هذا الأخير يعتمد على اعتباره مقبولاً".

وتنص المادة ١١/ ١١/ فقرة ١/ من اتفاقية القاهرة لتسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية لعام ٢٠٠٠ على أنه:

"١- تبت المحكمة في أي اعتراض أو دفع بعدم اختصاصها يبيده أحد أطراف النزاع قبل الدخول في موضوعه أو في أية مرحلة من مراحل الدعوى".

نلاحظ من خلال استقراء نصوص المواد السابق ذكرها أن اتفاقية واشنطن واتفاقية القاهرة اتجهت إلى قبول الدفع بعدم الاختصاص في أية مرحلة تكون عليها إجراءات التحكيم، ولم تقيد ذلك بميعاد معين، وهذا يعطي فرصة أكبر للأطراف في تقديم الدفوع كون بعض العقود تكون متشعبة المهام وتحتاج إلى التروي والتمحيص.^١

أما اتفاقية جنيف فقد نظمت كيفية التمسك بالدفع بعدم الاختصاص تنظيمًا دقيقاً فميزت بين الدفوع المستندة إلى عدم وجود أو بطلان أو إلغاء اتفاق التحكيم فهنا يجب إبدائها في موعد أقصاه تاريخ تقديم الدفاع بالأساس، أما تلك الدفوع الناتجة عن أن القضية موضوع النزاع تخرج عن نطاق اتفاق التحكيم وبالتالي عن صلاحيات المحكم فيجب التمسك بالدفع فور إثارة هذه المسألة.^٢

^١ د. أنور الطوشي - مرجع سابق - ص ٢٦٣.

^٢ المرجع السابق - ص ٢٦٢ وما بعده

٢) إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق قواعد الأونسيترال والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي:

تنص المادة /٢١/ فقرة /٣/ من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الأونسيترال " لعام ١٩٧٦ على ما يلي:

((يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات)).

وتنص المادة /١٦/ فقرة /٢/ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ على ما يلي:

((يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي طرف من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو ساهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إيدأؤه بمجرد أن تثير إجراءات التحكيم المسألة التي يدعي بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دعواً يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره)).

نلاحظ أن قواعد الأونسيترال والقانون النموذجي قد حددوا ميعاد للتمسك بالدفع بعدم الاختصاص بما لا يتجاوز ميعاد تقديم بيان الدفاع أي قبل البحث بموضوع النزاع ، ولا يغيب عن أحد احتماليات الضرر الذي قد ينتج عن تحديد الميعاد فمتى انتهى الميعاد سقط الحق بالتمسك بالدفع من قبل الأطراف ، غير أن قواعد القانون النموذجي

منحت لهيئة التحكيم تقدير وجود مبررات للتأخر في إثارة الدفع بعدم الاختصاص ومن ثم قبول الدفع المتأخر.^١

(٣) إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق أنظمة بعض مراكز التحكيم:

سنعرض في هذا البحث إلى ما تبنته غرفة التجارة الدولية في باريس وجمعية التحكيم الأمريكية بشأن التمسك بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم:

لقد تم إنشاء محكمة التحكيم كهيئة تابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) لتقدير وتشرف على قضايا التحكيم التجاري الدولي التي تتم وفقاً لقواعد الغرفة وتحت إشرافها^٢، وقد تميزت محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس بأن قواعدها تركت باب التمسك بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم مفتوحاً أمام الأطراف أصحاب المصلحة فيه، فلم تحدد ميعاداً يجب على الأطراف التمسك بالدفع خلاله و إلا سقط حق الأطراف في الدفع وهذا من شأنه دفع عملية التحكيم نحو الأمام والأفضل.^٣

أما جمعية التحكيم الأمريكية (American Arbitration Association)، والتي تعد من أكبر منظمات التحكيم في العالم، وهي منظمة غير حكومية ومقرها نيويورك

^١ د. أنور الطشي - مبدأ الاختصاص - مرجع سابق - ص ٢٧١.

^٢ د. محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص ١٠٤.

^٣ نصت المادة ٦/٦/٢ من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على ما يلي: "إذا لم يرد المدعي على الطلب على النحو الوارد في المادة ٥/٥ أو إذا أثار أحد الأطراف دعواً أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للمحكمة حينئذ إذا اقتضت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق للتحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة صحته، وفي هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع المحكمة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكان التحكيم وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه.

وتعتبر من أكثر المنظمات استقبالية للقضايا التي تفصل فيها، وتشرف الجمعية على دعاوى التحكيم باختلاف أنواعها وتسري قواعدها الخاصة بالتحكيم التجاري على قضايا التحكيم الوطنية والدولية، مع العلم أن هذه القواعد لا تنطبق إلا في المنازعات التي يتفق فيها الأطراف على إحالتها إلى هذه القواعد.^١

وقد عالجت الجمعية مسألة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم في المادة ١٥/ من نظام الجمعية وتحديدًا في الفقرة ج/ حيث تنص على أنه:

((يثار أي دفع بعدم الاختصاص في مهلة لا تتجاوز خمسة وأربعين يوماً اعتباراً من بدء التحكيم، وفي حالة الطلب المقابل في خلال مهلة خمسة وأربعين يوماً اعتباراً من تاريخ إيداع الطلب)).

بذلك تكون الجمعية الأمريكية للتحكيم قد وضعت قيداً زمنياً لميعاد الدفع بعدم الاختصاص دون ارتباط هذا الدفع مع باقي الدفوع والطلبات، حيث يجوز تقديمه خلال مدة خمسة وأربعين يوماً اعتباراً من بدء التحكيم ولو كان قد تم البحث بالموضوع طالما أن المدة لم تنتهي.^٢

^١ د. محمود سمير الشرقاوي - مرجع سابق - ص ١٠٨

^٢ د. أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٢٨٦.

ثالثاً: حكم هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يفرض على هيئة التحكيم مواجهة الدفع المثارة أمامها والمتعلقة بعدم اختصاصها ، حيث يلقي عليها التزام مناقشة مسألة اختصاصها والبحث عن هذا الاختصاص والتحقق منه ليس بهدف الوصول إلى أي نتائج أو قرارات تلزم الأطراف ، وإنما لكي تفتتح كمسألة تمهيدية أولية ما إذا كان عليها أن تستمر في التحكيم أم لا¹ ، وهيئة التحكيم في سبيل ذلك إما أن تقرر اختصاصها وتستمر بالتالي إجراءات التحكيم وصولاً إلى حكم فاصل في موضوع النزاع ، أو تقرر عدم اختصاصها وبالتالي تنتهي إجراءات التحكيم .

وعليه سنبين تعريف حكم التحكيم وأنواعه عموماً ومن ثم ندرس حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم في مسألة اختصاصها وذلك على النحو التالي :

١- التعريف بحكم التحكيم وطبيعته وشروطه:

لم تضع النصوص القانونية الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم التجاري الدولي تعريفاً لما هو المقصود بحكم التحكيم ، كذلك فإن القانون النموذجي للتحكيم

¹ وقد عبّر اللورد (Devlin) عن ذلك بقوله :

" Arbitrators are entited to enquire into the merits of the issue whether they have jurisdiction or not, not for the purpose of reaching any conclusion which will be binding on the parties because they cannot do, but for the purpose of whether they ought to go on satisfying themselves as a preliminary matter with the arbitrator or not."

انظر في هذا الشأن :

Redfern : The Jurisdiction of international commercial arbitrator, Journal of international arbitration ,1986, vol.3 , N.1, P.29

الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم يضع أيضاً تعريفاً محدداً لحكم التحكيم^١، وذلك على الرغم من أن موضوع تعريف حكم التحكيم كانت قد تمت إثارته أثناء وضعه هذا القانون، وتم اقتراح التعريف الآتي:

((يقصد بالحكم التحكيمي كل حكم قطعي يفصل في جميع المسائل المعروضة على محكمة التحكيم، وأيضاً كل قرار صادر عن محكمة التحكيم يفصل بشكل نهائي في مسألة تتعلق بموضوع النزاع أياً ما كانت طبيعتها أو يفصل في مسألة اختصاص محكمة التحكيم أو أية مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، ولكن في هذه الحالة الأخيرة يعد قرار المحكمة حكماً تحكيمياً فقط إذا قامت محكمة التحكيم بتكييف القرار الصادر عنها بأنه كذلك)).^٢

ولما كان التعريف السابق محلاً لخلافات عديدة ، لاسيما بشأن ما إذا كانت القرارات الصادرة عن المحكمين بشأن الفصل في موضوع اختصاصهم أو تلك المنصبة على الإجراءات يتعين تكييفها بأنها أحكام تحكيمية ، فإن الأمر انتهى بوضعي القانون النموذجي إلى ترك مسألة وضع أي تعريف لفكرة الحكم التحكيمي.

وأيضاً إن المعاهدات الدولية السابقة لوثيقة القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لم تضع تعريفاً لفكرة الحكم التحكيمي ، كذلك لوائح التحكيم الأساسية لم تتضمن بدورها

^١ أ. حفيظة الحداد-الموجز في النظرية العامة- مرجع سابق- ص ٢٨٩

^٢ مذكور في مقالة E.Gaillard :

(Arbitrage commercial International. Sentence Arbitrale procédure) , J.C I. Dr. Inter. Fasc 586-9- 2. n 5.

هذا المقال مشار إليه في كتاب الأستاذة حفيظة الحداد ، الإشارة السابقة ص ٢٨٩

أي تعريف لفكرة الحكم التحكيمي واكتفت فقط بتحديد كيفية اصدار حكم التحكيم وما يتضمنه من أوصاف.^١

وعليه سنسعى في هذا القسم من البحث إلى بيان ماهية وتعريف حكم التحكيم وشروطه وأنواعه على النحو التالي:

أ- تحديد مفهوم حكم التحكيم وتعريفه:

وفقاً للمبادئ التي تحكم النظرية العامة للتصرفات القانونية فإن تكييف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيمي مسألة لا تتوقف على الألفاظ المستخدمة من قبل المحكم بهذا الشأن، إنما تعتمد بالمقام الأول على مضمون هذا القرار^٢، وبشكل عام يستخدم اصطلاح حكم التحكيم أو قرار التحكيم (**Arbitral Award**) غالباً للدلالة على القرار النهائي الذي تتخذه هيئة التحكيم للفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، ويطلق عليه حكم التحكيم المنهي للخصومة أو حكم التحكيم النهائي (**Fianl Award**) ، وهذا الحكم تصدره هيئة التحكيم في موضوع الادعاءات المطروحة عليها وتنزل عليه حكم القانون بقصد حسم النزاع بين أطراف الخصومة التحكيمية حسماً نهائياً.

لكن هيئة التحكيم تملك إصدار أنواع أخرى من القرارات والأحكام، فهي تستطيع في سبيل حسم الخلافات بين الخصوم إصدار أي قرار يتفق مع حقيقة مطالبهم ويتماشى مع الأسس العامة للتقاضي، كالقرارات الإعدادية (**Preliminary Award**) بهدف تيسير التحقيق في الخصومة التحكيمية ، والقرارات المؤقتة (**provisional Award**) لاتخاذ تدابير مؤقتة قبل الفصل في الموضوع ، كما

^١ د.حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٢٩٠

^٢ المرجع السابق - ص ٢٩٤

لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً جزئية (partial Award) تحسم نقاطاً من النزاع ، مالم تكن ممنوعة من ذلك اتفاقاً أو لكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة .^١

إن لتكليف القرارات الصادرة عن المحكم بأنها أحكام تحكيمية أهمية قصوى لما يترتب على هذا التكليف من آثار، ومن أهم هذه الآثار أن أحكام التحكيم وحدها دون غيرها من القرارات التي يمكن أن تصدر عن المحكم، وتكون قابلة للطعن عليه بالطرق المقررة قانوناً ، وأهمها الطعن بالبطلان ، وهي وحدها التي تخضع للمدة المقررة قانوناً لممارسة هذا الحق في الطعن. ومن الآثار المترتبة على وصف القرار الصادر عن المحكم بأنه حكم تحكيم أن الأحكام التحكيمية وحدها التي تسري عليها قواعد المعاهدات الدولية بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها.

إن وصف القرار الصادر عن محكمة التحكم بأنه حكم تحكيمي من شأنه أن يربط آثاراً أخرى متنوعة وذلك بالتطبيق لبعض نصوص لوائح التحكيم، فعلى سبيل المثال تتضمن لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس أن مشروعات الأحكام التحكيمية يجب أن تخضع لفحص أولي من قبل محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس .^٢

ينقسم الفقه عند تعريفه لحكم التحكيم بالمعنى الفني الدقيق إلى اتجاهين:

اتجاه موسع واتجاه مضيق لتعريف حكم التحكيم ويضاف إليهم اتجاه ثالث يتبنى المفهوم الفني لحكم التحكيم وسنعرض هذه الاتجاهات تباعاً:

الاتجاه الأول : التعريف الموسع لحكم التحكيم

^١ د. مصلح أحمد الطراونة - مرجع سابق - ص ٣٤

^٢ د. حفيدة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق ص ٢٩١

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الحكم التحكيمي هو القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه ، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو باختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة .^١

وإنه من وجهة نظر المفهوم الموسع فإن الإجراءات التي يتخذها المحكمون والتي لا تهدف إلى الفصل في المنازعة على نحو كلي أو جزئي لا تعتبر أحكاماً تحكيمية ، كإجراءات التحقيق في الدعوى ، أما القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم والمتعلقة بالفصل في اختصاص المحكمة أو بتحديد القانون الواجب التطبيق فإنها أحكام تحكيم حقيقية حتى وإن لم تفصل في المسائل المتنازع عليها على نحو كلي أو جزئي ولا يمكن ترجمتها في صورة الزام مالي مباشر.^٢

الاتجاه الثاني : التعريف المضيق لحكم التحكيم

^١ انظر مقالة E.Gaillard - بند ٧/ المشار إليها سابقاً والمذكورة في كتاب د حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق ص ٢٩٥ حيث يُعتبر E.Gaillard ممثلاً للمفهوم الموسع لحكم التحكيم ويعرفه بأنه :

"L'acte des arbitres qui tranche de manière définitive, en tout ou en partie , Le litige qui leur a été soumis, que ce soit sur le fond , Sur la compétence ou sur un motif de procédure qui les conduits à mettre fin à l'instance"

^٢ انظر مقال E Gaillard - بند ١١ - نفس الإشارة السابقة ص ٢٩٦ حيث يذكر أن :
Les décisions rendues par les arbitres sur la compétence. La loi applicable. La validité d'un contrat ou le principe de responsabilité par exemple constituent en revanche de véritables sentences arbitrales. même si elle ne tranchent pas l'intégralité des questions litigieuses ne se traduisent pas une condamnation pécuniaire.

من أنصار هذا الاتجاه الأساتذة **Reymond – Poudret – Lalive** حيث ذهبوا إلى أن القرارات الصادرة عن محكمة التحكيم حتى تلك المتصلة بموضوع المنازعة والتي لا تفصل في طلب محدّد لاتعد أحكام تحكيمية إلا إذا أنهت بشكل كلي أو جزئي منازعة التحكيم.^١

وفقاً لهذا الجانب من الفقه فإن القرارات التي تفصل في المسائل المتصلة بالموضوع، كصحة العقد الأصلي، مبدأ المسؤولية، لاتعد أحكاماً تحكيمية ولا تعدو أن تكون مجرد أحكام تحضيرية أولية وبهذه المثابة ، لا يمكن أن تكون هذه الأحكام محلاً للطعن بالبطلان استقلالاً عن الحكم التحكيمي الذي سوف يصدر بناءً على الطلبات المقدمة من الأطراف.^٢

الاتجاه الثالث : التعريف الفني لحكم التحكيم

لما كان من الضروري عند اختيار تعريف معين وترجيحه على غيره من التعريفات إبراز الأسس والاعتبارات التي يستند عليها هذا الاختيار وهذا الترجيح ، وهي أسس واعتبارات ترتبط بالضرورة بالغاية من الفكرة المراد تعريفها والهدف الذي تسعى إلى تحقيقه.

^١ انظر في هذا الشأن :

Lalive, Poudret, Reymond : Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot Lausanne 1989,P.405 et 406

^٢ إن الفقه الفرنسي وغالبية الفقه السويسري يتبنون الإتجاه الموسع لمفهوم وتعريف حكم التحكيم- راجع في هذا الشأن د.حفيظة السيد الحداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق ص ٢٩٧-٢٩٨

إن احترام الهدف من نظام التحكيم والمتمثل بسرعة حسم المنازعات وتحقيق تلك الغاية يؤدي إلى تبني تعريف موسع لفكرة حكم التحكيم وذلك حتى لا ينتهي الأمر بالأطراف إلى الاستمرار في المنازعة أمام المحكم في حالة قضاءه مثلاً باختصاصه^١ ، على الرغم من أن هذا الحكم التحكيمي لو طُعن فيه بالبطلان أمام محاكم الدولة التي صدر حكم التحكيم على إقليمها، لانتهى الأمر بالقضاء ببطلانه ، وفقد المحكم لاختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة.

فاعتبارات الملائمة واحترام نظام التحكيم ذاته تقتضي عدم الحيلولة بين الأطراف وبين الطعن المباشر بالبطلان على حكم التحكيم ، طالما كان هذا الحكم حكماً قطعياً ولو كان جزئياً يحسم المسألة التي فصل فيها ، حتى لو كانت هذه المسألة لا تتصل بشكل مباشر بموضوع الدعوى ، كذلك المتعلقة بفصل المحكم في موضوع اختصاصه^٢.

وعليه فإن أحكام التحكيم تشمل جميع القرارات الصادرة عن المحكم والتي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على المحكم سواء كانت أحكام كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أو أحكام جزئية تفصل في شق منها ، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع

^١ تجدر الإشارة إلى أن الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار تتميز بخصوصية في هذا الصدد: فعلى عكس القواعد العامة السائدة في إطار التحكيم بشأن تحديد ما هو المقصود بالحكم التحكيمي واعتبار الحكم الذي يفصل في البطلان في مسألة الاختصاص حكماً قطعياً يمكن الطعن عليه بالبطلان ، لا تعتبر القرارات الصادرة عن المحكمين بشأن الفصل في مسألة اختصاصهم وفقاً لمفهوم المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، أحكاماً تحكيمية ولا يمكن الطعن عليها مباشرة أمام اللجنة الخاصة المشكلة لهذا الغرض

^٢ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق ص ٢٩٩

المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحکم إلى الحكم بإنهاء الخصومة^١.

ب-أنواع أحكام التحكيم:

إن الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكماً في موضوع الدعوى منهيّاً للخصومة كلها، فتفصل في حكم واحد في الطلبات الموضوعية المقدمة لها، ولكن قد تصدر الهيئة حكماً منهيّاً للخصومة، دون الفصل في الموضوع^٢.

ومن ناحية أخرى فقد تصدر هيئة التحكيم أحكاماً غير منهيّة للخصومة كلها وهذه قد تكون أحكاماً متعلقة بالإجراءات أو أحكاماً وقتية^٣.

وعليه سنعرض إلى أنواع حكم التحكيم على النحو التالي:

النوع الأول :أحكام التحكيم المنهيّة للخصومة أو القطعية " sentences de'finitives

يستخدم مصطلح الحكم التحكيمي النهائي للتعبير عن معانٍ مختلفة ، فأحياناً يستخدم للتعبير عن حكم تحكيمي يفصل في كل المسائل المتنازع عليها والذي يتضمن بالتالي انتهاء المحكم من مهمته على نحو تام يؤدي إلى استنفاد ولايته .

^١ المرجع السابق - ص ٣٠٠

^٢ د. فتحي والي- قانون التحكيم بن النظرية والتطبيق - مرجع سابق ص ٣٩٧

^٣ المادة ٣/٣٣ من لائحة مركز القاهرة تنص على أنه:

" للهيئة أن تصدر بالإضافة إلى الحكم النهائي أحكاماً مؤقتة أو تمهيدية أو جزئية"

كذلك تنص المادة ٢/ج من لائحة ICC على أن :

" عبارة حكم التحكيم تشمل الحكم التمهيدي أو الجزئي أو النهائي"

ووفقاً لهذا المعنى لحكم التحكيم النهائي ، يعد هذا الأخير مقابلاً لأحكام التحكيم الوقتية والتمهيدية أو الجزئية ، والتي لاتضع نهاية لمهمة المحكم .

والى جانب المعنى الأول المذكور فقد استخدم مصطلح الحكم التحكيمي النهائي أو القطعي للتعبير عن حكم التحكيم الذي يفصل في المنازعة ككل أو في جزء منها، ووفقاً لهذا المعنى فإن مصطلح حكم تحكيمي نهائي أو قطعي يقابله حكم تحكيمي تمهيدي أو مؤقت والذي لاينهي أي مسألة تتعلق بالمنازعة .^١

إن الحكم التحكيمي المنهي للخصومة هو ببساطة الحكم الذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة التحكيمية بأكملها وإنهاء إجراءاتها أمام هيئة التحكيم التي تتولاها، سواء كان حكماً فاصلاً في الموضوع بإجابة طلبات المدعي أو رفضها ، أو كان حكماً اجرائياً ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها ، كالحكم بعدم الاختصاص فيجب حتى يكون الحكم منهيّاً للخصومة أن يكون من شأنه إنهاء الخصومة الأصلية كلها. ولا يعتد بالحكم الذي يصدر في شق منها أو في مسألة عارضة عنها أو فرعية متعلقة بالإثبات فيها.^٢

^١ د.حفيظة السيد الحداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق-ص ٣٠٣

^٢ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ٣٩

النوع الثاني: أحكام التحكيم الجزئية

يمكن للأطراف أن تحدد أن للمحكمين سلطة الفصل في جزء من المنازعة كالفصل في مسألة الاختصاص أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو تقرير مبدأ المسؤولية ، من خلال إصدار المحكم لحكم منفصل يطلق عليه حكماً جزئياً.^١

إن أحكام التحكيم الجزئية تقابل أحكام التحكيم الكلية أو الشاملة لموضوع الدعوى ولا تقابل أحكام التحكيم النهائية ، فلفظ حكم التحكيم النهائي يشير إلى الأثر المترتب على حكم التحكيم حتى لو كان هذا الحكم جزئياً يفصل في جزء المنازعة المعروضة على المحكم. وفي حال عدم اتفاق الأطراف على منح المحكم السلطة السابقة ، فإن للمحكمين أنفسهم أن يفسروا ما إذا كان هناك محل عند التصدي للمنازعة ، بأن يتم الفصل في بعض ما تثيره من مسائل من خلال إصدار أحكام جزئية.^٢

ولقد نص القانون المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ بشأن التحكيم على سلطة المحكم في إصدار أحكام جزئية في المادة ٤٢/ منه والتي جاء فيها أنه :

^١ في المنازعة الناشئة عن عقد التشييد ، والقائمة بين طرف إيطالي وطرف ليبي ، نص في وثيقة المهمة فيما يتعلق بالقانون والإجراءات الواجبة الإلتزام من قبل محكمة التحكيم على أنه يتعين على المحكمة أن تفصل بحكم جزئي في مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة، وأنه يسري على إجراءات التحكيم اللائحة الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس. وفي الجلسة الأولى لاتعداد محكمة التحكيم اتفقت الأطراف المتنازعة على تحديد القانون الواجب التطبيق ولقد أصدرت محكمة التحكيم حكم التحكيم الجزئي التالي في القضية رقم ٤٧٦١ لعام ١٩٨٤ بأن يطبق القانون الليبي كقاعدة عامة على جميع أوجه النزاع بما لا يتعارض مع النظام العام الدولي ولا مع مبادئ حسن النية. Clunet, 1986 p.1137 et snot s.j. مشار إليه في

مؤلف - الموجز في النظرية العامة - د.حفيظة السيد الحداد - مرجع سابق - ص ٣٠٤

^٢ المرجع السابق - ص ٣٠٥

((يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها)).

وبدوره نص القانون السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ بشأن التحكيم على ذلك في المادة/٣٨/ فقرة /٥/ والتي جاء فيها أنه:

((يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم النهائي)).

وكذلك عنيت بعض القوانين الوضعية الأخرى بالنص صراحةً على منح المحكمين هذه الحرية ولكن بقيود معينة ،كالقانون الدولي الخاص السويسري الجديد والذي نص في المادة ١٨٨ على أنه: ((لمحكمة التحكيم أن تصدر أحكاماً جزئية مالم يوجد اتفاق مخالف)).

وتقوم الحاجة إلى إصدار حكم جزئي في بعض المنازعات خاصة في منازعات المقاولات التي يجري فيها التحكيم مع استمرار المداول في عمله، ويتصور أن يصدر حكم جزئي - في تحكيم بشأن عقد مقولة - يتعلق فقط بالطلبات المتعلقة بالتأخير، أو يتعلق فقط بأوامر التغيير الصادرة من رب العمل، أو يتعلق فقط بكمية ماتم تنفيذه ، ويجب أن يتضمن الحكم الجزئي على وجه التحديد الطلب أو الجزء من الطلب الذي فصل فيه، مع الإشارة إلى أن الهيئة مستمرة في نظر باقي المسائل.

و يلاحظ أن الحكم الجزئي هو حكم موضوعي وليس حكم وقتي ويتميز بأنه يفصل فقط في جزء من المسائل محل النزاع المطروحة على التحكيم وليس فيها كلها، مع استمرار هيئة التحكيم في نظر باقي هذه المسائل ، ولهذا فالحكم الجزئي لاينهي ولاية الهيئة لنظر باقي المسائل ، ومع ذلك فإنها تستنفذ ولايتها فيما فصلت فيه بالحكم الجزئي^١.

^١ د.فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - مرجع سابق ص ٣٩٨

النوع الثالث : أحكام التحكيم التمهيدية والوقائية:

من خلال مراجعة قوانين التحكيم الوضعية لاحظنا أن بعض هذه القوانين ومن ضمنها قانون التحكيم السوري و قانون التحكيم المصري ، لم يتضمن إمكانية إصدار هيئة التحكيم لأحكام تمهيدية ، بينما مثلاً نصت لائحة مركز القاهرة الإقليمي على جواز ذلك في المادة ١/٣٢ والتي جاء فيها أنه:

" يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر....أحكام تحكيم...تمهيدية.."

ورغم هذا النقص فإنه لا شك في سلطة هيئة التحكيم في إصدار أحكام تمهيدية كالحكم الصادر بنقد خبر أو أكثر ، ويتميز الحكم التمهيدي بأنه حكم ليس فاصل في موضوع النزاع لا كلياً ولا جزئياً وليس منهياً للخصومة فهو يرمي إلى التمهيد لإصدار حكم موضوعي.^١

أما الأحكام الوقائية والتي كانت محل نزاع فقهي حول سلطة هيئة التحكيم في اتخاذها فإن الاتجاه الفقهي الحديث خول هيئة التحكيم إصدار أحكام وقائية قبل الحكم في الموضوع، وهذا الاتجاه أخذ به القانون المصري وبهذا فقط خول المشرع لهيئة التحكيم إصدار أحكام وقائية كالحكم بالحراسة القضائية أو الحكم بالنفقة الوقائية.^٢

ت-شروط صحة حكم التحكيم:

انطلاقاً من أن حكم التحكيم هو المآل الذي تنتهي به إجراءات التحكيم إلى غايتها، وبانتهاء الخصومة التحكيمية تصل إجراءات التحكيم إلى منتهىها وغايتها التي أراد الخصوم الوصول إليها، وهي إصدار حكم تحكيم ، فاصل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم فصلاً قطعياً

^١ المرجع السابق ص ٣٩٨

^٢ المرجع السابق ص ٤٠٠

نهائياً، وحتى ينتج هذا الحكم آثاره القانونية لابد وأن تتوافر فيه جملة من الشروط الموضوعية والأخرى الشكلية. وعليه فإننا سنتعرض إلى أهم هذه الشروط والتي تكاد تشترك بها جميع القوانين الوضعية ولوائح مراكز التحكيم الدولية على النحو التالي:

يقصد بالشروط الموضوعية لحكم التحكيم هي تلك الشروط التي تمس بشكل أساسي موضوع الحكم، والمتمثل بحسم النزاع القائم بين الأطراف والمتفق بشأنه على التحكيم ، وبصورة ينتهي معها هذا النزاع ، وترتفع به يد هيئة التحكيم عن النظر فيه ، وتنقضي بالتالي إجراءات التحكيم.^١

إن هدف أطراف اتفاق التحكيم هو حسم ما نشب أو ما قد ينشب بينهم من منازعات وذلك عن طريق المحكمين الذين لجأوا إليهم بدلاً من اللجوء للقضاء ، ولذا لزم أن يصدر حكم المحكمين فاصلاً في موضوع الخلاف على نحو حاسم ، فلا يعد حكم تحكيم مجرد حث الأطراف أو توجيههم إلى انتهاج أسلوب معين في تنفيذ التزاماتهم.^٢

إن أهم الشروط الموضوعية التي تستلزم قوانين التحكيم توافرها في حكم التحكيم سنعرضها كالتالي:

(١) أن يصدر حكم التحكيم في الموعد المحدد قانوناً أو اتفاقاً من حيث أنه وتماشياً مع غاية أطراف التحكيم في الحصول على حكم تحكيم ينهي النزاع بوقت قصير ، فإنه يتوجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها المنهي للخصومة كلها في الموعد المحدد لإصداره.^٣

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق ص ٦٣

^٢ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ١٩١

^٣ راجع نص المادة /٣٧/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ ونص المادة /٤٥/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤ ونص المادة /٣٧/ من قانون التحكيم الاردني رقم /٣١/ لعام ٢٠٠١

(٢) أن يصدر حكم التحكيم بعد المداولة بالإجماع أو بالأغلبية:

من الطبيعي أن المداولة لا تكون في حال كانت هيئة التحكيم مكونة من محكم واحد لأنه في هذه الحالة هو وحده من يدرس ويتفحص أقوال الخصوم وبياناتهم ويصدر حكمه بدون مداولة مع أحد، ويقصد بالمداولة تبادل ومناقشة الرأي بين أعضاء هيئة التحكيم بحيث يصدر الحكم كثمرة لتعاونهم.^١

إن المداولة من القواعد الأساسية في التقاضي ويجب على المحكمين مراعاتها دون الحاجة للنص عليها صراحةً وهي من النظام العام ويترتب على عدم مراعاتها بطلان الحكم ، وإنه على الرغم من أن بطلان الحكم لعدم إجراء المداولة يسبب بطلاناً يتعلق بالنظام العام، فإن الإثبات في هذه الحالة يكون صعباً بسبب قاعدة السرية في المداولة وبخاصة إذا لم يذكر المحكمون في هذا الحكم أنهم تداولوا، أما إذا ذكروا ذلك فإن هذا البيان حجة قاطعة على حصول المداولة وذلك مالم يطعن فيه بالتزوير^٢، ويعتبر توقيع جميع أعضاء هيئة التحكيم على الحكم دليلاً قاطعاً على حصول المداولة واشتراكهم فيها، كما يعتبر اثبات امتناع المحكم عن التوقيع لمخالفته لرأي الأغلبية، أو اثبات سبب الامتناع أو تقديم المحكم الممتنع مذكرة برأيه المخالف لإلحاقها بالحكم دليلاً على حصول المداولة.^٣

^١ د.مصلح الطراونة -مرجع سابق - ص ٧٤

^٢ استئناف القاهرة - ٩١ تحاري-٢٧/٢/٢٠٠٥ في الدعوى ٥١ لسنة ١٢١ قضائية ، تحكيم وانظر أيضاً استئناف القاهرة (٩١) تجاري تاريخ ٢٢/١١/٢٠٠٣ في القضية ٤٦ لسنة ١١٩ قضائية.تحكيم- مشار إلى المحكمين السابقين في كتاب د. قنحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - مرجع سابق-ص ٤٣١

^٣ المرجع السابق ص ٤٣٠

هذا و يشترط لصدور حكم المحكمين صحيحاً أن يصدر بالإجماع أو بأغلبية الآراء^١ ، وإن الحصول على الأغلبية أمر من السهل تحقيقه في ضوء القوانين التي توجب أن يكون عدد المحكمين وتراً. وإن الأغلبية المطلوبة هي الأغلبية البسيطة للآراء^٢ .
ونشير إلى أن بعض أنظمة التحكيم قد أعطت لرئيس هيئة التحكيم سلطة الاستقلال في إصدار حكم التحكيم كما لو كان محكماً وحيداً وذلك في حالة تشتت الآراء وعدم تحقق الأغلبية^٣.

(٣) أن ينصب حكم التحكيم على جميع جوانب النزاع المتفق بشأنه على التحكيم .
مقتضى هذا الشرط في حكم التحكيم أن هيئة التحكيم تلتزم بإصدار حكم تحكيم يفصل حصراً في جميع جوانب النزاع المعروضة على هيئة التحكيم بحيث يكون شاملاً لكل شق من النزاع، أي على نحو تحسم به جميع المنازعات التي أثارها الخصوم في حدود سلطتها^٤.
فحكم التحكيم يجب أن يصدر في موضوع النزاع على نحو ينحسم به دابر النزاع ، ومن المعلوم أن هيئة التحكيم لا تستمد سلطتها في الفصل في النزاع المعروض عليها من الدولة، وإنما من اتفاق الأطراف ، ولذا فهم -أي الأطراف - الذين يحددون نطاق مهمة هيئة

^١ راجع نص المادة /٤٠/ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ ونص المادة /٤١/ من قانون التحكيم السوري رقم /٢٧/ لعام ٢٠٠٨ ونص المادة /٢٩/ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ونص المادة /٣٨/ من قانون التحكيم الأردني رقم /٣١/ لعام ٢٠٠١

^٢ د.مصلح الطراونة -مرجع سابق- ص ٨٢

^٣ هذا ما تنص عليه المادة ٢٥/أ من نظام التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية سنة ١٩٩٨ وكذلك ما تنص عليه الفقرة ٢/ من المادة /٤١/ من قانون التحكيم السوري

^٤ د.مصلح الطراونة -مرجع سابق- ص ٨٤

التحكيم ، فهيئة التحكيم هي قاض النزاع كما حدده الأطراف ،وبالتالي لا تملك هيئة التحكيم الحكم بأكثر مما طلبه الخصوم أو بما لم يطلبوه .^١

ويعد سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم تجاوز هيئة التحكيم حدود مهمتها أو التصدي لما لم يتفق الأطراف على عرضه على التحكيم.^٢

(٤) يجب أن يصدر حكم التحكيم وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف.

بمعنى أنه تلتزم هيئة التحكيم بالنزول عند إرادة أطراف التحكيم وإعمال القواعد التي ارتضوا التحكيم بمقتضاها فيجب أن يصدر المحكمون حكمهم وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف سواء بالنسبة للإجراءات أو لموضوع النزاع ويعد سبباً لبطلان الحكم، تجاهل المحكمين لإرادة الأطراف والحكم وفقاً لقانون آخر، حتى لو كان هذا القانون هو القانون الذي سيطبقه القاضي لو عرض عليه النزاع.

إن أغلب القوانين المتعلقة بالتحكيم لم تتضمن ما يمنع اتفاق الأطراف على تطبيق قانون أجنبي طالما لا يتصادم هذا القانون مع النظام العام، بل يملك المحكمون التحرر من سلطان أي قانون، والحكم بما يرونه محققاً للعدالة والإنصاف ، إذا اتفق الأطراف على تخويلهم صراحةً هذه السلطة.^٣

(٥) يجب أن يتضمن حكم التحكيم منطوقه وأن يكون مسبباً :

^١ د.مختار بري- مرجع سابق ص ١٩٢

^٢ راجع نص المادة /٥٠/ من قانون التحكيم السوري ونص المادة /٥٣/ من قانون التحكيم المصري ونص

المادة /٤١/ من قانون التحكيم الأردني

^٣ د.مختار بري- مرجع سابق ص ١٩٣

إن جوهر الحكم التحكيمي هو الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف وذلك بتحديد مسؤوليات الأطراف وما يترتب على هذا التحديد من تحميل المسؤولية على أحدهم أو توزيعها بينهم.

وبناء عليه ينبغي على هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع بصفة نهائية، أي أن تفصل في جميع المسائل التي يشملها هذا النزاع ، وبالتالي فإنه يتوجب أن يتضمن حكم التحكيم منطوقه ، أي أن يتضمن قرار الهيئة في الطلبات المعروضة عليها .

ويعد منطوق الحكم جزءاً جوهرياً من أجزاء الحكم وفيه تقرر هيئة التحكيم نتيجة فصلها في النزاع المعروض عليها ، كما يعد منطوق الحكم نتيجة منطقية لأسباب الحكم التي تسبقه ، ومن المنطوق سيجد الحكم التحكيمي قيمته، بحيث تكون حجية الشيء المقضي به للمنطوق وحده ، وعلى المنطوق يرد طلب التنفيذ فيجب أن يكون منطوق الحكم محدداً أو واضحاً ويحتوي على حل النزاع القائم بين أطراف التحكيم على نحو حاسم^١.

كما يجب أن يشتمل حكم التحكيم على الأسباب التي بني عليها، وهي الأسباب الواقعية والقانونية التي ركنت إليها هيئة التحكيم فيما أصدرته من حكم وكونت منها عقيدتها فيما انتهت إليه^٢.

ونشير إلى أن قانون التحكيم السوري والأردني والمصري قد أجازوا صدور حكم التحكيم دون تسبيب في حالتين:

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ٩٣

^٢ راجع نص المادة ٣/٤٢ من قانون التحكيم السوري والمادة ٤٣/ ٢ من قانون التحكيم المصري والمادة ٣١/ من القانون النموذجي والمادة ٤١/ب / من قانون التحكيم الأردني

الحالة الأولى هي: اتفاق الأطراف على إعفاء المحكم من تسبيب الحكم.

الحالة الثانية هي: عدم اشتراط القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم تسبيب الحكم.

أما فيما يتعلق بالشروط الشكلية لحكم التحكيم وباعتباره شكلاً من أشكال العمل القضائي، إذ من خلاله يظهر العنصر الموضوعي في العمل القضائي ، أي حسم الخصومة ، فإنه يتعين وفي جميع الأحوال أن يتوافر في هذا الحكم الشروط الشكلية اللازمة لصحته أيضاً .

وتدور الشروط الشكلية التي ينبغي أن تتوافر في حكم التحكيم حول محور واحد وهو أن يكون حكم التحكيم مكتوباً وفقاً للشكل الذي قرره القانون، حيث توجب أغلب قوانين التحكيم العربية والأجنبية أن يصدر حكم التحكيم كتابةً ويوقعه المحكمون بالإضافة لتضمينه جملة من البيانات التي تعد من مستلزمات الشكل المكتوب وتتشابه في معظمها مع بيانات الحكم القضائي.^١

وعليه فإن أهم الشروط الشكلية لصحة حكم التحكيم تتلخص بالتالي:

أ- شرط الكتابة:

لقد أوجب أغلب قوانين التحكيم العربية والأجنبية كتابة حكم التحكيم^٢ ، فالكتابة شرط لوجود الحكم لا لإثباته، فصدوره شفاهة لا يتحقق به وصف " حكم تحكيم " مع ما يتضمنه ذلك من آثار.^١

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق ص ١٠٦

^٢ انظر - م ٤٣ من قانون التحكيم المصري - المادة ٤١ من قانون التحكيم السوري - المادة ٤١ من قانون التحكيم الأردني - المادة ٣/٥٢ من قانون التحكيم الانكليزي لسنة ١٩٩٦-المادة ١/١٠٥٤ من قانون التحكيم

وعليه فإن حكم التحكيم لا يعتبر موجوداً بمجرد الإعلان شفويّاً عن حسم النزاع بين الخصوم من قبل الهيئة، إذ ينبغي أن يكون هذا الإعلان مكتوباً، فالقانون لا يعرف حكم تحكيم شفوي فمثل هذا الحكم يكون منعماً.^٢

ب- شرط التوقيع :

لا يكفي لكي يستوفي حكم التحكيم مقتضياته الشكلية أن يكون مكتوباً، بل ينبغي أيضاً أن يكون موقعاً من هيئة التحكيم التي أصدرته، باعتبار أن المحكمين هم دوماً من الأشخاص الطبيعيين، حتى لو أوكل أو أحال الأطراف على لائحة أو قواعد إحدى الهيئات أو مراكز التحكيم، فإن هذا لا يعني تولي هذه الهيئة كشخص معنوي أمر التحكيم، وإنما يكون مفاد الإحالة أن تتولى هذه الهيئة تطبيق قواعدها الخاصة بكيفية تشكيل هيئة المحكمين من الأشخاص الطبيعيين.^٣

ولا تنثور أي مشكلة عندما تكون هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد، إذ لا يصدر الحكم إلا بتوقيعه أما إذا كانت الهيئة مشكلة من عدة محكمين فإنه ينبغي التوقيع على الحكم بالإجماع أو بالأغلبية مع توقيع الأقلية وبيان رأيها المخالف أو ذكر أسباب عدم توقيع الأقلية.^٤

الألماني لسنة ١٩٩٨ (الكتاب العاشر من قانون الإجراءات المدنية الألماني) - المادة ٢٥ من نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس ICC لسنة ١٩٩٨ - المادة ٢٦/ من لائحة محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٩٨

^١ د. مختار بريري - مرجع سابق - ص ١٩٣

^٢ د. فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - مرجع سابق - ص ٤٣٤

^٣ د. مختار بريري - مرجع سابق - ص ١٩٤

^٤ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ١٠٩

ت- شرط توافر البيانات:

تتشابه أغلب قوانين التحكيم في تحديد البيانات الواجب توافرها وذكرها في حكم التحكيم ولعل أهم هذه البيانات هي:

١- أسماء أعضاء هيئة التحكيم وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم.

٢- أسماء الخصوم وعناوينهم وصفاتهم وجنسياتهم

٣- صورة عن اتفاق التحكيم

٤- ملخص طلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم

٥- منطوق الحكم

٦- تاريخ ومكان إصدار الحكم^١.

ونشير في هذا الصدد إلى أن الدكتور أحمد أبو الوفا يرى أن الحكم لا يبطل إذا خلى من التاريخ وذلك إذا كان هناك تاريخ ثابت يقطع بصور الحكم خلال الميعاد، في حين يرى الدكتور محمد نور شحاتة أنه إذا خلى الحكم من هذا البيان يترتب عليه البطلان ولا يجوز تكملة هذا البيان من بيان آخر في ذات ورقة الحكم أو من ورقة متصلة به ، لأن ورقة الحكم هي ورقة رسمية يجب أن تحمل تاريخ إصدارها.^٢

^١ راجع نص المادة ٤٢ من قانون التحكيم السوري-المادة ٤٣ من قانون التحكيم المصري - المادة ٤١ من قانون التحكيم الأردني - ونشير إلى أن المادة ٥٤/ من قانون التحكيم الإنكليزي لسنة ١٩٩٦ تقضي بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تاريخ الحكم أو قرار هيئة التحكيم فيما يتعلق بهذا التاريخ يعتبر أن الحكم قد صدر بتاريخ توقيعه من المحكمين وفي حال تعدد التواريخ يؤخذ بالتاريخ الأخير.

^٢ لمزيد من التفصيل حول ذلك - انظر د.مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ١١٤

٢- حكم التحكيم الإيجابي والسلبي في مسألة الاختصاص :

انطلاقاً من مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي سبق وعرضناه في هذه الرسالة، واستناداً على أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص كمبدأ فقهي وقانوني تبيّنته مختلف أنظمة التحكيم الوطنية والدولية، هو من يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها^١، لابل أكثر من ذلك فإنه يمنحها الأولوية بالفصل في هذه المسألة، أي أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطي هيئة التحكيم الأولوية للفصل في المسائل المتعلقة بمدى اختصاصها بالنزاع المعروض عليها، وفي تحديد نطاق هذا الاختصاص مع خضوعها بشأن ذلك لرقابة قضائية لاحقة.

ويقع على عاتق هيئة التحكيم مجموعة من الالتزامات بصدد توفير حد أدنى من الضمانات القانونية للخصوم في الحصول على حكم تحكيمي عادل، ويجب أن يكون لها دور فاعل في إعمال هذه الالتزامات المفروضة عليها، ولعل أهم هذه الالتزامات أنه يجب على هيئة التحكيم إعمال اختصاصها فيما يصح وإعمال عدم اختصاصها فيما لا يصح.^٢

فأول ما يجب على المحكم مراعاته هو التحقق من مدى توافر اختصاصه والشروط اللازمة لإنجاز مهمته حتى يصل إلى حسم الخلاف بصورة قاطعة، فقد يمثّل أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم وينكر الاتفاق وينكر حق الهيئة في الاختصاص بنظر النزاع المعروض من قبل الطرف الآخر، ويكون لزاماً على هيئة التحكيم بالتالي البحث عن اختصاصها فيما تم

^١ وليد عناني - محاضرات في التحكيم - الطبعة الأولى - المكتبة القانونية - دمشق ٢٠٠٣ - ص ١١

ومابعدھا

^٢ د.أنور الطشي - مرجع سابق ص ١٨١

عرضه عليها وأن تبذل أقصى عناية للوصول إلى نتائج صحيح وسليم لا يتعرض فيما بعد للبطلان.^١

وعليه فإن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها ،أي ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص يُلقى على عاتق هيئة التحكيم التزامين:

الأول: هو التزام هيئة التحكيم بالبحث عن اختصاصها.

الثاني : هو التزام هيئة التحكيم بمناقشة مسألة اختصاصها.

فلا سلطة للمحكم في حسم النزاع قبل التحقق من اختصاصه بحسمه، بل إن المحكم قد يعرض حكمه للإبطال إذا لم يحدد اختصاصه بداءةً لأنه قد يتجاوز سلطاته^٢، وهذا ما صبت محكمة السين المدنية اهتمامها عليه في الحكم الصادر في ١٧ أكتوبر ١٩٥٦ ، والمتعلق بتحكيم دولي تم في إطار غرفة التجارة الدولية ، حيث أكدت على أنه:

((يجب على المحكمين في المقام الأول أن يثبتوا من أن اتفاق التحكيم يمنحهم الاختصاص بالفصل في النزاع المعروض عليهم ، كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته ونطاقه وإلا شاب حكمهم البطلان)).^٣

كما عبرت محكمة العدل الدولية عن هذا المعنى في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٢٨/٩/٢٨ بقولها : ((إن من يملك سلطة قضائية له الحق في أن يفصل بنفسه ، كمسألة أولية في اختصاصه وأن يتحقق من توافر هذا الاختصاص)).^١

^١ د.عبد الحميد الأحمد - موسوعة التحكيم الدولي - الجزء الثاني - دار المعارف - ١٩٩٨ - ص ٢٠٠

^٢ د.هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٤

^٣ د.أنور لطشي - مرجع سابق - ص ١٥٥

فتقرير سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه يجعله ملزم كأى قاضي أن يفصل في هذا الاختصاص^٢، وله دون غيره التصدي لكافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي تضمنه دون حاجة إلى عرض تلك المشكلات على القضاء الوطني.

فلا يقصد بسلطة المحكم في الفصل في اختصاصه سلطته فقط في التصدي للاعتراضات التي تثار بشأن اختصاصه، وإنما تقع على عاتقه مهمة تقرير اختصاصه كمسألة تمهيدية قبل الفصل في النزاع حتى ولو لم ينازعه الخصوم.^٣

إن المحكم وفي سعيه للتحقق من مدى اختصاصه لا يجب أن يكتفي بالبحث عن هذا الاختصاص، بل لابد من مناقشة الأطراف عن مدى منح هذا الاختصاص بهدف التعرف على خبايا الإرادة والتأكد من مطابقة المعنى للإرادة المشتركة للأطراف، فالمحكم يدرس معاني الألفاظ ومداها ودلالاتها ويعمل الكلام على الحقيقة لا على المجاز إلا إذا تعذر، ويحاول تفسير نصوص العقد بعضها ببعض ويحاول إعمال الصريح أكثر من الدلالة وإعمال الكلام أكثر من إهماله، ويمكن أن يناقش الأطراف في إمكانية تحقق الاختصاص بعيداً عن مفردات العقد بل بالاستفادة من طبيعة التعامل ومن العرف الجاري في المعاملات.^٤

ويقدم لنا قضاء التحكيم الدولي العديد من شروط التحكيم الغامضة والتي أمكن جلاء غموضها عن طريق تفسير عباراتها، ومن ذلك قضية متعلقة بعقد بين أطراف ألمان كان

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق ص ٦٥

^٢ راجع المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

^٣ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٧

^٤ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٥٣٩

يتضمن شرطاً للتحكيم يقضي بأنه في حالة عدم الاتفاق الودي - تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقاً لقواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في زيورخ .

وعندما نشب خلاف بين الأطراف طلب أحدهم من غرفة التجارة في زيورخ اتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم، ولكن الغرفة تبينت أنها غير مقصودة بالشرط لأنها ليست دولية وقدّرت أن المقصود هو غرفة التجارة الدولية في باريس ، والتي لها في سويسرا لجنة وطنية تابعة لها ، فأحالت ملف القضية إليها.

وقد قررت محكمة التحكيم وهي إحدى تنظيمات غرفة التجارة الدولية والتي تشرف على التحكيم ، أن المقصود في الشرط المذكور هو أن يكون مكان التحكيم مدينة زيورخ في سويسرا ، وأن المؤسسة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية.^١

إن أهم ما يواجهه المحكم في معرض بحثه لتحديد نطاق اختصاصه ومداه هو حالة التشكيك في هذا الاختصاص من قبل أطراف النزاع من خلال الدفع بعدم الاختصاص، والذي يفضي بالمحكم إما إلى رفض هذا الدفع أو إلى قبوله.

أ- رفض المحكم الدفع بعدم الاختصاص

قد يلجأ احد أطراف النزاع إلى إثارة مسألة عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع من خلال الدفع بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو انقضائه أو يدفع بعدم شمول موضوع

^١ مشار إليه في مؤلف د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- مرجع سابق- ص ٥٤٠

النزاع لهذه المسألة^١، وفي هذه الحالة فإنه يكون لازماً على المحكم أن يعلن عن مدى اختصاصه وفي الحالة الإيجابية يرفض الدفع بعدم الاختصاص، ولكن العقبة التي تواجهنا أن التشريعات في مثل هذه الحالة -الدفع بعدم الاختصاص - لم تتضمن كيفية معينة يسير المحكم على هداها في تعامله مع حالة الدفع بعدم الاختصاص^٢.

ويجب على المحكم أن يعلن عن اختصاصه بشأن كل مسألة تطرح أثناء نظر النزاع إذا ماتم مواجهتها بالدفع بعدم الاختصاص، بحيث لا يكفي إعلان المحكم لاختصاصه مرة واحدة، بل يجب عليه أن يعلن عن اختصاصه في كل حالة على حدة، تبعاً لاختلاف المسائل التي يتناولها الدفع بعدم الاختصاص^٣.

ويمكن للمحكم أن يجمع بين إعلان اختصاصه أي رد الدفع بعدم الاختصاص وبين الحكم في موضوع النزاع، كما يمكنه أن يعلن اختصاصه أولاً ثم يستمر في بحث موضوع النزاع ويحكم فيه في حكم آخر.

ويرى جانب من الفقهاء أن على المحكم أن يراعي في مسألة الجمع بين الحكمين - في الدفع وفي الموضوع- أن لا يتعارض هذا الجمع مع حق الأطراف في الدفاع وإلا بطل

^١ د.عزمي عبد الفتاح - قانون التحكيم الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت - الطبعة الأولى - ١٩٩٠ ص

١٥٥

^٢ المرجع السابق - ص ١٥٥

^٣ د.أنور الطشي - مرجع سابق - ص ٢٠٩

حكمه في الدفع وفي موضوع النزاع ، وأن على المحكم أن يبين بما قضى في الدفع وبما قضى في الموضوع.¹

ويطالعا قضاء التحكيم بإحدى القضايا التي ظهرت فيها حالة التشكيك في اختصاص المحكم أمام المحكم ذاته من خلال الدفع أمامه بعدم وجود اتفاق تحكيم أصلاً ، وكان موقف المحكم رفض هذا الدفع وإعلان اختصاصه.

هذه القضية دارت أحداثها بين شركة (**Antenne2**) في نزاعها مع شركة (**Etoile- Neuilly**) بخصوص إنشاء عدة مساكن ، من أنها ناقشت فقط ومن حيث المبدأ إمكانية تسوية ما قد يحدث بينهما من منازعات عن طريق التحكيم ، وأنها عندما اشتركت مع الشركة الأخرى في مخاطبة أحد المحكمين لم تقصد سوى دعوته لإعداد اتفاق تمهيدي لبيان الكيفية التي سيسير عليها نظام التحكيم، غير أن هذا الاتفاق لم يوقع ، لكنه أُدخل في المراسلات التي تمت بعد ذلك بين الشركتين ، وبعدها تم تعيين المحكم وأصدر حكماً بصحة تعيينه وباختصاصه وحكماً فاصلاً في النزاع، فاعترضت شركة **Antenne 2** على الأمر الصادر بتنفيذ الحكمين السابقين ، فأبطلت محكمة باريس الحكمين بحجة أن المحكم لم يرد على الدفع الذي أبدته شركة **Antenne 2** بعدم وجود شرط تحكيم أصلاً، فاستأنفت الشركة الأخرى حكم محكمة باريس الكلية، فقضت محكمة استئناف باريس بإبطال حكم محكمة باريس الكلية، وبالتالي صحة حكم المحكم لأن المحكم قد استتب - بسلطته التي لا معقب عليها- أن مسلك الخصوم يدل على اتجاه نيتهم لاختيار التحكيم كطريق

¹ د. عبد العظيم المغربي - الدفوع المختلفة في المنازعات التحكيمية - مقال منشور في مجلة التحكيم العربي

- العدد الأول - مايو ١٩٩٩ - ص ٩٣-٩٤

لفض النزاع وبالتالي يكون ادعاء شركة Antnne2 بعدم وجود شرط تحكيم على غير أساس^١.

ب- قبول المحكم الدفع بعدم الاختصاص

تتمثل هذه الحالة في إعلان المحكم لعدم اختصاصه بعد قبول الدفع بعدم الاختصاص أياً كان مستند هذا الدفع سواء كان عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو انقضاءه أو عدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع.

إن الحكم الذي يصدره المحكم بقبول الدفع بعدم الاختصاص ومن ثم إعلان عدم اختصاصه بنظر النزاع ينهي الخصومة أمام هيئة التحكيم دون الفصل في موضوع النزاع، وسيلجأ بالتالي الطرف الآخر الغير قابل بالحكم إلى الطعن بالبطلان في حكم المحكم بعدم اختصاصه.

ولعل ماثير المشكلة هو إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم بشأن مسألة أثيرت أثناء النزاع وقرر المحكم قبول الدفع بعدم الاختصاص بشأن هذه المسألة، ومن ثم استمر في إجراءات نظر النزاع لجهة المسائل المختص فيها، حيث يرى البعض إمكانية رفع دعوى بطلان حكم المحكم بعد صدور هذا الحكم أمام المحكمة المختصة، والحقيقة أن هذه الحالة تفتقر إلى نص تشريعي صريح يعالجها ويحكمها، كما اختلف الفقه في معالجتها وزاد على ذلك ندرة أحكام القضاء التي تناولها^٢.

^١ مشار إلى هذه القضية في مؤلف د.أنور الطشي -مرجع سابق- ص ٢١٣

^٢ المرجع السابق-ص ٢١٧

ت - موقف بعض أنظمة التحكيم من إصدار أحكام جزئية بمسألة الاختصاص:

تجدر الإشارة إلى أن المحكم عندما يتثبت من اختصاصه من تلقاء نفسه فإن الأمر لا يقتضي منه سوى الإشارة إلى ذلك في حكمه الفاصل في موضوع النزاع، باعتبار مسألة الاختصاص مسألة أولية خضعت للبحث والتحقيق دون حاجة إلى إفراد حكم مستقل لهذه المسألة، أما إذا نازع أحد الأطراف في اختصاص المحكم فإن مسألة الاختصاص تصبح من المنازعات الواجبة للحسم.

ونظراً لما لهذه المنازعة من أهمية تنعكس على كافة المنازعات المثارة ، فإن المحكم قد يرى أنه من الأكثر ملائمة إصدار حكم مستقل في مسألة اختصاصه ، وذلك تبعاً لتقدير المحكم لجدية الاعتراض المثار، غير أنه يلتزم بإصدار حكم جزئي عندما يقيد اتفاق الأطراف بضرورة الفصل في مسألة الاختصاص بحكم مستقل قبل الفصل في الموضوع.^١

لقد أجاز قانون التحكيم السوري في الفقرة الخامسة من المادة /٣٨/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ لهيئة التحكيم إصدار أحكاماً في جزء من الطلبات قبل إصدار الحكم النهائي ، كما نص في الفقرة /٤/ من المادة /٢١/ على أنه يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها باعتبارها مسألة أولية أو تقرر ضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، ويعتبر قرار الهيئة مبرماً في الحالتين، ويجوز لمن رفضت دفوعه أن يتمسك بها عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم.

ولقد سار قانون التحكيم السوري في ذلك على نهج القانون المصري للتحكيم رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ الذي كان قد منح المحكم سلطة في إصدار أحكام جزئية في المادة /٤٢/ منه

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٦٩

بالإضافة لما تضمنته المادة/٢٢/فقرة/٣/ من أن : ((الهيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها)).^١

كما عيّنت بعض القوانين الوضعية الأخرى بالنص صراحةً على منح المحكمين هذه الحرية لكن بقيود معينة، فالقانون الدولي الخاص السويسري الجديد نص في المادة ١٨٨ على أن: " لمحكمة التحكيم أن تصدر أحكاماً جزئية مالم يوجد اتفاق مخالف".^٢

وكذلك فإن المادة / ١٤٩٥ / من قانون الإجراءات المدنية الهولندي تخول للمحكمين هذه السلطة ،وأيضاً القانون البلجيكي في المادة /١٦٩٩/ منح للمحكمين سلطة إصدار أحكام جزئية، ويقرر القانون الإنكليزي ذات الحل المتقدم فيعترف للمحكمين بسلطة إصدار أحكام جزئية طالما لم يوجد اتفاق مخالف من قبل الأطراف .

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن القاعدة المتقدمة تسري بالنسبة للقانون الفرنسي بشأن التحكيم رغم عدم وجود نص صريح ، كما يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى أنه إذا كانت شروط الأطراف واضحة ومحددة في هذا الصدد فإنه يمكن الطعن بالبطلان على الحكم التحكيمي الذي يهدر هذه الشروط ويفصل في المنازعة المعروضة عليه بأحكام كلية

^١ راجع نص المادة ٢١-٣٨ من قانون التحكيم السوري رقم/٤/ لعام ٢٠٠٨ والمواد ٢٢-٣٨ من قانون

التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤

^٢ النص الفرنسي لهذه المادة على النحو التالي:

Sauf convention contraire, Le tribunal arbitral peut rendre des sentences partielles

على الرغم من انصراف إرادة الأطراف إلى الفصل في المنازعة بأحكام جزئية مستقلة تفصل بين القضاء في الاختصاص والقضاء في الموضوع.

إن ملائمة الفصل بحكم جزئي في موضوع الاختصاص يتوقف على معرفة ما إذا كانت ذات الوقائع تؤثر في حل المسائل المتصلة بالاختصاص وأيضاً تلك المتصلة بالموضوع، ففي هذا الفرض ، فإنه من الأفضل أن يتم إصدار حكم وحيد (**Sentence unique**) بشأن كل من مسألة الاختصاص وموضوع النزاع.^١

وقد يحدث أن تُعرض مشكلة الفصل في موضوع اختصاص المحكم بشكل مستقل تماماً وأن يكون تأثير المسائل الخاصة بالموضوع من المكانة إلى نحو يدفع المحكمة في حال تمسكها باختصاصها ، أن يكون من الملائم أن تفصل بحكمين منفصلين في كل من مسألة الاختصاص والموضوع .

ويبدو أن لائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تشجع إصدار أحكام تحكيم جزئية بشأن الاختصاص ، وهو ما يذهب إليه أيضاً القانون الدولي الخاص السويسري في المادة ١٨٦ فقرة ٣/ والتي تنص على أنه كقاعدة عامة: تفصل محكمة التحكيم في مسألة اختصاصها بحكم تمهيدي.

وعلى العكس من ذلك ، فإن لائحة التحكيم لمعهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم تبدو أكثر تحفظاً بشأن إمكانية إصدار أحكام تحكيم جزئية في حالة عدم اتفاق الأطراف، إذ أنها

^١ د. حفيظة السيد الحداد - مرجع سابق - ص ٣٠٥ وما بعدها

تقتضي في هذا الفرض أن يبرز المحكمون (الأسباب الخاصة) التي تدفعهم إلى التصرف على هذا النحو.^١

^١ المرجع السابق - ص ٣٠٩

المبحث الثاني

أثار حكم هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص والرقابة القضائية عليه

إن جوهر نظام التحكيم يكمن في حكم التحكيم الصادر في نهاية عملية التحكيم، والذي يعد العمل الأساسي الذي يدور حوله النظام بأكمله والهدف النهائي المنشود من ورائه والمتمثل بأداء الوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة ، وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتخاصمين .

وإنه وإن كان إعمال التحكيم رهيناً باتفاق الخصوم على اللجوء إليه إلا أن هذا الاتفاق هو أداة لتحريك نظام التحكيم ولا يؤثر على جوهر وظيفته القضائية ، ولا يغير من طبيعتها ، حيث يترتب على صدور حكم التحكيم أهم آثار الحكم القضائي وهي الحجية والإستنفاد ، بحيث تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بشأن الدفوع التي فصلت فيها بصورة قطعية ، وتنقطع سلطتها بشأنها وتفقد ولايتها عليها ، ويتمتع حكمها بحجية الأمر المقضي به ، بحيث يُمتنع إعادة النظر بالمسألة التي فصل فيها ، أو إعادة طرحها على القضاء العادي أو قضاء التحكيم ، وذلك من أجل ضمان الاستقرار القانوني للحقوق والمراكز القانونية التي أنشأها وأكدها الحكم التحكيمي.

وإن الدولة وإن أقرت إرادة الخصوم باللجوء إلى التحكيم ، فقد حرصت في مقابل تنازلها عن الاستئثار بالوظيفة القضائية على كفالة تحقيق الضمانات الأساسية التي يوفرها قضاء الدولة من خلال قضاء التحكيم ، وذلك عن طريق إخضاع أحكام المحكمين للرقابة من جهة قضاء الدولة والتي تختلف تبعاً للهدف الذي يسعى القضاء

لتحقيقه ، سواء برقابة مدى احترام اتفاق التحكيم وإجراءاته أو رقابة مراعاة الحكم التحكيمي لشروط إكسائه صيغة التنفيذ^١.

بناءً على ماسبق سنبين في هذا الجزء من دراستنا آثار حكم التحكيم في مسألة الاختصاص ومدى خضوعه لرقابة قضاء الدولة وذلك وفق التقسيم التالي :

المطلب الأول : آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها
المطلب الثاني : الرقابة القضائية على حكم المحكم في مسألة اختصاصه .

^١ د. وفاء فلحوط - بحث بعنوان العلاقة بين القضاء والحلول البديلة - مرجع سابق ص ١٦

المطلب الأول

آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

كنا قد استعرضنا أن المحكم وفيما يتعلق بمسألة اختصاصه إما أن يقرر اختصاصه بنظر النزاع ويستمر بإجراءات التحكيم وصولاً إلى إصدار حكم بموضوع النزاع ينهي الخصومة وتنتهي به إجراءات التحكيم ،أو أن يقرر المحكم عدم اختصاصه بنظر النزاع وبالتالي تنتهي إجراءات التحكيم دون الفصل بموضوع النزاع ، وعليه فإننا سنناقش في هذا الجزء من البحث حول ما إذا كان حكم المحكم الصادر سواء باختصاصه أو بعدم اختصاصه يحوز حجية الأمر المقضي به وما إذا كان هذا الحكم يستنفذ ولاية المحكم بالنسبة لمسألة الاختصاص التي فصل فيها ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : حيازة حكم التحكيم في مسألة الاختصاص لحجية الأمر المقضي به

ثانياً : استنفاد ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لمسألة الاختصاص

أولاً: حيازة حكم التحكيم في مسألة الاختصاص لحجية الأمر المقضي به:

إن المفهوم العام لحجية الأمر المقضي به هو أن الحكم القضائي، وهو بصدد تطبيق القانون على المسألة المطروحة أمامه، إنما يمثل عنوان الحقيقة ويحوز الاحترام من ذات المحكمة التي أصدرته ومن المحاكم الأخرى ويتقيد حق الخصوم في رفع الدعوى مرة ثانية، وإذا ما أثير مضمون هذا الحكم أمام محكمة أخرى وجب الاعتراف بهذا المضمون دون تجديد البحث عن مدى صحة هذا المضمون فالحجية نوع من الحرمة يتمتع بها الحكم^١.

وبالنسبة للتحكيم فتعني حجية الأمر المقضي به صلاحية حكم التحكيم للتمسك بالنتائج التي خلص إليها، وعدم جواز طرح النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء، سواء القضاء النظامي أو قضاء التحكيم^٢.

ويرى فقه المرافعات أن لحجية الأمر المقضي به أثرين أحدهما إيجابي والآخر سلبي:

أ- الأثر السلبي: وهو عدم جواز إعادة نظر الدعوى، أي عدم صحة نظر الدعوى السابق الفصل فيها، وإن عدم جواز إعادة النظر بالدعوى يقيد القاضي كما يقيد الخصوم، فإذا رفعت الدعوى مرة أخرى أمام القضاء رغم سبق الفصل فيها، فإن للخصم الآخر أن يدفع هذه الدعوى بالتمسك بحجية الأمر المقضي به، كما يجوز للمحكمة المرفوعة أمامها الدعوى من جديد أن تقضي بهذه الحجية من تلقاء نفسها.

^١ د.أنور الطشي- مرجع سابق- ص ٩٨

^٢ د.مصلح الطراونة- مرجع سابق- ص ١٤٣

ب-الأثر الإيجابي : وهو احترام ما قضي به ،أي أن على القاضي احترام فحوى الحكم الحائز على حجية الأمر المقضي به واحترام ما قرره هذا الحكم وعدم البحث فيه مرة ثانية.^١

لقد أكدت قوانين التحكيم الوضعية على حيازة حكم التحكيم لحجية الأمر المقضي به بالنص صراحة على ذلك^٢ ،حيث أن حكم التحكيم يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره وتبقى هذه الحجية ما بقي الحكم قائماً، وتكون له هذه الحجية ولو كان يقبل الدعوى ببطلانه أو كانت هذه الدعوى قد رفعت بالفعل ، أو كان لم يصدر أمر بتنفيذه لأن صدور الأمر بالتنفيذ إنما يُطلب من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت^٣.

وإن أساس الاعتراف بحجية الأمر المقضي به بالنسبة لأحكام المحكمين يتمثل في كون التحكيم جهة قضاء يقرها وينظمها القانون ،ومن ثم فإن الحكم الذي يصدره المحكم هو حكم ذو طبيعة قضائية ، أي أنه بالتسليم بالطبيعة القضائية لمهمة المحكم ولعملية التحكيم ذاتها تتأكد حجية التحكيم استناداً إلى القرينة القانونية التي يقرها باعتباره عملاً قضائياً يرتب كافة آثار الحكم القضائي^٤.

^١ المرجع السابق ص ١٤٤

^٢ تنص المادة /٥٣/ من قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ على أن أحكام المحكمين الصادرة وفق أحكام المحكمين الصادرة وفق أحكام هذا القانون تتمتع بحجية الأمر المقضي به، وكذلك نصت المادة /٥٥/ من قانون التحكيم المصري رقم /٢٧/ لعام ١٩٩٤ على حيازة أحكام المحكمين لحجية الأمر المقضي وبنفس المعنى المادة/٥٢/ من قانون التحكيم الأردني رقم/٣١/ لعام ٢٠٠١

^٣ د.فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق-ص ٤٦٠

د.أحمد أبو الوفا -التحكيم الاختياري والإجباري-مرجع سابق ص ٢٩٤ وفيه إشارة بنفس المعنى إلى حكم محكمة النقض المصري الصادر بتاريخ ١٥/١٢/١٩٧٨

^٤ د.هدى عبد الرحمن- مرجع سابق ص ٧٨

وبالتالي فأساس حجية الأمر المقضي به التي يتمتع بها حكم التحكيم هو ذات الأساس الذي تقوم عليه حجية الأمر المقضي به بالنسبة للقضاء ، وهو أن المشرع يرى المحكم كالقاضي يجب أن يفصل في النزاع مرة واحدة ، ومن ثم يتعين على الخصوم وعلى المحكمين الآخرين وعلى القضاء احترام حكمه طالما لم يصدر حكم من المحكمة المختصة بإبطاله^١.

وكما هو الحال بالنسبة لأحكام القضاء، فإن حكم التحكيم لا يحوز حجية الأمر المقضي إلا إذا اتحد الموضوع والسبب والخصوم في الدعوى التي سبق الفصل فيها وفي الدعوى المطروحة^٢.

ولأن حكم التحكيم لا يحوز حجية الأمر المقضي به إلا بالنسبة لأطرافه ، فإنه لا يحتج به على من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم^٣.

وببقى التساؤل مطروح حول ما إذا كانت حجية الأمر المقضي التي يتمتع بها حكم التحكيم تتعلق بالنظام العام؟.

إن فقه المرافعات يُجمع على أن الدفع بحجية الأمر المقضي به أمام القضاء هو دفع من النظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها ويُبرر ذلك على أساس وظيفة قضاء الدولة

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ١٤٨

^٢ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق ص ٤٦٢

^٣ ولهذا فإن حكم التحكيم الصادر ضد أحد المدينين أو الدائنين المتضامنين للاحجية له في مواجهة الباقيين وذلك مع ملاحظة أن التطابق يقوم فيما يفيد-انظر مؤلف د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال- مرجع

سابق - ص ٤٥٩-٤٦١

باعتباره أحد المرافق العامة في الدولة^١، فلا يمكن القول بقيام القضاء بالفصل بالدعوى أكثر من مرة إذا ارتأى الخصوم هذا تبعاً لما في ذلك من تعطيل لمرفق القضاء، وهذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة لهيئات التحكيم إذ هي هيئات خاصة تركز على إرادة الأطراف الخاصة، فإذا صدر حكم التحكيم فإنه يصدر حائزاً للحجية حمايةً لمصالح الأطراف الخاصة دون وجود أي اعتبارات تتعلق بمرفق عام أو ما يرتبط بذلك من مصالح عامة.^٢

ولذلك فإن اتفاق الأطراف على رفض ما قضى به حكم التحكيم وعقد العزم على بدء إجراءات تحكيم جديد أمام هيئة تحكيم جديدة، فهذه الهيئة لا تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم قبول طلبات التحكيم استناداً لحجية حكم التحكيم السابق صدوره ولا يتسنى لها ذلك إلا إذا تمسك أحد الأطراف بهذه الحجية، والأمر نفسه إذا لجأ المحكوم ضده إلى القضاء لإعادة عرض النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم، فالمحكمة لا تملك من تلقاء نفسها الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها بحكم تحكيم إلا إذا حضر الطرف الآخر وتمسك أمامها بحجية حكم التحكيم السابق صدوره وهذا كله يرجع إلى أن أحكام التحكيم ترتبط حجيتها بمصالح الأطراف الخاصة.^٣

والأمر هذا يتشابه مع نفس المنطق المتعلق بالدفع باتفاق التحكيم أمام القضاء، فالقاضي لا يقضي بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه وإنما يجب أن يتمسك الأطراف أمامه بوجود اتفاق تحكيم.

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق ص ١٤٩

^٢ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ٢٧٧

^٣ المرجع السابق ص ٢٧٨

ونشير إلى أن جانب من الفقه اتجه إلى اعتبار أن حجية الأمر المقضي به التي يحوزها حكم المحكم في مسألة اختصاصه تتعلق بالنظام العام خلافاً لحجية حكم المحكم في موضوع النزاع استناداً إلى أن الحكم الأول لا يستطيع الأطراف الاتفاق على إعماله أو إبطاله، أما الحكم الثاني فإرادة الأطراف هي المصدر الأساسي له فهي التي تضع معالم اتفاق التحكيم وتحدد موضوع النزاع، فإذا صدر حكم وكان غير ملائم لمصلحة الخصوم الخاصة كان لهم الاتفاق على عرض النزاع من جديد على هيئة تحكيم أخرى أو على المحكمة المختصة.^١

إن حكم التحكيم وبمجرد صدوره يتمتع بالإضافة لحجية الأمر المقضي به بقوة الأمر المقضي كونه غير قابل للطعن، فحجية الأمر المقضي به هي صفة للأثر القانوني الذي يحدثه الحكم ، أما قوة الأمر المقضي فهي صفة في الحكم تدل على مدى قابلية الحكم للطعن فيه.

^١ د. أنو الطشي - مرجع سابق ص ١٠٥-١٠٧

(ويشير سيادته إلى حكم التحكيم الصادر عن محكمة التحكيم العليا بغرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ ١٩ فبراير ١٩٨٥ في قضية بين شركة هولندية وشركة هولندية حيث قرر المحكم في التحكيم الثاني اختصاصه في المطالب الهولندية التي لم يفصل فيها حكم التحكيم السابق وقرر عدم اختصاصه في المسائل التي فصل فيها التحكيم السابق، وذلك احتراماً لحجية الأمر المقضي التي يتمتع بها حكم التحكيم السابق بما فصل فيه)

ثانياً: استنفاد ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لمسألة الاختصاص:

يترتب على صدور حكم التحكيم ، أن تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بشأن النزاع الذي تم الفصل فيه بصورة قطعية بحيث لايجوز لها العودة ثانيةً إلى نظره حتى ولو تبين لها عدم عدالة أو عدم صحة ماحكم به ، كما تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بشأن كل ما فصلت فيه من طلبات أو دفعات.^١

ويبرر الفقه قاعدة استنفاد ولاية المحكم من خلال القول بأن السماح للمحكم بتعديل حكمه في المنازعة التي فصل فيها يشكل مخالفة لمهمته ويفسد فكرة العدالة ، وبالتالي فمن أجل ضمان حسن سير الخصومة ولتحقيق هدفها في منح الحماية القضائية على وجه منظم، تقرر جميع قوانين المرافعات أنه إذا فصلت المحكمة في مسألة من المسائل المعروضة عليها بصفة قطعية، انقضت سلطتها بشأنها وبالتالي خرجت المسألة من ولايتها، فيصبح القاضي لا ولاية له عليها، فليس له العدول عن حكمه أو تعديله وليس للخصوم إثارة هذه المسألة أمامه من جديد.

فقاعدة استنفاد هيئة التحكيم ولايتها بصدور حكم التحكيم، قاعدة معترف بها فقهاً وقضاءً دون الحاجة للنص عليها طالما أن هيئة التحكيم تمارس وظيفة قضائية. فهي أصل من

^١ د.محمود محمد هاشم - بحث بعنوان استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات-منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية حقوق جامعة عين شمس-العديدين الأول والثاني - ١٩٨٤-ص٥٣-

أصول العمل القضائي-أي قاعدة الاستنفاد - وتتفق تمام الاتفاق مع جوهر قضاء التحكيم وتدعم الثقة بأحكام التحكيم مع السرعة التي هي أهم مزايا التحكيم^١.

إن فكرة استنفاد الولاية "**La notion du dessaisissement**" معروفة بوضوح في القانون الفرنسي بالنسبة لقاضي الدولة وفق مانصت عليه المادة ١/٤٨١ من تقنين المرافعات الفرنسي ، وبنفس المعنى وعلى نفس الأساس يستنفذ المحكم ولايته وفق ماتبنته المادة ١/١٤٧٥ من تقنين المرافعات الفرنسي.

فالقاعدة أن يستنفذ المحكم ولايته متى أصدر حكماً قطعياً بحيث لايجوز له الرجوع عنه أو تعديله بالحذف أو الإضافة أو التغيير^٢ ، ولذلك قيل- كما قيل في شأن الحكم القضائي- أن القاضي بعد الحكم لم يعد قاضياً، كذلك المحكم بعد الحكم لم يعد محكماً^٣.

والعبرة في استنفاد الولاية أن يكون الحكم قطعياً "**definitif**" ،بمعنى أن يكون قد حسم مسألة معينة حسماً ملزماً لا رجوع فيه ولا عدول عنه من جانب المحكم ، وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه : ((الحكم الذي يضع حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته)).

والعبرة هنا بالمعنى لا بالمبنى فأن يكون الحكم قد حسم المسألة حسماً لا رجعة فيه، فذلك ما يستنفذ ولاية المحكم^٤.

^١ د.مصلح الطراونة - مرجع سابق-ص١٢٥ ويشير سيادته إلى أن القضاء الفرنسي قد أخذ بهذه القاعدة قبل النص عليها في المادة ١/١٤٧٥ التي نصت صراحةً على أن المحكمين يستنفذون ولايتهم بصور حكمهم

^٢ د.أحمد أبو الوفا-التحكيم الاختياري والإجباري - مرجع سابق ص ٢٠٨

^٣ د. محمود هاشم-استناد ولاية المحكمين-مرجع سابق-ص ١٣

^٤ د.طلعت دويدار - مرجع سابق ص ٢٦٠-٢٦١

إن حكم المحكم في مسألة اختصاصه يستتفد ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لهذه المسألة باعتبار أن هذا الحكم وإن لم يفصل بالموضوع إلا أنه فصل بشكل قطعي في مسألة الاختصاص ، ويترتب عليه انتهاء الخصومة في حالة الحكم بعد الاختصاص ، وبالتالي فإن قاعدة الاستنفاد تسري على الأحكام الصادرة في الموضوع وكذلك على بعض الأحكام الفرعية الصادرة قبل الفصل في الموضوع لأنها قطعية تستتفد ولاية المحكمة فيما فصلت فيه وتحوز حجية الأمر المقضي^١.

ولابد من الإشارة إلى أن فكرة استنفاد الولاية تتميز عن فكرة الحجية في أن استنفاد الولاية يحدث بالنسبة لكل مسألة فصلت فيها هيئة التحكيم أثناء نظر الدعوى وحتى انتهاء الخصومة سواء كانت المسألة إجرائية أو موضوعية ، ويكون أثرها داخل الخصومة التي صدر فيها ، أما الحجية فإنها تكون فقط للأحكام القطعية ، ويكون أثرها خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم^٢.

ويتحدد نطاق قاعدة استنفاد ولاية المحكم بالخصومة التي صدر فيها الحكم من ناحية وبالمسائل التي فصل فيها دون غيرها من ناحية أخرى.

ويمكن القول أنه يوجد عدة استثناءات على قاعدة استنفاد ولاية هيئة التحكيم وفق مآدرج فقه التحكيم والمرافعات على تسميتها على الرغم من أنها لاتعد استثناءات بالمعنى الفني على قاعدة استنفاد ولاية هيئة التحكيم ، ولكن السبب في تسميتها استثناءات هو أنه بموجب قاعدة الاستنفاد فإن هيئة التحكيم لاتملك أن تعود لل قضية التحكيمية من جديد بعد أن انتهت مهمتها وبعد أن ارتفعت يدها عنها بصور الحكم القطعي ، وتشمل هذه الاستثناءات حالات

^١ المرجع السابق ص ٢٦٢-٢٦٣

^٢ د. فتحي والي- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق- مرجع سابق ص ٤٦٣

تصحيح حكم التحكيم وتفسيره وإصدار حكم إضافي في بعض الطلبات الموضوعية التي أغفلت هيئة التحكيم الفصل فيها^١.

^١ د. مصلح الطراونة- مرجع سابق-ص ١٢٩

انظر أيضاً: المادة/٤٦/ من قانون التحكيم السوري والمواد ٤٩-٥٠-٥١ من قانون التحكيم المصري-المادة ٣٣ من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والتي تشير إلى الاستثناءات على قاعدة الاستنفاد.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على حكم المحكم في مسألة اختصاصه

شغلت العلاقة بين القضاء والتحكيم أذهان الفقه، وبصفة خاصة في الآونة الأخيرة وثارت مناقشات عديدة حول أساس هذه العلاقة وطبيعتها القانونية وما إذا كان يغلب عليها طابع المساعدة أم الطابع الرقابي وما حدود رقابة القضاء على المحكم ، وهل تبدأ هذه الرقابة بعد صدور الحكم وانتهاء عمل المحكم أم يمارس القضاء رقابته منذ بداية عمل الحكم ويستمر أثناء سير الإجراءات.

إن الرقابة القضائية على عمل المحكم تلعب دور إيجابي مزدوج :

* **الأول وقائي:** يتمثل في حرص المحكم على تحري الدقة والتطبيق السليم للقانون ، فضلاً عن حرص الأطراف أنفسهم على سلامة الإجراءات تجنباً لرفض تنفيذ الحكم أو إبطاله.

* **الثاني علاجي :** يتمثل في إبطال الحكم أو رفض تنفيذه عند تحقق أحد أوجه الإبطال أو رفض التنفيذ ، وهذا بهدف ضمان صحة الحكم والحفاظ على الجوهر القضائي السليم لخصوصية التحكيم^١.

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٢٣

هذا ويؤيد جانب كبير من الفقه خضوع عمل المحكم للرقابة القضائية تحقيقاً للعدالة وضمانةً لصحة الحكم ولما لهذه الرقابة من دور فعال في حماية الأطراف من تحكم المحكمين ، كما يروا أن استبعادها أكثر ضرراً للتحكيم كنظام كامل وكافٍ لحسم المنازعات¹.

ويبرر بعض الفقهاء لزوم هذه الرقابة بالقول بأنه إذا كان القضاء العادي بصلاحياته المقيدة بالقواعد والأصول التي يفرضها قانون أصول المحاكمات ، يخضع لدرجات في المحاكمة وتخضع قراراته لطرق الطعن العادية وغير العادية ، فإن التحكيم ، هذا القضاء الخاص ، وبصلاحياته الموسّعة ، يحتاج بالضرورة إلى إخضاعه لمثل هذا التدرج في المحاكمة ، وإخضاع قراراته لطرق مناسبة للطعن ، فالتحكيم يقتضئ لإدخاله في النظام القانوني في الدولة ، أن يكون خاضعاً للرقابة القضائية².

وعليه فإن القضاء يمارس رقابته على عمل المحكم وهذه الرقابة تكون في المرحلة السابقة على صدور الحكم كما تكون في المرحلة اللاحقة على صدوره:

إن الرقابة القضائية السابقة على صدور الحكم يغلب عليها طابع المساعدة أثناء سير الإجراءات وذلك لإزالة العقاب وتيسير الإجراءات منذ بدايتها من خلال قيام القضاء بمهمة

¹ Mann, Lex Facit arbitrum in international arbitration,2{ International arbitration,1986}241

حيث يعبر عن ذلك بقوله:

((Elimination of any and all grounds for challenge of award is an intriguing but misguided experiment, Likely to do more harm than good to fair and efficient international dispute resolution)).

² د. جعفر مشيمش ، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره ، منشورات زين الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩ ، ص ١٩٠-١٩١

المساعدة في تعيين المحكمين ابتداءً واستكمال تشكيل هيئة التحكيم أثناء سير الإجراءات ، وعزل المحكم والطعن في طلب رده ، وبالتالي فإن موقف القضاء من عملية التحكيم قبل صدور الحكم هو موقف المساند والداعم لعملية التحكيم وللسير الصحيح للإجراءات.^١

أما الرقابة القضائية اللاحقة على صدور حكم التحكيم فهي تتم على مرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي الطعن في الحكم التحكيمي من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم ، فالتحكيم باعتباره عدالة خاصة لا يتواءم بسهولة مع طرق الطعن التي ترمي إلى إعادة فحص النزاع وإحلال حكم القاضي محل حكم المحكمة ، فرقابة القضاء تقتصر على رقابة المشروعية والصحة ، يعني أنها تنصب فقط على رقابة الطريق الذي تم به اتخاذ المحكم قراره وليس عما تم تقريره أو الفصل فيه.

المرحلة الثانية: وهي أثناء تنفيذ الحكم ، حيث على القاضي أن يرفض الأمر بالتنفيذ إذا كان حكم التحكيم المطلوب الأمر بتنفيذه لا يعد حكم محكمين ، كتقرير الخبير أو مجرد إبداء رأي ، كما يجب أن لا ينطوي الحكم على اعتداء صارخ على النظام العام ، وإن المخالفة الصارخة يمكن أن تستشف من البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم.^٢

بناءً على ما سبق بيانه فإننا سنبحث في مرحلتي الرقابة القضائية اللاحقة على حكم المحكم في مسألة اختصاصه ، وهما مرحلة الرقابة المباشرة عن طريق دعوى بطلان حكم التحكيم ، والرقابة غير المباشرة عن طريق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم باعتبار أن الرقابة القضائية اللاحقة بصورتها هي المرتبطة بموضوع بحثنا هذا.

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٢٧ وما بعدها

^٢ د. ناريمان عبد القادر - مرجع سابق - ص ٦٣

أولاً: الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض دعوى البطلان

من أوجه الاختلاف الأساسية بين الحكم الصادر في خصومة التحكيم والحكم الصادر في الخصومة القضائية هو خضوع حكم التحكيم لطلب إبطاله بدعوى مبتدأه وهذا يعد من السمات المميزة لحكم التحكيم وينفرد بها عن الأحكام القضائية ، وقد أقرت غالبية الأنظمة القانونية الوطنية الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، ولعل الحكمة من تقرير دعوى البطلان أن الأسباب التي حددتها التشريعات المختلفة لإبطال الحكم ينعدم بتوافر جوهر الحكم ومضمونه مما يبرر إبطال الحكم وإلغاء وجوده.^١

وعليه فإننا سنبيّن ماهية دعوى البطلان والغاية منها وسنبحث في أسباب البطلان المتعلقة بمسألة اختصاص هيئة التحكيم وصولاً إلى نظر الطعن على الحكم الصادر في مسألة الاختصاص على النحو التالي :

١- ماهية دعوى بطلان حكم التحكيم والغاية منها:

حتى نتمكن من الوقوف عند تحديد المقصود بدعوى بطلان حكم التحكيم وطبيعتها لابد من بحثها في ضوء الطابع القضائي الخاص لأحكام التحكيم والذي نميل إلى تأييده ، فلمّا كان حكم التحكيم عملاً قضائياً، فإن الغلط الذي يشوبه ويبرر الرقابة عليه ، لا يخرج عن إحدى النماذج المعروفة للغلط في الأحكام القضائية وهي الغلط المادي والغلط في الإجراء والغلط في التقدير.

وإذا كان الغلط المادي الذي يقع في حكم التحكيم لا يثير أية إشكالية باعتبار أن أغلب قوانين التحكيم قد منحت هيئة التحكيم سلطة تصحيح مايقع في حكمها من أغلاط مادية ولو

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٧٥

من تلقاء نفسها^١، يبقى التساؤل مطروحاً بخصوص الرقابة القضائية على حكم التحكيم المشوب بغلط في التقدير أو غلط في الإجراء؟^٢

يفرق فقه المرافعات بين الغلط في الإجراء والغلط في التقدير بخصوص الأحكام القضائية، وإننا بإسقاط ذلك على حكم التحكيم نجد مايلي:

إن هيئة التحكيم عند نظر الخصومة التحكيمية مقيدة بجملة قواعد وإجراءات يفرضها اتفاق الأطراف أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وإن مخالفة هذه القواعد يؤدي إلى وقوع عيب إجرائي في الحكم يتولد عنه بطلان هذا الحكم.

ومن ناحية أخرى فإن هيئة التحكيم يمكن أن تخالف قاعدة قانونية موضوعية واجبة التطبيق على موضوع النزاع أو تغلط في تفسيرها أو تأويلها، وكذلك من الممكن أن تغلط الهيئة في فهم أو تقدير أو تكييف وقائع النزاع نفسها، وهذا الغلط يسمى غلط في التقدير، وهذا الغلط في التقدير إذا وقع في الحكم فإنه لا يعد سبباً من أسباب بطلان الحكم التحكيمي وإنما يكون الحكم فقط مشوب بعيب الغلط في التقدير، أي مشوب بعيب عدم العدالة^٣.

وعليه فإن بطلان حكم التحكيم يتعلق بالعيوب الشكلية في الإجراءات التي أدت إلى إصدار الحكم أو التي لازمت إصداره، وإن القاسم المشترك بين جميع حالات بطلان حكم التحكيم باستثناء مخالفة الحكم للنظام العام أو فصله فيما لايجوز التحكيم فيه، أننا لا ننظر إلى

^١ انظر نص المادة/٥٠/ من قانون التحكيم المصري والمادة /٤٦/ من قانون التحكيم السوري والمادة /٤٦/

من قانون التحكيم الأردني والمادة/٣٣/من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

^٢ د.مصلح الطراونة- مرجع سابق- ص ١٦٦

^٣ المرجع السابق- ص ١٦٧

مضمون الحكم مهما كانت درجة عدم عدالته أو مهما كانت جسامة الغلط في التقدير التي تنسب إليه، وإنما ننظر إلى الإجراءات السابقة أو المعاصرة لصدور الحكم.

وعليه فإذا كان اتفاق التحكيم الذي يبنى عليه حكم التحكيم، صحيحاً وإجراءات التحكيم من الناحية الشكلية صحيحة، فهو حكم صحيح من ناحية الشكل وإن كان معيباً بعيب الغلط في التقدير، أي مشوباً بعيب عدم العدالة، وهذا العيب ليس سبباً من أسباب بطلان حكم التحكيم.^١

إن الحكم القضائي المشوب بغلط في التقدير يُطعن فيه حيث يتم إلغائه أو فسخه وتعديله من محكمة الطعن، أما الطعن بالبطلان كطريق طعن يخضع له الحكم التحكيمي تتراجع فيه الوظيفة الإصلاحية أو التعديلية.^٢

وتجدر الإشارة في هذا المقام أنه من القواعد الثابتة في قوانين المرافعات أنه لا يجوز المطالبة بإبطال الأحكام القضائية عن طريق رفع دعوى قضائية مستقلة بهدف استصدار حكم ببطلان الحكم المدعى ببطلانه، لأن النظام القانوني للدعوى القضائية يختلف عن النظام القانوني للطعن في الأحكام، فطرق الطعن بالأحكام هي الأداة الفنية الوحيدة التي يمكن عن طريقها التمسك ببطلان الحكم أو تقريره، وهذه الطرق من متعلقات النظام العام.^٣

^١ المرجع السابق - ص ٣٢٣

^٢ د. حفيظة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق ص ٣٢٣

^٣ قرار صادر عن محكمة النقض السورية برقم ١٥٨-أساس ٣٧٩ لعام ٢٠١٩ حيث تتضمن أن دعوى إبطال الأحكام لا أصل لها في التشريع ولا الاجتهاد القضائي، ولا يجوز التمسك ببطلان الحكم إلا عن طريق الطعن فيه بطرق الطعن العادية أو غير العادية، أو بسلوك دعوى اعتراض الغير لمن يدعي أنه يمس حقوقه.

إن دعوى بطلان حكم التحكيم هي الوسيلة الأصلية للرقابة على حكم التحكيم بعيداً عن طرق الطعن التقليدية، وإن هذا القول له ما يبرره وهذا ما سنعرضه في النقاط التالية:

أ- إن الاتفاق على التحكيم يهدف إلى البحث عن عدالة خاصة تتناسب مع المصالح الخاصة للأطراف، فالاتفاق على التحكيم والذي يقره المشرع، يهدف إلى تنازل الأطراف عن العدالة الصّماء التي عينها القضاء الوطني لصالح عدالة التحكيم وهذا يعني، من ضمن أشياء أخرى، تنازل الأطراف عن تدخل قاضي الدولة في تقويم عدالة التحكيم ، طالما أن هذه العدالة لا تتعلق بالنظام العام الذي يحرسه، ولكن طالما أن المشرع ينزل عند إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ويقر هذه الإرادة ، فلا بد له أن يحميها ، وهذه الحماية تكون من خلال دعوى البطلان والتي يمكن رد معظم أسبابها إلى الأصل الاتفاقي للتحكيم، أي إلى اتفاق التحكيم، ولهذا فإنه وفي مقابل عدم مراقبة الغلط في التقدير الذي يقع في حكم التحكيم احتراماً لإرادة الأطراف، تتم مراقبة الحكم لغلط في الإجراء أيضاً احتراماً لإرادة الأطراف ولمقتضيات النظام العام.

ب- إن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان لا تنتظر في موضوع الحكم مهما كانت درجة عدم عدالته وإنما تنتظر فقط إلى الصيغة التي حُقِّقت من خلالها العدالة ، وذلك من خلال بحث مدى توافر سبب من أسباب بطلان الحكم ، وهذا ما يحقق مصلحة الخصوم ، إذ لا يُنظر موضوع النزاع مرتين وهذا ما أرادت الأطراف من اللجوء إلى التحكيم.^١

^١ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ١٧٤

ونخلص القول إلى أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريقة من طرق الطعن في الأحكام وإنما هي دعوى أصلية ترمي إلى إبطال الحكم، أي إلغائه، لا إلى تصحيحه أو تعديله أو تكملته، فلا تملك المحكمة التعرض لموضوع النزاع الذي قضى به الحكم، فهي إما أن تقرر إلغاء الحكم أو تقرر تأييده .

٢- أسباب بطلان حكم التحكيم المتعلقة بمسألة الاختصاص

إنه وبمراجعة مختلف الأنظمة القانونية المعنية بالتحكيم سواء الوطنية منها أو الدولية نجد أنها قد عدت الأسباب التي يمكن للأطراف الاستناد إليها في إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم ، أي إنه إذا ماتوافر سبب من هذه الأسباب التي هي عيوب في حكم التحكيم أمكن أي طرف من أطراف التحكيم اللجوء إلى القضاء متذرعاً بهذا العيب لطلب إعلان بطلان حكم التحكيم وإلغاء وجوده. وتتشابه مختلف نصوص قوانين التحكيم في تحديد أسباب بطلان حكم التحكيم^١، وتظهر الدراسة المقارنة للعديد من الأنظمة القانونية المعاصرة المنظمة للتحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة أن الطعن بالبطلان على حكم التحكيم يتركز بصفة أساسية حول أربع طوائف من الأسباب:

- **الطائفة الأولى:** تستند على انعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم .
- **الطائفة الثانية :** تستند على عدم احترام إرادة الأطراف .
- **الطائفة الثالثة:** تتعلق بالمخالفات التي تلحق بإجراءات التحكيم ذاتها .

^١ انظر المادة /٥٠/ من قانون التحكيم السوري، والمادة /٥٣/ من قانون التحكيم المصري، والمادة /٢٨/ من قانون التحكيم التونسي رقم /٤٢/ لعام ١٩٩٣، والمادة /٤٩/ من قانون التحكيم الأردني، والمادة /٣٤/ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

• **الطائفة الرابعة :** تقوم أساساً على مخالفة مضمون الحكم التحكيمي للنظام العام ^١.

ولاشك أن دراسة كل سبب من هذه الأسباب يحتاج إلى بحث مستفيض بذاته، بل أن بعضها يصلح أن يكون عنواناً لمؤلف مستقل ، لذلك آثرنا أن نقتصر على استعراض الأسباب المتعلقة بانعدام الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم لجهة عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه من جهة أولى ، وعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم من جهة ثانية

أ- عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه بانتهاء مدته :

يعتبر اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة، هو وسيلة الخصوم الوحيدة لطرح منازعاتهم الحالية أو المحتمل نشوئها على التحكيم، ولكي يرتب هذا الاتفاق آثاره يجب أن يكون موجوداً من الناحيتين المادية والقانونية ^٢، حيث أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها منه ومن خلاله يتحدد نطاق هذه السلطة ، ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة فيلزم توافر التراضي الصحيح الذي يُبنى عن إيجاب وقبول متطابقين في الالتجاء إلى التحكيم لفض النزاع المثار أو الذي يمكن أن يثور، أما في حالة عدم تحقق التراضي أي عدم وجود تلاقي إرادتين كما لو صدر الإيجاب وقبول بالرفض أو بالصمت غير الملابس أو تضمن القبول إيجاب جديد ففي هذه الصورة لم ينشأ أصلاً اتفاق التحكيم ^٣.

كما يشترط لوجود وصحة اتفاق أن تكون إرادة الأطراف سليمة خالية من عيوب الرضا كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، لأن عيوب الإرادة من شأنها أن تجعل الاتفاق

^١ د. حفيظة السيد الحداد- الموجز في النظرية العامة-مرجع سابق-ص ٣٤٤

^٢ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق- ص ١٩٣

^٣ د. مختار بريري-مرجع سابق - ص ٢٣٤

باطل أو قابل للإبطال ، كما يشترط أيضاً قابلية المنازعة للفصل فيها عن طريق التحكيم، فإذا لم تكن المنازعة قابلة للفصل فيها عن طريق التحكيم وفقاً للقانون الذي يرى المحكم ضرورة إعماله فإنه يتعين عليه أن يحكم بعدم الاختصاص بنظر المنازعة^١.

وبالإضافة لما سبق فإن سقوط اتفاق التحكيم بانتهاء مدته يعد سبباً لبطلان حكم التحكيم ويتحقق ذلك من خلال صدور حكم التحكيم بعد انقضاء الأجل أو الميعاد الذي حدده اتفاق التحكيم أو الذي حدده القانون لإصدار الحكم^٢.

ب- عدم احترام المحكمين للمهمة المخولة لهم من قبل الأطراف:

تتحقق هذه الصورة من صور البطلان من خلال فصل حكم التحكيم في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوزه لحدود هذا الاتفاق ، حيث أن هيئة التحكيم تتعدّد للفصل في النزاع الذي اتفق الأطراف على عرضه عليها ولا تملك مد نظرها خارج حدود هذا النزاع ، وعلى هيئة التحكيم أن تنقيد بدقة في حدود نطاق اختصاصها عند إصدارها حكمها في المسائل المعروضة عليها^٣، فإذا قضت هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها الاتفاق فإن قضاءها بشأنها يضحى وارد على غير محل من خصومة التحكيم ، وصادر عن جهة لا ولاية لها

^١ د. حفيفة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٣٤٩ وما بعدها ، راجع أيضاً المواد ٨-٩ والفقرتين أ - ب من المادة ٥٠ من قانون التحكيم السوري

^٢ انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة في ١٥ يونيو ١٩٩٤ في قضية مدينة الدار البيضاء ضد شركة Degrement: حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المبدأ المستقر والذي يقرر أن المدة التي تحددها الأطراف لهيئة التحكيم ، سواء بطريق مباشر أو عن طريق الإشارة إلى إحدى لوائح التحكيم ، من أجل أن تصدر الحكم المنهني للخصومة والانتها من مهمتها ، لا يمكن تعديلها من قبل المحكمين أنفسهم ، يعد من مقتضيات النظام العام الداخلي والدولي باعتباره مبدأ وثيق الصلة بالطابع الاتفاقي للتحكيم - مشار إليه في مؤلف د. حفيفة الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٤٢٢

^٣ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ٢٤٦

بالفصل فيها ، لدخول تلك المسائل في ولاية جهة القضاء صاحب الولاية العامة ، ويكون بالتالي حكم التحكيم باطل.^١

إن هذا السبب من أسباب بطلان حكم التحكيم يشمل بين طياته عدة حالات تخرج فيها هيئة التحكيم عن حدود سلطتها المقيدة باتفاق الأطراف وهذه الحالات هي :

١- " أن تفصل هيئة التحكيم في طلب تم عرضه عليها من قبل أحد الأطراف ولكن لايشمله اتفاق التحكيم ، كما لو قضت هيئة التحكيم باستحقاق المهندس لباقي أتعابه من رب العمل في حين أن اتفاق التحكيم ينص على تفسير نصوص العقد المبرم بين المهندس ورب العمل فقط .^٢

٢- " أن تفصل هيئة التحكيم في طلب لم يتم عرضه عليها أصلاً ، أي الحكم بما لم يطلبه الخصوم ، فهنا تكون هيئة التحكيم قد تجاوزت حدود الاتفاق ، كما لو قضت هيئة التحكيم ببطلان عقد الشركة في حين أن الذي كان معروضاً عليها هو حسم النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد .^٣

وكذلك تتجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم ليس فقط إذا حكمت بشيء لم يطلبه الخصوم وإنما أيضاً إذا حكمت بأكثر مما طلبوه^٤ ، ولذلك فإن محكمة استئناف باريس على سبيل المثال أبطلت حكماً تحكيمياً على نحو جزئي لأنه حدد بداية الفوائد التأخيرية في

^١ د.فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق ص ٥٨٧

^٢ د.مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ٢٥٢

^٣ المرجع السابق - ص ٢٥٣

^٤ انظر المادة ٥٠ فقرة (و) من قانون التحكيم السوري لا سيما لجهة معالجة فكرة إمكانية وقوع البطلان جزئياً على المسائل التي لايشملها اتفاق التحكيم .

تاريخ سابق على ذلك الذي تمسك به الطرف المدعي^١ ، وكذلك قضت محكمة استئناف باريس ببطلان حكم تحكيمي فصل في الحقوق العقارية لأحد الأطراف بينما لم يكن مختصاً إلا بتحديد النظام القانوني للشركة^٢ .

٣- "إذا جاوز حكم التحكيم حدود اتفاق التحكيم ومن صور ذلك إعمال أثر اتفاق التحكيم بمواجهة من ليس طرفاً فيه^٣ ، أي في مثل هذه الحالة تكون هيئة التحكيم قد تجاوزت نطاق اختصاصها الشخصي ، ويدخل في هذه الحالة أيضاً حالة ما إذا أمرت هيئة التحكيم باتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي دون أن تكون مخولة بذلك بموجب اتفاق التحكيم^٤ .

٣- نظر الطعن بالبطلان على الحكم الصادر في مسألة الاختصاص:

سنناقش في هذا الجزء من البحث، نطاق الرقابة على قرار المحكم في مسألة اختصاصه من خلال نظر الطعن بالبطلان على هذار القرار ، حيث أن تمتع المحكم بسلطة الفصل في اختصاصه بنظر النزاع ، لا يحول دون مراقبة هذا القرار من قبل القضاء والغائه إذا ما تبين عدم صحته .

إن القضاء يمارس سلطته الرقابية بمناسبة الطعن على قرار المحكم بشأن اختصاصه، حيث لا يجب أن يفهم اتفاق الأطراف بتحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها ، على أنه تنازل عن الحق في الطعن بالبطلان في القرار الصادر ، ومن ثم فإن القضاء يتحسس ظاهرة الأوراق مع مراعاة عدم التدخل في التفاصيل الدقيقة

^١ د.حفيظة الحداد- الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٤٦٢

^٢ المرجع السابق - ص ٤٦٢

^٣ د.فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ٥٨٧

^٤ المرجع السابق - ص ٥٨٨

لنطاق اختصاص المحكم أو بحث منازعة الأطراف في مسائل ترتبط بنطاق سلطة المحكم أو نمط التحكيم الذي اختاروه ، فيترك هذه المسائل للمحكم احتراماً لسلطاته وحفاظاً على فاعلية التحكيم طالما اتضحت صحة قرار المحكم بشأن اختصاصه.

غير أنه عندما يصدر المحكم حكماً إجرائياً مستقلاً بالفصل في اختصاصه قبل الفصل في الموضوع، فالتساؤل يثور حول إمكانية الطعن عليه استقلاً وقبل صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم ، وأثر هذا الطعن على إجراءات التحكيم.

في فرنسا رفض الفقه والقضاء ، قبل صدور قانون المرافعات عام ١٩٨٠ ، قبول الاعتراض على حكم المحكم الصادر بالفصل في اختصاصه ، استناداً إلى أن حكم التحكيم لا يحوز الصفة القضائية وغير قابل للطعن إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه، رغم صدور بعض الأحكام التي أكدت أن حكم التحكيم يحوز الحجية فور صدوره.

ويرى البعض أن الطعن على الحكم الجزئي في وقت متزامن مع سير الإجراءات يجعل الأطراف في سباق ، فأحدهما يسعى لإنهاء إجراءات التحكيم لصالحه والآخر يسعى لإحباط إجراءات التحكيم بإصدار حكم قضائي بعدم اختصاص المحكم بنظر النزاع، لذا عند إجازة الطعن على الحكم الجزئي يتعين على المحكم أن يوقف سير الإجراءات أمامه لحين صدور حكم القضاء في الطعن على الحكم ^١ .

إننا وبمراجعة نص المادة/٢١/ من قانون التحكيم السوري والمقابلة لنص المادة/٢٢/ من قانون التحكيم المصري نجد أنها نصت على أنه في حالة رفض الدفع بشأن مسألة الاختصاص فلا يجوز التمسك بهذا الدفع إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق ص ٣٥٣

المنهي للخصومة ، وبالتالي ليس للقضاء فرض رقابة على قرار المحكم بشأن اختصاصه استقلاً وإنما مع الحكم المنهي للخصومة كلها.

ورغم ذلك فإنه من المتصور ممارسة القضاء لهذا الدور الرقابي إذا ما عرض الأمر عليها بصفة أصلية عندما ترفع أمامه دعوى مبتدئة لتقرير بطلان اتفاق التحكيم، وأثير الطعن على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بتقرير اختصاصها كدفع في الدعوى، أو أثير كدفع أمام القضاء بمناسبة طلب تعيين محكم بديل استناداً إلى قرار رفض الاختصاص^١.

ونقول ختاماً أن المحكم يتصدى لتقرير اختصاصه بنظر النزاع كجزء من مهمته الأساسية، ورغم التسليم بسلطة المحكمين في الفصل في اختصاصهم إلا أن هذا لا يحول دون ممارسة القضاء لسلطته في الرقابة على صحة تقرير المحكم لاختصاصه^٢.

والقضاء لا يبيت في اختصاص المحكم عند وجود هيئة تحكيم مشكلة بالفعل تنظر الإجراءات، وذلك لحين صدور قرار المحكم بنفي أو تقرير اختصاصه، فعندما يصدر المحكم حكماً يفصل في مسألة اختصاصه وفي الموضوع في آن واحد يخضع حكم التحكيم شاملاً مسألة الاختصاص لقواعد الطعن المتاحة على حكم التحكيم، وذلك بالاستئناف في ظل الأنظمة التي تجيز استئنافه أو بالطعن عليه بالبطلان في الحالات

^١ د. هدى عبد الرحمن - مرجع سابق ص ٣٥٤

^٢ تقرر المادة ٢٦/ من قانون التحكيم التونسي الجديد سلطة هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها بقرار غير قابل للطعن استقلاً في حالة قبول الاختصاص، أما في حالة رفضه يكون القرار مسبباً وقابل للاستئناف ، بينما تقرر المادة ٣/١٦ من القانون النموذجي لعام ١٩٨٥ أن سبيل الطعن على قرار المحكم في مسألة اختصاصه هو الطعن على حكم التحكيم.

التي يجوز فيها ذلك ، وقد أقرت محكمة استئناف باريس إمكانية الطعن بالبطلان على حكم المحكم الصادر بالفصل في اختصاصه على استقلال، فقرار المحكم الصادر في اختصاصه يعد حكماً جزئياً لأنه فصل في جزء من النزاع يتعلق بالمنازعة حول الاختصاص^١، و المادة /٥٤٥/ من قانون المرافعات الفرنسي لاتجيز الطعن بالاستئناف إلا في الأحكام المنهية للخصومة أو التي تحسم جزء من النزاع، وبالتالي يجوز الطعن في حكم المحكم الصادر في مسألة اختصاصه بالاستئناف في ظل القانون الفرنسي، كما نصت المادة /٣٦/ من قانون المقاطعات السويسرية صراحةً على إمكانية الطعن في حكم التحكيم الذي يخطئ في تقرير أو نفي اختصاصه .

يبقى أن نشير إلى أنه يترتب على الحكم ببطلان حكم التحكيم زوال الحكم كله أو جزء منه حسب ما إذا كان البطلان جزئياً أو كلياً مع زوال كل ما يترتب عليه من آثار، وإذا قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم انتهت الخصومة أمامها، فليس لها بعد أن تقضي بالبطلان سلطة نظر موضوع النزاع لكي تفصل فيه، إذ أن دعوى البطلان ليست استئنافاً للحكم^٢.

^١ الحكم الصادر في ١٩٨٤/٦/٧ ، منشور في Revuede l'arbitrage , 1984, p.504, obs.Mezger
 مشار إليه في مؤلف د.هدى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ٣٥٤ ، وتشير سيادتها إلى أن المحكم غالباً ما يكتفي بأن يشير إلى اختصاصه في حكمه دون حاجة لإصدار حكم جزئي ، ولا يصدر هذا الحكم إلا عند وجود نزاع أو ادعاءات متعارضة بشأن اختصاصه تستدعي تصديده لها بحكم مستقل .

^٢ د.فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق ص ٦٢٥

وإذا كانت بعض التشريعات تخول المحكمة بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، نظر النزاع والفصل فيه، فإنه لا يمكن تقرير هذه السلطة للمحكمة دون نص صريح^١.

ثانياً: الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض الأمر بالتنفيذ

إذا كان القضاء الوطني يمارس رقابة مباشرة على حكم التحكيم في إطار دعوى البطلان فإن نطاق هذه الرقابة يضيق في إطار طلب تنفيذ حكم التحكيم، إذ أن المطلوب من القاضي في الحالة الأخيرة هو الأمر بتنفيذ الحكم ضد المحكوم عليه الممتنع عن تنفيذه طواعية.

وعليه يكون الأصل هو الأمر بتنفيذ الحكم مالم يتبين للقاضي توافر مانع من موانع التنفيذ، فالرقابة في هذه المرحلة ليست مقصودة لذاتها أي ليست سبباً لطلب التنفيذ وإنما قد تكون سبباً لرفضه.

إن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي تصل إليه هيئة التحكيم وتنفيذ هذا الحكم يمثل أساس ومحور قضاء التحكيم برمته وهو الحد والأساس لمدى فاعليته كأسلوب لفض وتسوية المنازعات^٢.

^١ نصت المادة ١٨٧ من قانون المرافعات الكويتي على أنه " إذا حكمت المحكمة ببطلان حكم التحكيم تعرضت لموضوع النزاع وقضت فيه"، وكذلك الأمر وفقاً للمادة/١٤٨٥/ من قانون المرافعات الفرنسي حيث أنه إذا قضت المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ببطلان الحكم التحكيمي فإنها تفصل في الموضوع في حدود مهمة المحكمين مالم يتفق الأطراف على غير ذلك

^٢ د.مصلح الطراونة - مرجع سابق ص ٢٧٤

فإذا كان لحكم التحكيم باعتباره عملاً قانونياً قضائياً، قوة ملزمة بمعناها الإجرائي ، وبالأخص الحجية ، إلا أن ليس له أية قوة تنفيذية بذاته كما هي الحال في الحكم القضائي، إذ أن القوة التنفيذية باعتبارها أثراً قانونياً لا بد لها من مصدر قانوني مباشر، فالقانون هو المصدر المباشر للقوة التنفيذية للسند، سواء كان هذا السند سنداً قضائياً أو تحكيمياً أو توثيقياً ، وإذا كان وجود الحكم القضائي هو مفترض القوة التنفيذية التي يمنحها القانون له إلا أن القوة التنفيذية لحكم التحكيم ليس هو حكم تحكيم بمفرده وإنما هو حكم التحكيم المأمور بتنفيذه.^١

إن إشكاليات موضوع تنفيذ أحكام التحكيم هي من أهم المعوقات التي تلقي بظلال كثيفة على الوجه المشرق للتحكيم ، لذلك فقد لاقى اهتماماً كبيراً من قبل المشرع الدولي والمشرعين الوطنيين وأحكام القضاء ومؤلفات الفقهاء.

وإذا كان الهدف من تعليق تنفيذ أحكام المحكمين على أمر القضاء هو تحقيق نوع من الرقابة والإشراف على القضاء الخاص المتمثل في الحكم التحكيمي ، فإن هذه الرقابة ليست بقصد عرقلة تنفيذ الحكم وإنما بقصد التثبت من خلو الحكم من العيوب الجوهرية التي قد تشوبه والتحقيق من انتفاء موانع تنفيذه ، ولا غرابة في أن الأمر بالتنفيذ يمثل اعترافاً من قضاء الدولة بالموافقة على إدخال الحكم التحكيمي ضمن نظامها القانوني ، فالموافقة على الأمر بالتنفيذ هي بمثابة منح تأشيرة دخول لذلك الحكم فكان لا بد من التحقق من مشروعيته ولو على الأقل الإجرائية.^٢

^١ د. أحمد حشيش - القوة التنفيذية لحكم التحكيم - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٠ - ص ٢٨ وما بعدها

^٢ د. مصلح الطراونة - مرجع سابق - ص ٢٧٧

وتجدر الإشارة بداية إلى أن الرقابة القضائية على حكم المحكم في مسألة الاختصاص في مرحلة إصدار الأمر بالتنفيذ للحكم التحكيمي هي رقابة تكاد تكون غير موجودة إذا ما نظرنا إلى حكم المحكم في مسألة اختصاصه بشكل مجرد ، لأن هذا الحكم سواء بقبول وإعلان الاختصاص بنظر النزاع أو بعدم الاختصاص بنظره ، هو حكم خالٍ من أي إلزام ، أي هو حكم مقرر لواقعة قانونية دون فرض أي التزام على عاتق أي من أطراف التحكيم ، غير أن الحكم بالاختصاص يترافق مع حكم بموضوع النزاع من حيث النتيجة وبالتالي يخضع هذا الحكم التحكيمي المنهي للخصومة لنوع من الرقابة القضائية في معرض إكسابه صيغة التنفيذ ، وهذه الرقابة تشمل ضمناً الرقابة على حكم المحكم بتقرير اختصاصه باعتباره المستند الأساسي لحكمه في الموضوع.

وإننا من خلال مراجعة مختلف النظم القانونية الوطنية المعنية بالتحكيم وجدنا أن هذه النظم القانونية وبصدد إعمال فكرة الرقابة أثناء مرحلة التنفيذ تميز بين نوعين من الأحكام التحكيمية وهي:

١- أحكام التحكيم الوطنية ٢- أحكام التحكيم الأجنبية

وعليه فإننا سنلقي الضوء على الأمر بالتنفيذ المتصل بكل نوع من هذه الأحكام على النحو التالي :

١- تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية:

بعد صدور حكم التحكيم يلجأ المحكوم له إلى تنفيذه جبراً في حال امتناع المحكوم عليه عن تنفيذه اختياراً ، وإذا كان من المقرر أنه لايجري تنفيذ جبري بغير سند تنفيذي ، فإن حكم التحكيم لا يصلح وحده لإجراء التنفيذ الجبري ، فهو ليس من الأعمال القانونية

التي أعطاه القانون القوة التنفيذية ، وإذا كان المشرع الوطني في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية قد أجاز الالتجاء إلى التحكيم فإنه لم يذهب في إقرار مشروعية "القضاء الخاص" أبعد من إجازة صدور إدانة خاصة لها قوة آمرة ولكن ليس لها قوة تنفيذية ، فحكم المحكمين وإن كان يحوز حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره ، ليس له في ذاته قوة تنفيذية تمكن المحكوم له من اقتضاء حقه جبراً ، فالقوة التنفيذية لاتلحق حكم المحكمين إلا بصور أمر خاص بها من قضاء الدولة يسمى بأمر التنفيذ^١.

ولهذا يمكن القول أن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو عمل قانوني مركب من عنصرين:

- العنصر الأول هو حكم تحكيم يتضمن إلزام المحكوم عليه بأداء معين .
 - العنصر الثاني هو الأمر بالتنفيذ الذي يعطي حكم التحكيم قوته التنفيذية.
- وإنه من مسلمات التنفيذ الجبري أنه لا يكون إلا اقتضاءً لحق ، لذلك يشترط في الحكم التحكيمي القابل بالتنفيذ الجبري أن يكون حكم إلزام لتنفيذ حق ، ومن ثم لا يكون حكماً تحكيمياً قابلاً للتنفيذ الجبري أي حكم تحكيمي موضوعه ليس إلزام بتنفيذ^٢.
- فحكم التحكيم المنشئ أو المقرر لايعتبر سنداً تنفيذياً ، إذ هو لا يقضي بشيء يمكن اقتضاؤه جبراً^٣ ، ومن ثم فإن الحكم التحكيمي الذي لا يتضمن إلزاماً بتنفيذ لا يمكن تنفيذه جبراً ولا يخضع لنظام الأمر بالتنفيذ، كالحكم بعدم اختصاص هيئة التحكيم أو الحكم ببراءة ذمة المدعي^٤.

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ٤٨٠

^٢ د. مصلح الطراونة- مرجع سابق ص ٢٧٨-٢٧٩

^٣ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ٤٨١

^٤ د. أحمد حشيش - القوة التنفيذية لحكم التحكيم - مرجع سابق - ص ٧١ وما بعدها

إن إصدار أمر بالتنفيذ من قبل قضاء الدولة يتيح لهذا القضاء رقابة حكم التحكيم المأمور بتنفيذه، وهي رقابة يختلف مضمونها من تشريع لآخر ، ولعل جميعها تكاد تتفق حول عدة شروط لابد للمحكمة من التحقق من توافرها في الحكم التحكيمي المطلوب تنفيذه وهي :^١

١- أن لايتعارض حكم التحكيم مع حكم سبق صدوره عن القضاء الوطني في موضوع النزاع.

٢- ألا يتعارض حكم التحكيم مع النظام العام في الدولة.

٣- التحقق من تبليغ حكم التحكيم للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً.

ويرى جانب من الفقه أنه وفي معرض إصدار المحكمة لأمر التنفيذ لحكم التحكيم لا يوجد مايمنعها من أن تقوم بالتحقق من الصلاحية الظاهرة للاتفاق التحكيمي بحيث لا يبدو واضح البطلان أو جلي الانعدام ، ومن جهة ثانية تتحقق أيضاً من الصلاحية الظاهرة للحكم التحكيمي من خلال توافر مشتملاته الضرورية^٢.

وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة القضائية في إطار تنفيذ حكم التحكيم هي رقابة إجرائية وليست موضوعية ، بمعنى أن القاضي المعروض عليه طلب الأمر بالتنفيذ لا يتمتع بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية وتقدير صحته أو بطلانه أو ملاءمة ما انتهى إليه، أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع ، فقاضي التنفيذ إما أن

^١ راجع نص المادة ٥٦ من قانون التحكيم السوري والمادة ٥٨/ من قانون التحكيم المصري والمادة ٥٤/

من قانون التحكيم الأردني

^٢ د. مصلح الطراونة- مرجع سابق- ص ٢٨٦

يصدر الأمر بالتنفيذ أو يرفضه، فهو ليس جهة استئناف كما أنه ليس جهة مختصة بنظر بطلان الحكم التحكيمي.^١

٢- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

نظراً لمل لهذه المسألة من أهمية ، لاسيما لجهة تحديد متى يعتبر حكم التحكيم أجنبياً وما هي القواعد النازمة لعملية تنفيذ هذا الحكم التحكيمي الأجنبى ، كان لا بد بدايةً من بيان آلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق التشريع السوري ومن ثم بحث تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ والتي انضمت لها غالبية دول العالم ومنهم سورية^٢.

أ- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق التشريع السوري :

لقد أصدر المشرع السوري قانون التحكيم رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ وضمنه عدة مواد تتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم ، كما أصدر المشرع السوري لاحقاً قانون أصول المحاكمات بموجب المرسوم التشريعي رقم ١ لعام ٢٠١٦ وتضمن أيضاً آلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية^٣، لذلك لا بد من إيضاح مدى تطبيق أحكام كل من هذين القانونين لجهة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

بدايةً نقول أن المشرع السوري قد حدد في المادة الأولى من قانون التحكيم السوري مفهوم التحكيم التجاري الدولي بأنه التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً

^١ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ٢٩٥

^٢ انضمت سورية إلى الاتفاقية بتاريخ ١٩٥٩/٢/١٢ بموجب القرار رقم ١٧١ الصادر عن رئيس الجمهورية العربية المتحدة

^٣ انظر المواد ٣٠٨ وحتى ٣١ من قانون أصول المحاكمات السوري رقم ١ لعام ٢٠١٦

بالتجارة الدولية- ولو جرى داخل سورية - ولم يكتفي بذلك بل استلزم إضافة توافر إحدى الحالات المرتبطة بمركز الأعمال الرئيسي لأطراف التحكيم أو بمكان التحكيم أو بموضوع النزاع أو بمكان تنفيذ الالتزامات بين أطراف العلاقة التجارية^١، بينما نجد المشرع الفرنسي اكتفى بالمعيار العام في المادة ١٤٩٢ مرافعات فرنسي، حيث نص على ان " التحكيم يكون دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية "، باعتبار أن اتصال النزاع بعلاقة تجارية دولية يصبغ على التحكيم الصفة الدولية بغض النظر عن مكان التحكيم أو جنسية الأطراف أو القانون الواجب التطبيق^٢.

كما حدد المشرع السوري في المادة الثانية من قانون التحكيم نطاق سريان أحكامه، حيث نجده من جهة أولى اعتمد المعيار الجغرافي أي مكان التحكيم، ومن جهة ثانية اعتمد المعيار الفني وهذا ماسنوضحه على النحو التالي :

لقد نص قانون التحكيم السوري على سريان أحكامه على كل تحكيم يجري داخل سورية أيّاً كان أطرافه وأيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع معتمداً المعيار الجغرافي، وبذلك يكون المشرع السوري قد عامل كل حكم تحكيم يصدر في سورية على أنه حكم تحكيم وطني سواء صدر في تحكيم وطني أو في تحكيم تجاري دولي، وفي هذا يختلف القانون السوري عن القانون الفرنسي الذي اتجه إلى اعتبار أحكام المحكمين الصادرة في تحكيم تجاري دولي هي أحكام أجنبية ولو صدرت في فرنسا^٣.

^١ راجع نص المادة ١ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨

^٢ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ٢٩ وما بعدها

^٣ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص - ٥٠٣

أما فيما يتعلق بالمعيار الفني فقد نص قانون التحكيم السوري على سريان أحكامه على التحكيم الجاري خارج سورية ضمن شرطين : أولهما أن يكون التحكيم تجارياً دولياً، وثانيهما أن يختاره أطراف العلاقة باعتباره القانون الذي يسري على التحكيم المتفق عليه بينهم أي قانون إرادة الأطراف .

بناءً على ماسبق وبإسقاط ذلك على مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ومدى خضوع هذه المسألة لأحكام قانون التحكيم أم لأحكام قانون أصول المحاكمات فإننا نبين الآتي: تسري أحكام قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ على كل أحكام التحكيم التي تصدر في سورية أي كان أطراف النزاع أو موضوعه وسواء كان تحكيم داخلي بحت أم تحكيم دولي يجري في سورية ، كما تمتد إلى أحكام التحكيم التي تصدر في الخارج إذا اتفق الأطراف على خضوع التحكيم للقانون السوري ، بوصفه في هذه الحالة قانون الإرادة ، وكان الامر متعلقاً بتحكيم تجاري دولي^١.

ونقول بالتقابل أن أحكام التحكيم التي تصدر في الخارج ولا يتحقق فيها ذلك فإن تنفيذها لا يخضع للنصوص التي خصصها قانون التحكيم السوري لمعالجة تنفيذ أحكام التحكيم وإنما تخضع لقواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية المذكورة في المواد ٣٠٨ وما بعدها من قانون أصول المحاكمات ، وذلك كله دون الإخلال بنصوص اتفاقية

^١ يتشابه قانون التحكيم السوري في هذه المسألة مع قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ ، وقد عارض جانب من الفقه المصري هذه المسألة واعتبر أن سريان القانون المصري على تحكيم يجري في الخارج مرتبط بإرادة الأطراف وبالتالي إذا اتفق الاطراف على سريانه فهو يسري إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة ، أي كانت طبيعة النزاع وخاصةً أن قانون التحكيم المصري هو قانون لكل أنواع التحكيم ، ويأتي تقييد سريانه على التحكيم الذي يجري في الخارج بضرورة أن يكون تجارياً ودولياً نشأاً لا مبرر له . لمزيد من التفصيل راجع د.

نيويورك التي تعالج الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها باعتبار أن سورية من الدول المصادقة على الاتفاقية ، وكون المعاهدات الدولية تسمو على التشريع الداخلي.^١ ونشير ختاماً إلى أن شروط تنفيذ حكم التحكيم وفق قانون التحكيم السوري تكاد تكون متطابقة مع شروط التنفيذ وفق قانون أصول المحاكمات السوري ، وهي بمجملها لاتخرج عن مفاهيم عدم مخالفة الحكم المطلوب تنفيذه للنظام العام في سورية ، وعدم تعارضه مع حكم سوري سابق احتراماً لمبدأ السيادة ، بالإضافة للتمثيل والتبليغ الصحيح للأطراف صيانة لحق الدفاع ، واكتساب الحكم المطلوب تنفيذه لقوة القضية المقضية.^٢

ب- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨

سنعرض لآلية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفقاً للاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، والتي أقرها المؤتمر الدولي الذي دعا لعقده المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة ، واختتم في مدينة نيويورك بتاريخ ١٠/يونيو/١٩٥٨ ، والتي تسمى باتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ ، وقد انضمت أكثرية دول العالم لهذه الاتفاقية وصادقت عليها وبالتالي أصبحت أحكام هذه الاتفاقية جزء من

^١ تنص المادة ٢ من قانون التحكيم السوري على أنه : ((مع عدم الإخلال بالاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية العربية السورية تسري أحكام هذا القانون (...)) ، كما تنص المادة ٣١٣ أصول محاكمات سوري على أن : ((العمل بالقواعد المتقدمة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة والتي تعقد بين سورية وغيرها من الدول في هذا الشأن))

^٢ لمزيد من التفصيل حول الشروط انظر د جمال الدين مكناس - أصول التنفيذ - منشورات الجامعة الافتراضية السورية ٢٠١٨ - ص ٥٥ ومابعداها

تشريعها وتلتزم بتطبيقها ، وبالتالي سنعالج النطاق الموضوعي للاتفاقية وشروط أعمالها .^١

١ - تحديد النطاق الموضوعي لسريان أحكام اتفاقية نيويورك:

من خلال نص المادة الأولى من اتفاقية نيويورك يتحدد النطاق الموضوعي لإعمال أحكام الاتفاقية حيث أن أحكامها تسري في حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان حكم المحكمين المراد الاعتراف به أو تنفيذه قد صدر في إقليم دولة ويراد الاعتراف به أو تنفيذه في إقليم دولة أخرى.

الحالة الثانية : سريان أحكام اتفاقية نيويورك على أحكام التحكيم الغير وطنية بالنسبة للدولة المطلوب إليها الاعتراف بالحكم أو تنفيذه.

حيث نلاحظ أن المعاهدة قد اتخذت معياراً إقليمياً في الحالة الأولى من أجل تحديد الصفة الأجنبية لحكم المحكمين المراد الاعتراف به وتنفيذه ، بينما في الحالة الثانية اعتمدت معياراً سلبياً حيث تركت لكل دولة أن تحدد وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص السائد فيها، متى يعد حكم المحكمين أجنبياً بالنسبة لها^٢.

وتسري الاتفاقية على حكم التحكيم الأجنبي سواء كان سواء كان تحكيمياً حراً أم تحكيمياً مؤسسياً ، وسواء كانت أطرافه أفراداً أم أشخاصاً اعتبارية، ويستوي أن يكون النزاع مدنياً أو تجارياً وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية مصدر النزاع تعاقدية أم غير

^١ د. فتحي والي- قانون التحكيم - مرجع سابق- ص ٥٠١

^٢ د. حفيظة السيد الحداد - الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٥٠٤ ومابعداها

تعاقدية، كما يستوي أن يكون تحكيمياً عادياً أو تحكيمياً بالصلح وأياً كانت جنسية طرفي التحكيم^١.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية قد أجازت اشتراط المعاملة بالمثل ، أي عدم إعمال أحكامها إلا بالنسبة لأحكام المحكمين الصادرة في دولة أخرى متعاقدة ، كما أرست الاتفاقية بشأن أحكام التحكيم الأجنبية مبدأ المعاملة الوطنية ، مما يعني التزام الدول الموقعة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم وفقاً لقواعد المرافعات السارية فيها دون تمييز أو إخضاع هذه الأحكام الأجنبية لشروط أكثر تشدداً أو لرسوم أكثر تكلفة بدرجة ملحوظة عن الشروط الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية^٢.

٢ - "الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الأجنبي:

لقد قلبت اتفاقية نيويورك عبء الإثبات ، فأزاحتها عن عاتق طالب الأمر بالتنفيذ وألقتة على عاتق المنفذ ضده والذي يقع عليه إثبات وجود سبب يبرر رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو تنفيذه ، ومن جهة ثانية منحت الاتفاقية للمحكمة المطلوب منها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن ترفض ذلك من تلقاء نفسها إذا توافرت بعض الأسباب وذلك كله وفق التفصيل التالي:

^١ د. فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق - ص ٥٠٣

^٢ د. مختار بري - مرجع سابق - ص ٣٠٠

الحالة الأولى : رفض التنفيذ بناءً على طلب أحد الأطراف

حددت المادة ٥/ من اتفاقية نيويورك الحالات التي بموجبها ترفض المحكمة الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، وهذه الحالات يدفع بها ويثبتها المدعى عليه وحده وليس للمحكمة إثارتها من تلقاء ذاتها^١ ، وهي كالتالي:

- أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.
- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاع.
- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد 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 الغير متفق على حلها بهذا الطريق.
- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.
- أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

^١ د.فتحي والي - قانون التحكيم - مرجع سابق ص ٥٠٥

الحالة الثانية : رفض التنفيذ الذي تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها

أجازت الفقرة الثانية من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك للمحكمة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أن ترفض ذلك إذ تبين لها إحدى الحالات التالية:

- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.
- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد .

يتضح مما سبق أن التعداد الوارد في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك هو تعداد على سبيل الحصر وليس لأي دولة منضمة للاتفاقية أن ترفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لأسباب أخرى يتضمنها قانونها الوطني^١.

كما يلاحظ أن مجمل أسباب رفض التنفيذ التي تبنتها الاتفاقية هي نفسها أسباب بطلان حكم التحكيم والتي سبق وناقشناها في هذا البحث ، باستثناء حالة عدم اكتساب الحكم الصفة الإلزامية ، حيث يوجب نص المادة ١/٥ (هـ) من الاتفاقية رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف أو التنفيذ الدليل على أن حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزماً للأطراف ، أو أنه قد الغي أو أوقف تنفيذه من قبل السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها قد صدر الحكم. ونشير إلى أن لفظ "ملزم" الذي أتت به معاهدة نيويورك قد أثار جدلاً فقهيّاً حاداً حول المقصود به ، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب إعطاء كلمة "ملزم" مفهوماً

^١ د. مختار بري - مرجع سابق ص ٣٠٤

مستقلاً ذاتياً خاص بها دون الرجوع إلى قانون الدولة التي صدر فيها الحكم ، بينما اتجه جانب آخر إلى اعتبار أن حكم التحكيم يكون ملزماً طالما هو غير خاضع لطرق الطعن العادية ، وإلى جانب ذلك تبنى قسم من الفقهاء وجهة نظر أخرى وبموجبها لا يعد حكم التحكيم ملزماً إلا إذا كان يتمتع بهذا الوصف وفقاً لقانون دولة المقر.^١

^١ لمزيد من التفصيل -د.حفيظة الحداد-الموجز في النظرية العامة - مرجع سابق - ص ٥٢٠

الخاتمة

بعد أن قمنا بمعالجة موضوع هذه الرسالة من خلال فصلين تناولنا فيهما مسألة اختصاص هيئة التحكيم بكل جوانبها ، بدءاً بمفهوم الاختصاص التحكيمي مروراً بمبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها وصولاً إلى الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بمسألة الاختصاص والرقابة عليه .

ونصل الآن إلى خاتمة هذه الرسالة والتي سنُضمّنُها النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذا البحث ، والاقتراحات التي نرى فيها زيادة فاعلية مبدأ الاختصاص وبالتالي تعزيز استقلال نظام التحكيم كقضاء خاص لحل المنازعات ، لاسيما المتعلقة منها بالتجارة الدولية .

هذا ويمكن أن نختزل جملة النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها على النحو التالي:

أولاً- النتائج :

خلصنا من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية :

١- إن المحكم شأنه شأن القاضي في مركز الغير المحايد ، وسلطته موضوعية غير شخصية وإن كانت موقوتة غير دائمة ، وإن قضاء التحكيم عون للقضاء العادي في حسم المنازعات المتعلقة بمسائل تقع ضمن منطقة القابلية القانونية والاتفاقية للتحكيم .

٢- يتمتع المحكم باختصاص تحكيمي في دعوى تحكيمية مستقلة عن الدعوى القضائية ولا يجوز جمعها معها ، وهذا الاختصاص التحكيمي متميز عن

الاختصاص القضائي ، لاسيما لجهة كونه اختصاص متغير وغير ثابت ، فيتسع ويضيق تبعاً للضوابط والمعايير التي تحكم نطاق القابلية للتحكيم ، بحيث يختلف من اتفاق تحكيم لآخر لا بل من دعوى تحكيمية لأخرى ، وأهم ما يميزه أنه لا يثبت للمحكم إلا بقبوله.

٣- يعتبر اتفاق التحكيم حجر الزاوية في نظام التحكيم ، لأنه الأساس الذي يُظهر إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم ، وهو الذي يضيف عليه صفته الخاصة ومداه وهو الأساس الأول الذي تركز عليه هيئة التحكيم في عملها ، فهو الذي يضيف عليها الشرعية وهو مصدر سلطاتها وعليها الالتزام بحدود هذا الاتفاق أولاً وأخيراً.

٤- إن نطاق القابلية للتحكيم مختلف من دولة إلى أخرى وفقاً لتشريعاتها الخاصة بالتحكيم ، ويتجه الفقه والاجتهاد القضائي والتحكيمي ، لا سيما على الصعيد الدولي نحو تبني معايير حديثة من شأنها زيادة اتساع دائرة القابلية للتحكيم .

٥- تختص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها ، وهذه القاعدة تُعرف فقهيّاً بمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، وتعتبر هذه القاعدة من القواعد الأساسية لقانون التحكيم ، وإنه رغم عدم النص عليها بشكل صريح في بعض تشريعات التحكيم ، فهي كقاعدة عرفية أصبحت في مصاف القواعد عبر الدولية والتي تحوز الاحترام من كافة الدول رغم عدم النص عليها .

٦- إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها بشكل أولوي وقبل أي جهة أخرى ، وهذه الأولوية من شأنها وقف واستبعاد اختصاص قضاء الدولة من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم إلى أن تقول هيئة التحكيم كلمتها بشأن مسألة اختصاصها بنظر هذا النزاع .

٧- تتعلق المنازعة باختصاص هيئة التحكيم إما بالجانب الشخصي المرتبط بمفهوم صلاحية الأطراف للخضوع للتحكيم ومدى امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير ومفهوم الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم ، أو بالجانب الموضوعي حيث تستند الدفوع على عيوب مدعى وجودها في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم ، أو قد تستند على مدى صحة ومشروعية أي منهما.

٨- لا سلطة لهيئة التحكيم بحسم النزاع قبل التحقق من اختصاصها بحسمه ، وهي في سبيل ذلك تبحث عن إرادة الأطراف الحقيقية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحسم هذا النزاع ، وتدرس معاني الألفاظ ودلالاتها ، و يتوجب عليها في معرض ذلك الأخذ بعين الاعتبار طبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات .

٩- إن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في مسألة اختصاصها يتمتع بحجية الأمر المقضي به ، بحيث يُمنع إعادة النظر بهذه المسألة أو طرحها على القضاء العادي أو قضاء التحكيم ، كما أن هذا الحكم يستنفذ ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لمسألة الاختصاص ، كونه يفصل في هذا الجزء من النزاع بشكل حاسم وقطعي ولو لم يفصل في موضوع النزاع .

١٠- يخضع الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص لرقابة القضاء في معرض نظر دعوى البطلان دون أن تكون هذه الرقابة وسيلة للإصلاح أو التعديل ، فهي تقتصر فقط على رقابة المشروعية والصحة ولا تشمل ما تم تقريره أو الفصل فيه أو درجة عدالته ، هذا بالإضافة لخضوع الحكم المذكور للرقابة في مرحلة الأمر بالتنفيذ ، و إن كانت الرقابة في هذه المرحلة بدرجة أضيق ، كون حكم التحكيم في مسألة الاختصاص ، سواء بالاختصاص أو بعدم الاختصاص ، هو حكم مقرر لواقعة قانونية ولا يتضمن فرض أي إلزامات على أطرافه .

ثانياً- المقترحات والتوصيات :

١-نقترح أن تتبنى الدول في تشريعاتها المتعلقة بالتحكيم منهج متحرر في مسألة القابلية للتحكيم ، بهدف ترسيخ مفهوم أن التحكيم هو الأصل ، وأن عدم القابلية للتحكيم هو الاستثناء وليس العكس ، وفي سبيل ذلك نوصي بالالتزام بمبدأ التفسير الضيق لفكرة النظام العام في مجال القابلية للتحكيم لاسيما الدولي منه، وذلك لما لهذه الفكرة من دور في تضيق مجال القابلية للتحكيم وبالتالي إخراج نزاعات متعددة من نطاق اختصاص هيئة التحكيم رغم شمولها باتفاق التحكيم .

٢-نوصي بضرورة النص صراحةً في كافة تشريعات التحكيم داخلياً ودولياً، على إجازة هيئة التحكيم بالتعرض لمسألة اختصاصها من تلقاء نفسها وبغض النظر عن إثارة الدفوع المتعلقة بذلك من قبل الأطراف، ذلك كله بهدف زيادة فاعلية مبدأ الاختصاص بالاختصاص وتمكينه من تحقيق وظيفته بشكل تلقائي ، الأمر الذي ينعكس بدوره على فاعلية عملية التحكيم بجملتها ومنع ضياع الوقت والنفقات .

٣-يتوجب على المشرعين في كافة تشريعات التحكيم على الصعيد الداخلي والدولي التحرر من تحديد أي ميعاد زمني أو إجرائي للدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم ، وترك الباب مفتوح لإثارة هذا الدفع في أية مرحلة تكون عليها إجراءات التحكيم ، وذلك كله بقصد زيادة فاعلية ونجاح عملية التحكيم ، ومنعاً من الاستمرار بإجراءات تحكيم توصلنا لحكم تحكيمي مصيره البطلان ، وما يترتب على ذلك من ضياع في الوقت والجهد والنفقات ، وبناءً عليه فإننا نوصي المشرع السوري بتعديل المادة ٢١ من قانون التحكيم بما يتفق مع ما سبق ذكره .

٤- توجد إشكالية عملية تتمثل بإثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم بشأن مسألة أثيرت أثناء النزاع وقرر المحكم قبول الدفع بعدم الاختصاص ، أي أعلن عدم اختصاصه بشأن هذه المسألة ، ومن ثم استمر في إجراءات نظر النزاع لجهة المسائل المختص فيها ، حيث يرى البعض إمكانية رفع دعوى بطلان حكم المحكم بعد صدور هذا الحكم أمام المحكمة المختصة، والحقيقة أن هذه الحالة تقتقر إلى نص تشريعي صريح يعالجها ويحكمها ، لذلك نقترح على المشرع السوري أن يلحظ هذه الإشكالية في معرض تعديل قانون التحكيم .

٥- نقترح على المشرع السوري في معرض تعديل قانون التحكيم رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ أن يأخذ بعين الاعتبار النهج الذي تبناه المشرع المصري في المادة ٢٤ من قانون التحكيم المصري من خلال النص صراحةً على إجازة اتفاق أطراف التحكيم على منح هيئة التحكيم الاختصاص باتخاذ التدابير التحفظية والوقائية المرتبطة بموضوع النزاع دون حاجة للرجوع إلى القضاء الوطني ، وذلك بغية زيادة استقلال وفاعلية العملية التحكيمية .

٦- كما سبق و أوضحنا فإن حكم التحكيم يخضع لرقابة قضائية لاحقة لصدوره وذلك في معرض دعوى البطلان أو في معرض الأمر بالتنفيذ ، لذلك نقترح على المشرع السوري تعديل قانون التحكيم بإضافة فقرة ثالثة إلى المادة (٥٦) منه تتعلق بقرار رد طلب الأمر بالتنفيذ ، بحيث لا يكون قرار الرد مبرماً وإنما قابلاً للطعن بالنقض، تبعاً لحساسية قرار الرد وما له من أثر في إفراغ حكم التحكيم من مضمونه وفاعليته ، بحيث يصبح ورقة فاقدة لقيمتها .

٧- على الصعيد العام نرى وجوب الابتعاد بخصوصية التحكيم عن شكيلات الخصومة القضائية مع الحرص على التوفيق بين السرعة والعدالة ، فلا تكون السرعة على

حساب توافر ضمانات التقاضي الأساسية الكاملة ، كما نوصي بالتوسع في نشر أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية مع تعليق الفقهاء والمتخصصين عليها ، وذلك بهدف تكوين كيان منسق من السوابق القضائية والتي تشكل مصدر هام من مصادر التشريع ، بحيث يُعتمد عليها في تحسين تشريعات التحكيم وتعديلها بقصد تلافي العيوب والثغرات التي يُفرزها التطبيق العملي لنصوص قوانين التحكيم ، مع مراعات الحصول على موافقة أطراف اتفاق التحكيم قبل النشر منعاً من التعارض مع ميزة السرية التي هي أهم ميزات نظام التحكيم .

٨- نشير ختاماً إلى أن نجاح نظام قضاء التحكيم وازدهاره يرتبط بشكل مباشر بالأشخاص التي تتولى المهمة التحكيمية ، والذين يجب أن يكونوا مؤمنين بأنهم يتولون أمانة لا يجوز التعامل معها بمنطق التجار ، لذلك نوصي بتحديد المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم ، مع إنشاء مراكز متخصصة لتدريب المحكمين وزيادة كفاءاتهم.

قائمة المراجع:

أولاً - المراجع باللغة العربية :

▪ المراجع العامة :

- ١- أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري ، أساس البلاغة ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٩٨
- ٢- أحمد أبو الوفا ، نظرية الدفع في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧ ، الطبعة الخامسة
- ٣- إدوارد عيد ، موسوعة أصول المحاكمات، لبنان ، بيروت ، ١٩٧٨ ، الجزء الأول
- ٤- جمال الدين مكناس - أصول التنفيذ - منشورات الجامعة الافتراضية السورية ٢٠١٨
- ٥- صلاح الدين سلحدار ، أصول المحاكمات المدنية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، حلب ، ١٩٩٢
- ٦- عبد الحميد الشواربي ، قواعد الاختصاص القضائي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٨٥
- ٧- عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، دار النهضة ، الجزء الأول ، ١٩٩٦

- ٨- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار النهضة ، ١٩٦٤ ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية
- ٩- عبد الهادي عباس ، الاختصاص القضائي وإشكالاته ، ١٩٨٣ ، الطبعة الأولى ، بدون دار نشر
- ١٠- فتحي والي و أحمد ماهر زغلول ، نظرية البطلان في قانون المرافعات ، دار النهضة ، ١٩٩٧ ، الطبعة الثانية
- ١١- محمد كمال عبد العزيز ، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء ، الجزء الأول ، ١٩٩٥ ، الطبعة الثالثة ، بدون دار نشر
- ١٢- محمد واصل ، شرح قانون أصول المحاكمات ، الكتاب الأول ، الجزء الأول ، منشورات جامعة دمشق ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٧
- ١٣- محمود سمير الشرقاوي ، منظمات التجارة الدولية والتمويل الدولي ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧
- ١٤- وفاء مزيد فلحوط - المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية - مشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - لبنان - ٢٠٠٨

■ المراجع المتخصصة :

- ١- ابراهيم حرب محيسن ، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية ، دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقرن ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ ، الطبعة الأولى

- ٢- أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ،
١٩٨٦
- ٣- أحمد الشيخ قاسم ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة في القانون السوري
والعربي والأجنبي ، دار الجاحظ ، دمشق ، ١٩٩٤ ، الطبعة الأولى
- ٤- أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري ، منشأة المعارف ،
الإسكندرية ، ١٩٧٤
- ٥- أحمد أبو الوفا ، التحكيم بالقضاء وبالصلح ، منشأة المعارف بالإسكندرية
، الطبعة الأولى ١٩٦٤
- ٦- أحمد أبو الوفا ، التحكيم في القوانين العربية "خاصة في القانون الكويتي " ،
منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الأولى
- ٧- أحمد حشيش ، القوة التنفيذية لحكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،
٢٠٠٠
- ٨- أحمد حشيش ، طبيعة المهمة التحكيمية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠
- ٩- أنور علي أحمد الطشي ، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم ،
دار النهضة ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، الطبعة الأولى
- ١٠- باسمه لطفي دباس ، شروط اتفاق التحكيم وآثاره ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،
جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥
- ١١- بشار محمد الأسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار
الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩
- ١٢- جعفر مشيمش ، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان
القرار التحكيمي وآثاره ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩

- ١٣- حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاقات التحكيم ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ٢٠٠١
- ١٤- حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠
- ١٥- حفيظة السيد الحداد ، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٩٦
- ١٦- خالد ابراهيم التلاحمة ، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية ، عمان ، دار جهينة للنشر ، ٢٠١٢
- ١٧- خالد عزت المالكي ، التحكيم ، مؤسسة النوري ، دمشق ، ٢٠٠٣
- ١٨- زياد بردان ، التحكيم والنظام العام ، مشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٤ ، الطبعة الأولى
- ١٩- سامية الراشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤
- ٢٠- سراج حسين محمد أبوزيد ، التحكيم في عقود البترول ، ١٩٩٨ ، بدون دار نشر
- ٢١- شفيق طعمه ، التحكيم في قانون أصول المحاكمات السوري بين الفقه والقضاء، دار الصفدي ، دمشق ، ١٩٩٩
- ٢٢- طلعت دويدار ، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠٠٩ ، الطبعة الأولى .

- ٢٣- عاطف محمد راشد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، رسالة دكتوراه ،
كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، ١٩٩٥
- ٢٤- عبد الحميد الأحذب ، موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، دار المعارف ،
مصر ، ١٩٩٨ ، الجزء الثاني
- ٢٥- عبد الحميد الأحذب ، التحكيم أحكامه ومصادره ، مؤسسة نوفل ، ١٩٩٠ ،
الجزء الأول
- ٢٦- عبد الحميد الأحذب ، التحكيم الدولي ، دار المعارف ، ١٩٩٨ ، الجزء الثاني
- ٢٧- عبد الهادي عباس ، التحكيم الداخلي في القانون السوري والمقارن ، دار
الأنصار ، دمشق ، ١٩٩٥ ، الطبعة الأولى
- ٢٨- عبد الهادي عباس وجهاد هواش ، التحكيم ، ١٩٨٢ ، الطبعة الأولى ، بدون
دار نشر
- ٢٩- عزمي عبد الفتاح ، قانون التحكيم الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ،
١٩٩٠ ، الطبعة الأولى
- ٣٠- علي سالم ابراهيم ، ولاية القضاء على التحكيم ، مصر ، جامعة عين شمس
١٩٩٥
- ٣١- عمرو عيسى الفقي ، الجديد في التحكيم في الدول العربية ، المكتب الجامعي
الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣
- ٣٢- فاطمة محمد العوا ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، المكتب الإسلامي ،
دمشق ، الطبعة الأولى ٢٠٠٢
- ٣٣- فتحي والي ، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف ،
الإسكندرية ، ٢٠٠٧ ، الطبعة الأولى

- ٣٤- فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٧
- ٣٥- ماهر محمد صالح عبد الفتاح ، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤
- ٣٦- محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية القاهرة ، ١٩٩٧
- ٣٧- محمد أمين فضلون ، التحكيم ، دمشق ، مؤسسة النوري ، ١٩٩٤
- ٣٨- محمد علي سكيكر ، تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية ، ٢٠٠٦ ، بدون دار نشر
- ٣٩- محمد نور شحاته ، النشأة الاتفاقية للسلطة القضائية للمحكمن ، دار النهضة، مصر ، ١٩٩٣
- ٤٠- محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول ، اتفاق التحكيم ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٠
- ٤١- مختار أحمد بربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٥
- ٤٢- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ١٩٩٨
- ٤٣- مصلح أحمد الطراونة ، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية ، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠١٠ ، الطبعة الأولى
- ٤٤- منى محمود مصطفى ، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ، ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠

- ٤٥- منير عبد المجيد ، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٧
- ٤٦- ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ ، دار النهضة ، ١٩٩٦ ، الطبعة الأولى
- ٤٧- هدى عبد الرحمن ، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطانه ، دار النهضة العربية ١٩٩٧
- ٤٨- وليد عناني - محاضرات في التحكيم -المكتبة القانونية - دمشق -الطبعة الأولى ٢٠٠٣

■ المقالات والأبحاث والدوريات:

- ١- أبو العلا علي النمر . النظام القانوني لرد المحكم . ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لحقوق المنصورة في الاتجاهات الحديثة للتحكيم ، كلية الحقوق - جامعة المنصورة بمصر بتاريخ ٢٨ - ٢٩/٣/٢٠٠٠
- ٢- أكثم الخولي ، اتفاق التحكيم ، البيانات الجوهرية ، مجلة التحكيم العربي الصادرة عن مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي ، منشورات دار النهضة ، ٢٠٠٠ ، العدد الثالث
- ٣- أكثم الخولي ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري الدولي وتجارب الدول المختلفة التي اعتمدت القانون النموذجي والبحث بعنوان ((

الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد)) ، مركز القاهرة الإقليمي
للتحكيم التجاري الدولي ، الفترة من ١٢ إلى ١٣ أيلول ١٩٩٤

٤- حسام الدين كامل الأهواني ، المسائل التي يجوز حلها بالتحكيم ، ورقة بحث
مقدمة إلى المؤتمر السنوي الخامس لحقوق المنصورة عن الاتجاهات الحديثة في
التحكيم - كلية الحقوق - جامعة المنصورة - مصر - بتاريخ ٢٨-٢٩ آذار
٢٠٠٠

٥- حفيظة السيد الحداد ، مقال بعنوان شرط التحكيم في ضوء منهج تنازع القوانين
ومنهج القواعد المادية ، دراسة تحليلية وانتقادية ، منشور في مجلة الحقوق
للبحوث القانونية والاقتصادية ، مصر ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ ، العدد الأول
والثاني

٦- شريف محمد غنام ، السوابق التحكيمية ، ورقة بحث مقدمة إلى مؤتمر حقوق
المنصورة السنوي الخامس عن الاتجاهات الحديثة في التحكيم ، - كلية
الحقوق - جامعة المنصورة - مصر بتاريخ ٢٨ - ٢٩ آذار ٢٠٠٠

٧- عبد العظيم المغربي ، الدفع المختلفة في المنازعات التحكيمية ، مقال منشور في
مجلة التحكيم العربي الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ،
مايو ١٩٩٩ ، العدد الأول

٨- مجلة المحامون الصادرة عن نقابة المحامين في سورية ، دمشق ، ١٩٩٦ ،
العدد ٩-١٠

٩- محمود هاشم ، بحث بعنوان استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات ، منشور
في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، السنة
السادسة والعشرون ، ١٩٨٤ ، العدد الأول والثاني

- ١٠- مصطفى الجمال ، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، جامعة بيروت العربية ، كلية الحقوق ، العدد السابع ، تموز ٢٠٠١
- ١١- وجدي راغب فهمي ، هل التحكيم نوع من القضاء ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت ، ١٩٩٣ ، العدد الثاني
- ١٢- وفاء مزيد فلحوط - بحث بعنوان: ((العلاقة بين القضاء والحلول البديلة لفض المنازعات))- ألقى في مؤتمر الإجراءات القضائية - جامعة اليرموك - إربد - الأردن - بتاريخ ٤-٥ تشرين الثاني ٢٠٠٨
- ١٣- وفاء مزيد فلحوط - بحث بعنوان : ((النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم الدولي))- ألقى في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية - أبوظبي - بتاريخ ٢٨-٢٩-٣٠ نيسان ٢٠٠٨

القوانين واللوائح و الاتفاقيات :

- ١- قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨
- ٢- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤
- ٣- قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لعام ٢٠٠١
- ٤- قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لعام ١٩٩٣
- ٥- قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لعام ١٩٩٢
- ٦- قانون التحكيم الإنكليزي الصادر في ١٧ يونيو ١٩٩٦

٧- قانون المرافعات الفرنسي الجديد (المرسوم ٣٥٤ لعام ١٩٨٠ والمرسوم ٥٠٠ لعام ١٩٨١)

٨- قانون أصول المحاكمات السوري رقم ١ لعام ٢٠١٦

٩- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم ٩٠ لعام ١٩٨٣ وتعديلاته

١٠- قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

١١- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥

١٢- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٧٦

١٣- نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨

١٤- لائحة لندن للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٩٨

١٥- اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١

١٦- اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥

١٧- اتفاقية القاهرة لتسوية منازعات الاستثمار لعام ٢٠٠٠

١٨- اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لعام ١٩٨٧

١٩- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام ١٩٥٨

ثانياً: المراجع الأجنبية

▪ المراجع باللغة الفرنسية :

- 1- Ibrahim Fadlallah: “ clauses d’arbitrage et Groupes des sociétés” T.C. Fr. Dr. Inter.,Privé, 1984-1985.

https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1140-5082_1986_num_6_1984_1472

9/1/2021 22:00

- 2- Lalive, Poudret, Reymond : Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse, Payot Lausanne 1989,P.405 et 406

<https://www.schulthess.com/verlag/detail/ISBN-9783719024123/Lalive-Pierre-Poudret-Jean-Francois-Reymond-Claude/Le-Droit-de-larbitrage-interne-et-international-en-Suisse?bpmlang=fr>

14/1/2021 18:30

- 3- M.de Boissésou, Le droit Français de L’arbitrage interne et international, 1990.

<https://www.amazon.fr/Droit-fran%C3%A7ais-larbitrage-Interne-international/dp/2907512080>

28/12/2020 23:15

- 4- – R.David: L'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris, 1982.

https://books.google.com/books/about/L_arbitrage_dans_le_commerce_international.html?id=h0eqQgAACAAJ

9/1/2021 23:30

▪ المراجع باللغة الإنكليزية :

- 1- Mann, Lex Facit arbitrum in international arbitration, International arbitration, 1986

<https://academic.oup.com/arbitration/article-abstract/2/3/241/235643?redirectedFrom=PDF>

20/1/2021 03:00

- 2- Redfern : The Jurisdiction of international commercial arbitrator, Journal of international arbitration , 1986

<https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/17.66/RBA2020084>

20/1/2021 03:30

الفهرس

الصفحة	العنوان
١	المقدمة
	الفصل الأول : مفهوم الاختصاص التحكيمي وسلطة هيئة التحكيم في
١٣	تحديده
١٥	المبحث الأول : التعريف بالاختصاص التحكيمي وأساسه ونطاقه
	المطلب الأول : التباين في مفهوم الاختصاص وطبيعته بين التحكيم
١٧	والقضاء
١٨	أولاً : الطبيعة الاستثنائية والاستقلالية للتحكيم والدعوى التحكيمية
١٨	١- مفهوم التحكيم عون للقضاء
٢١	٢- ميزات الدعوى التحكيمية
٢٤	٣- استقلال الدعوى التحكيمية عن الدعوى القضائية
٢٧	ثانياً : المركز الاستثنائي للمحكم وميزات الاختصاص التحكيمي
٢٨	١- التعريف بالاختصاص القضائي و أنواعه
٣٠	٢- اختلاف نظام مركز المحكم عن مركز القاضي
٣٣	٣- ميزات الاختصاص التحكيمي
	المطلب الثاني : الأساس الاتفاقي لاختصاص هيئة التحكيم ونطاق القابلية
٣٧	للتحكيم

العنوان	الصفحة
أولاً : اتفاق التحكيم وصوره وتكييفه القانوني	٣٩
١- التعريف باتفاق التحكيم وبيان صورته	٣٩
٢- طبيعة اتفاق التحكيم وتكييفه القانوني	٤٧
ثانياً : معايير ونطاق القابلية للتحكيم	٥٠
١- الضوابط الأساسية للقابلية للتحكيم	٥٢
٢- موقف التشريعات الوضعية المقارنة والاتفاقات الدولية من مسألة القابلية للتحكيم	٥٩
٣- المعايير الحديثة في تحديد قابلية المنازعات للتحكيم	٦٢
المبحث الثاني : سلطة هيئة التحكيم في تحديد نطاق اختصاصها	
" مبدأ الاختصاص بالاختصاص "	٧١
المطلب الأول : مفهوم مبدأ الاختصاص وأساسه والاتجاهات في تقريره	٧٣
أولاً : التعريف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وتأصيله	٧٤
١- مبدأ الاختصاص بالاختصاص لغة واصطلاحاً	٧٤
٢- تأصيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص	٧٧
ثانياً : أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومستنده	٨٠
١- الأساس الاتفاقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	٨٠
٢- الأساس التشريعي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	٨٤

العنوان	الصفحة	
٣- الأساس الفني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	٨٧	
٤- مدى ارتباط مبدأ الاختصاص بمبدأ استقلالية شرط التحكيم	٩٠	
ثالثاً : موقف التشريعات الوطنية و أنظمة التحكيم الدولية من		
مبدأ الاختصاص	٩٤	
١- مدى تبني تشريعات التحكيم الوطنية لمبدأ الاختصاص	٩٤	
٢- موقف الاتفاقات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم من اعتماد		
مبدأ الاختصاص	١٠٢	
المطلب الثاني : أثر مبدأ الاختصاص بالاختصاص على القضاء الوطني		
(تنازع الاختصاص بين التحكيم والقضاء)	١١٣	
أولاً : مفهوم مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر لنزاع محل		
اتفاق التحكيم	١١٦	
١- التعريف بمبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر المنازعة		
محل اتفاق التحكيم	١١٦	
٢- موقف التشريعات الوطنية والدولية من مبدأ استبعاد		
قضاء الدولة	١١٩	
ثانياً : تفعيل مبدأ الاستبعاد (الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء)		١٢٥
١- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء والتكييف القانوني له		١٢٦

العنوان	الصفحة
٢- موقف قضاء الدولة من الدفع بالتحكيم بمواجهة النزاع	
المطروح أمامه	١٣٥
ثالثاً : الاستثناءات من مبدأ استبعاد قضاء الدولة من نظر النزاع	
محل اتفاق التحكيم	١٤٦
١- مدى تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم	١٤٩
٢- مدى تدخل القضاء الوطني في مجال الإثبات أمام	
هيئة التحكيم	١٥٢
٣- مدى اختصاص القضاء الوطني في اتخاذ التدابير	
التحفظية والمؤقتة	١٥٤
الفصل الثاني : المنازعة باختصاص هيئة التحكيم والفصل فيها	١٧٧
المبحث الأول : الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم	١٧٩
المطلب الأول : نطاق الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم	١٨١
أولاً : مفهوم نظرية الدفع	١٨٢
١- التعريف بالدفع وأنواعها	١٨٢
٢- أهمية التفرقة بين الدفع الشكلية والدفع الموضوعية	
والدفع بعدم القبول	١٨٩
ثانياً : تحديد مدلول ومستند الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم	١٩٢

الصفحة	العنوان
١٩٣	١- الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم
٢١٢	٢- الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الشخصي لهيئة التحكيم
	المطلب الثاني : إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم
٢٣٣	والفصل فيه
٢٣٤	أولاً : التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض القوانين الوطنية
٢٣٤	١- في التشريع السوري
٢٣٥	٢- في التشريع المصري
٢٣٧	٣- في التشريع الإنكليزي
٢٣٨	٤- في التشريع الفرنسي
٢٣٩	٥- في التشريع الأردني والتونسي
	ثانياً : التمسك بالدفع بعدم الاختصاص وفق بعض الاتفاقيات
٢٤٠	وأنظمة مراكز التحكيم
	١- إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق اتفاقية واشنطن واتفاقية جنيف
٢٤١	واتفاقية القاهرة
	٢- إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق قواعد الأونسيترال والقانون
٢٤٣	النموذجي للتحكيم التجاري الدولي
٢٤٤	٣- إثارة الدفع بعدم الاختصاص وفق أنظمة بعض مراكز التحكيم
٢٤٦	ثالثاً : حكم هيئة التحكيم في المنازعة حول اختصاصها

العنوان	الصفحة
١- التعريف بحكم التحكيم وطبيعته وشروطه	٢٤٦
٢- حكم التحكيم الإيجابي والسلبي في مسألة الاختصاص	٢٦٦
المبحث الثاني : آثار حكم هيئة التحكيم في مسألة الاختصاص	
والرقابة القضائية عليه	٢٧٧
المطلب الأول : آثار الحكم الصادر عن هيئة التحكيم في المنازعة	
حول اختصاصها	٢٧٩
أولاً : حيابة حكم التحكيم في مسألة الاختصاص لحجية الأمر المقضي به... ..	٢٨٠
ثانياً : استنفاد ولاية هيئة التحكيم بالنسبة لمسألة الاختصاص	٢٨٥
المطلب الثاني : الرقابة القضائية على حكم المحكم في مسألة اختصاصه....	٢٨٩
أولاً : الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض دعوى البطلان	٢٩٢
١- ماهية دعوى بطلان حكم التحكيم والغاية منها	٢٩٢
٢- أسباب بطلان حكم التحكيم المتعلقة بمسألة الاختصاص	٢٩٦
٣- نظر الطعن بالبطلان على الحكم الصادر في مسألة الاختصاص....	٣٠٠
ثانياً : الرقابة القضائية على حكم التحكيم في معرض الأمر بالتنفيذ	٣٠٤
١- تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية	٣٠٦
٢- تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية	٣٠٩
٣- الخاتمة	٣١٩

الصفحة	٤- العنوان
٣٢٥	٥- قائمة المراجع
٣٣٧	٦- الفهرس