



جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

دراسة مقارنة

The role of the judiciary in the formation of the arbitral tribunal (a comparative study)

إعداد الطالب

بشار صبيح المطلق

إشراف

أ.د، فواز صالح

2024

شكر وتقدير

من لا يشكر الناس لا يشكر الله

أود أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور فواز صالح الذي كان له الفضل في إتمام هذا العمل، والذي خصني بالجهد والنصيحة والمشورة، والذي وفر لي مساحة من المعرفة كانت كافية كي استمر في تقديم هذا العمل في هذه الصورة، فله مني كل الشكر والعرفان والتقدير والامتنان؛

وأقدم بالشكر أيضاً إلى السادة أعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق بجامعة دمشق، وأخص منهم بالشكر أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون الخاص، الذين نهلت من معرفتهم وعلمهم، والذين ما بخلوا البتة بالنصح والإرشاد والعلم، فلهم مني كامل التقدير والاحترام؛ والشكر موصول إلى عضوي لجنة الحكم، الأستاذ الدكتور عمران كحيل والدكتورة أروى تقوى، إضافةً إلى أستاذي المشرف، وهم اليوم يصوبون ما قدمت من عمل كي يرقى إلى مصاف الأعمال الأكاديمية الرصينة بعون الله؛

كما أشكر أصدقائي الذين ناصروني، ووقفوا إلى جانبي، ومدوا يد العون لي في جميع مراحل العمل، من خارج الكلية وداخلها، والذين كانوا معي في كل خطوة ومرحلة من مراحل العمل، كل حسب علمه ومعرفته، فلهم مني جميعاً كامل العرفان؛

كما أنني أشكر أفراد عائلتي الكبيرة والصغيرة، من الأخوة والأقارب جميعاً، الذين فرحوا لفرحي، ومدوا جسور العون كله كي يتم هذا العمل، فلهم مني عظيم الشكر؛ وإن كان لي أن أشكر شكرياً خاصاً نابعاً من القلب، فأ أنني أتوجه بالشكر كله عميمه وخاصته، وأوله وآخره، إلى زوجتي القاضية حلا الحميدي، التي وفرت وسعت وأعطت كل الدعم والمشورة كي انجز هذا العمل، فلها مني كل الشكر وعظيم العرفان؛

وأخيراً لا بد لي أن أشكر جميع من أسهم بكلمة أو مشورة أو رعاية كي أصل إلى هذا اليوم، فلهم مني جميعاً وافر المحبة والتقدير.

الإهداء

إلى من كان تحقيق هذا الإنجاز الأكاديمي دعمها اللامحدود، وتفانيها في توفير بيئة مثالية لمواصلة دراستي، لقد كانت مساندتكم الفعالة ومثابرتكم على تقديم العون والتشجيع أساساً لا غنى عنه في هذه المسيرة، (عائلتي الكريمة)؛

إلى من أشكر لها صبرها وتفهمها العميقين لطبيعة هذه الرحلة البحثية، فقد كنت خير سند لي في مواجهة التحديات، وشريكاً أساسياً في تحقيق هذا النجاح، (زوجتي العزيزة القاضية حلا الحميدي)؛

إلى من كانا مصدر الإلهام والدافع الرئيس للاستمرار، لقد كانت عباراتكم المشجعة ووجودكما إلى جانبي حافزاً مكنني من التغلب على الصعوبات، (ولدي العزيزين زين العابدين وإياس)؛

إلى أستاذي ومشرفي الذي لولا إرشاداته القيمة، وتوجيهاته الرصينة لما كان هذا العمل ليرى النور. لقد كان دعمك الأكاديمي وتوجيهك الدقيق في كل مرحلة من مراحل البحث أساساً لنجاح هذا العمل، (الأستاذ الدكتور فواز صالح)؛

إلى من كان لتواجدهم ودعمهم دورٌ كبيرٌ في إثراء هذا العمل العلم، تستحقون الشكر العميق على تعاونكم المستمر وتبادل الأفكار المثمرة التي أثرت في تجربتي البحثية، (أصدقائي وزملائي الأعزاء)؛

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
شكر وتقدير	2
الاهداء	3
الفهرس	4
المقدمة	6
الفصل الأول: دور القضاء الوطني في تعيين المحكمين	13
المبحث الأول: حجب صلاحية القضاء الوطني في تعيين المحكمين	14
المطلب الأول: تعيين المحكمين من قبل أطراف التحكيم بالاتفاق	15
فقرة ١: تعيين المحكمين من قبل الأطراف	15
فقرة ٢: موقف قانون الأونسيترال النموذجي من تعيين المحكمين من قبل الأطراف	21
فقرة ٣: موقف التشريعات الوطنية من التعيين الاتفاقي للمحكمين من أطراف التحكيم	23
المطلب الثاني: صلاحية هيئات ومراكز التحكيم بتعيين المحكمين	28
فقرة ١: تعيين المحكمين وقف نظام غرفة التجارة الدولية بباريس	29
فقرة ٢: تعيين المحكمين بالإحالة إلى قواعد الأونسيترال	32
المبحث الثاني: انعقاد الاختصاص للقضاء في تسمية المحكمين	34
المطلب الأول: موقف المشرع السوري	38
فقرة ١: حالات انعقاد الاختصاص لمحكمة الاستئناف	
وفق المادة ٣ من قانون التحكيم السوري	38
فقرة ٢: استثناءات اختصاص محكمة الاستئناف	40
مطلب ٢: موقف المشرع الفرنسي والمصري	46

46	فقرة ١: موقف المشرع الفرنسي والمصري من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم التجاري
50	فقرة ٢: موقف المشرع الفرنسي والمصري من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم الإداري
67	الفصل الثاني: سلطة القضاء الوطني في تعيين المحكمين
68	المبحث الأول: حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين
73	المطلب الأول: عدم اتفاق أطراف النزاع على اختيار المحكمين
82	المطلب الثاني: تعيين المحكم البديل
87	المبحث الثاني: تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين
87	المطلب الأول: شروط تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين
91	فقرة ١: شروط صحة اتفاق التحكيم
112	فقرة ٢: دور القضاء الوطني بالفصل في صحة اتفاق التحكيم
133	المطلب الثاني: آثار تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين
133	فقرة ١: صدور قرار تعيين المحكمين من القضاء الوطني
136	فقرة ٢: الطعن بقرار تعيين المحكم
139	الخاتمة
140	النتائج
142	المقترحات
144	قائمة المراجع

يعدّ التحكيم طريقاً قضائياً خاصاً لفض المنازعات، ولا يتم التحكيم إلا بناءً على اتفاق بين الأطراف المتنازعة، فإذا لم يوجد اتفاق تحكيم فلا وجود للتحكيم، وإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد، من حيث المبدأ، نطاقه من حيث المسائل التي يشملها، والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم.

والقضاء هو المسلك الطبيعي لفض المنازعات، سواء تلك التي تنشأ بين الأفراد، أم بينهم وبين الدولة، أم بين الأشخاص الاعتبارية، إلا أن تطوّر التجارة وأساليبها، وكذلك نشوء الاستثمارات على الصعيدين المحلي والدولي، وحدوث متغيرات اقتصادية غير مسبوقة على الصعيد العالمي، دعا إلى ضرورة البحث عن آليات ووسائل جديدة لفض المنازعات، وهي وسائل اختيارية يلجأ إليها الأفراد بإرادتهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم كبديل عن اللجوء إلى القضاء، ومنها التحكيم والمصالحة والتوفيق والوساطة.

ولقد حظي موضوع التحكيم بالاهتمام على المستويات كافة، فأبرمت بشأنه العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية، كما أنشئت له مراكز في سائر الدول، كما حظي بالاهتمام التشريعي والتنظيمي، ونصّت عليه العقود النموذجية.

وعلى الصعيد العملي فإن المستثمرين، ولاسيما الأجانب منهم، يميلون في عقودهم مع أي دولة إلى محاولة التخلّص من قواعد القانون الداخلي، وتفضيل النص على آلية تخرج أي نزاع من نطاق القضاء الوطني واللجوء إلى التحكيم، والدولة من جانبها قد تجد نفسها ملزمة بقبول التحكيم في عقود التنمية الاقتصادية، حيث يعدّ ذلك مطلباً طبيعياً لأي شخص أجنبي سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً.

تجلت المكانة المهمة للتحكيم كنظام قانوني في تسوية النزاعات التجارية ذات الطابع الدولي والمحلي، إذ يُلاحظ في الآونة الأخيرة اتجاه إرادة الأطراف في العقود التجارية إلى وضع شرط اللجوء للتحكيم لفض النزاعات حال حصولها مستقبلاً؛ بهدف الاستفادة من المزايا الخاصة التي يوفرها التحكيم لأطراف العقد مقارنةً بالقضاء.

ومن الجدير ذكره، أنّ التحكيم كوسيلة لفض النزاعات تُحتَرَم فيه رغبة الأطراف في تجنب الخضوع لإجراءات التقاضي التي تفرضها القوانين النافذة في بلد ما، ناهيك عمّا يؤكد

التحكيم من حرية تامة لطرفي العلاقة في اختيارهما الإجراءات الواجب إتباعها عند الفصل في النزاع، يضاف إلى ذلك السرية وسرعة الفصل في النزاع المعروض على هيئة التحكيم. ولذلك، كان التحكيم أكثر ملائمة لحسم أغلب النزاعات التجارية، الأمر الذي أدى بالضرورة إلى ترسيخ توجه الفصل في النزاعات بوساطة التحكيم. وعليه، أولت الغالبية العظمى من الدول التحكيم اهتماماً بالغاً وجعلت له مكانة مهمة في قوانينها، ومع مرور الوقت برزت مراكز التحكيم التجارية على الصعيدين الدولي والمحلي.

ويمكن القول إن المراد من التحكيم هو فصل المنازعات في فترة زمنية أقل من تلك التي يحتاج إليها القضاء عادةً لفض المنازعات المعروضة عليه، كما أنه يساير التطورات الحديثة التي لحقت ببعض المنازعات العقدية، سواء أكانت ناجمة عن عقود القانون الخاص التي قد تلجأ إليها الإدارة، أم عن عقود الأشغال العامة المتعلقة بتنمية التجارة الدولية.

ولعل من أبرز النتائج التي ترتبت على عدم ملائمة النظم القانونية الوطنية المختلفة مع متطلبات التعاون الدولي وتعقيده، زيادة الإقبال على التحكيم كوسيلة بديلة لفض النزاعات المدنية والتجارية، لاسيما وأن التحكيم الحر يتيح لأطراف النزاع تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة أو حتى الاتفاق على آليات اختيار المحكمين وتحديد الشروط الخاصة الواجب توافرها فيهم.

غير أن التحكيم قد يتعرض لصعوبات عديدة تحول دون السير في إجراءاته، مثل صعوبة تشكيل هيئة التحكيم؛ إما بسبب اختلاف الأطراف على تشكيلها أو تقاعس أحدهم أو تعنته عن تعيين محكم من طرفه خلال الأجل المحدد، وإما لسبب يعود إلى الغير سواء أكان شخصاً أم مركز تحكيم، كأن يرفض هذا المركز مباشرة مهمة تشكيل هيئة التحكيم، وهذا بذاته يهدد التحكيم كنظام قانوني في أساسه.

واحتراماً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، عمل المشرع الوطني على وضع طريقة معينة لتشكيل هيئة التحكيم في ظل عدم اتفاق الأطراف، وتقادياً لسوء نية الطرف المماطل. يهدف هذا البحث إلى بيان هذه الطريقة في ظل القانون السوري، والتي تتمثل بالسماح للقضاء العادي بالتدخل في تشكيل هيئة التحكيم وفقاً لضوابط قانونية، بناءً على طلب أحد الأطراف أو الهيئة في حالة عدم الاتفاق على المحكم الثالث.

غير أن حسم النزاعات التجارية بوساطة التحكيم لا يعني أنها -أي النزاعات - قد أضحت بمعزل واستقلال تامين عن القضاء، المختص أصلاً بنظر تلك النزاعات، فيكون لهذه

الأخيرة دور تكميليٍّ مساند؛ ويتجلى ذلك في حال عدم الاتفاق على تعيين المحكم، إذ تتدخل عادة المحكمة المختصة لتعيينه.

ويمكن القول إن جوهر التحكيم يتمثل في أن أطراف النزاع هم الذين يختارون الأشخاص الذين سيفصلون النزاع القائم بينهم، وكذلك يختارون القانون الذي يحكم النزاع، بدلاً من الاعتماد على النظام القضائي السائد في الدولة، والعمل على تسوية ما ينشأ بينهم من منازعات عبر محكم يطبق نظاماً قانونياً مختلفاً، وإن التحكيم يشجع على الاستثمارات ولا سيما الأجنبية منها، وهذا بذاته أحد أهم الأسباب التي توجب العمل على التشجيع عليه، وتوسيع الثقافة المتعلقة به، وبطبيعة الحال فإن ذلك سيتيح للإدارة إمكانية الاختيار من بين عدد كبير من المتقدمين للمناقصات والمزايدات.

ولقد أقرت مختلف القوانين المقارنة، ومنها القوانين محل الدراسة في سورية ومصر وفرنسا، إضافةً إلى قواعد الأونسيترال التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، تدخل القضاء في تعيين المحكمين كدور استثنائي عند عدم اتفاق الأطراف على اختيارهم، وذلك لحماية اتفاق التحكيم وضمان فعاليته، فإذا اتفق الأطراف على التحكيم، لكن لم يتفقوا على اختيار المحكمين أو على وسيلة اختيارهم، أو إذا قام عائق يحول دون مباشرة المحكم المختار عمله، كما لو لم يقبل بالتحكيم أو توفي أو أصابه مرض أو اعتزل قبل بدء التحكيم أو بعد بدئه، يتدخل القضاء الوطني لتشكيل هيئة التحكيم.

أما بالنسبة إلى التحكم الإلكتروني فإنه في غياب الاتفاق على تعيين المحكم الفرد أو المحكم الثالث، أو في حالة عدم تحديد اتفاق التحكيم الإلكتروني كيفية تعيين المحكمين، فإنه يمكن تطبيق القواعد ذاتها المستقر عليها في نظام التحكيم التقليدي، إلا أنه تثار إشكالية تحديد المحكمة المختصة لتعين هيئة التحكيم الإلكتروني في حالة عدم اتفاق الأطراف، خصوصاً بالنظر إلى طبيعة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها التي لا تعترف بالحدود الجغرافية، وكما لا يمكن توطينها في مكان معين، مع الإشارة إلى أنه في فرنسا تم إيجاد حل عملي لتلك الإشكالية، إذ أنه يعود الاختصاص لفض المنازعات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم الإلكتروني إلى محكمة الاستئناف في باريس في حالة اختيار الأطراف لفرنسا كمكان للتحكيم الإلكتروني، أو تم الاتفاق على تطبيق القانون الفرنسي على الإجراءات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني.

وعلى الرغم من استقلال نظام التحكيم عن القضاء من حيث المبدأ، فإنه تبقى هناك حاجة إلى دعم ومساندة من القضاء، لا سيما في الجانب الإجرائي؛ بل يمكن القول إن دعم القضاء لا غنى عنه من أجل تفعيل اتفاق التحكيم وتخطي العقبات الإجرائية؛ ومع هذا يجري التشكيك بنظام التحكيم ذاته، بسبب ما قد يترتب عليه من العودة للقضاء مما يترتب عليه مضاعفة في النفقات؛ وكشف الأسرار في حال العودة للقضاء يمكن أن يؤدي إلى إفراغ التحكيم من مزاياه ويعصف بمنظومة التحكيم. غير أن دور المحاكم المساند يبقى ضرورياً ومهماً، وهو يختلف من دولة إلى أخرى وفق السياسة التشريعية في كل بلد في التوسيع أو التضييق من نطاق تدخل القضاء الوطني الداعم للعملية التحكيمية، وتميل العديد من قوانين التحكيم الحديثة إلى الحد من تدخل القضاء في إجراءات التحكيم.

ويبرز دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في مرحلتين، أولهما: في المرحلة التمهيدية وعند التشكيل الأول لهيئة التحكيم، وثانيهما: في معالجة ما يطرأ على تشكيل الهيئة من عوارض، عند تعيين المحكم البديل.

- إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية البحث حول إمكانية تدخل القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم، وكيفية ذلك، ومدى إمكانية أطراف النزاع منع القضاء الوطني من ممارسة هذا الدور. وتتفرع عن هذه الإشكالية تساؤلات عدة، أهمها:

- ما هي حدود سلطة الأطراف في تعيين المحكمين؟
- وما هي آليات التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم؟
- وما هي حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين؟
- وما هي آليات التعيين القضائي للمحكمين؟
- ما هو دور القضاء الوطني في أثناء السير في إجراءات عملية التحكيم، لاسيما ما يتعلق في تعيين المحكمين؟
- ما حدود الدور المساند للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم؟ وهل أن العودة للقضاء الوطني لطلب الدعم والمساندة يؤثر في استقلالية التحكيم؟

- هل أن الوسائل التشريعية المتاحة لطلب مساندة القضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم تتلاءم مع طبيعة التحكيم وما تقتضيه دعاوى التحكيم من سرية وبساطة وسرعة؟
- وهل بالإمكان الاستغناء عن دور القضاء الداعم للتحكيم أو تقليصه؟ على أساس أنهما خطان متوازيان؟
- وهل بالإمكان الاستغناء عن الدور المساند للقضاء؟ وفي الوقت عينه كيف يمكن الحفاظ على استمرارية وفاعلية العملية التحكيمية؟

- مصطلحات البحث:

- التحكيم: هو "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظّمة أم مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك".
- شرط التحكيم: هو نصّ يرد ضمن عقدٍ معيّن يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنشور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه.
- مشاركة التحكيم: هي اتفاق الخصوم بموجب عقدٍ منفصلٍ عن العقد الأصلي يتيح إمكانية اللجوء إلى التحكيم في صدد نزاعٍ نشب أو قد ينشب بينهما.
- هيئة التحكيم: هي الهيئة المؤلفة من محكم واحد أو أكثر، على أن يكون عددهم وتراً، للفصل في النزاع المحال للتحكيم وفقاً لاتفاق التحكيم.

- أهمية البحث:

تبدو أهمية هذا البحث في تسليط الضوء على دور القضاء الداعم والمساند للعملية التحكيمية في تشكيل هيئة التحكيم، وحدود هذا الدور، ومدى ضرورته في حالات معينة. كما تتجلى أهمية هذا البحث، من الناحية العملية، فيما يوفره التحكيم عموماً من مزايا تجذب أطراف النزاع إليه مقارنةً بالقضاء الوطني، عندما تتدخل المحكمة في تعيين المحكم، ومن ثمّ تفعيل اتفاق الطرفين على التحكيم. وأما من الناحية العلمية، فتتجلى أهمية هذا البحث في كون مسألة تدخل القضاء في تعيين المحكم هي من الموضوعات المهمة التي تستحق الوقوف عليها، ولكنها لم تحظ بعد بالبحث الأكاديمي الكافي، لاسيما في القانون السوري.

ويكتسب هذا البحث أهمية كبيرة إذ إن التحكيم في الوقت الحاضر يعدّ الوسيلة الأكثر ملائمةً مع معطيات التجارة الدولية، وهو الأسلوب الغالب لفصل المنازعات التي تنتج بسبب المبادلات التجارية الدولية.

- هدف البحث:

يهدف هذا البحث إلى بيان الحالات التي تتطلب تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكم، إضافة إلى توضيح الوسائل القانونية التي يتم من خلالها المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم. ويهدف هذا البحث في العموم إلى تسليط الضوء على دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم، كما يتجلى هدف البحث، على نحو أساسي، في تحديد الحالات التي تسمح للقضاء بالتدخل في تشكيل هيئة التحكيم، وذلك من خلال دراسة الحالات التي تدخل فيها القضاء سابقاً.

- منهج البحث:

اعتمدت في هذا البحث المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن، من خلال الوقوف على النصوص القانونية كافة ذات الصلة بالموضوع وتحليلها ومقارنتها مع بعضها بعضاً، لاسيما نصوص قانون التحكيم السوري لعام 2008 وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006، والقوانين محل الدراسة في كل من مصر وفرنسا، لإثراء الموضوع مع تعزيزه بالتطبيقات القضائية.

- خطة البحث:

بعد هذه المقدمة، التي بينت فيها إشكالية البحث وأهميته ومنهجه، قسمت هذا البحث إلى فصلين، وكل فصل إلى مبحثين، وخاتمة ضممتها أهم النتائج والمقترحات، وفق المخطط الآتي:

الفصل الأول: دور القضاء الوطني في تعيين المحكمين

المبحث الأول: حجب صلاحية القضاء الوطني في تسمية المحكمين

المطلب الأول: تعيين المحكمين من قبل أطراف التحكيم بالاتفاق

المطلب الثاني: صلاحية هيئات ومراكز التحكيم بتعيين المحكمين

المبحث الثاني: انعقاد الاختصاص للقضاء في تسمية المحكمين

المطلب الأول: موقف المشرع السوري

المطلب الثاني: موقف المشرع الفرنسي والمصري

الفصل الثاني: سلطة القضاء الوطني في تعيين المحكمين

المبحث الأول: حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين

المطلب الأول: أسباب تدخل القضاء في تعيين المحكمين

المطلب الأول: عدم إنفاق الطرفين على اختيار المحكمين

المطلب الثاني: تعيين المحكم البديل

المبحث الثاني: آلية تدخل القضاء في تعيين المحكمين

المطلب الأول: شروط تدخل القضاء في تعيين المحكمين

المطلب الثاني: آثار تدخل القضاء في تعيين المحكمين

الخاتمة.

الفصل الأول

دور القضاء الوطني في تعيين المحكمين

يجري تعيين المحكمين بطريقتين: الأولى تتمثل بالتعيين الاتفاقي للمحكمين بناءً على إرادة حرة من طرفي العقد أو النزاع، والثانية يمكن أن يتم تعيين المحكمين بتدخل قضائي تُسند فيه مسألة التعيين إلى جهة قضائية معينة حسب القانون النافذ، وهو ما اصطلح على تسميته بالتعيين القضائي للمحكمين. والأصل أن مسألة كيفية تعيين المحكمين وعددهم هي من المسائل التي يتعين على الأطراف الاتفاق عليها، ولا يشترط أن يتضمن هذا الاتفاق أسماء المحكمين، فقد كانت بعض القوانين، تعد أن خلو هذا الاتفاق من تعيين أسماء المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم، يؤدي إلى بطلانه،¹ ولما أثارت هذه المشكلة في نطاق العلاقات الدولية الخاصة، لم تقبل هيئات التحكيم الدولية التحلل من اتفاق التحكيم بحجة خلوه من تعيين أسماء المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم، وقررت أن هذا الاتفاق صحيح وفق أحكام المادة (2) من اتفاقية نيويورك التي لا تشترط تسمية المحكمين بمعرفة الأطراف،² وقد نحى الفقه الدولي الحديث هذا المنحى مؤكداً أن عدم تسمية المحكمين في اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلانه.³

كما قضت محكمة استئناف القاهرة، في قرار صادر عنها بتاريخ 27 تموز 2003، جاء فيه ما يأتي: (إذا كان اتفاق التحكيم المبرم بين طرفي النزاع قد أحال إلى القواعد والإجراءات المتبعة في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فإن هذه القواعد والإجراءات تكون هي الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم بما في ذلك كيفية اختيار المحكمين دون غيرها).⁴ وسار القضاء السوري مع هذا الاتجاه منذ صدور قانون أصول المحاكمات، فقد قررت محكمة النقض السورية بقرارها المؤرخ في 13/7/1950 أن عدم احتواء اتفاق التحكيم المتعلق بإحالة كل خلاف إلى لجنة تحكيمية على أسماء المحكمين لا يبطل هذا الاتفاق.⁵

¹ - انظر أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988، ص41.

² - هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين، ص24.

³ - د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في التحكيم، المجلة القضائية العربية، عدد نيسان 1984، ص47.

⁴ - أشار إليه د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2007، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص208، هامش 2.

⁵ - منشور في مجلة المحامون، عدد 11، سنة 1965، ص88.

ويتحدّد دور القضاء في إمكانية تدخله في تعيين المحكّمين تبعاً لكيفية صياغة اتفاق التحكيم، فعندما يشترط الأطراف تشكيل هيئة التحكيم من محكّم واحد أو ثلاثة محكّمين من دون أن يحدّدوا شخصاً معيناً أو مركزاً تحكيمياً ليقوم بهذه المهمة، فإنّ هذا الاتفاق يبقى صحيحاً، وتتولى المحكمة المختصة تشكيل هذه الهيئة.⁶

وبناءً على ما تقدم أقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حجب صلاحية القضاء الوطني في تعيين المحكّمين

المبحث الثاني: صلاحية القضاء الوطني في تعيين المحكّمين

المبحث الأول

حجب صلاحية القضاء الوطني في تعيين المحكّمين

الأصل أنّ القضاء الوطني لا يتدخل في الخصومة التحكيمية، لأنّ إرادة الأطراف التجأت للتحكيم لإبعاد القضاء عن هذه الخصومة، لذلك يمكن للأطراف أن يضمنوا اتفاق التحكيم تفويضاً لشخص معيّن،⁷ أو مركز تحكيمي دائم ليقوم بتعيين المحكّمين في حال اختلافهم على تسميتهم،⁸ وإذا كان الأصل في التحكيم الداخلي أنّه لا يجوز تعيين شخص اعتباري محكّماً، فإنّه

⁶ - أجازت اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في باريس بتاريخ 12/5/2009 بين حكومة الجمهورية العربية السورية وحكومة الجمهورية الفرنسية للمستثمر أن يختار في حال نشأ نزاع تشمله الاتفاقية بين أن يعرض الأمر على المحكمة المختصة في الجمهورية العربية السورية، أو على هيئة تحكيمية خاصة تشكل بموجب قواعد التحكيم الخاصة التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1976، وتعديلاتها لعام 2010 ولعام 2013 ولعام 2021 بعد مداولات ومشاورات مكثفة مع العديد من المنظمات الدولية وخبراء في مجال التحكيم، وقد تم ذلك برعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسماة بالأونسيترال UNCITRAL، أو التحكيم لدى المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار ICSID وحالما يقوم المستثمر بذلك فإن اختيار أحد الإجراءات الثلاثة يكون نهائياً. الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 3/ لسنة 2011 ص 27.

⁷ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 45.

⁸ - انظر المادة (8) من نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA في صياغتها المعدلة لعام 2024، والتي تؤكد أنّ المركز هو «سلطة التعيين إذا لم ينفق الأطراف على غير ذلك، أو إذا رفضت السلطة التي حددها الأطراف أو فشلت تعيين المحكّم.

الموقع الإلكتروني: www.crcica.org.eg، تاريخ الزيارة 2023/12/10.

في قانون أونسيترال النموذجي للتحكيم ليس هناك شرطاً كهذا.⁹

وقد سمح المشرع في معظم التشريعات بإمكانية تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم، وهي إمكانية لا ترقى إلى درجة الإلزام. ومن الضروري أن ينص اتفاق أو شرط التحكيم على تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم تحت طائلة البطلان. ويرجع عدم إلزام المشرع الأطراف بضرورة تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم الدولي إلى رغبة المشرع في إضفاء نوع من المرونة في شروط وإجراءات التحكيم الدولي مقارنة مع التحكيم الداخلي. وتجنباً لأي إعاقة قد تعوق سير عملية التحكيم سمح المشرع للأطراف باللجوء إلى القضاء من أجل طلب تعيين محكم أو محكمين في الحالة التي تعترض تشكيل الهيئة صعوبة ما.

وفي هذا المبحث أبين الدور الذي تلعبه إرادة أطراف التحكيم في تحديد الجهة التي يمكنها أن تعين المحكمين، وأتطرق للكيفية التي يتم من خلالها تعيين المحكمين من قبل بعض مراكز التحكيم الدولية، وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول

تعيين المحكمين من قبل أطراف التحكيم بالاتفاق

تتشكل هيئة التحكيم، من حيث المبدأ، على أساس الإرادة، وهذا من أهم المزايا التي يوفرها التحكيم لأطرافه، ومن أهم أسباب ازدهار التحكيم وانتشاره كوسيلة لفض النزاعات، وعليه أعرض في هذا المطلب تعيين المحكمين من قبل الأطراف، وموقف كل من قانون الأونسيترال والتشريعات الوطنية من ذلك في الفقرات الآتية:

الفقرة-1- تعيين المحكمين من قبل الأطراف:

هناك جدلٌ فقهي لم يزل قائماً حول طبيعة التحكيم، فهل هي عقدية أم قضائية؟ فيرى أصحاب نظرية الطبيعة العقدية أو الاتفاقية أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، بيد أنه نظراً لهذه الطبيعة فإن الخصوم لا يملكون منح هيئة التحكيم سلطة البت

⁹ - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية 1998، ص183-184.

باختصاصها، فضلاً عن تضارب مصالح الأطراف في هذا الشأن؛ مما يخلق صعوبة في منح المحكم أهلية النظر باختصاصه.

وينجم عن هذا الرأي أيضاً أن البطلان اللاحق بالعقد الأصلي يمتد إلى شرط التحكيم الذي هو أحد بنوده. وما دامت سلطات المحكم مصدرها اتفاق التحكيم فإن إنكار وجود هذا الاتفاق يستدعي إنكار سلطة المحكم، وحجب سلطته عن النظر في النزاع بمجرد إثارة الدفع بعدم الاختصاص.¹⁰

أما أنصار الطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية فيرون أن هناك سلطة قضائية ممنوحة للمحكم، وكون هذه السلطة منبثقة من إرادة الأطراف لا ينزع عنه الصفة القضائية وإمكانية حسم النزاع باستقلالية تامة، وأن الحكم الذي يصدره المحكم أو الهيئة هو من حيث الشكل على صورة حكم قضائي، ومن حيث الموضوع ينصب على نزاع حقيقي بين أطراف تنازلوا عن حقهم باللجوء إلى القضاء، وقرروا الاحتكام إلى هيئة تتبع الإجراءات القضائية كاملة، وتصدر حكماً قضائياً حقيقياً، وبناءً على ذلك فإن مهمة المحكم تبدأ ذات صفة تعاقدية، وتنتهي ذات صفة قضائية.¹¹

وقانون التحكيم السوري (رقم 4) لعام 2008، ومن قبله القانون المصري رقم (27) لعام 1994 اللذين استقى كلاهما من القانون النموذج (Model Law) الذي أقرته اللجنة القانونية للجمعية العامة للأمم المتحدة (Uncitral) عام 1985 والمعدل في عام 2006؛ كلاهما أقر ورسخ الطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية.

وقد عدّ قانون التحكيم السوري رقم (4) لعام 2008 أحكام التحكيم مبرمة وغير خاضعة لأي طريق من طرق الطعن، وهذا ما أكدته المادة 49 منه. ويجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً إلى أحكام المادة (50) من القانون ذاته.

ويعد التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم منهجاً عاماً تتبناه أغلب التشريعات العربية وتنظمه قوانين التحكيم الخاصة بها بنصوص مباشرة. وعمل المشرع السوري على تنظيم التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم، وذات الأمر يسري على التحكيم التجاري الدولي وفقاً لنصوص قانون الأونسيترال النموذجي في صياغته المعدلة لعام 2006، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

¹⁰ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 41 وما يليها.

¹¹ - انظر حول هذا الخلاف: المحامي أحمد حداد، دراسات في قانون التحكيم السوري والمقارن، الطبعة الأولى، 2015، ص 17 وما يليها.

وتقر التشريعات صراحةً بالحرية الواسعة لأطراف النزاع في تشكيل هيئة التحكيم أو تحديد الشروط الواجب توافرها بالمحكّمين عند اختيارهم، أو آليات تعيينهم، وبذلك يكون اتفاق الأطراف هو الأساس في تعيين المحكّمين، ويُفرغ بصورة بند وارد في العقد المبرم بينهما الذي نشأ النزاع بشأنه، أو في اتفاق منفصل؛ وسلطة الأطراف في التعيين غير مقيدة إلا بضرورة عدم مخالفتها للقواعد الأمرة في قانون التحكيم، أو الإخلال بمبدأ المشاركة والمساواة بين الأطراف في التعيين.

والثابت أن مصدر حرية الأطراف هو الإرادة التي تلعب الدور المحوري في وجود التحكيم، وعليه من الطبيعي أن يكون للأطراف قدرة في تعيين هيئة التحكيم التي تتولى ممارسة مهامها المؤقتة في الفصل بالنزاع بصفة نهائية؛ ومعنى ذلك أن هيئة التحكيم يرتبط تشكيلها حصراً للفصل في نزاع محدد، لينتهي دورها بمجرد صدور حكم التحكيم. ومتى تم تشكيل هيئة التحكيم فلا يجوز، من حيث المبدأ، تعديلها حتى صدور حكم التحكيم، ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

وبما أن جوهر التحكيم هو الإرادة المشتركة الحرة لأطراف النزاع، لذلك لا يمكن تشكيل هيئة التحكيم إلا بالعودة إلى ما اتفقت عليه هذه الإرادة؛ وفي المقابل من غير الجائز فرض محكّمين على أطراف النزاع من أي جهة كانت؛ لتتافي ذلك مع الطبيعة الخاصة للتحكيم.

وإضافةً إلى ذلك، تشترط أغلب التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية لصحة الاعتراف بحكم التحكيم والأمر بتنفيذه، صدوره عن هيئة مخولة بموجب اتفاق التحكيم طبقاً لاتفاق الأطراف، ويظهر ذلك جلياً في المادة (5/ 1 د) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والمتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، والمادة (9/ 1 د) من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

والتشريعات المشار إليها أعلاه احترمت حرية الأطراف في تعيين هيئة التحكيم، وإلى جانب ذلك عملت على توفير العديد من النصوص المباشرة لتكون ضوابط عامة؛ لغايات ضمان صحة التعيين والتحقق من توافر الشراكة، وتوفير الأمان القضائي لحقوق الأطراف، ومن ثمّ صدور حكم التحكيم على نحوٍ يمكن تنفيذه وفق أحكام القانون.

ويتولى الأطراف تعيين المحكّمين بطريقة مباشرة أو على نحوٍ غير مباشرة، ففي نطاق التعيين المباشر يقوم الأطراف بأنفسهم بالتعيين والاتفاق على العدد اللازم، ويترجم ذلك صراحةً في اتفاق التحكيم، وتلقى هذه الطريقة ترحيباً بين أطراف النزاع، لكونها أكثر تماشياً مع روح التحكيم

وفلسفته، وعادةً يستند الأطراف في تعيينهم للمحكمين على عوامل الثقة أو القرابة أو الصداقة. والاتفاق على تعيين المحكمين مقيّد بمبدأ مهم يجب مراعاته ألا وهو مبدأ المساواة بين الأطراف، بحيث تكون لهم صلاحية اختيار المحكمين بصورة متساوية، وفي الوقت ذاته يترتب على الإخلال بهذا المبدأ الحكم ببطلان كل شرط يعطي أحد الأطراف حق تعيين المحكمين حصراً بعيداً عن الآخر، أو يقضي بإعطائه الحق في تعيين عدد من المحكمين يزيد على العدد الذي يقدمه خصمه، أو حتى استقلال المحكم المختار من قبل أحد الأطراف ليتولى فض النزاع في حال تخلف الطرف الآخر عن تعيين محكمه. ويتبين مما تقدم أن احترام مبدأ المساواة بين الطرفين في تعيين المحكمين يعدّ من النظام العام، وهذا ما تنبأه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والمعدلة في العام 2006، في المادة (18) منه، والتي جاء فيها أنه (يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهما الفرصة كاملة لعرض قضيته).

ويتمثل التعيين غير المباشر، بقيام الأطراف بالاتفاق على الآليات والطرق التي يجب تعيين المحكمين وفقها، ومثال ذلك التعيين بحكم الوظيفة أو الصفة، لا بطريق ذكر أسماء المحكمين وألقابهم، كتعيين رئيس غرفة تجارية أو مدير بنك معين، أو عميد كلية الحقوق في جامعة ما، والتعيين هنا يكون صحيحاً بشرط أن تدل الصفة بصورة قاطعة على شخص المحكم دون أي لبس أو شك. وفي حال ثار الخلاف حول شخصية المحكم فيتم الرجوع إلى إرادة الأطراف، وإذا كانت النية لا تسعف في تحديد شخصية المحكم، فيفترض أنه الشخص الذي يمارس تلك الوظيفة في لحظة نشوء النزاع، ويفهم من ذلك بأنه في حالة التعيين وفقاً للوظيفة أو الصفة يكون هذا التعيين صحيحاً وملزماً لأطرافه، ولو زالت وانتقلت هذه الصفة إلى الغير، فالعبرة بتوافر الصفة عند مباشرة إجراءات التعيين.

ومن جانب آخر إذا كانت آليات التعيين غير واضحة يعد ذلك في حكم عدم الاتفاق على التعيين، واتفقت مع هذا النهج المادة (2/8) من قواعد الأونسيترال لعام 1976، والتي قضت (عند ترشيح اسم شخص أو أسماء أشخاص لتعيينهم كمحكمين يجب ذكر أسمائهم كاملة وعناوينهم وجنسياتهم، وبيان مؤهلاتهم). وقد هجرت هذه القواعد في صيغتها المعدلة لهذه القواعد في العام 2010 هذا الحكم، ونصت على قواعد مختلفة.

ويدخل أيضاً في دائرة التعيين غير المباشر، تفويض الأطراف طرفاً ثالثاً يثقون به أو جهة معينة لتتولى هذه المهمة، وهذا يفهم صراحةً من المادة (2/11) من قانون الأونسيتال لعام 1985 والمعدل في العام 2006، والتي جاء فيها (لطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين...).

وكذلك أيضاً لجوء الأطراف الى مؤسسة أو مركز تحكيم، والتي تعدّ في مضمونها هيئات ومراكز تنشأ بموجب نظام يحدد اختصاصها، ولها من الإجراءات ما يمكنها من تولى عملية التعيين على أساسها، كما ويوجد لها جهاز إداري وقائمة منظمة تحتوي على أسماء المحكمين المعتمدين لديها، ليتولوا النظر في النزاع على أساس الخبرة الفردية والتخصص الدقيق، وعليه متى تقرر اللجوء إلى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، فإنه يفترض قبول الأطراف مباشرةً الخضوع لأنظمة ولوائح وضوابط هذه المؤسسات، وتجري عملية التعيين وفقاً لها، غير أن بعضها يسمح استثناءً للأطراف بالمساهمة في تعيين المحكمين كنوع من الامتياز لاختيارهم اللجوء إليها، إلا أنها تحتفظ في بعض الأحيان بحقها في قبول أو رفض المحكمين المرشحين من قبل الأطراف، وذهبت في هذا الاتجاه قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، وكذلك قواعد التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي النافذة بدءاً من العام 2024.¹²

وإذا لم يتفق الأطراف مسبقاً على تعيين المحكمين أو تحديد آليات تعيينهم، قضت غالبية التشريعات بضرورة قيام كل فريق بتعيين محكم من جهته، ويتولى المحكمون مهام اختيار المحكم الثالث، ما لم يوجد ما يقضي بغير ذلك، ويسري الحكم ذاته متى كان هناك اختلاف بين المحكمين واحتاجت القضية الى محكم مرجح، كي يصبح العدد وتراً لأنه إذا لم يكن العدد وتراً كان التحكيم "أي حكم التحكيم" باطلاً، كون هذه المسألة من النظام العام، ليكون لأي طرف أو لهيئة التحكيم أثارها من تلقاء ذاتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، والحكمة من وراء اشتراط العدد الوتري تجنب الاختلاف في وجهات النظر بين أعضاء هيئة التحكيم المشكلة من عدد زوجي، والتخلص من فكرة اللجوء الى محكم مرجح فيما بعد والاختلاف على تعيينه.

وفي حال امتناع الغير عن تعيين المحكم، ويكون ذلك عند عدم وضوح الشرط التحكيمي، أو

¹² - انظر المادة (8) وما يليها من نظام التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA في صياغتها المعدلة لعام 2024، والمنشورة على الموقع الإلكتروني للمركز: www.crcica.org.eg، تاريخ الزيارة 2023/12/10.

اتفاق التحكيم بالدرجة التي يتمكن معها الغير، سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم مؤسسة تحكيم، أم مركزاً تحكيمياً عهد له بتنظيم العملية التحكيمية من اختيار محكم، والسؤال المطروح هنا ما هو الحل في هذه الحالة؟

يجب التفريق في هذه الحالة بين ما إذا كان الغير الممتنع شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً؛ فأما بالنسبة إلى الحالة الأولى فينطبق عليها مبدأ الحلول القضائي المنصوص عليه بالمادة (14) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، وذلك بعد إعطاء الغير الممتنع الفرصة لتعيين محكم؛ أما الحالة الثانية فيلجأ القاضي إلى إلزام مؤسسة التحكيم المختصة للقيام بمهامها حسب الأنظمة المعمول بها في تلك المؤسسات.

واستناداً لما تقدم أرى أنه لا يجب التوسع في التدخل القضائي المنصوص عليه في المادة (14) من قانون التحكيم السوري لحالتي عدم الاتفاق أو الامتناع عن تعيين محكم، وذلك لسببين: الأول: تعدّ المادة (14) المشار إليها أعلاه استثناءً من أحكام المادة (10) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 والتي نصت على أنه: (1- يجب على المحكمة التي ترفع امامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم ان 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. 2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم).

الثاني: تعدّ المادة (14/5) استثناءً لمبدأ ثنائية درجة التقاضي، حيث عدّت الفقرة (5) منها المادة المذكورة أن القرار الصادر من المحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) بتعيين محكم غير قابل للطعن فيه بأي من طرق الطعن.

الفقرة-2- موقف قانون الأونسيترال النموذجي من تعيين المحكمين من قبل الأطراف:

سمح قانون الأونسيترال النموذجي لعام 1985، والمعدل في العام 2006،¹³ في المادة (10) منه للأطراف بتحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم، وفي حال عد الاتفاق على عددهم يكون العدد ثلاثة، ولعل السبب أن طبيعة هذه النزاعات على درجة عالية من الأهمية والتعقيد ويكون من الصعب على محكم واحد تحمل مسؤولية الفصل بها، لذلك تعدد المحكمين مسألة صحيحة لما توفره للأطراف من إمكانية إشراك أشخاص لهم مؤهلات وخبرات فنية وقانونية في موضوع النزاع. والاتفاق على تعيين المحكمين مقيّد بمبدأ مهم يجب مراعاته ألا وهو مبدأ المساواة بين الأطراف، بحيث يمنح الأطراف صلاحية اختيار المحكمين بصورة متساوية، وبذات الوقت يترتب على الإخلال بهذا المبدأ الحكم ببطالان كل شرط يعطي أحد الفرقاء حق تعيين المحكمين حصراً بعيداً عن الآخر، أو يقضي بإعطائه الحق في تعيين عدد من المحكمين يزيد عن العدد الذي يقدمه خصمه، أو حتى استقلال المحكم المختار من قبل أحد الفرقاء ليتولى فض النزاع في حال تخلف الفريق الآخر عن تعيين محكمه، ويتضح أن احترام مبدأ المساواة بين الطرفين في تعيين المحكمين يعد من النظام العام، وهذا ما تبناه قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 في المادة (18) منه، والتي جاء فيها أنه (يجب أن يعامل الطرفان على قدم المساواة...).

ومن جانب آخر إذا كانت آليات التعيين غير واضحة يعد ذلك في حكم عدم الاتفاق على

¹³ - يهدف هذا القانون النموذجي، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العام 1985، إلى مساعدة الدول على إصلاح وتحديث قوانينها المتعلقة بإجراءات التحكيم لمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي. وقد عدلته الجمعية العامة في العام 2006، وأصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة. ويستنسخ أيضا الصيغة الأصلية لعام 1985 لأن الكثير من التشريعات الوطنية سُنّت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية. ونصوص هذا القانون منشورة على الموقع الإلكتروني للأونسيترال على الرابط الآتي، وتمنت زيارة الموقع بتاريخ 2023/3/22:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/19-09953_a_ebook_0.pdf

التعيين. ويدخل أيضاً في دائرة التعيين غير المباشر، قيام الأطراف تفويض طرف ثالث يتقون به أو جهة معينة لتتولى هذه المهمة، وهذا يفهم صراحةً من المادة (2/11) من قانون الأونسيترال لعام 1985، والمعدلة في العام 2006، والتي جاء فيها أنه (للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين...).

وإضافةً إلى قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في العام 1985 وعدلته في العام 2006؛ فقد اعتمدت هذه الجمعية في العام 1976، وتحت رعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسماة بالأونسيترال (UNCITRAL)، قواعد الأونسيترال للتحكيم، وقد تم مراجعتها وتنقيحها في الأعوام 2010 و2013 و2021.¹⁴

ويمكن لأي طرف في منازعة أن يطلب، وفق هذه القواعد، من الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم أن يقوم بتسمية سلطة تعيين بموجب قواعد الأونسيترال في الحالات الآتية:

– إذا لم يتفق الأطراف على تسمية سلطة تعيين خلال مدة 30 يوماً من تاريخ تقديم اقتراح من أحد الأطراف بتسمية شخص أو أكثر أو مؤسسة أو أكثر للقيام بمهام سلطة التعيين (الفقرة 2 من المادة 6 من قواعد الأونسيترال المعدلة).

– إذا تقاعست سلطة التعيين التي تم تعيينها أو رفضت أن تقوم بتعيين محكم خلال مدة 30 يوماً من تاريخ استلامها لطلب تعيين المحكم، في حالة ما إذا تقاعست سلطة التعيين عن التصرف خلال المدة المحددة في القواعد، أو في حالة ما إذا تقاعست عن البت في طلب رد أحد المحكمين خلال مدة معقولة بعد استلام طلب الرد (الفقرة 4 من المادة 6 من قواعد الأونسيترال المعدلة).¹⁵

¹⁴ – هذه القواعد منشورة على الموقع الإلكتروني للأونسيترال على الرابط الآتي، وتمت زيارته بتاريخ 2023/3/22:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/>

¹⁵ – هذه القواعد منشورة على الموقع الإلكتروني للأونسيترال على الرابط الآتي، وتمت زيارته بتاريخ 2023/3/22:

https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ar/21-07994_ebook_a.pdf

الفقرة-3- موقف التشريعات الوطنية من التعيين الاتفاقي للمحكمين من الأطراف:

أعرض أولاً موقف بعض التشريعات الوطنية، وبعدها أبين موقف المشرع السوري.

أولاً- موقف بعض التشريعات الوطنية من التعيين الاتفاقي للمحكمين من أطراف التحكيم:

أكدت المادة 1505 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي أنَّ مهمّة قاضي المساندة أو الدعم التي يتولاها رئيس محكمة بداية باريس في التّحكيم الدّولي، تتنقّد ما لم يتّفق الطرفان على خلافه.¹⁶ وتنص هذه المادة على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، يكون رئيس محكمة بداية باريس هو قاضي دعم أو مساندة إجراءات التحكيم في قضايا التحكيم الدولي، في الحالات الآتية: 1- إذا كان التحكيم يتم في فرنسا؛ 2- إذا اتفق الأطراف على إخضاع التحكيم لقانون أصول المحاكمات الفرنسي؛ 3- إذا اتفق الأطراف صراحةً على منح الاختصاص للمحاكم الفرنسية للنظر في المنازعات المتعلقة بإجراءات التحكيم؛ 4- إذا كان أحد الأطراف معرضاً لخطر إنكار العدالة.

ويسمح قانون أصول المحاكمات اللبناني لأطراف النزاع بأن يعينوا المحكم أو المحكمين في اتفاق التّحكيم مباشرة، أو أن يحيلوا ذلك إلى نظام للتحكيم، أو أن يحدّدوا الطريقة التي يتم فيها تعيين هؤلاء. وتنص المادة 810 من قانون أصول المحاكمات اللبناني لعام 1983 على أنه (- يجوز أن يعين في اتفاقية التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى نظام التحكيم المحكم أو المحكمون أو أن تحدّد فيها طريقة تعيين هؤلاء

- إذا طرأت صعوبة ما في تعيين المحكم أو المحكمين في تحكيم حاصل في لبنان أو اعتمد فيه تطبيق قانون أصول المحاكمات اللبناني جاز للفريق الأكثر عجلة إذا لم يوجد بند مخالف أن يطلب التعيين بقرار يصدر من رئيس الغرفة الابتدائية، وفق الشروط المحددة في المادة/774/، كلما اقتضت الحاجة في مجال تطبيق قواعد التحكيم الدولي تقوم محكمة بيروت محل محكمة مركز التحكيم الحاصل في الخارج).

كما تجيز المادة (17) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 لطرفي النزاع الاتفاق على

¹⁶- L'article 1505 du Code de procédures civiles français dispose qu'en matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris/.

اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم، فإذا لم ينفقا تولت محكمة استئناف القاهرة أمر التعيين.

يستخلص مما تقدم أنه يمكن لأطراف النزاع أن يتفقوا على حجب الاختصاص عن القضاء في المسائل المتفرعة عن التحكيم، فلهم حرية الاتفاق على اختيار المحكمين وتحديد الطريقة التي يتم بها تعيين المحكمين، ولا يتدخل القضاء في تعيين المحكمين إلا إذا خوله الأطراف ذلك، وبعد أن يتأكد من انتفاء اتفاقهما على هذا التعيين.

وبهذا المنحى قضت محكمة النقض المصرية بأن اتفاق التحكيم الدولي يعد صحيحاً وقابلاً لإحداث آثاره القانونية، بما في ذلك استبعاد ولاية القضاء الوطني، ولو لم يقر أطرافه أطراف التحكيم أنفسهم باختيار أو تسمية المحكمين بأشخاصهم فيه متى كان في هذا الاتفاق ما يشير صراحة أو ضمناً إلى انصراف إرادة أطرافه إلى الإحالة إلى هيئة تحكيم دائمة، يتم اختيار المحكمين وفق قواعدها عند قيام النزاع؛¹⁷ وفي قرار آخر صادر عن هذه المحكمة أكدت فيه أن ارتضاء الطرفين إخضاع التحكيم لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس من شأنه حجب أحكام قانون التحكيم المصري، باستثناء ما يتعلق منها بالنظام العام.¹⁸

وتتشكل هيئة التحكيم في القانون المصري بإرادة الأطراف؛ فالتحكيم نظام قضائي خاص يقوم على إرادة أطراف النزاع المشتركة. وتنص المادة (1/15) تحكيم مصري على أنه: (1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. ٢- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً).

ويتميز التحكيم بمرونته فهو يسمح للمتنازعين بتفسير عقدهما، أو بتنفيذه وبتشكيل هيئة التحكيم لفصل النزاع بينهما، على النحو المناسب لهما، ويُمكن الأطراف من اختيار المحكمين الذين يتولون عملية التحكيم بأنفسهم.

يكون تعيين المحكمين بإرادة الأطراف استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة"، وهو يعني قوة إرادة الأطراف في تكييف، وتعيين علاقاتهم ببعضهم، بإرادة الأطراف في مجال التحكيم تمنحهم الحرية التامة في تعيين محكميهم، الذين يفصلون بينهم في منازعة التحكيم.

فعمل المحكم يستند دائماً، وأبداً إلى ثقة الأطراف تلك الثقة التي هي عصب العملية التحكيمية،

¹⁷ - نقض مصري، الطعن رقم 2660 سنة 59، تاريخ 1996/3/27.

¹⁸ - نقض مصري، الطعن رقم، 7307 سنة 76، تاريخ 2007/2/8.

ولذا فإنه من الطبيعي أن يكون اختيار من يحوز هذه الثقة من قبل من يمنح هذه الثقة أصلاً، وهم أطراف المنازعة.

ونظراً للطبيعة الخاصة للتحكيم، فمن الأفضل أن يكون المُحكّم مُعيناً من قبل أطراف العلاقة؛ لأن هؤلاء هم الأدرى بطبيعة المعاملة، وبكيفية اختيار محكميهم في منازعاتهم، وهذا المبدأ يعد من أهم أسس التحكيم.

ولكن حرية أطراف النزاع في تشكيل هيئة التحكيم مقيدة بشرط هو أن يكون عدد المحكمين وترّاً. فإذا اتفق الأطراف على تعدد المحكمين دون تحديد العدد كان العدد ثلاثة، وإذا حددوا عدداً أكبر لزم أن يكون العدد وترّاً، وإلا كان التحكيم باطلاً. ويستطيع الأطراف تصحيح الأمر، وتعديل التشكيل على نحو يتفق مع أحكام القانون. وقد نص المشرع الفرنسي على ذلك صراحة في المادة (1451) من قانون أصول المحاكمات المدنية في صياغته لعام 2011، على أن هيئة التحكيم تتكون من محكم أو عدة محكمين، على أن يكون عددهم فردياً أي وترّاً. وإذا كان اتفاق التحكيم يحدد عدداً زوجياً فيكمل إلى عدد فردي.

فالتطبيعة القضائية الخاصة لهيئات التحكيم تفرض نفسها بشدة في تلك النقطة؛ فهیئات التحكيم يتبع فيها قواعد الهيئات القضائية الطبيعية ذاتها فيما يتعلق بالعدد؛ فتشكيل المحكمة دائماً وترّي. كما أنه يخدم المعنى المُجرد للحيادية، من حيث أن الحكم الصادر من هيئات وترّية غالباً ما يُصادف صحيح القانون، أو العدالة لصعوبة تغليب طابع واحد على جميع أفراد الهيئة؛ وكذلك تجنباً لما قد يحدث من مشاكل عند المداولة إذ قد ينقسم المحكمون إلى فريقين متساويين؛ فيتعذر صدور حكم بالأغلبية.¹⁹

ورتب المشرع البطلان جزاءً للإخلال بمبدأ الوترية، ويُقصد ببطلان التحكيم هنا، بطلان تشكيل هيئة التحكيم، وهذا المبدأ استقرت عليه كافة التشريعات العربية ورتبت على مخالفته جزاء البطلان. وقد اتفق الفقه على أن هذا البطلان يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز الاتفاق على خلافه.²⁰

وأجمعت النصوص القانونية على أن البطلان يقتصر على حكم التحكيم الصادر من هيئة

¹⁹ - د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007، ص 199 وما يليها.

²⁰ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 171 وما يليها.

مشكلة بالمخالفة لقاعدة الوترية، وليس اتفاق التحكيم ذاته.

فإذا تم الاتفاق على التحكيم، ثم تم الاتفاق لاحقاً على تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي، فإن البطلان يقتصر على الاتفاق الثاني المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم مخالفاً لقاعدة الوترية دون اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره.²¹

عندئذ يُطبق الحكم الذي قرر المشرع لعدد المحكمين، وهو تكوين هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، وقبول المُحكم لمهمته كتابة، ووجوب الإفصاح عن أي ما يثير الشك فيه عند اختيار المُحكم، وتعيينه من قبل الأطراف، أو تعيينه من قبل الغير، أو عن طريق المحكمة المختصة، أو عن طريق هيئة، أو مركز للتحكيم، فإن قبول المُحكم للقيام بمهمة التحكيم، وموافقته يجب أن تكون بالكتابة إلا أن المشرع لم يحدد شكلاً معيناً لهذه الكتابة، فيجوز أن تتم في صورة رسائل يرسلها المُحكم إلى الخصوم بموافقته بشرط أن يكون هذا القبول صريحاً.²²

وللتحكيم عمل إرادي ليس فقط بالنسبة إلى أطراف النزاع، بل لمن يتولى مهمة التحكيم؛ فيجب أن يقبل المُحكم مهمة التحكيم، هذا ما قرره كافة التشريعات، والاتفاقيات الدولية، وهو ما قرره المادة (3/16) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 وتعديلاته، وأوجب أن يكون قبول المُحكم القيام بمهمته كتابة، وأن يفصح لدى موافقته عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله، أو حيده، إذن قبول المُحكم القيام بمهمة التحكيم، مقيد بقيدين وهما: أن يكون قبول المُحكم القيام بمهمته كتابة؛ وأن يفصح لدى موافقته عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله، أو حيده.

وقد أكدت هذا المعنى المادة (9) من قانون الأونسيترال النموذجي، والمادة (11) من قواعد الأونسيترال للتحكيم بنصها على ضرورة أن تراعى سلطة تعيين المُحكم أن يكون المُحكم الذي تعيينه مستقلاً ومحياداً، والمادة (10) من لائحة لندن للتحكيم والتي تقضي بأن:

"تُخول هذه اللائحة للمحكمة الحق في رفض تعيين المحكمين الذين اختارهم أطراف النزاع إذا قدرت أنه لا يتوافر فيهم الحيادة، والاستقلال، ويُعد عدم إفصاح المُحكم عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله، أو حيده من الأسباب القانوني التي تبرر رفع دعوى بطلان

²¹ - د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2015، ص 35 وما يليها.

²² - د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 173.

حكم التحكيم. وهذا ما أجمعت عليه التشريعات العربية.

ثانياً- موقف المشرع السوري من التعيين الاتفاقي للمحكمين من أطراف التحكيم:

قبل المشرع السوري بمبدأ أحقية الأطراف بحجب الاختصاص عن القضاء في تعيين المحكمين، وذلك في المادة (14) من قانون التحكيم السوري لعام 2004، وأكد أن الاختصاص لا ينعقد للمحكمة النازرة في مسائل التحكيم إلا إذا وقع النزاع ولم يتفق الطرفان على اختيار المحكمين، إذ تنص هذه المادة على أنه (1). إذا وقع النزاع ولم يتفق الطرفان على اختيار المحكمين يتبع ما يلي: أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين. ب- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً عنه ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ج- إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال مدة (30) يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال مدة (30) يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين بقرار تتخذه في غرفة المذاكرة ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين....).

وقد قررت محكمة النقض السورية بأن الاتفاق على حلّ الخلافات بصورة نهائية وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس من قبل محكم واحد أو أكثر يعينون وفقاً لأحكام هذا النظام لا يخالف القانون، وهو يحجب اختصاص القضاء العادي في سورية لحل الخلاف، وليس في اللجوء إلى هيئات تحكيمية أجنبية ما يتنافى مع سيادة القانون السوري، أو يخالف الأعراف التجارية والاتفاقات الدولية، كما أن اللجوء إلى الهيئات التحكيمية الأجنبية يستتبع تطبيق الأنظمة المعمول بها لدى هذه الهيئات، ولا يعود للقضاء السوري حق تعيين المحكمين لأن الشرط التحكيمي أفضى بهذه الصلاحية إلى غرفة التجارة الدولية.²³

وأوجب قانون التحكيم السوري في المادة (2/5) منه، العمل بما تشمله الاتفاقية الدولية أو العقد النموذجي أو أي وثيقة أخرى، من أحكام خاصة بالتحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع

²³ - نقض سوري، الغرفة المدنية، أساس رقم 641/ قرار رقم 1120 تاريخ 1972/12/13، مجلة القانون، سنة 1972، ص203.

العلاقة القانونية بينهما لأحكامها، إذ جاء فيها أنه (2- إذا اتفق طرفا التحكيم على إخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بما تشمله هذه الوثيقة من أحكام خاصة بالتحكيم). ومثال ذلك المادة (10) من الاتفاقية القضائية بين سورية ولبنان لعام 1996،²⁴ التي تنص على أنه يمكن للأطراف في اتفاقية التحكيم أن يتفقوا على:

(أ- تعيين محكم عن كل طرف وتعيين المحكم الثالث، أو يعين المحكمان بدورهما المحكم الثالث وعند التعذر يعين المحكم الثالث من قبل المحكمة المختصة في الدولة المتعاقدة التابع لها مكان التحكيم.

ب- إجراء التحكيم بواسطة مؤسسة تحكيم وطنية أو دولي).

وفي حال تعارض أحكام الاتفاقية الدولية مع القانون الوطني فإنه من غير الجائز إهدار الأثر القانوني الذي ترتبه الاتفاقية بحجة هذا التعارض، وهو المبدأ التي نصت عليه المادة (27) من اتفاقية فينا 1969، والتي لم تسمح لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كسبب مبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة.²⁵

المطلب الثاني

صلاحية هيئات ومراكز التحكيم بتعيين المحكمين

تكون لإرادة الطرفين الدور الأساسي عندما يختارون التحكيم وفقاً لنظام مركز تحكيم معين، فإنهم يعبرون ضمناً عن إرادتهم في أن يتم اختيار المحكمين وفقاً لنظام هذا المركز سواء نص هذا النظام على أن يتم الاختيار من الأطراف على نحو معين، أو بواسطة إدارة المركز، على أنه لا يجوز لمركز التحكيم أن يعد قائمة محكمين تتحصر سلطة الأطراف في الاختيار من بينهم، فإن فعل فإنها لا تقيد الأطراف في الاختيار، وتقوم سلطة التعيين بالمركز بتعيين

²⁴ تم التصديق على هذه الاتفاقية بموجب المرسوم التشريعي رقم 35 لعام 2000، ونُشرت في الجريدة الرسمية، العدد 34، تاريخ 2000/9/6، ص 2/1111.

²⁵ انضمت الجمهورية العربية السورية إلى اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المؤرخة في 23/5/1969 بموجب المرسوم التشريعي رقم 184/ تاريخ 1970/8/9 الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد، 34 لسنة 1970 ص 1888.

المحكمين فقط عندما لا يباشر الأطراف سلطتهم في الاختيار،²⁶ لأنهم بقبولهم نظام المؤسسة التحكيمية يكونوا قد قبلوا بالخضوع إلى نظام تعيين واستبدال المحكمين المنصوص عليه في نظام هذه المؤسسة، ويكون مشتملاً هذا النظام بوجه عام على مجموعة متناسقة من القواعد كافية لأن تسمح بالحصول على تعيين المحكم أو المحكمين، وبصورة أعم تسيير إجراءات التحكيم منذ بدئها وحتى صدور حكم التحكيم. وبمجرد إعلان الطرفين اعتمادهما لهذا النظام، فإنه يصبح بمنزلة الاتفاق الخاص بهما، كما يصبح واحداً من الشروط المباشرة للعقد الموقع بينهما.²⁷ وسأعرض في هذا المطلب قواعد تعيين المحكمين وفق نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية بباريس، وكذلك بالإجالة إلى قواعد الأونسيترال للتحكيم.

الفقرة-1- تعيين المحكمين وفق نظام غرفة التجارة الدولية بباريس:

قد يتفق طرفا النزاع على حل النزاعات التي تنشأ بينهما عن طريق التحكيم، ووفق نظام التحكيم في غرفة التجارة الدولية (ICC)،²⁸ ويخول هذا النظام المحكمة الدولية للتحكيم، وهي المحكمة المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية والتي تعدّ جهاز التحكيم المستقل التابع لها، سلطة تعيين المحكمين، فإذا لم ينفق الأطراف على عددهم، كان للمحكمة المذكورة أن تعين محكماً منفرداً إلا إذا تبين لها أن المنازعة من شأنها أن تستدعي تعيين ثلاثة محكمين، وفي هذه الحالة يتعين على المدعي أن يسمي محكماً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه الإخطار بقرار المحكمة، ويسمي المدعى عليه محكماً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه الإخطار بالتسمية التي قام بها المدعي، وإذا لم يسمي أحد الأطراف محكماً تقوم المحكمة المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية بالتعيين، فإذا اتفق الأطراف على تسوية النزاع بواسطة محكم منفرد، فيجوز

²⁶- د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 197-209.

²⁷- جان روبير، في التحكيم، طبعة 5 فقرة 295، أشار إليه إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية والإثبات والتنفيذ، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، الطبعة 1، ج 12، ص 83.

²⁸- انظر الاتفاق الموقع بين حكومة الجمهورية العربية السورية والاتحاد الدولي للنقل الجوي في دمشق بتاريخ 2007/4/3 والمصدق عليه بموجب المرسوم التشريعي رقم 7/ تاريخ 2008/1/20 والذي اتفق الطرفان بموجب المادة 6/ ت منه على أن تخضع الإجراءات إلى نظام التحكيم المعتمد لدى غرفة التجارة الدولية النافذ عند نشوب النزاع وبذلك يكون للمدعي الأحقية في مطالبة رئيس محكمة التحكيم في باريس بتعيين المحكم الثالث أو تعيين محكماً عن المدعى عليه الذي لم يعين محكمه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تلقيه الإخطار من المدعي بتعيين محكمه. منشور في الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 9 لسنة 2008، ص 444.

لهم الاتفاق على تسميته بهدف تثبيته، وإذا لم يسمي أحد الأطراف محكماً منفرداً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلّم الطرف الآخر الطلب الذي تقدم به المدعي، أو خلال المهلة الإضافية التي قد تمنحها الأمانة العامة تقوم المحكمة بتعيين المحكّم المنفرد، ولها أن تقوم بتعيين محكماً عن الطرف الذي يمتنع عن تسمية محكّمه إذا كان الأطراف قد اتفقوا على أن ينظر في النزاع ثلاثة محكمين، كما أنّ لها تعيين المحكّم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على إجراء آخر لتعيينه، عندها يجوز للأمين العام²⁹ تثبيت الأشخاص الذين ساهم الأطراف أو تمت تسميتهم وفقاً للاتفاقات الخاصة بالأطراف كأعضاء هيئة تحكيم أو محكمين منفردين أو رؤساء لهيئات التحكيم، بشرط ألا يتضمن الإقرار المقدم من جانبهم أي تحفظات بخصوص الحيدة أو الاستقلالية، وتُخطر المحكمة بهذا التثبيت في جلستها التالية، فإذا رأى الأمين العام عدم تثبيت عضو هيئة تحكيم أو محكّم منفرد أو رئيس هيئة تحكيم يعرض الأمر على المحكمة، فإذا لم يؤد الإجراء المتفق عليه بين الأطراف إلى التعيين خلال /30/ يوماً من تاريخ التثبيت أو تعيين عضوي هيئة التحكيم أو خلال أي أجل متفق عليه بين الأطراف أو محدد من طرف المحكمة، تعين المحكمة المحكّم الثالث، فإذا تعدد المدّعون أو تعدد المدعى عليهم، وكان المنازعة معروضة على ثلاثة محكمين، يسمي المدّعون مجتمعين محكماً ويسمي المدعى عليهم مجتمعين محكماً لتثبيته من قبل الأمين العام، فإذا انضم إلى الدعوى طرف إضافي وكانت المنازعة معروضة على ثلاثة محكمين يجوز للطرف الإضافي الاشتراك مع المدعي أو المدعين أو مع المدعى عليه أو المدعى عليهم في تسمية محكّم، أما في حالة تعدد

²⁹- تساعد المحكمة الدولية للتحكيم المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية في عملها الأمانة العامة للمحكمة وتوضع تحت إدارة الأمين العام، وفق ما جاء في المادة (5) من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، والتي تنص على ما يأتي: (1- المحكمة الدولية للتحكيم "المحكمة" المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية هي جهاز التحكيم المستقل التابع لغرفة التجارة الدولية... 2- لا تفصل المحكمة في النزاعات بنفسها لكنها تدير الفصل في النزاعات التي تتولاها هيئات التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم المعمول بها لدى غرفة التجارة الدولية "القواعد". وتعتبر المحكمة الجهاز الوحيد المنوط بعهدته إدارة إجراءات التحكيم بموجب القواعد، بما في ذلك دراسة الأحكام الصادرة وفقاً للقواعد واعتمادها. وتضع المحكمة نظامها الداخلي ... 3- لرئيس المحكمة "الرئيس" أو أحد نوابه في حال غيابه أو بناء على طلبه، أن يتخذ القرارات العاجلة نيابة عن المحكمة شرط إبلاغ المحكمة بهذه القرارات في اجتماعها الموالي. 4- يجوز للمحكمة وفقاً لما نص عليه النظام الداخلي، أن تعهد إلى لجنة واحدة أو عدة لجان مؤلفة من أعضائها، بسلطة اتخاذ قرارات معينة، شريطة إبلاغ "المحكمة" بهذه القرارات في اجتماعها الموالي. 5- تساعد المحكمة في عملها الأمانة العامة للمحكمة "الأمانة العامة" تحت إدارة الأمين العام لها "الأمين العام".

المدعين أو المدعى عليهم، وعدم قدرة جميع الأطراف على الاتفاق على طريقة تشكيل هيئة التحكيم، يجوز للمحكمة تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم، وتعيين أحدهم لتولي رئاسة هيئة التحكيم، وفي هذه الحالة تكون للمحكمة الحرية في اختيار أي شخص تراه مؤهلاً كمحكم متى رأت ذلك ملائماً، وعندما تقوم المحكمة بتعيين محكم يتم التعيين بناءً على اقتراح من إحدى اللجان الوطنية أو المجموعات التابعة لغرفة التجارة الدولية التي تعدها مناسبة، وإذا لم تقبل المحكمة الاقتراح المقدم، أو إذا لم تقدم اللجنة الوطنية أو المجموعة الاقتراح المطلوب خلال المدة التي حددتها المحكمة، فيجوز للمحكمة إما أن تكرر طلبها وإما أن تتوجه بطلبها إلى لجنة وطنية أو مجموعة أخرى تراها مناسبة، وإما أن تعين مباشرة شخصاً تعده مناسباً، كما يجوز للمحكمة أن تعين مباشرة أي شخص تراه مناسباً كمحكم.

ويتعين أن يكون المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من جنسية مختلفة عن جنسيات ذلك الأطراف، ومع يجوز اختيار المحكم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم من بلد ينتمي إليه أحد الأطراف بجنسيته إذا كانت الظروف مناسبة وبشرط ألا يعترض على ذلك أحد الأطراف خلال المهلة التي تحددها المحكمة المنبثقة عن غرفة التجارة الدولية.

وقد استحدثت غرفة التجارة الدولية بباريس في قواعدها لعام 2017 نظاماً جديداً في تشكيل هيئة التحكيم يسمّى "الإجراء المعجل" نصت عليه المادة (30) وجاءت تفاصيله في الملحق السادس حيث نصت المادة الثانية منه على أحقية محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بتعيين محكم منفرد حتى لو نص الاتفاق على غير ذلك، بشرط أن لا يتجاوز المبلغ محل المنازعة مليوني دولار.³⁰

وأعتقد أن هذا الحل يعطي دفعاً للتحكيم التجاري الدولي، لجهة السرعة في تعيين المحكمين ومن ثم بدء إجراءات التحكيم، ولجهة توفير النفقات التي يتطلبها التحكيم.

وإذا أخضع الأطراف العلاقة القانونية بينهما لنظام المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار ICSID،³¹ فإن محكمة التحكيم تتكوّن من شخص واحد أو من أي عدد فردي من المحكمين

³⁰ - انظر المواد 1-12-13-30 والملحق السادس من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC النافذ بدءاً من 2017/3/1 الموقع الإلكتروني: www.iccwbo.Org، تاريخ الزيارة 2023/4/20.

³¹ - انظر المادة 3/9/أ من اتفاق التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في نيودلهي بتاريخ 2008/6/18 بين حكومة الجمهورية العربية السورية وحكومة الهند والمصدق بالمرسوم التشريعي رقم 58/ تاريخ 2008/9/23 حيث الاتفاق على عرض النزاع على المحكمة المختصة أو الهيئات التحكيمية أو الإدارية

الذين يعينون حسب اتفاق الطرفين، وفي حالة عدم اتفاقهما على عدد المحكمين وطريقة تعيينهم، تتكون المحكمة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف واحد منهم، والثالث الذي يكون رئيساً للمحكمة يعين باتفاق الطرفين، أمّا إذا لم يتم تكوين المحكمة خلال عشرة أيام من إرسال السكرتير العام إخطاراً بتسجيل الطلب أو في خلال أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان يقوم الرئيس بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد، بناءً على طلب أي من الطرفين وبعد مشاورتهما قدر المستطاع، ولا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم الرئيس وفقاً لذلك من مواطني الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، أو من مواطني الدولة المتعاقدة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع، كما يجب أن يكون أغلبية المحكمين من دول غير الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، والدولة المتعاقدة التي أحد مواطنيها طرف في النزاع، على أن هذا لا ينطبق في حالة ما إذا كان المحكم الوحيد، أو كان محكم من أعضاء المحكمة قد تم تعيينه باتفاق الطرفين.

وفي حال اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد وإجراءات مركز تحكيمي إقليمي كمركز CRCICA،³² أو مركز تحكيمي دولي كمركز التحكيم الدولي في فيينا VIAC،³³ فإن القواعد السارية في نظام هذا المركز هي التي تحدد كيفية تعيين المحكمين، ولا يكون للقضاء الوطني دور في تعيينهم،³⁴ كما أنه لا يمكن اللجوء إلى هذا القضاء لوقف سير إجراءات التحكيم التي بدأت، وذلك بدعوى الاعتراض على تشكيل هيئة التحكيم للحيلولة دون إمكانية مباشرتها لمهامها، فالقضاء الوطني عليه أن يمتنع عن إصدار أوامر أو نواهي، تحول دون مباشرة هيئة التحكيم أو مركز التحكيم الذي يتم التحكيم في إطاره، لصلاحياتها وفقاً للنظام الواجب التطبيق

التابعة للطرف المتعاقد الذي تم الاستثمار في أراضيها بموافقة الطرفين وفي حال الفشل بتسوية النزاع يتم عرض الخلاف على التحكيم بوساطة المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار. الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 43/ لسنة 2008 ص 1464. الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 33/ لسنة 2009 ص 872.

³² - انظر قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي CRCICA السارية بدءاً 2024/1/15 على الموقع الإلكتروني: www.crcica.org.eg، تاريخ الزيارة 2023/12/10.

³³ - انظر قواعد VIAC السارية بدءاً من 2013/7/1 على الموقع الإلكتروني: www.viac.eu، تاريخ الزيارة 2023/12/10.

³⁴ - انظر شرط التحكيم في اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية مع حكومة الجمهورية العربية السورية بشأن توكيل حكومة الجمهورية العربية السورية لشراء معدات نيابة عن البنك الإسلامي للتنمية لاستخدامها في مشروع محطة توليد كهرباء دير علي والمصدقة بموجب المرسوم التشريعي رقم 41/ تاريخ 2009/7/19 حيث اتفق الطرفان على تطبيق قواعد وإجراءات المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم بدبي، على أن تحل قواعد وإجراءات هذا المركز محل أي إجراء آخر للفصل في المنازعات بين طرفي هذه الاتفاقية (الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 30/ لسنة 2009 ص 793).

بمقتضى الإحالة الصريحة الواردة في اتفاق التحكيم.³⁵

الفقرة-2- تعيين المحكمين بالإحالة إلى قواعد الأونسيترال UNCITRAL :

إذا اتفق الأطراف على الإحالة إلى قواعد الأونسيترال فإنّ هذه الإحالة يجب أن تقتصر بتعيين سلطة التسمية³⁶، سواء أكانت هذه السلطة مركزاً تحكيمياً دائماً أم شخصاً معيناً، فإذا لم تقتصر الإحالة بذلك فإنّ سلطة التسمية³⁷ تصبح عندئذ محكمة تحكيم لاهي الدائمة، بصفتها المرجع في هذه الحالة.

ويلاحظ أنه في العقود الدولية أضى من المؤلف أن يتم الاستعانة بجهة أجنبية لتعيين المحكمين،³⁸ فعندما وقعت الدول اتفاقية جنيف تعهدت بطبيعة الحال تشجيع ودعم التحكيم إلى حدّ ما على حساب القضاء الوطني، إلا أنّ ذلك تجاوز في بعض الأحيان، إلى الحد الذي أضى فيه بإمكان الجهة الخارجية أن تتدخل لسد النقص الحاصل في شرط أو مشاركة التحكيم.³⁹

إن إرادة أطراف التحكيم هي التي تحدد الجهة التي يمكن أن تقوم بتعيين المحكمين، في حال اختلاف الأطراف على ذلك، فتمنع القضاء الوطني من التصدي لهذا التعيين، وتمنح هذا الحق لمركز تحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة، حيث يخضع تعيين المحكمين عندئذ إلى نظام ذلك المركز أو المؤسسة التحكيمية، وبموجبه يتم تشكيل هيئة التحكيم، من دون أي تدخل من القضاء الوطني.

³⁵- د. سامية راشد التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف مصر - الإسكندرية، 1986، ص72.

³⁶- انظر المادة 6 من قواعد الأونسيترال للتحكيم في صياغتها لعام 2021.

³⁷- د. عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص191.

³⁸- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات الموقعة بين الجمهورية العربية السورية وصندوق الأوبك للتنمية الدولية في دمشق والمؤرخة في 2001/3/21 والمصدقة بموجب القانون رقم 39/ تاريخ 2002/5/20 أعطيت صلاحية تعيين المحكمين لمحكمة التحكيم الدولية في باريس (الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 25/ لسنة 2002 ص1421).

³⁹عبد الهادي عباس وجهاد هوش، التحكيم: التحكيم الاختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية، الفكر القضائي للنشر، دمشق 1982 ص420-421.

المبحث الثاني

انعقاد الاختصاص للقضاء في تسمية المحكمين

إن الاختلاف من سنن الله الكونية في البشر، وترتب على الاختلاف بين البشر ظهور المنازعات، وهذه المنازعات استوجبت البحث عن حلول لها، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى القضاء. ويعدّ القضاء الطريق الأساسي لحل المنازعات، إلا أن القضاء أصبح في ظل تزايد عدد المنازعات وقلة عدد القضاة بطيئاً، وأصبح معه نيل الحقوق المختلف عليها وتحصيلها أمراً يستغرق الوقت والجهد والمال، وهو الأمر الذي استدعى البحث عن طرق أخرى بديلة لحل المنازعات، ومن هذه الطرق التحكيم.

والتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية، ويقوم على إرادة الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم، والنجمة عن علاقة عقدية أو غير عقدية.⁴⁰

والتحكيم، قانوناً، هو نظام لتسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم؛⁴¹ وهو طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج بمقتضاه النزاع من ولاية قضاء الدولة ويعهد به إلى فرد أو هيئة الذي يقضي بحكم ملزم للطرفين؛⁴² كما قيل إنه نظام قضائي خاص لفض الخصومات بعيداً عن طرق التقاضي العادية، ويتم اللجوء إليه بمقتضى اتفاق أطراف النزاع لتسوية المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم أيّاً كان

⁴⁰ - نقض مدني 11248 لسنة 65، جلسة 2006/11/27، س57، ص738 & نقض مدني 4729 لسنة 72، جلسة 2004/6/22، س55، ق117، ص638 & نقض مدني 607 لسنة 63، جلسة 2007/273، س58، ق51، ص295. وهذه الأحكام متاحة على موقع نقض مصري www.cc.gov.eg، تاريخ الزيارة 2023/12/10.

⁴¹ - د. محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية"، المؤتمر 16 لجامعة الإمارات عن التحكيم التجاري الدولي، خلال الفترة من 28 ولغاية 30 أبريل 2008، المجلد الأول، ص15.

⁴² - د. محمد الروبي، التحكيم في عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT، المؤتمر 16 لجامعة الإمارات عن التحكيم التجاري الدولي، خلال الفترة من 28 ولغاية 30 أبريل 2008، المجلد الأول، ص159.

والتحكيم من أفضل وسائل حل المنازعات سواء على المستوى الداخلي أم على المستوى الدولي، وإن كان استخدامه في العقود الدولية أكثر، فلا يكاد يخلو عقد دولي من بند التحكيم، وذلك لما يتميز به من حرية أطراف النزاع في اختيار المحكمين وتحديد إجراءات التحكيم ومدة إنهاء النزاع التي عادة ما تكون قصيرة، كما يمتاز التحكيم بالسرية، وتخصص المحكمين في موضوع النزاع، وأحكامه نهائية لا تقبل الاستئناف أو النقض، وليس للقضاء سلطان في نظر موضوع التحكيم إلا إذا اعترى حكم التحكيم سبب من أسباب البطلان.⁴⁴

ويخضع التحكيم لقواعد عدة، أهمها: مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن سائر العقود المرتبطة بالنزاع، ومن ثم لا يؤثر بطلان العقد في صحة شروط التحكيم، كما لا يؤثر بطلان شرط التحكيم في صحة العقد، وهو الأمر الذي أكد عليه المشرع الفرنسي في المادة 1447 من قانون أصول المحاكمات المدنية، والتي تنص على أنه (1- يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الذي يرتبط به ولا يكون غير فعال لعدم فاعلية هذا العقد. 2- إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً يعتبر شرط التحكيم كأن لم يكن).

كما يخضع التحكيم لمبدأ نسبية آثار العقد، ومقتضاه سريان آثار العقد على المتعاقدين، ومن ثم لا يجوز الاحتجاج بها إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه ولا يسري في مواجهة الغير، ويعدّ بحكم المتعاقد خلفه الخاص وخلفه العام؛⁴⁵ إلا أن مبدأ نسبية آثار العقد ليس مطلقاً، فهناك حالات يمكن أن يمتد فيها آثار العقد إلى الغير. وموضوع نسبية شرط التحكيم وامتداده للغير يتمتع بأهمية علمية وعملية، فلا يكاد يخلو عقد من شرط تحكيم.

والأصل أن تعيين المحكمين يتم بإرادة أطراف النزاع، وعلى الرغم من أن الاستعانة بالقضاء النظامي في الطابع العام أمر يصعب تصوّره لاتفاق الأطراف على فض النزاع بالتحكيم وغل يد

⁴³- د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2006، ص 476.

⁴⁴- د. إبراهيم الأرنؤوط، شرط الكتابة والتحكيم الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 49، يناير 2012، ص 124.

⁴⁵- د. علي سيد قاسم: شرط التحكيم ومجموعة الشركات، المؤتمر 16 لجامعة الإمارات عن التحكيم التجاري الدولي، خلال الفترة 28: 30 أبريل 2008، المجلد الأول، ص 80، و د. إبراهيم الأرنؤوط، المرجع السابق، ص 139.

القضاء، إلا أن القضاء لا ينتهي دوره في أثناء السير في إجراءات التحكيم بحسبان أن التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره قضاء.

ويتجلى دور القضاء النظامي في التحكيم عند نشوء خلافات بين الأطراف بخصوص تعيين المحكمين، كأن يمتنعوا عن تعيين المحكم الفرد، أو يفشلوا في الوصول إلى اتفاق على آليات تعيينه وشروطه، أو حتى امتناع أحدهم عن اختيار محكمه في الأجل المحدد أو عدم اتفاق المحكمين على المرجح أو المحكم الثالث في حال كانت الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين.

إضافةً إلى أنه يمكن أن يعتذر أحد المحكمين عن قبول النظر في النزاع بعد تبليغه بالتعيين، أو يمكن أن تماطل مؤسسة التحكيم في تعيين المحكمين، أو عدم توافر نصوص قانونية في لوائح وأنظمة هذه المؤسسة ليتم تعيين المحكمين أو المرجح أو المحكم الثالث وفقاً لها، فجميع الحالات السابقة تعدّ في مضمونها مسوغاً يبرر تدخل القضاء الحكومي في تعيين المحكمين وتفعيل اتفاق التحكيم من أجل إنهاء النزاع.

وتدخل القضاء في التعيين، في هذه الحالات، هو تدخل إسعافي، لأن المبدأ احترام القضاء لإرادة الأطراف التي اختارت التحكيم وسيلةً لفض النزاع؛ واستناداً إلى ما تقدم يمكن أن يقوم القضاء بمساعدة الأطراف أو المحكمين في استكمال تشكيل هيئة التحكيم، ليكون دوره احتياطياً، وهنا أقرت أغلب قوانين التحكيم بالدور الرقابي للقضاء على بعض إجراءات التحكيم، كطلب تعيين المحكمين منها. ويعدّ تدخل القضاء الوطني للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، أمر مسلم به عند امتناع طرفي النزاع عن تعيين المحكمين أو اختلافهم حول تشكيلها، لأنّ هيئة التحكيم لا دور لها في هذا التعيين كونها لم تتشكّل بعد، لذلك فإن تشريعات التحكيم تسمح لمن يهمه تشكيل هيئة التحكيم بالاستعانة بالقضاء الوطني من أجل تعيين المحكمين أو ردّهم أو عزلهم أو مساءلتهم.

وعندما يحاول أحد أطراف النزاع عرقلة إجراءات التحكيم بمنعه إتمام تشكيل هيئة التحكيم أو عدم تعيين محكم عنه،⁴⁶ فإنّ ذلك لا يؤدي إلى إنهاء اتفاق التحكيم، ويبقى هذا الاتفاق منتجاً لآثاره، إذ يمكن أن تقوم الجهة المختصة المتفق عليها بين الطرفين بهذا الدور، كما هو الحال في

⁴⁶ - لم تقم مصر باختيار محكمها في قضية هضبة الأهرام، لذلك قامت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية باختياره بمعرفة اللجنة الوطنية (غرفة التجارة المصرية). انظر: إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ص 149. مجلة الحقوق والشرعية السنة الرابعة العدد الأول، كانون الثاني 1980، جامعة الكويت، ص 116-117.

العقود الدولية، حيث يتم تحديد الاختصاص في تسمية المحكمين لجهة دولية أو لرئيسها،⁴⁷ أو لمركز تحكيمي دائم، فإذا انتفى هذا الشرط فإنّ القضاء يتصدى لهذا الأمر، ويتدخل من أجل إزالة العقوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم. يستخلص مما تقدم أن القضاء لا يتدخل إلا في حال اختلاف الأطراف على تعيين المحكمين وحتى في هذه الحالة، عليه أن يتقيد بالكيفية التي اتفق عليها الأطراف لجهة تسمية المحكمين وعددهم.

وبناءً على ما تقدم سابين في هذا المبحث كيفية انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني في تشكيل هيئة التحكيم، ومتى يتم حجب هذا الاختصاص عنه، وتحديد دور أطراف النزاع في ذلك، وبيان موقف المشرع الفرنسي والمصري واللبناني والسوري وتحديد كيفية تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين وأسباب وشروط هذا التدخل.

والمبدأ في المسائل المدنية أنّه عندما يخلّ أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية يتدخل القاضي لإلزامه احترام إرادة الأطراف المشتركة، وتنفيذ الشروط العقدية المتفق عليها، تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي يعدّ من نتائج مبدأ سلطان الإرادة، وفي اتفاق التحكيم عندما يتمتع أحد أطراف النزاع عن تسمية محكمه أو لا يتمكن المحكمان المعينان من قبل الأطراف من تعيين المحكم الثالث، لا بدّ أن يلجأ صاحب المصلحة من الأطراف لحل النزاع إلى القضاء ليقوم بهذا الدور، فإذا كان التحكيم وطنياً، فالأمر سهل، لأن المحكمة المختصة، وهي في القانون السوري محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية،⁴⁸ للنظر في مسائل التحكيم هي التي تسمي محكم الطرف المتخلف عن تسمية محكمه أو تسمية المحكم الثالث.

ولكن إذا كان التحكيم دولياً،⁴⁹ فهل يلجأ كل محتكم إلى قضائه الوطني، أم إلى قضاء دولة مقر

47- مثال ذلك تخويل رئيس غرفة التجارة الدولية في باريس تسمية المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم في حال نشب أي نزاع.

48 - انظر المادة (3) من قانون التحكيم السوري لعام 2008.

49 - التحكيم التجاري الدولي، وفق المادة (1) من قانون التحكيم السوري هو (التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية، ولو جرى داخل سورية، وذلك في الأحوال التالية 1: إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحل إقامته المعتاد. 2 .. إذا كان مركز الأعمال الرئيسي لطرفي اتفاق التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة: أ. مكان إجراء التحكيم أما عينه اتفاق التحكيم أو

التحكيم؟

لنوضح ذلك في المثال الآتي: إذا نشب نزاع مثلاً بين شركة سورية وأخرى يونانية مركز أعمالها في سورية، وكان شرط التحكيم يقضي أن يسمي كل طرف محكمه، ويسمي المحكمان المحكم الثالث، واثقاً على أن يجري التحكيم في فرنسا، وأن يكون القانون السوري هو الواجب التطبيق، فإذا تخلفت الشركة اليونانية عن تسمية محكمها، ما القضاء المختص لتسمية هذا المحكم، ومن ثم تسمية المحكم الثالث؟

للإجابة عن هذا السؤال وتحديد الكيفية التي ينعقد فيها الاختصاص للقضاء الوطني نبين موقف المشرع السوري من هذه المسألة لتوضيح المنهج الذي اعتمدته قانون التحكيم السوري، ثم نتطرق إلى حالات واستثناءات اختصاص، محكمة الاستئناف المختصة بقضايا التحكيم، ثم سنوضح موقف المشرع الفرنسي والمصري.

المطلب الأول

موقف المشرع السوري

منح المشرع السوري الاختصاص للنظر في مسائل التحكيم التي يشملها، وفق المادة (3) قانون التحكيم لعام 2008، إلى محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية، لذلك سنبين حالات انعقاد الاختصاص لهذه المحكمة، ثم نعرض الاستثناءات من هذا الاختصاص.

الفقرة-1- حالات انعقاد اختصاص محكمة الاستئناف وفق المادة (3) من قانون التحكيم السوري:

ينحصر اختصاص محكمة الاستئناف في الحالات التي يجري التحكيم في دائرتها، فإذا كان التحكيم تجارياً دولياً فإن اختصاص محكمة الاستئناف لا ينعقد إلا إذا كان هذا التحكيم يجري

أشار إلى كيفية تعيينه ب. مكان تنفيذ جزء جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف .
ج . المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. 3 .. إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة واحدة).

في سورية، وهذه العبارة لا تستلزم بالضرورة بدء إجراءات التّحكيم لانعقاد الاختصاص لمحكمة الاستئناف، إذ يكفي أن يتبين من اتفاق التحكيم أنّ التّحكيم سيجري في سورية، حتّى تتمكّن محكمة الاستئناف من أن تتصدى لتعيين المحكّمين.

فالمشرّع السوري لم يأخذ بالحالة الثّانية المنصوص عليها في المادة (9) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 وتعديلاته التي أكّدت على انعقاد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، وجرى في الخارج واتفق الأطراف على خضوعه لقانون التحكيم المصري.

ففي المثال المشار إليه أعلاه فإنّ التّحكيم الجاري بين الشركة السورية والشركة اليونانية في فرنسا هو تحكيم تجاري دولي، كما عرفته المادة (1) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، ومع ذلك فإنّ محكمة الاستئناف لا يمكنها أن تتصدى لتعيين المحكّمين لأنّ نص المادة (1/3) لم يعقد لها الاختصاص إلا إذا كان التحكيم يجري ضمن دائرتها.

وأعتقد أن المشرّع السوري وقع في تناقض، فعلى الرغم من تأكيده في المادة (2) من قانون التحكيم أنّ أحكام هذا القانون تسري على أي تحكيم يجري في سورية، كما تسري على أي تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج، إذا اتفق طرفا النزاع على إخضاعه لأحكام هذا القانون، يُلاحظ أنه قيد اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في مسائل التحكيم التي في الحالات التي يجري التحكيم ضمن دائرتها فقط، لذلك أرى أنّ المادة (1/3) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 جاءت قاصرة على تحديد المحكمة المختصة في حال كان التّحكيم يجري في الخارج واتفق الطرفان على إخضاعه لأحكام قانون التحكيم السوري.

ويثور السؤال حول مسألة افتراض عدم اتفاق أطراف النزاع على إخضاع التحكيم الجاري بينهما لأحكام قانون التحكيم السوري، ولم يجز التحكيم في سورية، فهل يمكن لمن يحمل الجنسية السورية إذا كان طرفاً في هذا الاتفاق أن يلجأ إلى القضاء السوري من أجل أن يطلب منه المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم؟

ويثور السؤال أيضاً حول إمكانية أن يتم الاتفاق بين أطراف النزاع على اختصاص محكمة معينة في الدولة المضيفة لتسمية المحكّمين غير المحكمة التي نص عليها قانون دولة مقر التحكيم؟ وما حكم إحالة قواعد تحكيم إحدى هيئات التحكيم الدائمة أمر تعيين المحكّمين إلى غير المحكمة المحددة في قانون مكان التحكيم؟

يبدو أنه من غير المتاح لأطراف النزاع أن يتفقوا على اختصاص محكمة أخرى غير تلك التي خولها قانون دولة مقر التحكيم هذه السلطة، فقد قررت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية في قرار لها أنها ليست المرجع المقصود في المادة (3) من قواعد التحكيم المطبقة في مقاطعة فود السويسرية التي أعطت المحكمة العليا للقضاء المدني العادي في المقاطعة التي يوجد فيها مقر التحكيم سلطة تعيين المحكمين الذين لم يتم تعيينهم من الأطراف، وذلك في حال تعيين دمشق مقراً للتحكيم.⁵⁰

الفقرة-2- استثناءات اختصاص محكمة الاستئناف:

اختصاص محكمة الاستئناف في مسائل التحكيم، وفق أحكام المادة (3) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 مقيد باستثناءين، وهما:

أولاً- الاتفاقيات الدولية التي انضمت لها سورية:

لا تسري أحكام قانون التحكيم السوري ومن بينها اختصاص محكمة الاستئناف بتعيين المحكمين إذا كانت الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها الجمهورية العربية السورية قد أعطت الاختصاص لجهة أخرى.

فقد حولت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (ICSID)⁵¹ رئيس البنك الدولي للإنشاء والتعمير هذه الصلاحية في تعيين المحكم أو المحكمين الذي لم يعينوا بعد من قبل الأطراف، وعليه أن يلتزم بشرط عدم تعيين المحكمين من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفاً في النزاع، أو أن يكونوا من الدول المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفاً في النزاع، ويمكن إهمال هذا الشرط إذا اتفقت الأطراف المتنازعة على المحكم المنفرد أو اتفقت على كل عضو من أعضاء هيئة التحكيم⁵²، لذلك فإن اختيار المحكمين وفق قواعد المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار (ICSID)، يقوم أساساً على إرادة الأطراف، سواء تم التعيين

⁵⁰ - الهيئة العامة لمحكمة النقض، القضية رقم 13/، قرار رقم 14/ تاريخ 1977/3/14، مجلة المحامون السورية، سنة 1977، ص12.

⁵¹ - اعتمد البنك الدولي للإنشاء والتعمير هذه الاتفاقية في 18 آذار 1965، ودخلت حيز التنفيذ في 14 تشرين الأول 1966، بعد إيداع وثيقة التصديق العشرين.

⁵² - المادتان 38-39 من الاتفاقية.

مباشرة أم بطريقة غير مباشرة، إذا ارتضوا الخضوع لهذه القواعد.⁵³

وقد أكدت اتفاقية عمّان العربية للتحكيم التجاري⁵⁴ في المادة (27) صراحة منها أنّ الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يمنع عرض النزاع أمام أي جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم؛ كما نصت (18) منها على أن يتولى مكتب المركز العربي للتحكيم التجاري مهمة تعيين المحكم عن طالب التّحكيم الذي لم يعين محكمه في طلبه، وعن المطلوب التّحكيم ضده إذا مضت مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه طلب التّحكيم، ولم يعين محكمه، كما أنّ لهذا المكتب تعيين المحكم الثالث في حال عدم اتفاق الطرفين على تسميته من قائمة أسماء المحكمين الخاصة بالمركز.

وتكون صلاحية تعيين المحكمين في منازعات الاستثمار، إذا نشأت بين دولة عربية مضيضة ومواطن دولة عربية أخرى، لأمين عام مجلس تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمارات العربية وبين مواطني الدول العربية الأخرى، الذي خولته المادة (14/ج) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار صلاحية تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد مشاوره الطرفين، على ألا يكون المعينون من مواطني الدولة طرف المنازعة.

أمّا إذا كان النزاع قد نشأ عن الاستثمارات بين الدول العربية المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها، وبين إحدى الدول العربية الأخرى أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة أو الشركات التابعة لها أو مواطنيها، فإنّه يخضع لأحكام اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية، وتشكل محكمة التحكيم بقرار من أمين عام مجلس الوحدة الاقتصادية العربية بناءً على طلب يقدمه أطراف النزاع إلى له تعرض فيه موضوع المنازعة وتطلب حلّها عن طريق التحكيم، بحيث يختار كل طرف محكماً واحداً عنه، وينضم إليهم محكماً تكون له رئاسة التحكيم يختاره الأمين العام ممّن شغلوا أعلى المناصب القضائية في دولة غير طرف في النزاع، كما أنّه من صلاحية الأمين العام تعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهم بعد مشاوره الأطراف، شرط أن لا يكون المعينون من مواطني

⁵³ - عيساوي محمد، فعالية التحكيم في حماية الاستثمار الأجنبي في الجزائر، رسالة دكتوراه جامعة مولود معمري - تيزي وزو، بلا تاريخ، ص 117.

⁵⁴ - كانت سورية من الدول الموقعة على هذه الاتفاقية وقد أقرها مجلس وزراء العدل العرب في دورته الخامسة بقراره رقم 80/ده تاريخ 14/4/1987 وعدلت بموجب قرار مجلس الوزراء العرب رقم 162 تاريخ 22/4/1992 في دور انعقاده العادي الثامن ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 24/6/1992.

ثانياً- التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

يمكن القول إن موضوع اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية قد حسم في سورية منذ زمن بعيد، وذلك عندما نصّت المادة (75) من المرسوم التشريعي رقم (228) لعام 1969، المتضمن نظام العقود الإدارية، على الآتي:

(أ-) يحق للإدارة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة في القضاء الإداري، وتشكّل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الوزراء، أو قاضٍ يسميه وزير العدل، وعضوية مندوب عن كلٍّ من الإدارة والمتعهد بقرارٍ من الوزير، يحدد فيه موضوع الخلاف وتعويضات اللجنة ضمن حدود الأحكام النافذة.

ب- يحق للجنة الاستعانة بمن تراه ضرورياً من المختصين وأهل الخبرة، وتحدد تعويضات هؤلاء بقرارٍ من الوزير بناءً على اقتراح اللجنة.

ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية على تحديد جهة تحكيمية خاصة وفقاً لأحكام البندين (أ) و(ب) السابقين.

د- يتحمّل الفريق الخاسر نفقات التحكيم بنسبة خسارته).

وبصدور القانون رقم (51) لعام 2004 المتضمن نظام العقود الإدارية جاء النص في المادة (66/ب) منه على أنه: (يجوز أن ينص في دفاتر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري، وتشكّل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة، وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة، ويختار المتعهد العضو الآخر).

ووفقاً للفقرة (ج) من المادة (66) منه: (يمكن في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البندين (أ) و(ب))، مع ملاحظة أن الفقرة (أ)

⁵⁵ - ومن الاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجمهورية العربية السورية وكذلك اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار المصدق عليها بقرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية رقم 466/ تاريخ 1970/8/29 حيث جعلت الاختصاص في تعيين المحكمين للأمين العام لجامعة الدول العربية وقد صدقت عليها الجمهورية العربية السورية بالمرسوم التشريعي رقم 50/ تاريخ 1971/9/18 منشورة في الجزء العشرين من موسوعة التشريع السوري ص1/12.

كانت قد بيّنت بأن: (القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد).

ومن أحكام مجلس الدولة السوري التي تجيز اللجوء إلى التحكيم ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا عام 1975 في حكم جاء فيه:

(ومن حيث إن وقائع القضية تشير إلى أن المطعون ضده قد رفع الدعوى طالباً الحكم بتكليف الإدارة تسمية حكمها لحلّ نزاعه معها حول تنفيذ العقدين... المبرمين من قبل الطرفين... بشأن تنفيذ حفريات ترابية... مستنداً في طلبه هذا إلى صك التحكيم الذي تضمنه كل من هذين العقدين، والذي يلزم كلا الطرفين باللجوء إلى التحكيم في حلّ النزاعات على تنفيذهما،

ومن حيث إن الإدارة الطاعنة دفعت دعوى المدعي بسبب توقيعه الكشف النهائي دون تحفظ، لهذا فإن طلبه باللجوء إلى التحكيم لا يعدّ مقبولاً، وذلك عملاً بالمادة (42) من دفتر الشروط العامة، ومن حيث إنه بتدقيق الملف، وما حواه، ومذكرات الطرفين، قد استبان لهذه المحكمة أنه لأن كان صحيحاً قول الإدارة من أن المدعي المطعون ضده قد وقّع الكشف النهائي دون تحفظ، إلا أن الكشف المذكور لم يلحظ أي حسم من استحقاقاته، فإذا لم يكن التحفظ وارداً البتة، وإن رجوع الإدارة على المتعهد بالمبلغ المختلف عليه إنما كان بعد قبضه استحقاقاته كافة، مما يسمح بإعمال اجتهاد هذه المحكمة القائل: إن صك التحكيم ملزم للطرفين اللذين ارتبطا به، سواء في عقود الأفراد فيما بينهم، أو في العقود المبرمة منهم مع الإدارات العامة).⁵⁶

وقد أبدى مجلس الوزراء السوري رأيه في الموضوع من خلال العديد من البلاغات بشأن فضّ المنازعات التي تنشأ بين الإدارات المختلفة والمتعاقدين معها، ومنها ما يتعلّق بإمكانية اللجوء إلى التحكيم، ففي بلاغ مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 1973/4/1 تمت الإشارة إلى أن التحكيم هو طريق استثنائي للنقاضي، تجب ممارسته بكل حيطة وحذر في قضايا الدولة ومنازعاتها، لأنه شاذ عن النظام القضائي المقرر، ولما كان التحكيم قد شرّع أصلاً كنظام قضائي خاص اختياري يلجأ إليه الأفراد لا الدولة في فضّ المنازعات، فإنه يتعيّن عدم تضمين عقود الدولة الداخلية نصّاً مسبقاً بالتحكيم في حال نشوب خلاف، وترك هذا الأمر -عند الحاجة- إلى اختيار المرفق، وتقديره في اتباع هذا الطريق، أو سلوك طريق القضاء، حسبما تقتضيه المصلحة، ونوعية النزاع، ووفقاً للأصول المتبعة في هذا الخصوص.

56 - أشار إليه د. نجم الأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دمشق 2018، ص 318 وما يليها.

كما تضمن بلاغ مجلس الوزراء الصادر بتاريخ 18/3/1982 الإيعاز إلى مختلف الوزارات والإدارات والمؤسسات العامة والشركات وجميع جهات القطاع العام والمشارك، عدم الموافقة على قبول التحكيم إلا بعد أخذ رأي إدارة قضايا الدولة، وعدم مباشرة أي إجراءات للتحكيم إلا عن طريقها، فضلاً عن وجوب عدم إرسال أي ردود أو أجوبة أو مستندات إلى لجان التحكيم إلا عن طريق إدارة قضايا الدولة.

ويبدو أن هذه البلاغات قد ذهبت إلى خلاف ما ذهب إليه مجلس الدولة السوري في أكثر من مناسبة لجهة إمكانية فضّ المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عن طريق التحكيم، وهكذا ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول: إن شرط التحكيم هو كغيره من الشروط العقدية الأخرى يعدّ ملزماً للطرفين المتعاقدين، ولا يملكان التحلل منه إلا بإرادتهما المشتركة، أما إذا رفض أحدهما تسمية محكم كان مرد الأمر إلى القضاء المختص.

وقد ذهبت الجمعية العمومية في رأي لها إلى القول: إن الجهة الإدارية المتعاقدة تتمتع في أثناء مرحلة التعاقد بسلطة تقديرية تامة من أجل الموافقة على إدراج شرط التحكيم ضمن الشروط التعاقدية، ولكن عندما يوضع شرط التحكيم في بنود العقد المبرم يصبح ملزماً للإدارة، ولا يسوغ لها إنكاره، أو الانكفاء عنه بسلطانها المنفردة، فضلاً عن أنه ينزع يد القضاء عن النزاع الذي يستهدفه.⁵⁷

وفي رأي أن التحكيم لا يمثل تنازلاً أو صلحاً بقدر ما هو محاولة لتسوية النزاع، وهو حق مكفول للإدارة، كما كفل لها الدستور حق التقاضي، وعندما تمارس الإدارة حقها في التقاضي قد تخسر بعض الأموال أو تكسبها، وقد تتنازل عن بعض الحقوق بعوض، وهذا الأمر يتماهى وفلسفة التحكيم في العقود الإدارية.

ومن المسلم به أن التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو إحدى مؤسساتها مع المستثمرين الأجانب هو تحكيم تجاري دولي. إذن كيف يتم تعيين المحكمين في النزاع الناشئ عن تلك العقود، وما هي المحكمة المختصة في هذه الحالة؟

لقد استثنى المشرع السوري إجراءات التحكيم في هذه العقود من أحكام القانون /4/ 2008 وتركها خاضعة لأحكام المادة /66/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /51/ لعام 2004 والتي تنص على أنه: (أ- القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص

⁵⁷ - د. نجم الأحمد - المرجع السابق - ص 159.

للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد.

ب- يجوز أن ينص في دفا تر الشروط الخاصة والعقد على اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأصول المتبعة أمام القضاء الإداري، وتشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر، ج- يمكن أن ينص في العقود الخارجية بموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة خلافاً لأحكام البندين (أ و ب) السابقين).⁵⁸

لذلك لا بُدَّ في هذه الحالة أن نميز في الاختصاص في تعيين المحكمين بين حالتين:

- الحالة الأولى: أن يكون المطلوب تعيينه محكماً عن أحد طرفي التَّحْكيم (الجهة العامة أو المتعهد في التحكيم الداخلي، والدولة أو أحد مؤسساتها والمستثمر الأجنبي في التحكيم الدولي) ففي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة لتسمية المحكمين في العقود الإدارية المتضمنة شرط التحكيم هي المحكمة التي من اختصاصها النظر في النزاع،⁵⁹ وهذا المبدأ كان معمولاً به في المادة (512) من قانون أصول المحاكمات السوري⁶⁰ رقم 84/ لعام 1953، فإذا اتفق الطرفان على تسمية المحكمين سرى هذا الاتفاق، وإذا اختلفا قامت محكمة القضاء الإداري بتسمية المحكمين.⁶¹

- الحالة الثانية: أن يكون المحكم المطلوب تعيينه رئيس لجنة التحكيم وعندها يسميه رئيس مجلس الدولة بشرط أن يكون مستشار من مجلس الدولة.

⁵⁸- الجريدة الرسمية السورية- الجزء الأول- العدد 52/ لعام 2004 ص3003.

⁵⁹- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 43/ في الطعن رقم 127/ لسنة 1984 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة 1984، مطبعة الاستقلال- دمشق 1985، ص270.

⁶⁰- وقد أُلغيت بالمادة 503 من القانون 1/ لعام 2016 على أن تبقى سارية بالنسبة إلى اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل نفاذ قانون التحكيم رقم 4/ لعام 2008 سواء أكانت إجراءات التحكيم قد بوشرت أم لم تباشر علماً أنها تبقى سارية كذلك بالنسبة لاتفاقيات التحكيم في منازعات العقود الإدارية الخاضعة لاختصاص القضاء الإداري وفق أحكام المادة 3/ من القانون 55/ لسنة 1959 وكانت المادة 512/ تنص على أنه:

(1- إذا وقعت المنازعة ولم ينفق الخصوم على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزل العمل أو قام مانع من مباشرته له أو عزل منه ولم يكن بين الخصوم شرط خاص عينت المحكمة التي كان من اختصاصها أصلاً النظر في تلك المنازعة من يلزم من المحكمين وذلك بناءً على طلب من يهّمه التعجيل بحضور الخصم الآخر أو في غيبته بعد دعوته إلى جلسة تعقد في غرفة المذاكرة.

2- يجب أن يكون عدد من تعينهم المحكمة مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم).

⁶¹- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 1/375 في الطعن رقم 1140 تاريخ 1999/5/24 مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام 1999، ص112.

ويبقى الاختصاص بتعيين رئيس لجنة التحكيم منوطاً برئيس مجلس الدولة، حتّى لو اتّفق الطرفان على تحويل غيره للقيام بهذا التعيين لأنّ المشرّع أناط أمر تسمية رئيس لجنة التحكيم في النزاعات المتولدة عن العقد الإداري برئيس مجلس الدولة دون غيره، لارتباط هذه التسمية بالاختصاص النوعي في رؤية العقود الإدارية، ولأنّ النزاع التحكيمي هو فرع من الأصل ممّا يحجب هذه التسمية عن غيره.⁶²

المطلب الثاني

موقف المشرّع الفرنسي والمصري

قبل بيان موقف المشرعين الفرنسي والمصري من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم الإداري، لا بد من بيان موقفهما من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم التجاري.

الفقرة-1- موقف المشرعين الفرنسي والمصري من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم التجاري:

أخذ قانون أصول المحاكمات الفرنسي موقفاً متطوراً لجهة مساندة قضاء التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم، على أن يختص بذلك قاضي الدعم أو الإسناد، ويختلف الاختصاص في قانون التحكيم المصري في التحكيم الدولي عنه في التحكيم المحلي.

أولاً- موقف المشرع الفرنسي:

أسند قانون أصول المحاكمات الفرنسي في المادة 1459 منه، في صياغتها المعدلة لعام 2011، مهمة مساندة التحكيم لقاضي الإسناد⁶³ وهو رئيس محكمة البداية المدنية أو رئيس

⁶²- محمود الجيوش أنواع التحكيم في الدول العربية مجلة المحامون السورية، العدد 3-4 لعام 1998، ص210.

⁶³-V. Art. 1459.- Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.

«Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du

محكمة التجارة إذا كانت المنازعة من اختصاص محكمة التجارة، ولم يفرّق بين أن يكون التحكيم داخلياً أو دولياً، فقد أخضعت المادة (1506) من هذا القانون التحكيم الدولي فيما يتعلق بتشكيل هيئة التحكيم والإجراءات أمام قاضي الإسناد وفق أحكام المواد 1452-1458-1460 إلى أحكام التحكيم الداخلي، كما أجازت المادة (4/1505) لرئيس محكمة البداية في باريس أن يتصدى لمهمة قاضي الإسناد إذا تعرّض أحد الطرفين لخطر حرمانه من حقوقه.

فقد تعرض القضاء الفرنسي لإشكال حرمان أحد طرفي التّحكيم من حقه في تشكيل هيئة التحكيم وذلك في قضية مؤسسة NIOC البترولية الإيرانية ضدّ الكيان الصهيوني، حيث قضى باختصاصه في معالجة حالة استحالة تشكيل محكمة التّحكيم، وألّزمت محكمة الاستئناف بقرارها المؤرخ في 2001/3/29 "إسرائيل" بتسمية محكمها، ولما امتنعت تصدّت المحكمة لذلك وقضت بقرارها المؤرخ في 2001/11/8 بتعيين محكم عنها، وعندما طعنّت الأخيرة بهذا القرار رفضت محكمة النقض الفرنسية بقرارها المؤرخ في 2005/2/1 هذا الطعن مؤكّدة أنّه يحقّ لمؤسسة NIOC البترولية الإيرانية عرض نزاعها على القضاء الفرنسي طالما أنّ امتناع "إسرائيل" عن تعيين محكمها أدى إلى حالة استحالة دائمة منعتها من تشكيل هيئة التحكيم وخاصة أنّ كلاً من القضاء الإيراني والقضاء "الإسرائيلي" ليسا مختصين لإتمام هذا التشكيل.⁶⁴

ثانياً- موقف المشرع المصري:

ميز المشرع المصري بين التحكيم والتحكيم الداخلي، فمحكمة استئناف القاهرة هي المختصة إذا

tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.

«Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur.

⁶⁴- مشار إليها لدى زرفون نور الدين، "الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي" دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، دفاتر السياسة والقانون، العدد الثاني عشر، سنة 2015، ص 65.

كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى التحكيم في مصر أم في الخارج،⁶⁵ ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، أما إذا كان التَّحكيم داخلياً فإنَّ الاختصاص بتعيين المحكَّمين يعود للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وينعقد الاختصاص للمحكمة بكامل هيئتها وليس لرئيسها فقط. وعليه فإنَّ اختصاص محكمة استئناف القاهرة ينعقد عندما تتوافر إحدى الحالات المنصوص عنها في المادَّة (3) من قانون التَّحكيم لعام 1994 وتعديلاته، بحسبان أنَّ التَّحكيم الجاري بين الأطراف هو تحكيم دولي،⁶⁶ وسيان في ذلك أن تكون إجراءات التحكيم تتم في مصر، أو تتم في الخارج وأنَّفق الطرفان على إخضاعها لقانون التحكيم المصري وتبقى محكمة استئناف القاهرة مختصة بتعيين المحكَّمين في التحكيم الذي يجري في مصر، ولو كان الأطراف قد اتَّفَقوا على تطبيق قانون أجنبي على النزاع أو كانوا قد اتَّفَقوا على اختيار إجراءات تحكيم معينة غير التي ينص عليها قانون التحكيم المصري.

وهناك حالات حصرية لا يمكن في غيرها اللجوء للقضاء المصري من أجل تعيين المحكم أو المحكَّمين نصت عليها المادة (9) من قانون التحكيم المصري والتي ربطت بدورها اختصاص القضاء المصري بجريان التحكيم في مصر أو اتفاق الأطراف على تطبيق القانون المصري،

⁶⁵ - المادة (9) من قانون التحكيم المصري التي تنص على ما يأتي: (١) يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر - ٢٠. وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم).

⁶⁶ - تنص المادة (3) من قانون التحكيم المصري على أنه: (يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع).

ويجب ألا يفهم من عبارة "جارياً بمصر" ضرورة الشروع والبدء في إجراءات التحكيم بل يكفي فقط اختيار الأطراف مصر مكاناً لجريان التحكيم، علماً بأن الإجراء موضوع الطلب يتعلق أساساً بتشكيل وانعقاد الهيئة، وهو الأمر الذي لا يمكن بدونه مباشرة إجراءات التحكيم، وإذا كان النص المصري حدد حالات حصرية للجوء للقضاء الوطني بشأنها فإنه يثار التساؤل في الحالة التي يكون فيها التحكيم جارياً خارج مصر، ولم يتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري، فهل للمحكمة أن تحكم تلقائياً بعدم الاختصاص بالنظر إلى عدم توافر أحد الضوابط المحددة لاختصاص القاضي المصري في الخصومة التحكيمية الدولية أم أنها تنتظر في الطلب؟ للإجابة عن هذا السؤال أستحضر ما ذكره الأستاذ الدكتور فتحي والي⁶⁷ من أن لجوء الأطراف للمحكمة المصرية يعدّ اتفاقاً ضمناً على تطبيق القانون المصري بالنسبة إلى سلطة المحكمة في تعيين المحكم، ما لم يتمسك الطرف الآخر بالدفع بعدم الاختصاص؛ ويجب القول إن القاضي المختص عند قيامه بهذا الإجراء يجب أن يراعي القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه، فإذا اتفقوا على تطبيق قانون أجنبي، طبق أحكام هذا القانون؛ إضافةً إلى ضرورة احترام القاضي لإرادة الأطراف يجب عليه احترام الشروط الخاصة التي يتفق عليها الأطراف كاشتراط كفاءة أو خبرة معينة في المحكم، أما في الحالة التي يكون فيها التحكيم مؤسساتياً، فآنذاك تطبق القواعد المحددة بمقتضى النظام الخاص بالمؤسسة، كما لو أحال اتفاق التحكيم الأطراف على المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فإن الهيئة التحكيمية تتكون من عدد فردي يعده الأطراف؛ وفي حالة عدم اتفاقهم فإن العدد يكون ثلاثة يعين كل واحد منهم محكماً ويختار الثالث باتفاقهم وإن لم يتم ذلك خلال المدة المحدودة يقوم رئيس مجلس الإدارة بالمركز بتعيين المحامين من القوائم التي يحتفظ بها المركز.

⁶⁷ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، 2007، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 213.

الفقرة-2- موقف المشرعين الفرنسي والمصري من تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم في نطاق التحكيم الإداري:

ظهر في شأن هذا الامر اتجاهان نعرض لهما وفق الاتي:

أولاً- امتناع اللجوء إلى التحكيم:

سأعرض ابتداءً الاتجاه الرافض لجواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر.

1- في فرنسا:

استقر القضاء والفقهاء في فرنسا على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية،⁶⁸ وأن شرط التحكيم الذي يرد في هذه العقود يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما يمتد البطلان إلى مشاركة التحكيم، وقد حظي هذا التوجّه بتأييد غالبية الفقهاء الفرنسي ومنهم De Laubadère، ما لم يكن هناك نص تشريعي يسمح بذلك.⁶⁹

وقد رفض القضاء الفرنسي إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية استناداً إلى أن اختصاصه بنظر منازعات الأشخاص الاعتبارية العامة من النظام العام، ولا تجوز مخالفته.⁷⁰ وفي حكم لمجلس الدولة الفرنسي ذهب مفوض الدولة Gaziu إلى أن حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية مبدأ قانوني وقضائي مستقر، وفي هذا الحكم ألغى مجلس الدولة المادة (10) من المرسوم الصادر بتاريخ 1946/10/15 التي أجازت لرئيس إحدى الشركات

⁶⁸ - Jean- Pierre Regli, Contrats d' Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées, Librairie de l' université, Genève, 1983.

⁶⁹ - Andre de Laubadère, Traité de droit administrative, tome 2, 10 édition, Paris, 1995. P. 946.

أشار إليه د.نجم الأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دمشق 2018، ص245.

⁷⁰ - Voir:

C. E. juillet 1950. Société française de Construction. Rec. p. 416.

C. E. 13 décembre 1957. La Société National de Ventes des surplus.

اللجوء إلى التحكيم على الرغم من أن مجلس الدولة كان يرى بأن المؤسسة مرفق عام اقتصادي تجاري.⁷¹

وفي حكم آخر لمجلس الدولة الفرنسي صدر عام 1986، ذهب المجلس إلى القول: إن كل قرار يسمح بالاتفاق على التحكيم دون وجود نص تشريعي صريح يسمح بذلك، وفي الحالة التي يحددها النص، يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلّق بالنظام العام.⁷²

وقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وهنا يرى الفقيه الفرنسي Rivero بأن الدولة لا تستطيع أن تتأى بنفسها من قضاة أقامتهم لرعاياها، فضلاً عن فكرة سمو الشخص العام التي لا تسمح له بأن يتنازل ويخضع نفسه لمحكم خاص.⁷³

ويرى جانب من الفقه المؤيد لهذا الاتجاه أن حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية أمر طبيعي ينجم عن مبدأ الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية، ما يوجب وجود قضاء متخصص في منازعات القانون العام، وهذا يعني أن حسم منازعات القانون العام من خلال التحكيم يعني انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ إنه ينطوي على عدم احترام توزيع الاختصاص بين السلطتين الإدارية والقضائية، فالقضاء يمارس رقابته على أعمال الإدارة بطريقة أكثر فاعلية من تلك التي تمارس من خلال التحكيم.

وإزاء الموقف المتشدد حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، صدر في فرنسا عام 1906 قانون يجيز اللجوء إلى التحكيم لإنهاء المنازعات المتعلقة بتصفية عقود الأشغال العامة والتوريد في المادة (69) التي حددت نطاق التطبيق بالنسبة إلى المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد المبرمة من قبل الدولة والمديريات والمحليات، وقد عدّ

⁷¹— (S.N.V.S) Aj. 1958. 2. P. 91. Concl. F. Gazu. Note. J. L'huillier. JCP. 1958. N 10800.

⁷² — "Tout compromise ou toute clause compromissaire conclue en méconnaissance de ces principes est atteinte d'une nullité. C. E. Avis du 6 mars 1986. Grands Avis du C. E. p. 219. Obs. Labetoul (D).

⁷³ — "Une justification psychologique tirée d'exemplarité, état ne saurait lui même se dérober aux juges qu'il a institués pour ses ressortissants et de l'idée de transcendance de la personne publique qui ne saurait ainsi s'abaisser". Rivero Jean, Personnes morales de droit public et arbitrage. Revue de l'arbitrage. 1973. P. 955.

مجلس الدولة الفرنسي أن التعداد الوارد في المادة (69) قد جاء على سبيل الحصر، أي أنه يقتصر على عقدي الأشغال العامة والتوريد دون العقود الإدارية الأخرى، وقد اشترط القانون أن يتم اللجوء إلى التحكيم عبر مشاركة التحكيم، وموافقة الجهة الإدارية المختصة.⁷⁴

وكذلك من أمثلة التحكيم في عقود الأشغال العامة في فرنسا قانون عام 1975 الذي يتيح للهيئات العامة ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري بإمكانية فض منازعاتها عن طريق التحكيم، وقانون عام 1982 الذي يجيز لهيئة السكك الحديدية اللجوء إلى التحكيم⁷⁵

ومن الأمثلة أيضاً على جواز التحكيم في العقود الإدارية قانون 1986/6/19 رقم (86/972) الذي أجاز في المادة (9) منه إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية المبرمة بين الدولة أو الأشخاص المحلية، أو المؤسسات من ناحية، والأشخاص الأجنبية من ناحية ثانية، وذلك بهدف النفع العام.⁷⁶

وقد صادقت فرنسا على معاهدة جنيف المبرمة عام 1961، وهي المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وقد أقرت في المادة (2) منها جواز أن يكون أحد الأشخاص الاعتبارية العامة طرفاً في التحكيم، ومعاهدة واشنطن المبرمة عام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار أمام مركز حسم منازعات الاستثمار الدولي (ICSID) لأشخاص القانون العام، وقد أجازت ما أجازته معاهدة جنيف. يضاف إلى ما سبق العديد من القوانين المتعلقة ببعض المشروعات العامة، والتي سمحت بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، ومنها القانون الصادر عام 1982 (المادة 25/ منه) وهو قانون يتعلق بالشركة الوطنية للسكك الحديدية:

La Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF)،
والقانون الصادر عام 1990 (المادة 28/ منه) وهو القانون المتعلق بهيئة البريد والاتصالات الفرنسية

⁷⁴ - هذه الجهات هي: مجلس الوزراء من خلال مرسوم يوقع عليه وزير المالية فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة، أو التوريد الخاصة بالدولة، والوزير بالنسبة لعقود المديرية، والمجلس البلدي مع اعتماد مدير المقاطعة إذا تعلق العقد بالمحليات.

⁷⁵ - Andre de Laubadère. Op. cit. p. 946.

⁷⁶ - Laurent Richer: Les contrats administratifs. Paris. 1991.

La Poste France Télécom (PFT).

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى خلاف ما ذهب إليه مجلس الدولة، إذ أجازت للأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، حتى مع غياب نص تشريعي يسمح بذلك، وقد سارت محكمة استئناف باريس على النهج ذاته عندما أصدرت حكماً في عام 1994 قررت فيه: إن الحظر بعدم جواز الاتفاق على التحكيم مقصور على العقود الداخلية، وليس له أي آثار على النظام العام الدولي. وقد صدر هذا الحكم في القضية التي كانت بين وزارة المرافق التونسية وشركة "إخوان بيك"، وذلك عندما تم إبرام عقد بين الجهتين اللتين اتفقتا في العقد على شرط التحكيم لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهما، وعندما وقع نزاع بين الطرفين أحيل إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، ما حمل الحكومة التونسية على الدفع ببطلان شرط التحكيم، وعدم اختصاص هيئة التحكيم استناداً إلى المبدأ المعمول به في تونس وفرنسا، وهو عدم جواز لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم لفضّ منازعات العقود الإدارية، ومن ثمّ بطلان الاتفاق على شرط التحكيم.

ومن أهم النتائج التي تترتب على موقف القضاء من بطلان شرط التحكيم دون نص تشريعي، وهو ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي على نحو ما أسلفنا، أن شرط التحكيم لا يحول دون لجوء الأطراف مباشرة إلى القضاء الإداري، وجواز تمسك الخصوم ببطلان حكم المحكّمين، كما أنه إذا لم يقر المحكوم عليه بتنفيذه فلا يتوافر الخطأ في جانبه، وقد استقر القضاء الفرنسي على أن التحكيم يحظر على أشخاص القانون العام في المعاملات الداخلية دون الدولية.⁷⁷

2- في مصر:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1990/2/20 إلى رفض السماح للجهات الإدارية باللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعاتها طالما لا يوجد نص تشريعي صريح يسمح بذلك، وهو الأمر الذي انتهت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في جلسة 1990/12/9 قائلة في تسبيبها لهذا الحكم: إن ما نصّت عليه المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لعام 1972 هو أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة، أو بأي عقد إداري آخر، ومفاد ذلك أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية، وهذا الأمر ورد في نصّ

⁷⁷ -L' arbitrage commercial international, thèse, Dijon, 1963, Dalloz, Paris, 1984.

تشريعي، وهذا يعني أنه لا يجوز لما هو أدنى من النص التشريعي مخالفته، إعمالاً لمبدأ تدريج القواعد القانونية، وبمعنى آخر هذا ما يمكن تسميته بقاعدة تقابل أو توازي القواعد القانونية، فلا ينسخ التشريع إلا بتشريع يوازيه في الدرجة والمرتبة.⁷⁸

ويتضح جلياً أن موقف محكمة القضاء الإداري، والمحكمة الإدارية العليا، قبل صدور قانون التحكيم رقم (27) لعام 1994 يتفق وما ذهب إليه القضاء والفقه في فرنسا.

ووفقاً للاتجاه المتقدم فإن المشرع يبين في قانون المرافعات المدنية والتجارية بأن الأصل في تسوية المنازعات هو اللجوء إلى القضاء، وأن الاستثناء هو اللجوء إلى التحكيم، أما المنازعات الإدارية، فتتم تسويتها بإحدى وسيلتين، أولهما محاكم مجلس الدولة، وثانيهما الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، فتفصل هذه المنازعات بقرار ملزم، والمنازعات المقصودة هي التي تنشأ بين الوزارات، أو بين المصالح العامة، أو بين الهيئات العامة، أو بين المؤسسات العامة، أو بين الهيئات المحلية، أو بين هذه الجهات وبعضها بعضاً.⁷⁹

وبناءً عليه إذا كان النظام القانوني الذي وضعه المشرع في قانون المرافعات المدنية والتجارية مستقلاً عن النظام القانوني الذي سنه في قانون مجلس الدولة لفصل المنازعات الإدارية، وهما نظامان منفصلان، ومن ثم لا يجوز استعارة نظام التحكيم الاختياري الوارد في قانون المرافعات، كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية.

ويفهم مما سبق أن عقود الإدارة غير الإدارية التي تخضع لقانون المرافعات المدنية والتجارية إنما يجوز حسم منازعاتها عن طريق التحكيم الاختياري وفقاً لأحكام المادة (501) من قانون المرافعات، ولا يقدح في ذلك ما نص عليه قانون مجلس الدولة رقم (47) لعام 1972 في المادة (3) منه من أنه (تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون، وتطبق أحكام قانون المرافعات فيما لم يرد فيه نص).⁸⁰

وقد استقر قضاء مجلس الدولة على أن أحكام قانون المرافعات لا تطبق على المنازعات الإدارية إذا كانت هذه الأحكام تتعارض نصاً، أو روحاً مع أحكام قانون مجلس الدولة، سواء في الإجراءات، أم أصول النظام القضائي المتعلقة بالمجلس، ولا سيما أن قانون مجلس الدولة هو

⁷⁸ - أشار إلى ذلك د. نجم الأجمد، المرجع السابق، ص 289 وما يليها.

⁷⁹ - المادة (66) من قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لعام 1972.

⁸⁰ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، القاهرة 2000، ص 323.

قانون خاص يقيد قانون المرافعات، عملاً بالقاعدة القانونية "الخاص يقيد العام"، وبطبيعة الحال فإنه مما يتعارض مع أصول النظام القضائي في مجلس الدولة استعارة نظام التحكيم الاختياري من قانون المرافعات وتطبيقه على المنازعات الإدارية.

وفضلاً عما تقدم فإن المادة (501) من قانون المرافعات لم تجز للجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم لفضّ منازعاتها المتعلقة بالعقود الإدارية، ذلك أن فضّ المنازعات بوساطة التحكيم يعدّ طريقاً استثنائياً يتعيّن ولوجه من خلال إرادة صريحة وقاطعة للمشرّع، ولا تترك مجالاً للاستنتاج أو الاستنباط.

كما أن المادة (58) من قانون مجلس الدولة تجد تفسيرها الصحيح في أنه عندما يرخص المشرّع للجهات الإدارية باللجوء إلى التحكيم فإنه يتعيّن عدم إبرام عقد التحكيم دون استفتاء إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة.⁸¹

ثانياً- جواز اللجوء إلى التحكيم:

1- التوجّه العام:

يرى أنصار هذا الفريق أن الدول المتقدمة ومنها فرنسا وبلجيكا قد أباحت التحكيم الدولي في العقود الإدارية خلافاً للتحكيم الداخلي، مستندة في ذلك إلى انضمامها إلى عدد من المعاهدات الدولية في إطار هيئة الأمم المتحدة.⁸²

ويضيف أنصار هذا الاتجاه إن مصر بانضمامها إلى اتفاقيات الأمم المتحدة، والقانون النموذجي للتحكيم، والاتفاقيات العربية للتحكيم، والاتفاقيات الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية... قد جعلت من هذه الاتفاقيات قوانين خاصة في هذا المجال، وأصبحت بقوة القوانين التي تحصر الاختصاص القضائي في قضاء الدولة دون غيره، وفي حال التعارض معها ترجح عليها. وأرى أنه ليس ما يمنع من اللجوء إلى التحكيم لفضّ المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، على أن

⁸¹ - د. محمد كمال منير، التحكيم في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، السنة 33، العدد الأول، 1991، ص 339. ود. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص 290 وما يليه.

⁸² - د. محمد ماجد محمود، "العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي". مجلة العلوم الإدارية- السنة (35) - العدد الأول- عام 1993.

يكون اللجوء إلى هذا الأسلوب بشكل استثنائي، وليس كقاعدة عامة، وخصوصاً في المنازعات التي يكون فيها المتعاقد أجنبياً، ويتمسك بشرط التحكيم لإتمام متطلبات إبرام العقد، ولكن من الأهمية بمكان توفير المناخ التشريعي المناسب لذلك، وتوحيد القواعد المتعلقة بالتحكيم، عبر إعادة النظر في مجمل أحكام القانون رقم (4) لعام 2008، واللجوء إلى التحكيم يعكس في الواقع إلحاح الشركات الأجنبية باللجوء إليه، خصوصاً إذا أخذنا في الحسبان عدم التوازن البين الذي يميّز علاقات الدول النامية بالدول الكبرى والشركات الضخمة التي تحرص على تضمين العقود التي تبرمها شرط التحكيم، وذلك كي تستبعد من خلاله إمكانية المثل أمام القضاء الوطني.

لقد أصبحت الدول النامية غير قادرة على رفض اللجوء إلى التحكيم مطلقاً لأنه أصبح مطلباً أساسياً للشركات الكبيرة عند إبرامها للعقود الدولية مع الدول النامية.

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى جواز التحكيم بصفة عامة، ولم تميّز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بل أجازت التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة، مستندةً إلى نص المادة (58) من قانون مجلس الدولة التي تجيز في نظر الجمعية إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية استخلاصاً من وجوب الرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة لتنفيذ حكم المحكمين.

وإزاء عدم وجود تشريع دولي ينظم التحكيم في منازعات العقود الإدارية فإنه يتعين الرجوع إلى الشروط العامة في التحكيم وإجراءاته الواردة في قانون المرافعات التي لا تتعارض مع طبيعة روابط القانون العام، مع وجوب التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، إذ لا يجوز تضمين العقود الداخلية شرط التحكيم، ولا مانع من تضمين العقود الدولية هذا الشرط الذي يكفل للدولة اقتضاء حقوقها بطريقة مرضية، وهو ما يتطلب تدخلاً تشريعياً لإيجاد هذه التفرقة بما يساير التطورات الاقتصادية الحديثة.⁸³

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن الوضع في القانون المصري لا يثير الشك حول جواز اللجوء إلى التحكيم عندما تكون الدولة أو إحدى هيئاتها طرفاً في النزاع، ذلك أن الوضع في القانون المصري يختلف عنه في القانون الفرنسي الذي يحظر على أشخاص القانون العام إبرام اتفاقات التحكيم، أما القانون المصري فإنه مع وجود بعض نصوص القانون، وانضمام مصر إلى

⁸³ - د. محمد ماجد محمود- العقد الإداري وشرط التحكيم الدولي- المرجع السابق.

معاهدات دولية، تجيز تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار أمام المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار التابع للبنك الدولي للإنشاء والتعمير (ICSID)، بموجب القانون رقم (70) لعام 1971، وهو جزء من التشريع الداخلي للدولة، كما أنه في مجال المعاملات الدولية الخاصة لا يجوز للدول الاحتجاج بأن نصوصها التشريعية الداخلية لا تجيز لأشخاص القانون العام إبرام اتفاقات التحكيم، فذلك يتنافى مع مقتضيات الحياة الدولية المعاصرة.⁸⁴

وفيما يتعلق بما قرره المحكمة الإدارية العليا من رفض للتحكيم في العقود الإدارية فإنه لا يواكب الحياة الاقتصادية الحديثة، ذلك أن مطالب الاستثمارات والتنمية في مصر تقتضي عدم الوقوف أمام اعتبارات السيادة الوطنية طالما أنه لا يوجد ما يمس هذه السيادة، خاصة وأن العالم اليوم لا يميز في مجال الاقتصاد بين تدخل الدول في سوق التجارة الدولية وبين تدخل الأفراد.⁸⁵ وقد أيدت غرفة التجارة الدولية في باريس الاتجاه الذي يذهب إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية.⁸⁶

2- موقف القضاء المصري من جواز التحكيم في العقود الإدارية:

لم يكن موقف القضاء الإداري مستقراً في مصر إزاء اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ففي الوقت الذي أيدت فيه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إمكانية ذلك عادت لتعدل عن رأيها في مواقف أخرى، كما تباينت الاتجاهات بين محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، وبين القضاء العادي ومجلس الدولة، وهو ما سنبينه الآن:

أ- رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع:

- الموقف المؤيد:

أثير الموضوع عند عرض عقد تم إبرامه بين وزارة التعمير، والمجتمعات العمرانية ومجموعة العمارة والتخطيط، حيث نصت المادة (10) من العقد على أن الطرفين قد اتفقا على أن تفصل في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد أو تفسير نصوصه هيئة التحكيم، وبناءً عليه قررت

⁸⁴ - د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم، 1984، ص 331.

⁸⁵ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل - المرجع السابق - ص 324.

⁸⁶ - Jean- Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher, Vollction of ICC arbitral awards, Vol 3, case no. 6162 of 1990.

اللجنة الثانية في قسم الفتوى إحالة الموضوع في شقه الخاص بمبدأ جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية إلى الجمعية العمومية نظراً لأهميته، وقد تعرضت الجمعية للموضوع مستعرضةً نصوص الدستور، كما استعرضت بعض مواد قانون مجلس الدولة، وبعض مواد قانون المرافعات المتعلقة بالموضوع.⁸⁷

وقد عرّفت الجمعية العمومية التحكيم بأنه اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة به، وذلك بحكم ملزم للخصوم، وأضافت بأنه قد يرد الاتفاق في متن العقد الأصلي عبر شرط التحكيم، وقد لا يتفق الطرفان على التحكيم في العقد الأصلي، ولكن بعد قيام النزاع بينهما، فيبرمان اتفاقاً خاصاً للفصل في النزاع الذي ينشأ بأسلوب التحكيم من خلال مشاركة التحكيم.

وقد قررت الجمعية أن التحكيم يقوم على أساسين: هما إرادة الخصوم، وإقرار المشرع لهذه الإرادة، حيث إنه استثناءً من الأصل العام في التشريع، ومن ثم لا يجوز إلزام شخص على سلوكه وحرمانه من اللجوء إلى القضاء إلا برضائه واختياره، كما أنه لا تكفي إرادة الخصوم وحدها للفصل في منازعاتهم عن طريق التحكيم، وإنما يتم ذلك في حدود القواعد التي يضعها المشرع لتنظيم التحكيم وإجراءاته.

وقد أسست الجمعية العمومية رأيها استناداً إلى بعض مواد قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية، والمادة (3/58) من قانون مجلس الدولة التي أجازت لجوء الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية الإدارية أو المدنية عندما ألزمت أي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة بألا تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على (5000) جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة لدى مجلس الدولة، وبناءً عليه لو كان التحكيم محظوراً على الإدارة ما كان المشرع ليلزمها بعرض الاتفاق أو تنفيذ قرار المحكم على مجلس الدولة للمراجعة، إلا أنه وإزاء عدم وجود نص تشريعي خاص بتنظيم التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإنه يتعين الرجوع في ذلك إلى الشروط العامة للتحكيم وإجراءاته في قانون المرافعات، وبما لا يتعارض مع طبيعة الروابط الإدارية، ولا وجه للقول: إن محاكم مجلس الدولة هي المختصة دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية طبقاً للمادة (10) من قانون مجلس الدولة، وبالتالي فإن الاتفاق على حسم تلك المنازعات عن طريق

⁸⁷ - المواد (501- 502 - 506 - 509) من قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لعام 1968.

التحكيم معناه سلب الولاية المقصورة للقضاء الإداري في هذا الشأن، ذلك أن المقصود من نص المادة (10) هو بيان الحد الفاصل بين الاختصاص المقرر لمحاكم مجلس الدولة، ومحاكم القضاء العادي، ولا يجوز التجاوز في تفسير هذا النص ما كان المشرع قد قصده، وتحمله أكثر مما يحتمل، والقول بحظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.⁸⁸

وكانت الفتوى الثانية للجمعية بصدد طلب الرأي في مدى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية عند مراجعة اللجنة الثانية للعقد المبرم بين وزارة الأوقاف ومؤسسة "الأهرام"، حيث تضمن العقد نصاً يقضي باللجوء إلى التحكيم لحسم المنازعات التي تنشأ عن العقد، وارتأت الجمعية في جلستها المنعقدة بتاريخ 1991/9/16 طرح المسألة على الجمعية العمومية.

استعرضت الجمعية الفتوى السابقة التي تبنتها في العام 1989 بخصوص مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وانتهت في الفتوى الجديدة إلى جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الحالة الماثلة، وقد انتهت إلى الأسباب ذاتها التي انتهت إليها في فتاها السابقة.

وتبين من هذا الاتجاه للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع أنها أباحت التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى أحكام قانون المرافعات، وإلى المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لعام 1972 التي جعلت مجلس الدولة دون غيره هو صاحب الولاية العامة في منازعات العقود الإدارية، وفسرت هذا النص على أنه يضع الخط الفاصل بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي في نظر منازعات العقود الإدارية، الأمر الذي يقطع بأن اتجاه الجمعية يذهب إلى عدم تحميل النص التشريعي أكثر مما يحتمل، وعدم تفسير نصوصه بأكثر مما تقتضيه متطلبات التفسير التشريعي، والملاءمة العملية لحسم منازعات العقود الإدارية، ولا سيما أن الجمعية العمومية قد قررت بآلا تستبعد المنازعات التي تعرض على هيئة التحكيم أعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية.⁸⁹

– الموقف الرفض:

⁸⁸ - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري - الملف رقم (265/1/54) جلسة 1989/5/17.

⁸⁹ - الفتوى الصادرة في جلسة 1993/3/10.

تنص المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لعام 1994 وتعديلاته على أنه: (مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين الأطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو إذا كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج اتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون).

وقد أثار الفقه مسألة مدى دستورية هذا النص استناداً إلى المادة (172) من الدستور المصري لعام 1972 قد نصّت على أن (مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة يختص بالفصل في المنازعات الإدارية، وفي الدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى).⁹⁰ ومؤدى ذلك أن المشرّع الدستوري قد أناط بمجلس الدولة النظر في المنازعات كافة من إدارية، وتأديبية، وفوض القانون في تحديد اختصاصاته الأخرى، ذلك أن القانون هو الوسيلة في تنظيم اختصاص الجهات القضائية.

وكانت المادة (10) من قانون مجلس الدولة رقم (47) لعام 1972 قد نصّت على أن (تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر).

وقد فسّرت الجمعية العمومية مراد المشرّع من هذه المادة لجهة ورودها للتمييز بين اختصاص جهتي القضاء الإداري والعادي، الأمر الذي يقطع بعدم مخالفة هذه المادة لنصّ الدستور، إذ فسّرتها الجمعية العامة بما يلائم الافتراضات العملية التي تقتضيها طبيعة العقود الإدارية، وما يرتبط بها من معاملات اقتصادية متشابكة، ومتغيرات عدة تقتضي سرعة حسم هذه المنازعات عبر التحكيم.

وقد جاءت المادة (1) من قانون التحكيم رقم (27) لعام 1994 إعمالاً لنصّ المادة (167) من الدستور التي تنص على أنه (يحدد القانون الهيئات القضائية واختصاصاتها، وتنظيم طريقة تشكيلها، ويبين شروط وإجراءات تعيين أعضائها ونقلهم).

وجوهر هذا النص أن المشرّع أراد تلافي ما قد يثار من مشكلات تتعلق بالدستورية إذا ما أجاز التحكيم بنصٍ أقل مرتبة من الدستور، وهو ما قد يعدّ تدخلاً في اختصاص إحدى جهتي القضاء بالتعديل على نحو لا يتفق وأحكام الدستور.

⁹⁰ - د. محمد عبد المجيد إسماعيل - المرجع السابق - ص 332.

وقد حاول المشرّع من خلال المادة (1) من قانون التحكيم حسم الخلاف في مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية. وكانت الجمعية العمومية قد انتهت قبل صدور قانون التحكيم عام 1994 إلى جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية استناداً إلى أن المادة (10) من قانون مجلس الدولة قد جاءت للفصل بين اختصاص جهتي القضاء العادي والإداري، وأنه يتعيّن قصر مراد المشرّع من هذا النص، وعدم تحميله أكثر مما يحتمل طالما أن ذلك لا يستبعد عند نظر النزاع إعمال القواعد القانونية الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا خلافاً لتوجّه الجمعية العمومية إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.

ومن ثمّ أعيد عرض الموضوع مجدداً على الجمعية العمومية بشأن عقد يراد إبرامه بين المجلس الأعلى للآثار، وإحدى الشركات البريطانية، إذ ارتأت اللجنة الثانية لقسم الفتوى في مجلس الدولة حذف النص الوارد في العقد لجهة حل ما قد ينشأ عن العقد من منازعات بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، استناداً إلى أن الاختصاص ينعقد لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها في فضّ المنازعات التي تنشأ عن العقود الإدارية، إلا أن هذا الرأي يخالف ما انتهى إليه رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بتاريخ 1993/2/7 لجهة جواز الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

تم عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في الجلسة المنعقدة بتاريخ 1996/12/18، وقد استعرضت نصوص قانون التحكيم الجديد ولا سيما المادة (1) منه، وكذلك نص المادة (549) من القانون المدني التي تنص على أن (الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته).

واستطردت الجمعية العمومية إلى أنها في إجازتها للتحكيم قد استندت إلى الاختصاص الافتائي لمجلس الدولة، وأن المحكمة الإدارية العليا قد استندت في عدم جوازه إلى الاختصاص القضائي، وهكذا فإن كلا منهما قد تناول الموضوع من زاوية الاختصاص فقط، يضاف إلى ذلك أن فتوى الجمعية العمومية لم تميّز بين العقود المدنية والعقود الإدارية التي تخضع للمراجعة الافتائية لمجلس الدولة على مشروعات العقود المزمع إبرامها من قبل الجهات الإدارية.

ورأت الجمعية العمومية أنه من أجل الوصول إلى كلمة سواء في موضوع العقود الإدارية

والتحكيم، وجوب النظر إلى الموضوع من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري، ومدى ملاءمتها لنظام التحكيم، أو تناقضها معه.

واستقرت الجمعية العمومية أحكام قانون التحكيم الذي يكشف عن أن التحكيم هو اتفاق يجري بين طرفي النزاع بإرادتهما الحرة، لتسوية كل أو بعض النزاعات، وأنه يجري من شخص يملك التصرف في حقوقه، وذلك في المسائل التي يجوز فيها الصلح، بمعنى أن شرط صحة اتفاق التحكيم أن يكون من يعقد اتفاق التحكيم أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم، وألا يكون التحكيم في مسائل تتعلق بالحالة الشخصية أو النظام العام.

وأضافت الجمعية العمومية بأن طبيعة التحكيم بينها قضاء المحكمة الدستورية العليا بأنها عرض لنزاع بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحايل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد إن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال الضمانات الرئيسية للتقاضي... وقالت الجمعية إن الولاية في مجال التحكيم ولاية خاصة، وشرط صحتها أن تقوم باتفاق يتعين به الخصوم، ويتحدد به مجال النزاع بينهم، وموضوعه، وما يرون من إجراءات لحسمه.

وقالت الجمعية: إن لجوء أي جهة عامة إلى القضاء صاحب الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أو لجؤها في ذلك إلى التحكيم يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة، وهو تحكيم لجمعية خاصة في شأن من صميم العمل العام الذي تقوم عليه الدولة... وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشريعي.

واستعرضت الجمعية العمومية المناقشات التي دارت بصدد الأعمال التحضيرية لقانون التحكيم إبان مناقشة المادة (1) منه، فاستبان لها أن هذه المناقشات لم تقصد قطعياً إباحة التحكيم في العقود الإدارية، واستبعدت أن الموافقين على القانون كانوا جميعاً يقصدون من عبارة المادة (1) شمولها للعقود الإدارية، والعبرة هنا بالإرادة الجماعية، وليست بالاجتهادات الفردية ما دام الأمر يتعلق بنص، وبمدى حسمه في الإشارة إلى حكم محدد، ولما أريد الحسم بنص صريح رفض هذا الاقتراح. وانتهت الجمعية في ضوء ما سبق إلى عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، متراجعة بذلك عما سبق أن أفتت به.

وأرى أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر قد خلطت بين الأهلية والولاية عندما شبهت شخص القانون العام بالولي أو الوصي على القاصر، وقد تناولت الموضوع من منظور الولاية لا الأهلية، وقد انتهت إلى أن الولاية العامة لا تكتمل إلا بعمل تشريعي يجيز للشخص العام إبرام شرط التحكيم، لأن الأصل عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله، وهنا نشاطر جانباً من الفقه بما ذهب إليه من أن الشخص العام إذ يبرم اتفاق التحكيم إنما يبرمه بناءً على ما يتمتع به من أهلية الأداء التي تثبت له نتيجة تمتعه بالشخصية الاعتبارية، فأهلية الأداء تثبت للأشخاص الاعتبارية العامة، سواء أكانت أشخاصاً مصلحية أم محلية، والشخص الطبيعي هو وسيلة الشخص الاعتباري في التعبير عن إرادته، والشخص الاعتباري يتمتع بأهلية التعاقد، وتفسر ذلك مسؤوليته مباشرة عما يرتكبه من أخطاء تنسب إليه، والتحكيم شأنه شأن كل العقود، لذلك فإن اتفاق التحكيم يسري بشأنه ما يسري على العقود الأخرى.⁹¹

كما أن فتوى الجمعية العمومية بتاريخ 1996/12/18، وإن استندت إلى الطبيعة الموضوعية للعقد الإداري التي تتنافر مع التحكيم، فإن ذلك مردود عليه بأن المشرع قد أجاز التحكيم في العقد الإداري بنص تشريعي صريح عضدته المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم، وأجازته الجمعية نفسها في افتتاحها سابقاً دون المساس بالإطار الموضوعي لنظرية العقد الإداري، وإذا كانت فكرة العقد الإداري تجد مهدداً في الفقه الفرنسي، فإن المشرع الفرنسي قد أجاز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي.

ب- موقف مجلس الدولة:

تم عرض الموضوع على محكمة القضاء الإداري في إحدى الدعاوى المرفوعة من الشركة المصرية المساهمة للتعمير والإنشاءات السياحية في مواجهة وزير الإسكان والمرافق وغيره، وقد طالبت الشركة المدعية بالإلزام وزارة الإسكان بتعيين محكم عنها لفضّ الخلافات القائمة بين الشركة المدعية والوزارة وفقاً لأحكام العقد المبرم بين الطرفين، وقد قضت المحكمة بما طلبته

⁹¹ - د. حبيب إبراهيم الخليلي، "مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية- تعليق على فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادرة بجلستها المنعقدة في 18/ ديسمبر سنة 1996 بعدم صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية". مجلة الأحكام-المجلد (7)- عام 1997- ص153.

الشركة تطبيقاً للاتفاق،⁹² إلا أن هيئة قضايا الدولة قد طعنت أمام المحكمة الإدارية العليا.⁹³ ارتأت المحكمة الإدارية العليا حين نظرها في الطعن بأن المشرّع منزّه عن السهو والخطأ، وهكذا يجب تفسير الاتفاق بين الطرفين بما لا يهدم خصائص العقد الإداري، وبما لا يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ إن اختصاص المجلس قد ورد في قانون موضوعي، أي كقاعدة عامة، بينما منح التزام المرافق العامة من الأعمال الإدارية التي تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على أعمال السلطة التنفيذية، وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع، وإن كانت تأخذ شكل القانون...، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون، وإن كانت السلطة التي تصدرها واحدة، إذ إن من القواعد المقررة في القانون العام أن السلطة التي تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى.

ودعمت المحكمة أسبابها بأن المادة (501) من قانون المرافعات لا تنطبق في مجال العقود الإدارية، فهي لا تجيز التحكيم إلا لمن يملك التصرف في حقوقه، ولا يملك الوزير مد أجل عقد بناءً على قانون خاص إلا بعد استصدار قانون آخر يجيز ذلك.

بناءً عليه ألغت المحكمة الإدارية العليا الحكم المطعون به الصادر عن محكمة القضاء الإداري.

ج- رأي محكمة استئناف القاهرة:

عرض موضوع إمكانية اللجوء إلى التحكيم في النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية على محكمة استئناف القاهرة في العام 1996 بموجب دعوى طالبت فيها إحدى الشركات بوقف تنفيذ حكم تحكيم صادر في العام 1995، وببطلانه. وأجابت المحكمة على السبب المتعلق ببطلان شرط التحكيم بأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز فيه التحكيم...، وأنه لا اجتهاد مع وجود النص، ذلك أن دلالة عبارة النص واضحة وقاطعة في إجازة لاتفاق التحكيم، حتى لو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام، وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع. وقد دعمت المحكمة رأيها بنص المذكرة الإيضاحية بقولها إن تحديد نطاق التطبيق الذي عينته المادة (1) بعد أن رجّحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجري في مصر، سواء أكان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، أم من

⁹² - الدعوى رقم (486) لسنة (486) قضائية.

⁹³ - الطعن رقم (3049) سنة (32) قضائية.

أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام القانون أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع...

وقد توصلت المحكمة بالنتيجة إلى أن المشرع قد قصد قطعاً جواز التحكيم في العقود الإدارية، مما يتفق مع العلة التشريعية لقانون التحكيم، والمتمثلة بمواكبة الجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة المناخ الصالح للاستثمار، وجذب الاستثمارات، ولا وجه للدفع بأن المادة (10) من قانون مجلس الدولة قد خولت المجلس سلطة فصل النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية، لأن المقصود هنا هو تحديد الحدود الفاصلة بين الاختصاص المقرر للقضاء الإداري والقضاء العادي، وليس القول بحظر اللجوء إلى التحكيم في مثل تلك النزاعات، إضافةً إلى أن المادة (58) من قانون مجلس الدولة قد نصّت على عدم جواز أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة. وأضافت المحكمة بأنه أياً كان وجه الرأي في تفسير المادة (10) من قانون مجلس الدولة، فقد نصّت المادة (3) من قانون التحكيم على إلغاء أي حكم مخالف لأحكامه، كما استظهرت أنه ليس هناك محل للتصدي بأن المادة (172) من الدستور قد تفسّر بعدم إجازة التحكيم في العقود الإدارية، لأن تلك المادة قد قصد منها بيان أن مجلس الدولة بوصفه إحدى الهيئات التي تتكوّن منها السلطة القضائية، وقد قصد منها بيان أوجه اختصاصها تمييزاً لها عن المحاكم العادية صاحبة الولاية العامة، والتي نصّت عليها المادة (165) من الدستور، ولم يشر أحد إلى أن النص على الاختصاص العام للمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، أو النص على اختصاص إحدى الهيئات القضائية بمنازعات ودعاوى معينة، يتضمن في ذاته حظراً للتحكيم في المنازعات التي تختص بها أي منها.

وانتهت المحكمة إلى رفض دفع المجلس الأعلى للأثار بعدم جواز التحكيم تطبيقاً للقاعدة القائلة: من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه.⁹⁴

من خلاصة ما تقدّم نجد أن الأصل أن يتم تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين، إلا أن هذا

⁹⁴ - أشار إلى ذلك د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص 314 وما يليها.

الاتفاق لا يتم في كثير من الأحيان، حيث يكون لأحد الأطراف مصلحة في عرقلة التحكيم. ولا بُدَّ أن يتصدى القضاء الوطني لهذا الأمر ويساعد قضاء التحكيم في انطلاقه، بتشكيل هيئة التحكيم، متقيداً بما اتفق عليه الأطراف في ذلك، وبنصوص الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي التي انضمت إليها الجمهورية العربية السورية، أما إذا كان هذا الاتفاق يحيل أمر تسمية المحكمين إلى مركز تحكيم أو هيئة تحكيمية دائمة، فإنَّ إرادة الأطراف تمنع القضاء من التدخل في تشكيل هيئة التحكيم، وبالنسبة إلى المحكمة المختصة بتعيين المحكمين في حال انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني، فهي محكمة الاستئناف المختصة بمسائل التحكيم، وبما أن المشرع السوري قيد اختصاصها بالتحكيم الذي يجري ضمن دائرتها، فإنَّ تعيين المحكمين في التحكيم الجاري خارج سورية، والخاضع لقانون التحكيم السوري يجد فراغاً تشريعياً بهذا الخصوص، أما في منازعات العقود الإدارية، فيتم تعيين المحكمين من قبل القضاء الإداري، حيث يعين رئيس هيئة التحكيم من قبل رئيس مجلس الدولة، ويعين محكمين أحدهما تختاره الجهة العامة، والآخر يختاره المتعهد، ويمكن أن ينص في العقود الخارجية وبموافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة يتم تشكيلها وفق للنظام الخاضعة له.

الفصل الثاني

سلطة القضاء الوطني في تعيين المحكمين

اللجوء للقضاء هو الطريق الطبيعي لفض المنازعات التي قد تنشأ بين الأشخاص، وعلى الرغم مما يحيط به من ضمانات قانونية تكفل العدالة والمساواة بينهم، إلا أن هذا الطريق قد يشوبه البطء وطول الإجراءات وعدم الدراية الكافية في بعض المسائل التقنية التي تكون ضرورية لحل بعض النزاعات التي تنشأ بينهم، لذلك أصبح من الضروري اللجوء إلى وسائل أخرى تسهم في تخفيف العبء الملقى على عاتق القضاء، من مثل التحكيم، ولكنه يبقى خاضعاً لرقابة القضاء.⁹⁵

وتبرز أهمية الرقابة القضائية وخطورتها على التحكيم عموماً من خلال الموازنة بين اعتبارين: الأول: ويتمثل في احترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء؛ والثاني: ويمثل المصلحة الوطنية والنظام العام اللذين يستبعدان الاعتراف بحكم التحكيم إذا كان مشوباً بعيب، أو مخالفاً للنظام العام والآداب، ومن ثم لا مفر من تقرير حق القضاء في الرقابة على حكم التحكيم.⁹⁶

وتأكيداً على حرص المشرع في فسخ المجال أمام سمو إرادة الأطراف المشتركة من جهة، وحماية التحكيم من تلاعب الأطراف والمحكمين المناورين من جهة أخرى، فقد أوعز للقاضي بالتدخل لمراقبة سير إجراءات التحكم، بحسبان أن التحكيم مسألة إجرائية. ولا يتدخل القضاء إلا عند تخلف هذه الإرادة أو قصورها عن أداء دورها، أو لتجاوز الصعوبات التي قد تظهر في أثناء سير إجراءات التحكيم. ولقد تنبه المشرع السوري لدور القاضي في تحقيق أهداف عملية التحكيم من خلال مساعدة الأطراف وهيئة التحكيم وذلك خلال مراحل التحكيم، لا بل حتى قبل بدء إجراءات التحكيم، لذلك أجاز قانون التحكيم السوري لعام 2008 لمن يريد التظلم من تشكيل هيئة التحكيم، أو سير إجراءات التحكيم، أو الحكم الصادر عنها، اللجوء إلى القضاء.

ولكن موضوع الرقابة القضائية على التحكيم يثير إشكالية التوفيق بين اعتبارين متضاربين، وهما: الأول: ويتعلق بطبيعة التحكيم كنظام خاص لفض النزاعات، يهدف إلى سرعة الفصل في النزاع، ويتمتع باستقلالية عن باقي النظم الشبيهة له، ويستبعد الخضوع لرقابة نظام آخر وهيمنته؛

⁹⁵ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 16.

⁹⁶ - د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا

تاريخ، ص 9.

في حين أن الثاني يتمثل بالمحافظة على النظام العام في الدولة، وإقامة العدل وتطبيق القانون، وحيث إن حماية تلك المفاهيم هو أمر من واجب القضاء، فإنه من غير المقبول تطويع القضاء كأداة تنفيذية لقرارات صادرة من جهة أخرى، دون التثبت من أن تلك القرارات غير مشوبة بخطأ أو مخالفة للنظام العام.

وقد لا ينعقد للقضاء الوطني الاختصاص لتعيين المحكمين، إذا حجب أطراف التحكيم عنه هذه الإمكانية باتفاقهم على مركز أو هيئة تحكيمية دائمة تقوم بهذا الدور، أو لأنهم قاموا به أصلاً عند تعيين المحكمين باتفاقهم، فإذا لم يتفق الطرفان على اختيار المحكمين، أو خالف أحدهم الإجراءات المتفق عليها مع الطرف الآخر للكيفية التي يتم فيها تعيين المحكمين، فعندئذ يتدخل القضاء الوطني لمساعدة التحكيم في انطلاقته، كما يمكن أن يتدخل بعد ذلك في تعيين المحكم البديل في حال امتنع أحد المحكمين عن مباشرة مهمته بعد تعيينه، ويبقى هذا التدخل مقروناً بشروطه المتفق عليها بين أطراف التحكيم.

ويترك تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين أثراً في إجراءات التحكيم، أهمها أن يقبل المحكم مهمته لكي تسري آثار هذا القبول بحقه، وإمكانية الطعن بقرار المحكمة المختصة رفض أو تعيين المحكم.

أتناول في هذا الفصل حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين (المبحث الأول)، وآلية تدخل القضاء في تعيين المحكمين (المبحث الثاني).

المبحث الأول

حالات التدخل القضائي في تعيين المحكمين

يعدّ تدخل القضاء في تعيين المحكمين نهجاً استثنائياً نصت عليه أغلب قوانين التحكيم الوطنية في حالات ضيقة وردت على سبيل الحصر، مستلهمة نص المادة (11/ 4) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي،⁹⁷ إذ تنص هذه المادة على أنه (4- في حالة وجود إجراءات تعيين اتفق عليها الطرفان:

أ- إذا لم يتصرف أحد الطرفين وفقاً لما تقتضيه هذه الإجراءات؛ أو

⁹⁷ - المحامي أحمد حداد، المرجع السابق، ص 166 و 167.

ب- إذا لم يتمكن الطرفان، أو المحكمان، من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقاً لهذه الإجراءات؛ أو

ج- إذا لم يقدّم طرف ثالث، وإن كان مؤسسة، بأداء أي مهمة موكولة إليه في هذه الإجراءات؛

فيجوز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 أن تتخذ الإجراء اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين).

هذا ويجري تعيين المحكمين بالتعاون بين أطراف النزاع، وعلى الرغم من أن الاستعانة بالقضاء أمر يصعب تصوّره لاتفاق الأطراف على فض النزاع بالتحكيم وغل يد القضاء، إلا أن القضاء لا ينتهي دوره في أثناء السير في إجراءات التحكيم بحسبان أن التحكيم أوله اتفاق وآخره قضاء.⁹⁸ ويتجلى دور القضاء في التحكيم عند نشوء خلافات بين الأطراف بخصوص تعيين المحكمين، كأن يقصروا في تسمية المحكم الفرد أو الاتفاق على آليات تعيينه وشروطه، أو حتى تقصير أحدهم في اختيار محكمه في الأجل المحدد أو عدم اتفاق المحكمين على المرجح في حال كانت الهيئة مكونة من ثلاثة محكمين. وكذلك في حالة اعتذار المحكم الثالث أو محكم أحد الأطراف عن قبول النظر في النزاع بعد تبليغه بالتعيين، أو حتى تقاعس ومماطلة الغير (مؤسسة التحكيم) في تعيين المحكمين، أو عدم توافر نصوص قانونية في لوائح وأنظمة هذه المؤسسة ليتم تعيين المحكمين أو المرجح وفقاً لها، فجميع الحالات السابقة تعدّ في مضمونها مسوغاً ليرر تدخل القضاء النظامي في تعيين المحكمين وتفعيل اتفاق التحكيم لغاية إنهاء النزاع.

وتدخل القضاء في تعيين المحكمين هو تدخل إسعافي، لأن الأصل احترامه لإرادة الأطراف المشتركة التي اتفقت على فض النزاع عن طريق التحكيم، وبذلك يمكن تصوّر قيام المحكمة بمساعدة الأطراف أو المحكمين في استكمال تشكيل هيئة التحكيم، ليكون دورها احتياطياً، وهنا أقرت أغلب قوانين التحكيم بالدور الرقابي للقضاء على بعض إجراءات التحكيم، كطلب تعيين المحكمين منها.

وتسمح المادة (4/11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وتعديلاته، لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة أو السلطة المسماة في المادة (6) أن تتخذ الإجراء

⁹⁸ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 197 وما يليها.

اللازم، ما لم ينص الاتفاق الخاص بإجراءات التعيين على وسيلة أخرى لضمان التعيين، وأضيف أن المادة (6) من ذات القانون حددت المحكمة المختصة التي تتولى المساعدة في مجال التحكيم.

وعليه، إن المشرع أجاز لأطراف النزاع ولهيئة التحكيم في حالة تعيين محكم أو مرجح تقديم طلب أمام المحكمة المختصة لتتولى هذه المهمة، في حين أن القانون النموذجي وبقراءة ظاهر النص، نجده قد حصر تقديم طلب التعيين بالأطراف دون هيئة التحكيم عند اختيار المرجح، ومع ذلك يجوز لها تقديم هذا الطلب استثناءً في حال وجود اتفاق خاص يعطيها صلاحية ذلك.

ولعل السبب الرئيس في حصر صلاحية تقديم طلب تعيين المحكم المنفرد أو المرجح ابتداءً بالأطراف، هو عدم توافر الصفة أو المصلحة لدى المحكمين لتقديمه، والقضاء لا يتقرر له التدخل في التحكيم بصورة تلقائية أو من تلقاء نفسه لأي سبب كان، لعدم تعلقه بالنظام العام، ولأن ذلك يعد تعدياً على اتفاق التحكيم ومعارضة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إذ لا بد من تقديم طلب أمامها من أحد الأطراف، والفصل في الطلب يتم وفقاً لإجراءات النظر في الدعاوي المنظورة أمامها، والتي تدخل في دائرة النظام العام والمترتب على مخالفتها تقرير البطلان، وبعد تقديم الطلب يكون تدخل المحكمة إجبارياً.

والقضاء، بنظره لطلب التعيين، لا يعدّ خصماً في دعوى التحكيم الواقعة بين الأطراف، وهذا ينسجم مع ما رسخه مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، والذي عدّ دور المحكمة في تعيين المحكم دوراً معاوناً من أجل تفعيل اتفاق التحكيم، لتحل المحكمة مكان الطرف المتعنت وتعين المحكم.

ويستلزم تدخل القضاء في تعيين المحكمين ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً بذاته، إذ لا يمكن له إصدار قرار بالتعيين استناداً إلى اتفاق غير صحيح، وبذلك يثبت له صلاحية البحث في صحة اتفاق التحكيم من عدمه، ويكون له عدم التدخل إن وجدت الاتفاق غير صحيح؛ لكون قراره في حال صدر يكون مبنياً على اتفاق باطل أو غير موجود.

وفي الوقت ذاته يحق لأي طرف الاحتجاج بعدم تنفيذ حكم التحكيم أو الطعن به، متى تم تعيين محكمين قرروا الأطراف بدايةً استبعادهم، أو حتى يجوز للأطراف طلب رد المحكمين المعينين

من جانب المحكمة في حال عدم مراعاة الشروط القانونية أو الاتفاقية.⁹⁹

وقد يتطلب الأمر توافر الخبرة القانونية في المحكم المعين من طرف المحكمة، خصوصاً إذا تعلق التحكيم بنزاع تجاري دولي لكون عمليات البيع تخضع أحياناً لأعراف واتفاقيات دولية، يتوجب مراعاتها ورجوع المحكم إليها، فالخبرة هنا لازمة حتى يتسنى للمحكمين التعامل مع النصوص القانونية المعقدة.

يضاف إلى ذلك كله، أن القانون النموذجي أوجب على المحكمة عند اختيار المحكم الثالث، المرجح، أن يكون من جنسية أخرى غير جنسية أطراف النزاع؛ لتجنب الطعن بحكم التحكيم أو طلب رد المحكمين؛ مع الإشارة أن معيار الجنسية ليس حاسماً في اختيار المرجح، بل يعد دليلاً على نزاهة عملية التحكيم ومدى حياد المحكم.

وبخصوص القرار الصادر عن المحكمة (القرار الصادر بالتعيين)، فقد عده القانون النموذجي قراراً غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو الاستثنائية، والحكمة من ذلك، عدم تعطيل السير في إجراءات التحكيم طويلاً وتجنب المماطلة والتهرب من تطبيق اتفاق التحكيم؛ وعلى هذا سارت محكمة النقض السورية، إذ أنها قررت أن الحكم الصادر بتسمية المحكمين لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، وأما الحكم الصادر برفض تسمية المحكمين فيقبل الطعن وفق القواعد العامة.¹⁰⁰ وبالمقابل، سمح المشرع لأي فريق ذي مصلحة التقدم بطلب رد المحكم المعين من جانب المحكمة بدلاً من الطعن بالقرار، ونضيف أيضاً أن القرار الصادر عنها برفض تعيين المحكم يكون قابلاً للطعن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك صراحةً.

بينما أجازت محكمة النقض المصرية استثناء الطعن بقرار تعيين المحكم الصادر عن المحكمة، إذا تم بطريقة مخالفة لاتفاق التحكيم أو لقواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام أو القانون، ففي هذه الحالات لا يكون القرار معصوماً عن الطعن به.

وتوجه المحكمة هنا سليم من حيث السماح لأي طرف من تقديم طعنه حالاً دون انتظار صدور حكم التحكيم عن الهيئة، ومن ثمّ تعزيز ثقة الأطراف في التحكيم، كما ويمكن للمحكمة أن تلعب دور الوسيط بين أطراف النزاع في سبيل التوصل إلى تعيين المحكمين أو استكمال إجراءات تعيينهم رضائياً.

⁹⁹ - المحامي أحمد حداد، المرجع السابق، ص183 وما يليها.

¹⁰⁰ - نقض مدني سوري، أساس 1121/ قرار 958، تاريخ 1994/3/27، سجلات محكمة النقض.

والعملية التحكيمية طبيعة خاصة بها وذلك لقيامها على توافق إرادات الأطراف، وهي بذلك تشترط الحد الأدنى من التعاون بين الأطراف، وفي حال عدم توافر هذا الحد فلا يمكن للأطراف الذين لم يتمكنوا من التفاهم ولا لهيئة التحكيم التي لا تتمتع بمميزات السلطة القضائية تجاوز الصعوبات التي تواجههم في العملية التحكيمية ولذلك كان لا بد من اللجوء للسلطة القضائية المختصة (وهي في قانون التحكيم السوري محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرتها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سورية). للعمل على تجاوز هذه الصعوبات من خلال إزالة عوائق تشكيل هيئة التحكيم وتكريس مبدأ الحيادة والنزاهة للمحكّمين من خلال مراقبة القاضي لالتزام الحيادة والنزاهة عند تشكيل هذه اللجنة.

ويتسم حكم التحكيم بصفتين: صفة قضائية وصفة تعاقدية،¹⁰¹ وتبرز صفته القضائية من خلال اتحاد الوظيفة بينه وبين الحكم القضائي والتي هي الأساس في فض المنازعات اعتماداً على قواعد الحق والعدل والقانون ويستمد حكم التحكيم هذه الصفة من القانون ذاته، فقوانين التحكيم هي التي منحت هذا الوصف، سواء في مرحلة تحريره وإصداره، أم بخصوص الطعن فيه، وهو بذلك يعتد به كحكم لا كاتفاق؛¹⁰² وأما صفته التعاقدية، فأساسها قيام التحكيم على اتفاق الطرفين وسواء تعلق الأمر بالتحكيم الحر أم بالتحكيم بالصلح، فهو ليس إلا نتيجة مباشرة للاتفاق على التحكيم، الأمر الذي يجعله من قبيل القضاء الخاص على خلاف القضاء الرسمي الذي يعد بمنزلة مرفق عام.

ومن ثم فإن الطبيعة الخاصة للتحكيم قد تعترضها من الصعوبات ما يحول دون بلوغ أهدافها، ولعل الإشكالية الأساسية تتعلق بتأسيس هيئة التحكيم التي تشكل الجهاز الوظيفي لهذه المؤسسة، والتي بدونها تتوقف إجراءات التحكيم، ولقد أكد المشرع السوري على احترام إرادة الأطراف المشتركة التي أثرت اللجوء إلى القضاء الخاص، وذلك لتسهيل الإجراءات وإيجاد الحلول لجميع ما قد يعترضها من معوقات.¹⁰³

وطالما أنّ إرادة الطرفين المشتركة هي التي تحدد الكيفية التي يتم بها تشكيل هيئة التحكيم، لذلك فإنّ تدخل القضاء في تعيين المحكّمين، لا بُدّ من أن يكون راجعاً، إما إلى عدم اتفاق الطرفين على اختيار المحكّمين (المطلب الأول)، أو إلى مخالفة أحد الأطراف للإجراءات المتفق عليها للاختيار، أو لتعيين محكّم بديل (المطلب الثاني).

101 - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 260 وما يليها.

102 - المرجع السابق، ص 251.

103 - الحامي زهير حمدان، الإجراءات في القضايا التحكيمية، دار المرساة للطباعة والنشر، سورية، اللاذقية 2021، ص 100 وما يليها.

المطلب الأول

عدم اتفاق أطراف النزاع على اختيار المحكمين

على أطراف العملية التحكيمية اختيار المحكم المنفرد إذا تم الاتفاق بينهما على أن يتولى الفصل في النزاع محكم منفرد، ولكن في حال عدم القدرة على التوصل فيما بينهما إلى الاتفاق على المحكم المنفرد فللطرفين أو لأحدهما أن يتقدم بطلب للمحكمة المختصة (محكمة الاستئناف المحددة في المادة 3 من قانون التحكيم السوري لعام 2008) لتعيين هذا المحكم، وعندها يتدخل القضاء لإزالة هذا العائق بتعيين عضو هيئة التحكيم؛ كذلك من الممكن أن يتمتع أحد الأطراف عن الاتفاق مع الطرف الآخر على تحديد شكل هيئة التحكيم (فردية أو ثلاثية) وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط التحكيمي قد ترك الاتفاق على تحديد شكل الهيئة، أو على إرجاء تعيين شخص المحكم الفردي لحين نشوب النزاع مثلاً، عندها يتدخل القضاء، أيضاً، لتحديد شكل هيئة التحكيم، وكذلك تعيين المحكم الفردي طالما أن هناك نزاعاً نشب بين الطرفين.

وإذا اتفق طرفا النزاع على تعيين المحكمين فإن الخلاف ذاته قد يعترض المحكمين عند اختيارهما للمحكم الثالث الذي سيتأصل هيئة التحكيم، هذا بطبيعة الحال إذا كان اختيار المحكم الثالث موكولاً إليهما بمقتضى شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم. ولكن السؤال الذي يثور هنا مفاده ما هو الحل في حال عدم الاتفاق على تعيين المحكم الثالث خلال المدة القانونية الممنوحة لهما؟

سمح المشرع السوري، في سبيل حل هذه الإشكالية، لأحد أطراف النزاع، وهو الطرف الذي له مصلحة في حل النزاع، أن يطلب إلى محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم، ما لم يتم الاتفاق بين الطرفين على محكمة استئناف أخرى في سورية، لتعمل هذه المحكمة على تعيين المحكم الثالث كرئيس لهيئة التحكيم. ولم يمنح المشرع السوري حق تقديم طلب للمحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) للمحكمين المختارين، مرجحاً بذلك مصلحة طرفي النزاع على مصلحة المحكمين، فمن مصلحة أطراف النزاع التسريع في تشكيل هيئة التحكيم لما في التأخير في ذلك من ضرر يلحق بهم.¹⁰⁴

ولمحكمة الاستئناف التدخل استعجالياً عند الامتناع عن تعيين عضو هيئة التحكيم، ويأخذ الامتناع في هذه الحالة إحدى صورتين الأولى: امتناع أحد طرفي العملية التحكيمية عن تعيين

104 - المحامي أحمد حداد، المرجع السابق، ص 159 وما يليها.

عضو هيئة التحكيم، والثانية: امتناع الغير عن تعيين عضو هيئة التحكيم.

الحالة الأولى: امتناع أحد طرفي العملية التحكيمية عن تعيين عضو هيئة التحكيم.

لقد مكن المشرع السوري القضاء من التدخل لإزالة هذا العائق من خلال تقديم طلب للمحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) ويكون ذلك حينما يتم الاتفاق بين أطراف النزاع على فض نزاعهم عن طريق هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة محكمين، أو حتى مع وجود اتفاق على التحكيم دون تحديد لعدد أعضاء اللجنة، وذلك حسب أحكام الفقرة (أ) من المادة (14) من قانون التحكيم⁽¹⁾ ويكون تقديم الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إشعار الطرف الممتنع، وعندها تتدخل المحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) من خلال حلولها محل الطرف الممتنع عن الاختيار، حيث تتولى تعيين المحكم طبقاً لشروط الاتفاقية بين أطراف النزاع، ولكن السؤال المطروح في هذا الإطار أليس من الواجب على المحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) أن تدعو الطرف الممتنع للقيام بما التزم به، وتمنحه الوقت الكافي لذلك قبل أن تحل محل إرادة هذا الطرف الممتنع؟ حسب بعض الفقهاء فإن مثل هذا الإجراء إذا تم فإنه سيؤدي إلى استغلال هذه المسألة من قبل الطرف الممتنع للاحتيال على العملية التحكيمية وإطالة أمدها والتلاعب بإجراءاتها.

وعادة ما تكون هذه الحالة عند عدم وضوح الشرط التحكيمي، أو اتفاق التحكيم بالدرجة التي يتمكن معها الغير، سواء كان شخصاً طبيعياً، أو مؤسسة تحكيم، أو مركز تحكيمي عهد له بتنظيم العملية التحكيمية من اختيار محكم.

واستناداً لما تقدم، أرى أنه لا ينبغي التوسع في التدخل القضائي المنصوص عليه في المادة (14) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 لحالتي عدم الاتفاق أو الامتناع عن تعيين محكم، وذلك لأن هذه المادة جاءت على وجه استثناء من أحكام المادة (10/1) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 والتي نصت على أنه: (1- 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). ولأن المادة 14 من قانون التحكيم هي استثناء من مبدأ التقاضي على درجتين المنصوص عليه في قانون أصول المحاكمات السوري رقم (1) لعام 2016، حيث عدت الفقرة (5) من المادة (14) المشار إليها أعلاه أن القرار الصادر من المحكمة المختصة (محكمة الاستئناف) بتعيين محكم غير قابل للطعن فيه بأي من طرق الطعن.

ويظهر دور القضاء في تعيين المحكمين في حال ما إذا لم يتفق الطرفان على اختيارهما أو على تحديد الآلية التي يتم بها هذا الاختيار.

وقد أعطت المادة 1452 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي، في صياغتها لعام 2011، لقاضي الدعم أو الإسناد القيام بهذا التعيين، إذا لم يقر الشخص الذي أوكل إليه تنظيم التحكيم بذلك، بعد أن يتثبت من أن المحكمين المسميان من قبل الطرفين لم يتفقا على تسمية المحكم الثالث على الرغم من مضي شهر من تاريخ قبولهما مهمة التحكيم، أو في حال امتنع أحد الطرفين عن اختيار محكمه خلال شهر من تاريخ تسلمه طلب الطرف الآخر بهذا الخصوص، فقاضي الإسناد يقوم بتعيين المحكم عن الطرف المتقاعس،¹⁰⁵ وكذلك الحال فيما إذا تناولت المنازعة عدة أطراف لم يتفقوا على كيفية اختيار هيئة التحكيم.¹⁰⁶

كما أعطت المادة (17) من قانون التحكيم المصري للطرفين حرية الاتفاق على اختيار المحكمين وكيفية وميعاد ذلك، فإذا اختلفا وكان اتفاق التحكيم يشترط أن يتولى التحكيم محكم واحد، تولت محكمة استئناف القاهرة تعيينه إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، أما إذا كان اتفاق التحكيم يشترط أن يتم تعيين ثلاثة محكمين، فيقوم كل طرف باختيار محكمه، ثم يخول المحكمين المسميان باختيار المحكم الثالث، ولا تتدخل محكمة الاستئناف إلا إذا لم يعين أحد الأطراف محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو لم يتفق المحكمين المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً التالية لتعيين آخرهما،

¹⁰⁵–FOUCHARD, GAILLARD, GOLAMAN, op cit,398.

¹⁰⁶–V. Art. 1452.– En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres:

«1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui;

«2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation.

أما رئاسة محكمة التحكيم فتكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان من قبل الأطراف أو الذي عينته المحكمة، وتطابق أحكام المادة (14) من قانون التحكيم السوري ما جاء في قانون التحكيم المصري.

والمُحكَّم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، ومقتضى ذلك أن يكون متمتعاً بهذه الثقة ليس فقط لحظة اختياره، وإنما في كل مراحل إجراءات التحكيم، بمعنى أن هذه الثقة هي شرط وجود واستمرار في آن معاً.

وبما أن المُحكَّم يمارس دوراً مشابهاً للقاضي، فيجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق وسلوكيات وأدبيات والتزامات قانونية، لا سيما مع وجود الفراغ التشريعي المتمثل في عدم وجود قواعد تضبط أخلاق المُحكَّم.

ومن هذا المنطلق تضافرت الجهود للوصول بالمُحكَّم إلى مرتبة القاضي من حيث شروط الاختيار وضمانات الخصوم أمامه.¹⁰⁷

والأصل أنه لا يحق لأطراف النزاع أن يتفقوا فيما بينهم على أن يكون حق تعيين المحكّمين لطرف منهم دون الآخرين، فلا بُدَّ من مراعاة المساواة بينهم من حيث اختيار المحكّمين، فلا تكون لأحدهم أي ميزة على الآخر،¹⁰⁸ فلا يجوز مثلاً أن يعهد باختيار جميع المحكّمين إلى أحد الطرفين دون الآخر.

ولم يعرف قانون التحكيم السوري ولا غيره من قوانين التحكيم، المُحكَّم، وإنما وضع شروطاً، يتعين توافرها فيمن يتم اختياره مُحكِّماً، سواء من الأطراف أو أحدهم أم من المحكمة أو مؤسسة التحكيم - ومن دون هذه الشروط لا يمكن للمُحكَّم أن يقوم بدوره في عملية التحكيم بصورة سليمة وناجحة.

إذا اتفق الأطراف على ثلاثة محكّمين، وعين أحدهم محكّماً، بينما امتنع الثاني عن ذلك على الرغم من إنذاره ومضي الميعاد القانوني، فإذا اكتفى الخصم بالمحكّم المعين من قبله،¹⁰⁹ وطلب

¹⁰⁷- د. حسام لطفي، سلوكيات المُحكَّم، بحث ضمن كتاب بعنوان "التحكيم العربي في أفاق الألفية الثالثة"، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2003، ص 398.

¹⁰⁸- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 225.

¹⁰⁹- في هذا المنحى قرار محكمة استئناف طوكيو في القضية التي كانت منظورة أمام محكمة لندن حيث امتنع الخصم الياباني عن تعيين المحكّم الخاص به وظل متمتعاً على الرغم من إعلانه، فقرر الخصم الآخر الاكتفاء

عقد جلسات التحكيم بمحكم واحد، ثم حضر الخصم الآخر أمام هذا المحكم، ولم يعارض في ذلك فإنه يعد بمنزلة تعديل لاتفاق التحكيم والاكتفاء بمحكم واحد،¹¹⁰ ولا يمكن للقضاء الوطني أن يتدخل بعد ذلك بطلب الخصم الممتنع عن تسمية محكمه لإعادة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين.

فقد رفضت محكمة ميونيخ للاستئناف في حكمها المؤرخ في 15/3/2006 دفعاً بأن تشكيل هيئة التحكيم لم يتم وفقاً لاتفاق الطرفين، حيث تألفت هيئة التحكيم من محكم واحد بدلاً من محكمين أو أكثر على النحو المتفق عليه في شرط التحكيم، وقد أدركت المحكمة أن المدعى عليه كان على علم بتشكيل هيئة التحكيم ولكنه لم يعترض خلال التحكيم.¹¹¹

كما نهجت قواعد الأونسيترال هذا النهج في المادة (2/7)، فإذا اقترح أحد الأطراف تعيين محكم وحيد في غضون ثلاثين يوماً، ولم يرد الطرف الآخر على هذا الاقتراح، ولم يعين محكماً ثانياً، جاز لسلطة التعيين، بناءً على طلب أحد الأطراف أن تعين محكماً وحيداً إذا ما رأت أن هذا هو الأنسب.¹¹²

وبهذا المنحى قضت الاتفاقية الموحدة للاستثمار بأنه إذا لم يعين الطرف الآخر محكماً، أو لم يتفق المحكمان على تعيين المحكم المرجح خلال الآجال المقررة لذلك، تتكون هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي من المحكمين بينهم محكم مرجح.¹¹³

بالمحكم الذي عينه هو وفقاً للقانون الإنكليزي حيث كانت لندن مكاناً للتحكيم. فصدر قرار التحكيم لصالحه، ولما طلب تنفيذ التحكيم في اليابان اعترض الخصم الياباني على ذلك مستنداً إلى بطلان القرار لبطلان تشكيل هيئة التحكيم فرفضت محكمة الاستئناف هذا الاعتراض. منشور في مجلة التحكيم لعام 1964، ص 102 ومشار إليه لدى محسن شفيق، المرجع السابق، ص 406.

¹¹⁰ - أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 45.

¹¹¹ - الكتاب السنوي للتحكيم 34 سنة 2009، ص 499، 503.

¹¹² - تنص المادة (7) من قواعد الأونسيترال في صياغتها لعام 2021 على أنه (1- إذا لم يكن الأطراف قد اتفقوا مسبقاً على عدد المحكمين ثم لم يتفقوا في غضون 30 يوماً من تاريخ تسلم المدعى عليه الإشعار بالتحكيم على أن يكون هناك محكم واحد فقط، عُيِّن ثلاثة محكمين. 2- على الرغم من الفقرة 1، إذا اقترح أحد الأطراف تعيين محكم وحيد في غضون المدة المنصوص عليها في الفقرة 1 ولم يرد أي طرف آخر على ذلك الاقتراح، ولم يعين الطرف المعني أو الأطراف المعنيون محكماً ثانياً وفقاً للمادة 9 أو المادة 10، جاز لسلطة التعيين، بناءً على طلب أحد الأطراف، أن تعين محكماً وحيداً بمقتضى الإجراء المنصوص عليه في الفقرة 2 من المادة 8 إذا ما رأت، في ضوء ظروف القضية، أن هذا هو الأنسب).

¹¹³ - انظر المادة 3/2 من ملحق الاتفاقية الموحدة للاستثمار.

ويتضح أنَّ هذا النهج يتعارض مع مبدأ المساواة بين الخصوم في تشكيل هيئة التحكيم، إلا أنَّه يشكّل حلاً مناسباً لتخفيف تكاليف التحكيم بتعيين محكم منفرد عند امتناع الطرف الآخر أو تخلفه عن تعيين محكمه.

وكد أجاز قانون الأونسيترال في المادة 10 منه للطرفين حرية تحديد عدد المحكمين، ومن ثمَّ فإنَّه يمكن للطرفين وفقاً لهذا القانون أن يحددا عدداً زوجياً من المحكمين، فإذا لم يحددا عدداً كان عدد المحكمين ثلاثة.

ولم تأخذ بهذه القاعدة بعض مراكز التحكيم، فتعيين ثلاثة محكمين في حال عدم تحديد الأطراف عدد المحكمين، أو في حال عدم اتفاقهم على تعيينهم، لا يشكّل ضرورة ملحة في كل القضايا التحكيمية لأنَّ بعض هذه القضايا يكفيها محكم واحد، ويبدو أنَّ هذا الحل أضحي هو الحل الأنسب مع ارتفاع نفقات التحكيم، وعدم ضرورة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، كون النزاع يتعلق بجزئية صغيرة من العقد، كما يتلاءم مع المنحى الذي قضى به قانون التحكيم السوري في المادة (2/41) عندما أجاز أن يصدر حكم التحكيم من رئيس التحكيم منفرداً، مما يغدو معه تشكيل هيئة التحكيم ابتداءً من محكم وحيد، يتناسب مع الكيفية التي سيصدر بها قرار التحكيم.

وقد أعطت قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية (ICC) السلطة للمحكمة الدولية للتحكيم أن تعين محكماً منفرداً طالما أنَّ الأطراف لم يتفقوا على عدد المحكمين، إلا إذا تبين لها أنَّ النزاع يستدعي تعيين ثلاثة محكمين، وفي تعديلها لهذه القواعد الساري بدءاً من 2017/3/1 أصبح من الجائز أن تقوم المحكمة الدولية للتحكيم بتعيين محكم منفرد على الرغم من أي أحكام مخالفة باتفاق التحكيم، وذلك في حال خضوع التحكيم لقواعد الإجراء المعجل.¹¹⁴

وجاءت المادة 10 من قواعد الأونسيترال توضح أنه في حالة اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم من عدد من المحكمين ليس واحداً أو ثلاثة، وجب تعيين هؤلاء المحكمين وفقاً للطريقة التي يتفق عليها الأطراف.¹¹⁵

¹¹⁴ - انظر المادة 30/ والملاحق السادس لقواعد غرفة التجارة الدولية (I.C.C) لعام 2017.

¹¹⁵ - تنص المادة (10) من قواعد الأونسيترال في صياغتها لعام 2021 على أنه (1-) لأغراض الفقرة 1 من المادة 9، عندما يراد تعيين ثلاثة محكمين مع تعدد الأطراف سواء بصفة مدع أو مدعى عليه، وعدم اتفاق الأطراف على طريقة أخرى لتعيين المحكمين، يقوم الأطراف المتعددون معاً، سواء بصفة مدع أو مدعى عليه،

أمّا المشرع الفرنسي فقد قبل باتفاق التحكيم المتضمن عدداً زوجياً من المحكمين، ولم يقض بإبطاله، بل أجاز للمحكمين المعيّنين من قبل الأطراف أن يقوموا بتسمية المحكم الثالث، وحتى في حال عجزهما عن ذلك، يبقى اتفاق التحكيم بعدد زوجي من المحكمين صحيحاً، ويتدخل القضاء ممثلاً بقاضي الدعم أو الإسناد ويقوم بالتعيين، فقد نصت المادة (1451) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي، في صياغتها لعام 2011، على أنّ يكون عدد المحكمين وتراً، فإذا اتفق الطرفان على عدد زوجي من المحكمين، ولم يتفقا على اختيار المحكم الثالث، يقوم المحكمان المسميان باختياره، فإذا اختلفا قام بتعيينه قاضي الدعم أو الإسناد وهو رئيس محكمة البداية أو رئيس محكمة التجارة إذا كانت المنازعة من اختصاص محكمة التجارة.¹¹⁶

وقد أخذ المشرعان المصري والسوري¹¹⁷ بمبدأ الوترية في تشكيل هيئة التحكيم، حيث أكدّا على أنّ تشكّل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً،¹¹⁸ وإلا كان التحكيم باطلاً.

يبقى التساؤل مطروحاً هل هذا البطلان من النظام العام، أم أنّ وجوب الوترية في عدد المحكمين شرط يمكن للقضاء أن يحققه، حتّى لو اتفق الطرفان على عدد زوجي من المحكمين، ذهب جانب من الفقه أنّ تشكيل الهيئة من عدد زوجي، حتّى وإن لم يكن هناك خلاف في الرأي

بتعيين محكم. 2- إذا اتفق الأطراف على أن تشكل هيئة التحكيم من عدد من المحكمين ليس واحداً أو ثلاثة، وجب تعيين هؤلاء المحكمين وفقاً للطريقة التي يتفق عليها الأطراف. 3- في حال عدم التمكن من تشكيل هيئة التحكيم بمقتضى هذه القواعد، تتولى سلطة التعيين، بناءً على طلب أي طرف، تشكيل هيئة التحكيم، ويجوز لها، لدى القيام بذلك، أن تلغي أي تعيين سبق إجراؤه وأن تعين كلاً من المحكمين أو تعيد تعيين كل منهم، وأن تسمي أحدهم محكماً رئيساً).

116- Art. 1451.- Le tribunal arbitral est composé d'un ou de plusieurs arbitres en nombre impair.

«Il est complété si la convention d'arbitrage prévoit la désignation d'arbitres en nombre pair.

«Si les parties ne s'accordent pas sur la désignation d'un arbitre complémentaire, le tribunal arbitral est complété dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation par les arbitres choisis ou, à défaut, par le juge d'appui mentionné à l'article 1459.

¹¹⁷ - انظر المادة (15) من قانون التحكيم المصري، والمادة (12) من قانون التحكيم السوري.

¹¹⁸ - انظر المادة (174) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي والمادة (14) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (257) من قانون المرافعات المدنية والتفويض العراقي التي استثنت من ذلك حالة التحكيم بين الزوجين.

بين المحكّمين يكون باطلاً، ومن ثم يجوز للخصوم التمسك بهذا البطلان أمام هيئة التحكيم، كما يجوز لهذه الهيئة الاعتداد به من تلقاء نفسها.¹¹⁹

ويذهب للقول أنصار هذا الرأي إنّه لا يمكن لأي من الطرفين في حال الاتفاق على عدد زوجي من المحكّمين، أن يلجأ للقضاء لتكملة الهيئة، لأنّ تدخل القضاء يكون في حالة غياب هذا التشكيل أصلاً أو نقصه، وليس له التدخل في حالة التشكيل المخالف لأحكام القانون.¹²⁰

وذهب رأي آخر إلى أنّ المحكّمين إذا لم يكن عددهم وترّاً، وأصدروا حكمهم بالإجماع، فلا محلّ للحكم ببطلان التّحكيم،¹²¹ لتحقيق الغاية من شكل الإجراءات، ولكون صدور الحكم بالإجماع يصحح البطلان المترتب على عدم وترية عدد المحكّمين.¹²²

ويبدو أنّ اشتراط أن يكون عدد المحكّمين وترّاً، لا يستلزم أن يحققه الأطراف، فالنص على أنّه إذا تعدد المحكّمون وجب أن يكون عددهم وترّاً، لا يمنع الأطراف على أن يتفقوا على عدد زوجي من المحكّمين،¹²³ بشرط أن لا يكونوا محددين بأسمائهم، لأنّ إكمال هذا العدد ليكون وترّاً قد يكون من قبل المحكّمين المعيّنين من الأطراف، وقد يكون من القضاء الذي يساند التّحكيم،¹²⁴ ومن ثمّ فإنّ البطلان الذي يطال التّحكيم، يكون في حالة عدم تحقق الوترية في المحكّمين، وليس في حال عدم الاتفاق عليها.

وعندما يتفق طرفا التّحكيم على إجراءات محددة فإنّه من الواجب على من يرغب في اللجوء إلى التّحكيم اتّباعها، وصولاً إلى تعيين المحكّمين، ويتجلى ذلك في حالة اتفاق الطرفين على أن يعهدا باختيار المحكّمين إلى شخص من الغير، أو إلى مركز تحكيم، أو أن يكون المحكّم من

¹¹⁹ - د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، التّحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998، ص 576.

¹²⁰ - د. رضا السيد، تدخل القضاء في التّحكيم بالمساعدة والرقابة، 1997 ص 18.

¹²¹ - انظر عكس هذا الاتجاه لدى فتحي والي، المرجع السابق، ص 202.

¹²² - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 172.

¹²³ - انظر أحكام المادة (2/12) من قانون التّحكيم الإنكليزي التي تنص على أنّ أي نص تعاقدي يشير إلى أنّ المحكمة التّحكيمية ستشكل من محكّمين اثنين أو من عدد شفعي من المحكّمين سيتم تفسيره على أنه يتطلب تعيين محكّم إضافي لرئيس المحكمة التّحكيمية، وذلك ما لم ينص الأطراف على خلاف ذلك. وأحكام المادة (771) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص على أنّه إذا عين الخصوم محكّمين اثنين أو محكّمين بعدد زوجي وجبت إضافة محكّم آخر إليهم يختار وفق ما حدده الخصوم وإلا فباتفاق المحكّمين المعيّنين وإذا لم يتفقوا فيعين بقرار من رئيس الغرفة الابتدائية.

¹²⁴ - د. أحمد خليل، قواعد التّحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 60.

جنسية معينة، أو ذا تخصص مهني أو فني خاص، فلا يحق للطرف الراغب باللجوء للتحكيم أن يطلب من القضاء تعيين المحكمين قبل أن يحقق الإجراءات المتفق عليها.

فإذا لم يقبل الشخص المتفق عليه من قبل الطرفين لتعيين المحكمين بالمهمة، أو إذا تبين أن مركز التحكيم الذي أحيل إليه أمر تعيين المحكمين ليس له وجود عندئذ يتدخل القضاء ليقوم بتعيين المحكمين، فالمحكمة في تلك الحالات تتولى الفصل في النزاع المطروح عليها، لتتأكد مثلاً من أن أحد الطرفين قد خالف المدّة التي يجب خلالها اختيار محكمه، أو أنه عين محكمه من غير الجنسية المتفق عليها بينهما، عندها تقوم المحكمة بتعيين المحكم وفقاً للإجراءات المتفق عليها وتتأكد أولاً من عدم تعيين المحكم وفق الشروط المتفق عليها، فإذا ثبت لها ذلك تبادر إلى تعيينه.

ووفقاً لقواعد الأونسيترال لا تتدخل سلطة التعيين لتعيين المحكم الرئيس إلا في حال انقضاء ثلاثين يوماً على تعيين المحكم الثاني من دون أن يتفق الطرفان على اختياره، لذلك فإنه من غير المقبول لجوء أحد أطراف التحكيم إلى سلطة التعيين قبل انتهاء مهلة الثلاثين يوماً، وبشرط أن يكون قد عين كل طرف محكمه؛ وبهذا المبدأ قضت المادة (1/14 ج) من قانون التحكيم السوري لعام 2008.

المطلب الثاني

تعيين المحكم البديل

يشترط لإكمال تشكيل هيئة التحكيم أن يقبل المحكم المهمة الموكلة إليه، وأن يكون هذا القبول مكتوباً، لكن لا أثر لهذا القبول على صحة اتفاق التحكيم،¹²⁵ وخشية من فشل التحكيم في حال عدم قبول المحكم هذه المهمة، تجيز بعض تشريعات التحكيم، كالقانون البرازيلي 1996¹²⁶ والقانون النرويجي¹²⁷ لعام 2004، للخصوم الاتفاق على تسمية محكم احتياطي يحل محل المحكم الأصلي في حال رفضه التحكيم، أو في حال قام مانع يحول دون القيام به، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، فلا مناص من أن يبرم الخصوم اتفاقاً خاصاً جديداً لاختيار المحكم الجديد، فإذا لم يتفقوا، فلا تحكيم.¹²⁸

ولا يمكن للقضاء تعيين محكم بديل في حال كان الاتفاق على المحكم بشخصه أو بصفته وكان ذلك يشكل عنصراً جوهرياً في التحكيم، فاتفاق الأطراف على تسمية شخص معين باسمه أو بصفته (كما لو اتفقوا على أن يكون عميد كلية الحقوق في جامعة دمشق أو رئيس فرع نقابة المحامين في دمشق باسمه بالتحديد محكماً منفرداً) يستتبع أن إرادتهم انصرفت إلى وجود التحكيم في حال وجود هذا الشخص، وانتفاء التحكيم في حال عدم قبوله التحكيم أو اعتزاله بعد قبوله أو وفاته،¹²⁹ فالاتفاق على تحكيم شخص معين لا يعني الاتفاق على حل النزاع بطريق التحكيم بالملق، فإذا استقال المحكم أو حال حائل دون قيامه بمهمته،¹³⁰ عادت الولاية إلى

¹²⁵ - إن الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطاً لانعقاد مشاركة التحكيم، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركناً لانعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلاً. واستبعد على هذا الأساس الاقرار الصادر من المحكم والذي ضمنه سبق موافقته على مهمة التحكيم "وهو محرر له قوة الكتابة" في الإثبات ورتب الحكم على ذلك بطلان المشاركة لعدم انعقادها، فإنه يكون قد خالف القانون.

نقض مصري، الطعن رقم 489 لسنة 37 جلسة 1973/2/24، مجموعة أحكام النقض، سنة 24، ص 321.

¹²⁶ - www.jus.uio.no/lm/brazil.arbitration.law.no.9...1996/doc.Html.

¹²⁷ - www.chamber.no/wp-content/.../Norwegian_Arbitration_Act.Pdf.

¹²⁸ - د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 238.

¹²⁹ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 49.

¹³⁰ - محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية، أساس 1030 القرار رقم 320، تاريخ 2000/9/25، سجلات محكمة النقض.

المحاكم العادية،¹³¹ لأنّ اتفاق الأطراف على شخص معين بالذات يعني أنّهم ارتضياه لتقنتهم بشخصه، بحيث أنّ عدم قبوله للمهمة ينعكس على الاتفاق وينهي التحكيم،¹³² ويعيد الاختصاص للقضاء صاحب الولاية العامة،¹³³ وكذلك في حال فشله في إصدار حكم التحكيم أو بطلان الحكم الذي أصدره، فإذا ارتضى الأطراف التّحكيم طريقاً لهم وبشخص محدد لاسم، فإنّ فشل هذا المحكّم في إصدار حكمه التحكيمي في النزاع، يستتبع انتهاء مهمته بهذا الخصوص، مما يجعل التّحكيم منقضيّاً،¹³⁴ ويستوي أنّ يتم الاتفاق على شخص المحكّم في صلب عقد التحكيم، أو يتم في اتفاق مستقل، كما يستوي أن يكون هذا الاتفاق سابقاً للعقد أو تالياً عليه،¹³⁵ وعلى الرغم من أنّ اتفاق الخصوم على تفويض المحكّمين بالصلح، يحتاج إلى اتفاقهم جميعاً على تعيين المحكّم البديل، إلا أنّ المادة (14) من قانون التّحكيم السوري لعام 2008 لم تقيد المحكمة المختصة بالتعيين بتسمية المحكّم البديل سواء أكان التحكيم عادياً أم تحكيمياً مع التفويض بالصلح. ويذهب قسم من الفقه إلى أنّ تفويض المحكّم بالصلح لا يكون إلا للثقة المطلقة في شخص المحكّم، فلا يجوز أن يفرض على الأطراف محكّم مع تخويله هذه السلطة،¹³⁶ كما أنّ التّحكيم بالصلح يزول في حال امتناع المحكّم المفوض بالصلح عن العمل أو تنحيه عنه أو وفاته.¹³⁷ وبهذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض السورية عندما قضت بأنّ التّحكيم بالصلح يزول حتماً بامتناع المحكّم عن العمل أو التنحي عنه، ويسقط ويعد كأن لم يكن، فإذا كان المحكّم مفوضاً بالصلح وتنحى أو امتنع عن تأدية مهمته، فلا تملك المحكمة تعيين بديل عنه، سواء أكان الامتناع قبل البدء في المهمة أم بعده، وامتناع أحد المحكّمين بالصلح عن تأدية ما أنيط به، يعيد للمدعي سلطة الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.¹³⁸

¹³¹ - محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية، أساس 1747 قرار رقم 1998، مجلة المحامون 1965، ص411.

¹³² - عبد الهادي عباس وجهاد هوش، المرجع السابق، ص162.

¹³³ - محكمة النقض السورية، الغرفة المدنية، أساس 1091، قرار رقم 729، تاريخ 1975/8/21، مجلة المحامون 1976، ص30، قاعدة 40.

¹³⁴ - الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، أساس 44 قرار رقم 36، تاريخ 1998/2/23.

¹³⁵ - د. أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص42.

¹³⁶ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص211.

¹³⁷ - محكمة النقض السورية، أساس 94، قرار رقم 64، تاريخ 2011/2/7، مشار إليه سابقاً.

¹³⁸ - محكمة النقض السورية، أساس 1178، قرار رقم 928، تاريخ 1984/6/7، مجلة المحامون، سنة 1984، ص533.

وإذا كان التحكيم لا يقوم على الاعتبار الشخصي للمحكم، فإنَّ المحكمة المختصة تتولَّى تعيين المحكِّم البديل، إلا إذا كان الأطراف قد اتفقوا على طريقة أخرى للتعيين، كأن يتم تعيين المحكمين عن طريق مركز تحكيم، دائم، فعندئذ يعود لهذا المركز سلطة تعيين المحكِّم البديل، ويتم ذلك بناءً على طلب من الطرف الأكثر عجلة،¹³⁹ في حالة امتنع المحكِّم عن مباشرة عمله بعد أن قبل مهمة التحكيم، أو إذا اعتزل العمل، أو عزله الأطراف، أو تقرَّر رده، أو في حالة وفاته قبل انتهاء التحكيم، ولكنَّ إذا كان تعيين المحكِّم الأصيل مشروطاً باتفاق الطرفين، ولم يتفق على ذلك، ثم عينته المحكمة حسب القانون، فإنَّ تعيين المحكِّم البديل يقتضي أن يتم بنفس الطريقة،¹⁴⁰ حيث يعطى الطرفان أو الطرف المعني، حسب الأحوال، الفرصة لاختياره، فإذا لم يتم تعيين المحكِّم البديل على هذا النحو، عندئذ تقوم المحكمة بتعيينه.¹⁴¹

وقد قررت محكمة النقض السورية، في أحد قراراتها، أن الأصل إعمال الاتفاق التعاقدي المبرم بين طرفي النزاع، فإذا رسم طريقة تسمية المحكِّمين وكيفية تسمية المحكِّم البديل في حال اعتذار واحد منهم أو أكثر عن قبول المهمة، كان لا بُدَّ من تطبيق شروط العقد لأنَّه شريعة المتعاقدين،¹⁴² وعندما يمتنع المحكِّم الأصيل عن العمل، أو لا يباشر عمله أو يعتزل أو يُعزل أو يرد، أو حتَّى في حال وفاته، يضطر الأطراف إلى اللُّجوء إلى سلطة التعيين لتقرَّر تعيين محكِّم بديل، لكنَّ هذا التعيين يحتاج إلى وقت لاتخاذ الإجراءات المطلوبة، فما أثر ذلك في مدة التحكيم التي قد تنتهي وتُسغرق في أثناء تنفيذ هذه الإجراءات؟

قضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 1970/3/5 بأنه إذا كان من الثابت أنَّ أحد أعضاء هيئة التحكيم قد انسحب من العمل قبل إصدار الحكم، فاستحال على الهيئة مواصلة السير في نظر الطلب، وأصدرت قراراً بوقف إجراءات التحكيم، فإنَّ الميعاد المحدد لإصدار الحكم في النزاع المعروض على الهيئة يقف سريانه حتَّى يصدر من المحكمة حكم بتعيين محكِّم

139 - أنس كيلاني وعماد الدين كيلاني، الشرح الكامل لقانون التحكيم الجديد، دار الأنوار للطباعة، دمشق 2013، ص304.

140 - انظر المادة 4/6 من اتفاقية القرض بين حكومة الجمهورية العربية السورية والصندوق العربي للإنماء الاقتصادي والاجتماعي المصدقة بالمرسوم التشريعي رقم 69/ لعام 2011 على أنه في حالة استقالة أي محكِّم أو وفاته أو عجزه عن العمل، يعين المحكِّم البديل بنفس الطريقة التي عين فيها المحكِّم الأصلي، ويكون للخلف جميع سلطات المحكِّم الأصيل ويقوم بواجباته.

141 - د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الحلبي، بيروت 2007، ص219.

142 - محكمة النقض السورية، غرفة المخاصمة، أساس 315، قرار رقم 171، تاريخ 1996/4/9.

بديل عن المحكم المعتزل، ذلك بحسبان أنَّ هذه المسألة مسألة عارضة تخرج عن ولاية المحكمين، ويستحيل عليهم قبل الفصل فيها مواصلة السير في التحكيم المنوط بها.¹⁴³ وقد تنبه المشرع السوري لأثر الوقت الذي يحتاجه تعيين المحكم البديل، فرتب في المادة (4/20) من قانون التَّحكيم لعام 2008 على تقديم الطلب بذلك، تعليق إجراءات التحكيم ومدته إلى حين صدور القرار بقبول المحكم البديل مهمته التحكيمية، إذ جاء فيها أنه (4- يترتب على تقديم طلب العزل تعليق إجراءات التحكيم ومدته إلى حين صدور القرار برفض طلب العزل أو إلى حين قبول المحكم البديل مهمته التحكيمية).

ولا بُدَّ من الإشارة هنا إلى أنه لا يكفي تعليق إجراءات التحكيم ومدته إلى حين قبول المحكم مهمته، لأنَّه لو عُين المحكم البديل قاضياً، فإنَّ قبول المهمة التحكيمية ليس كافياً لبدء إجراءات التحكيم، إذ أنَّ عليه أن ينتظر موافقة مجلس القضاء الأعلى حتَّى يتمكن من مباشرة مهمته، والحال كذلك فيما لو قبل المحكم المهمة التحكيمية ثم تقدَّم أحد الأطراف بدعوى ردّه.

لذلك يمكن القول إنَّ استبدال كلمة "قبول" الواردة في المادة (4/20) من قانون التحكيم السوري بكلمة "مباشرة" يفي بالمطلوب، وعندها لا يؤثر تأخير مباشرة المحكم البديل لمهمته التحكيمية، إذا كان قاضياً بسبب موافقة مجلس القضاء الأعلى، في مدَّة التَّحكيم، وقد أعطت المادة (16) من قانون التحكيم السوري محكمة الاستئناف المدنية التي يجري في دائرتها التحكيم صلاحية تعيين المحكم البديل بناءً على طلب الطرف الأكثر عجلة إذا امتنع المحكم عن مباشرة عمله، أو اعتزل العمل أو قام مانع من مباشرته له أو عُزل منه أو تقرر ردّه، ويتم تعيين المحكم البديل طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته.

وأرى أنه كان من المفضل أن يأخذ المشرع السوري بما قضت به قواعد الأونسيترال¹⁴⁴ لتحقيق فعالية أقوى للتحكيم، لأنه يمنع من تأخير إجراءات المحاكمة التحكيمية بتكرار تخلي أو تنحي محكم أحد الأطراف عن مهمته، ولزوم إعادة الإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الأصيل

¹⁴³ - نقض مصري، الطعن رقم 1/ لسنة 36 جلسة 1970/3/5.

¹⁴⁴ - انظر المادتين 14-15 من قواعد الأونسيترال حيث يتم تبديل المحكمين حتَّى وإن لم يتم أحد الأطراف في أثناء عملية تعيين المحكم البديل، بممارسة حقه في التعيين أو في المشاركة في التعيين، وإذا رأت سلطة التعيين بناءً على طلب أحد الأطراف، أن هناك مسوغاً لحرمان أحد الأطراف من حقه في تعيين محكم بديل، نظراً للطابع الاستثنائي لظروف القضية، جاز لسلطة التعيين إما أن تعين المحكم البديل أو أن تأذن للمحكمين الآخرين أن يواصلوا عملية التحكيم ويتخذوا أي قرار تحكيمي أو غير تحكيمي. وتستأنف الإجراءات عند المرحلة التي توقف فيها المحكم الذي جرى تبديله، ما لم تقرر هيئة التحكيم خلاف ذلك.

وما يستلزم ذلك من وقت ونفقات، ومن ثم لا بُدَّ لحل هذه المشكلة من سريان إجراءات تعيين المحكم البديل حتّى وإن لم يتم أحد الأطراف، في أثناء عملية تعيين المحكم المراد تبديله، بممارسة حقه في التعيين أو في المشاركة في التعيين، مع إمكانية منح سلطة التعيين صلاحية حرمان أحد الأطراف من حقه في تعيين محكم بديل، إذا رأت مبرراً لذلك، والأهم من ذلك كله عدم إعادة إجراءات التحكيم عند تعيين المحكم البديل، وضرورة استئنافها من المرحلة التي وصلت إليها، بعد إطلاع المحكم الجديد عليها وقبوله بها، لأنَّ إعادة هذه الإجراءات مع كل تبديل للمحكمين يعطي فرصة كبيرة للمتعتنين عرقلة إجراءات التحكيم باستمرار.

وفي نظري يمكن تحويل محكمة الاستئناف المختصة بمسائل التحكيم سلطة سماع أقوال الطرفين بخصوص استئناف إجراءات التحكيم، سيرها من المرحلة التي وصلت إليها قبل تبديل المحكم، فإذا رأت مبرراً لعدم أعمال هذا المبدأ قضت بذلك في قرارها بتبديل المحكم.

ويستنتج مما تقدم إنه لا يمكن لطرف واحد أن يعين كل المحكمين، وقد أضى بالإمكان أن يتم تعيين محكم واحداً بدلاً من ثلاثة محكمين إذا تخلف المحتكم عن تسمية محكمه، وذلك وفق شروط أخذت بها بعض قوانين التحكيم الحديثة، أما المشرع السوري فقد نص على بطلان التحكيم في حالة مخالفة الوترية، وليس بطلان اتفاق التحكيم، مما يعني إمكانية مساعدة القضاء الوطني التحكيم في تحقيق هذه الوترية، منعاً لبطلانه، ويظهر أثر ذلك جلياً في حال تعدد أطراف اتفاق التحكيم، ففي حال عدم تعارض مصالحهم لا بُدَّ من أن يكونوا كطرف مدّعين ويعينوا محكماً عنهم، وطرف آخر مدعى عليهم ويعينوا محكماً عنهم، فإذا تعارضت مصالحهم سمى كل طرف محكمه، وأتممت المحكمة المختصة العدد ليكون وترّاً، ثم عينت رئيساً لهيئة التحكيم من المحكمين الذين اختارتهم، أما في حال اتفاق الطرفين على ضرورة توافر شروط محددة في المحكمين، فلا يجوز اللجوء إلى القضاء الوطني لتعيين المحكمين دون توافر هذه الشروط.

وفي حال امتنع المحكم عن مباشرة مهمته التحكيمية أو غزل أو اعتزل أو تمّ ردّه، لا بُدَّ من تعيين محكم بديل، يستثنى من ذلك حالة إذا ما كان المحكم مسمّى بشخصه، وتتبع الإجراءات ذاتها المتبعة في تعيين المحكم الأصلي عند استبداله، وتوقف مدة التحكيم إلى أن يقبل المحكم البديل مهمته.

المبحث الثاني

تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين

تحكم تدخل القضاء في إجراءات التحكيم من خلال تشكيل هيئة التحكيم ضوابط تحدد حالات هذا التدخل وكيفية، فلا يقبل هذا التدخل إلا إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً، وعلى القضاء أن يحقق في تدخله الشروط القانونية المطلوبة في تعيين المحكمين، وما اتفق عليه الأطراف بهذا الشأن، ولا ينعقد له الاختصاص إلا بعد وقوع النزاع بين أطراف التحكيم على تعيين المحكمين، واستنفادهم الإجراءات المتفق عليها بينهم لتسمية المحكمين؛ أما آثار هذا التدخل فتتجلى في ضرورة صدور قرار بتعيين المحكمين، وحتمية قبول المحكم لمهمة التحكيم، لذلك أتناول في هذا المبحث شروط التدخل القضائي الوطني في تعيين المحكمين (المطلب الأول)، وآثار تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

شروط تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين

يتقيد القضاء الوطني عند تدخله لتعيين المحكمين بشروط يقتضي توافرها في اتفاق التحكيم، وأخرى تتعلق بأطراف هذا الاتفاق. ويتصدى القضاء الوطني لتعيين المحكمين، عندما يتأكد من صحة اتفاق التحكيم، وتحقق الشروط القانونية المطلوبة لهذا التعيين.

إنَّ من أولويات قبول تدخل القضاء في تشكيل محكمة التحكيم أن يكون الأطراف قد اتفقوا على حل النزاعات التي تنشأ بينهم بالتحكيم، سواء تم الاتفاق على ذلك بموجب شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، فتدخل القضاء لتعيين المحكم أو استكمال هيئة التحكيم يفترض سبق اتفاق طرفي النزاع على مبدأ التحكيم، فلا مجال لتدخل القضاء إذا لم يكن هناك اتفاق على التحكيم في الأصل،¹⁴⁵ كما أنه لا يكفي وجود الاتفاق على التحكيم بين الطرفين ليتم التصدي لتعيين المحكمين، بل يجب أن لا يعترى هذا الاتفاق ما يدعو لبطلانه؛ ولكن إذا طعن أحد الأطراف

¹⁴⁵ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 187.

ببطلانه، فهل للقضاء أن يستمر في تسمية المحكمين متجاهلاً هذا الطعن أم يجب عليه أن يتمتع عن تعيين المحكمين تبعاً لذلك؟

اختلفت قوانين التَّحكيم في هذه المسألة، وظهر فيها اتجاهان:

الأول: يرى أنصاره أن تقوم المحكمة المختصة بتعيين المحكمين بمهمتها في تسمية المحكمين، حتّى لو كان اتفاق التحكيم غير صحيح، ويترك للأطراف الحق بالتمسك بهذا الدفع عند إكساء حكم التحكيم صيغة التنفيذ، أو في دعوى بطلانه بسبب عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم، وهذا ما قضت به المادة 4/1027 من قانون التحكيم الهولندي حيث ألزمت رئيس محكمة الدرجة الأولى أو الشخص الثالث المكلف بتعيين المحكم أو المحكمين أن يقوم بهذا الإجراء دون الاعتداد بمسألة صحة اتفاق التحكيم، ويمكن للأطراف رغم مشاركتهم في تعيين المحكمين أن يدعوا ببطلان حكم التحكيم بسبب غياب اتفاق تحكيم صحيح.

الاتجاه الثاني: وفقاً لأنصار هذا الاتجاه فإنّ للمحكمة المختصة بتعيين المحكمين، أن تعلن تعذر القيام بهذا التعيين، في حال وجدت أنّ اتفاق التحكيم باطل، أو لا يمكن الركون إليه في القيام بتعيين المحكمين، فقد أجاز المشرّع الفرنسي في المادة 1455 من أصول المحاكمات الفرنسي، في صياغتها لعام 2011، لقاضي الدعم أو المساندة إذا وجد أنّ اتفاق التحكيم باطل أو يتعذر تنفيذه بصورة واضحة أن يقوم بإعلان تعذر تعيين المحكم أو المحكمين.

واتخذت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف في قرار صادر عنها بتاريخ 2007/11/14 إذ أكدت أنّه لا يمكن لقاضي الدعم أو المساندة رفض تسمية محكم إلا إذا كان شرط التحكيم باطلاً بطلاناً ظاهراً، وكذلك في قرارها المؤرخ في 23/10/2008 الذي أكدت فيه أنّ تعيين المحكم يتم بعد التحقق من أنّ شرط التحكيم ليس باطلاً، وبغض النظر عن قصور محتمل للشرط، يعني أن رئيس المحكمة البدائية قد أصدر حكماً في نطاق صلاحياته،¹⁴⁶ فإذا ظهر للمحكمة المختصة عدم وجود هذا الاتفاق، أو أنّه سقط لانقضاء الميعاد الذي ينتج أثره فيه أو أنّه باطل، لا تقبل طلب التعيين، وفي هذه الحالة يكون للقضاء سلطة تقديرية يمارسها انطلاقاً من الموقف الذي يتّخذه من الدفع بعدم وجود اتفاق على التحكيم أو بطلانه، رغم أنّ الفصل في هذا الأمر يقع أصلاً في ولاية هيئة التحكيم.¹⁴⁷

¹⁴⁶ - مجلة التحكيم عدد 2/ لسنة 2009، ص 767-795.

¹⁴⁷ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال - المرجع السابق، ص 190.

وهذا الشرط متوافر في قانون التَّحكيم السوري رغم عدم النص عليه صراحة، وهو ما يفهم من مدلول المادة (3/14) التي تؤكد ضرورة أن تراعي المحكمة عند تعيين المحكم الشروط التي يتطلبها القانون، وتلك التي اتفق عليها الطرفان؛ ومن هذه الشروط ما نصت عليه المادة (1/7) من أنه يجب أن يحدّد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً، فإذا كان اتفاق التحكيم لم يوضح ماهية المنازعات التي سيتم حلها بالتحكيم، كان باطلاً، وليس للقضاء أن يبادر لتعيين المحكمين في هذه الحالة، وكذلك نجد أن القضاء لا يمكنه أن يتصدى لتعيين المحكمين في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم مكتوب، وهو ما نصت عليه المادة (8) من قانون التحكيم السوري التي أوجبت أن يكون اتفاق التَّحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مشوباً بالبطلان إذا أبرمه شخص طبيعي أو اعتباري لا يملك التصرف في حقوقه وفقاً لما نص عليه القانون الذي يحكم أهليته، وبذلك لا يكون للقضاء أن يعين المحكمين في حال وقع مثل هذا الشخص اتفاق التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون التحكيم السوري، كذلك لا يحق للقضاء أن يتدخل لتعيين المحكمين في اتفاق تحكيم تضمن مسائل مخالفة للنظام العام، أو متعلقة بالجنسية أو بالأحوال الشخصية باستثناء الآثار المالية المترتبة عليها، أو مسائل لا يجوز فيها الصلح أصلاً؛ واستناداً إلى ما تقدم أرى أنه يحق للقاضي أن يمتنع عن تعيين المحكمين في حال اعتري اتفاق التحكيم باطلاً، كأن يكون الاتفاق لا يشمل المسائل المتفق على حلها بالتحكيم، أو أن أحد الأطراف الموقعين على اتفاق التَّحكيم كان عديم تمييز بذلك التاريخ،¹⁴⁸ أو كان موضوع التحكيم مسألة لم يسمح القانون حلها عن طريق التحكيم، الشخصية.¹⁴⁹

واستناداً إلى ما تقدم اقترح أن يتبنى المشرع السوري نصاً صريحاً، على غرار ما نص عليه قانون أصول المحاكمات الفرنسي، يمنع على المحكمة المختصة بقضايا التحكيم تعيين المحكمين إذا وجدت أن اتفاق التَّحكيم باطل، وبذلك لا تُشكل هيئة تحكيم استناداً إلى اتفاق باطل، وبعد الكثير من الجهد والنفقات والوقت يبطل قرارها بسبب بطلان تشكيلها.¹⁵⁰

¹⁴⁸ - لا يملك القاصر قبول التحكيم، ولا يملك الولي أو الوصي قبوله نيابة عنهم وليس لهؤلاء التصرف إلا بإذن المحكمة. انظر المادة /182/ من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم/59/ لعام 1953.

¹⁴⁹ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص219.

¹⁵⁰ - عرف قانون الأونسيترال النموذجي اتفاق التحكيم بأنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التَّحكيم جميع أو بعض ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محدّدة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل.

الأصل أنه لا تحكيم بدون اتفاق، فلا يتصور تناول التَّحكيم دون التطرق لأهم ركن من أركانه، ألا وهو اتفاق التَّحكيم، ولعل هذه الأهمية تقتضي بيان أثره في تحديد الجهة المختصة للفصل في النزاع، فهو اتفاق يسحب الاختصاص من القضاء الوطني المختص أصلاً بنظر المنازعات ليمنح هذا الاختصاص للتحكيم، وإذا كان التحكيم يعدّ استثناءً على الأصل العام، فإنّ تحديد سلطات هيئة التحكيم والمسائل التي يجوز طرحها عليها، وكذلك القواعد القانونية واجبة التطبيق، كلها أمور تتوقف على ما أورده الأطراف في اتفاق التحكيم، فهو مصدر السلطة التي يتمتع بها المحكمون للفصل في النزاع،¹⁵¹ لذلك فإنّ انتفاء وجود هذا الاتفاق ينفي أي أساس قانوني للتحكيم، وينتفي أثر اتفاق التحكيم عندما تنتفي شروط صحته.

ويعد اتفاق التحكيم دولياً طالما كانت العلاقة محلّ النزاع تعدّ دولية، بمعنى أنّ دولية العلاقة محلّ النزاع هي التي تُضفي الطابع الدولي على اتفاق التحكيم، سواء أدرج شرط التحكيم في العقد الأصلي،¹⁵² أم اتخذ شكل اتفاق مستقل،¹⁵³ ولا بُدّ من الإشارة هنا إلى أنّ وجود طرف أجنبي في اتفاق التحكيم لا يجعل هذا الاتفاق دولياً بالضرورة،¹⁵⁴ ذلك أنّ أجنبية أحد أطراف التحكيم قد لا تكون عنصراً مؤثراً في تقرير الصفة الدولية للرابطة محلّ النزاع، ومن الضروري أنّ نبين أنّ هناك فرق بين دولية التَّحكيم التي أشرنا إليها سابقاً، ودولية اتّفاق التحكيم، لأنّ مجرد الاتفاق على التحكيم في الخارج لا يؤدي بطبيعة الحال إلى تدويل هذا الاتفاق ما دامت العلاقة محلّ النزاع وطنية العناصر من كافة الوجوه.¹⁵⁵ لذلك فإنّ اتفاق التحكيم يعدّ دولياً طالما كانت

وعرفه قانون أصول المحاكمات الفرنسي في المادة 1442 بأنّه الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون بإحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم. أما قانون التحكيم الإنكليزي فقد سماه العقد التحكيمي وعرفه في المادة السادسة بأنّه أيّ اتّفاق يحيل إلى التحكيم النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ سواء كانت عقدية أو غير عقدية.

¹⁵¹ - عمر مشهور حديثة، الجازي اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني رقم 31/ لعام 2001، مجلة التحكيم العربي والدولي 2003، العدد الثاني والعشرون، ص 1.

¹⁵² - يعدّ اتفاق التحكيم من العقود المسماة أيّاً كانت صورته شرطاً أم مشاركة كون المشرع وضع له تنظيمات خاصاً به يتضمنه قانون التحكيم. وهو من العقود المدنية، فلا يعدّ عقداً تجارياً، ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية. كما أنه لا يعدّ عقداً إدارياً، ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الإدارية.

¹⁵³ - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 66.

¹⁵⁴ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 179.

¹⁵⁵ - قضت نقض مصري في حكمها المؤرخ في 1981/2/9 بأن المشرع أقر الاتفاق على التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، لذلك فإنه يرجع في شأن تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى

الرابطة الأصلية محلّ النزاع تتسم بهذه الصفة في مفهوم القانون الدولي الخاص،¹⁵⁶ وذلك بصرف النظر عما إذا كان الطرفان قد اتفقا على إجراء التحكيم في سورية أو في الخارج.¹⁵⁷ ولكي نتبين الدور الذي يضطلع به القضاء الوطني في صحة اتفاق التحكيم، لا بُدّ لنا من أن نوضح شروط صحة اتفاق التحكيم، ثم نبين دور القضاء الوطني بالفصل في صحة هذا الاتفاق، ودور هيئة التحكيم في ذلك.

الفقرة-1 - شروط صحة اتفاق التحكيم:

تفرّق غالبية قوانين التّحكيم، ومن بينها قانون التّحكيم السوري، لجهة الاتفاق على التحكيم بين مشارطة التحكيم التي تشكّل اتفاقاً بين طرفين لحل نزاع معين واقع بينهما ونقله إلى سلطة محكّمين دوليين أو مؤسسات تحكيمية دولية، وبين شرط التحكيم المدرج في العقد، حيث يتفق المتعاقدان على أن يكون التحكيم سبيلهما لحلّ أي نزاع يمكن أن ينشأ في المستقبل حول تنفيذ العقد المبرم بينهما أو تفسيره،¹⁵⁸ ويطلق الفقه على كلّ من مشارطة التحكيم وشرط التحكيم اصطلاح "اتفاق التحكيم".¹⁵⁹ ويعدّ اتفاق التحكيم،¹⁶⁰ سواء أكان شرطاً أم مشارطة، كأى عقد يقتضي من أجل انعقاده أن تتوافر فيه أركان العقد، وهي الرضا وما يتبعه من أهلية والمحلّ والسبب، إضافة إلى شرط شكلي يستتبع أن يكون هذا الاتفاق مكتوباً.

وتعدّ القاعدة التقليدية التي تقضي بكتابة اتفاق التّحكيم قاعدة مستقرة في غالبية قوانين التحكيم والاتفاقيات الدولية، باستثناء المشرّع الفرنسي الذي لم يعد يشترط لصحة اتفاق التحكيم، ضرورة توافر أي شرط شكلي بما فيها الكتابة، وكذلك فقد فرضت وسائل الاتصال الحديثة، وتطور التّجارة الدوليّة، قبولاً لاتفاق تحكيم غير مكتوب، وارداً في رسائل متبادلة بإحدى وسائل الاتصال

القانون الانكليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق الأطراف على إجراء التحكيم فيه بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام. الطعن رقم 453 لسنة 42، جلسة 1981/2/9، مجموعة أحكام النقض، سنة 32، ص 445.

¹⁵⁶ - هشام علي صادق، مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكّمين، الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1987، ص 55.

¹⁵⁷ - يعدّ شرط التحكيم الذي يقرر إجراء التحكيم في الخارج شرطاً صحيحاً في القانون السوري، على ذات الوجه القائم بالنسبة إلى شرط التحكيم الوطني، وهو بدوره يمنع المحاكم السورية من قبول الدعوى المتفق بشأنها على التحكيم في الخارج.

¹⁵⁸ - أنس كيلاني وعماد الدين كيلاني، المرجع السابق، ص 177 وما يليها.

¹⁵⁹ - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 57.

¹⁶⁰ اتفاقات التحكيم التجاري على نوعين: اتفاقات يستبق فيها أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، ويتفقون على التحكيم مقدماً في العقد الذي يبرمونه أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقاً ولكنه على أية حال سابق على قيام النزاع واتفاقات لاحقة لقيام النزاع.

المكتوبة، كالبريد الإلكتروني والفاكس والتلكس طالما أمكن إثبات تلاقي إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لحل النزاع، وهذا ما أكدت عليه المادة (8) من قانون التحكيم السوري. وتعدّ الكتابة الوسيلة التي يعبر بها المتعاقدان عن رغبتهما باللجوء للتحكيم، لكنّ الجدل الحاصل حول هذا الشرط هو حول ما إذا كانت الكتابة تعدّ ركناً من أركان اتفاق التحكيم، أم مجرد وسيلة إثبات؟

نظراً لأهمية اتفاق التّحكيم في العملية التحكيمية، فقد أفردت قوانين التحكيم نصاً خاصاً بشأن كتابته.

وقد اختلفت مواقف المشرعين في هذه القوانين بشأن كتابة اتفاق التحكيم، فبعضها كقانون المرافعات الكويتي 1980¹⁶¹ وقانون التحكيم الإماراتي¹⁶² والجزائري¹⁶³ عدّت الكتابة شرطاً لإثبات، ورغم ذلك نجد أنّ غالبية قوانين التّحكيم عدت كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لانعقاده، وأكدت أنّ انتفاء هذا الشرط يؤدي إلى بطلان الاتفاق، فقد نصت المادة (8) من قانون التحكيم السوري على أنّه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون الاتفاق مكتوباً إذا ورد في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية أو في محضر محرر لدى مرسله بوسائل الاتصال المكتوب "البريد الإلكتروني، الفاكس، التلكس" إذا كانت تثبت تلاقي إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع).

إذا التّحكيم يجب أن يتم بناءً على اتفاق، وهذا الاتفاق يجب أن يكون مكتوباً، تحت طائلة البطلان ولا يهم أن تكون الكتابة موقعة أو غير موقعة من الأطراف، ويمكن أن تنتج هذه الكتابة عن رسائل مكتوبة أو رسائل إلكترونية. وإذا اتفق الأطراف بدون كتابة على الإحالة إلى شروط مكتوبة، اعتبروا كأنهم أبرموا عقداً مكتوباً، ويعد تبادل المذكرات في الدعوى التحكيمية أو

¹⁶¹ - تنص المادة (173) من قانون المرافعات الكويتي على أنه (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة).

¹⁶² - كانت المادة (203) من قانون المرافعات الإماراتي تنص على أنه:

(1- يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطون في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة.

2- ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة). ولكن المشرع الإماراتي هجر هذا الاتجاه في قانون التحكيم الجديد لعام 2018 وعدّ الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم، إذ تنص المادة (1/7) منه على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً).

¹⁶³ - نصت المادة 1008 من القانون رقم 09/08 لعام 2008 على أنه يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها.

القضائية بادعاء وجود عقد غير مكتوب، وعدم منازعة الطرف الآخر له، بمنزلة اتفاق مكتوب،¹⁶⁴ كما تنص المادة (178) من القانون السويسري على أنَّ اتفاق التحكيم لا يكون صحيحاً من حيث الشكل، إلا إذا كان مكتوباً، أو وارداً في تبادل برقيات أو توكسات أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي تمكّن من إثباته بوساطة نص؛ أما قانون أصول المحاكمات الفرنسي، وفق التعديل الذي تمّ في العام 2011، فلم يعد يخضع اتفاق التحكيم الدولي لأي شكل، وهو ما نصت عليه المادة (1507) منه.¹⁶⁵

واشترطت الاتفاقيات الدولية الكتابة في اتفاق التحكيم، فلم تلزم اتفاقية نيويورك الدول المتعاقدة، الاعتراف باتفاق التحكيم في حال لم يكن هذا الاتفاق مكتوباً، وقد شملت الاتفاقية مصطلح "الاتفاق المكتوب" لأي شرط تحكيم يرد في عقد أو أي اتفاق تحكيم وقع عليه من الطرفين أو ورد في رسائل أو برقيات متبادلة.¹⁶⁶

وعلى هذا النحو فقد صارت الكتابة مطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم، لا لمجرد إثباته،¹⁶⁷ سواء في صورة شرط التحكيم، أو في صورة وثيقة التحكيم، وصار هذا الاتفاق اتفاقاً شكلياً لا يتم إلا بالكتابة،¹⁶⁸ ومن ثمّ فالكتابة أضحت شرطاً لانعقاد، ولم تعد شرطاً للإثبات،¹⁶⁹ حتّى لو تعلق الأمر بالمواد التجارية.¹⁷⁰

وقد أخذ المشرع السوري في قانون أصول المحاكمات القديم بالاتجاه الأول الذي يعدّ الكتابة شرطاً للإثبات، وليس شرطاً لانعقاد، ولكنّه عدل عن ذلك في قانون التحكيم الجديد لعام 2008 حيث اشترطت المادة (8) منه أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً تحت طائلة البطلان.

¹⁶⁴ - راجع المادة 7/ من قانون الأونسيتال النموذجي بالصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة والثلاثين لعام 2006.

¹⁶⁵ V. Art. 1507 du code de procédures français dispose que -La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

¹⁶⁶ - أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة والثلاثين في 2006/7/27 بأن تطبق المادة 2/2 من اتفاقية نيويورك مع إدراك أنَّ الحالات المذكورة فيها ليست حصرية.

¹⁶⁷ أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، منشورات زين الحقوقية، بغداد - العراق، ص 79.

¹⁶⁸ - سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى دورة إعداد المحكمين العرب الدوليين، الدقي، الجيزة، 2007، ص 13. ومصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 391.

¹⁶⁹ - د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، بدون دار، نشر، 2001، ص 122. وأحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 1994، ص 41.

¹⁷⁰ - عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي، بدون دار نشر، ص 71.

ويعدّ شرط الكتابة متوافراً عندما يرد اتفاق التّحكيم في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية، أو في محضر محرّر لدى هيئة التّحكيم التي تم اختيارها، أو في أية رسائل متبادلة عادية كانت أو مرسلة بوسائل الاتصال المكتوب، كالبريد الإلكتروني والفاكس والتلّكس، طالما أنّها تثبت إرادة مرسلها على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع.¹⁷¹

ومؤدّى ذلك أنّ المشرع استبعد إمكانية لجوء الأطراف إلى وسائل الإثبات الأخرى للتأكيد على وجود اتفاق التحكيم، ومن ثم استبعد اختصاص قضاء التحكيم للفصل في المنازعة، فإذا انتفى شرط الكتابة أضحى الاتفاق المدعى به باطلاً، وانعقد الاختصاص للقضاء الوطني، وإذا خضع التّحكيم الدولي لأحكام قانون التحكيم السوري في حال جرى في سورية أو كان يجري في الخارج، واتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون عملاً بأحكام المادة (1/2) من قانون التحكيم لعام 2008 فإنّ الشكل الكتابي لانعقاد اتفاق التحكيم أضحى واجب التطبيق، ويخضع شكل العقد لقانون البلد الذي أنشأ فيه وفقاً لأحكام المادة (21) من القانون المدني السوري، فالقاعدة التي بمقتضاها يخضع شكل العقود لقانون المكان الذي أنشئت فيه، هي قاعدة عامة ومستقرة في القانون الدولي الخاص، ولكنها ليست آمرة وملزمة بل هي مكملة، ويتم تطبيق القانون الذي أَراداه الطرفان بالنسبة إلى شكل اتفاق التحكيم.¹⁷²

إنّ اختيار الكتابة كشكل وحيد لانعقاد اتفاق التّحكيم، تقضي أن رغبة المشرع تنصرف لتبني شكل أكيد لا يترك أي مجال للشك في اختيار المتعاقدين لنظام التحكيم، هذه الرغبة التي تهدف في النهاية إلى استقرار المعاملات القانونية،¹⁷³ ومن ثمّ فلا يصح قبول مبدأ الثبوت بالكتابة في اتفاق التحكيم، أو لأي شرط من شروطه، ولا للعبرة للقاعدة التي تنص على أن مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم مقام الكتابة إذا كملته الشهود والقرائن، وذلك حتّى لا يتعرض اتفاق التحكيم ومحتوياته إلى اختلاف الشهود، لأنّ المحكّمين يقومون مقام القضاة فلا يصح أن يكون هناك أقل شك في المهمة الموكلة إليهم وفي شروطها.

¹⁷¹ - أنس كيلاني وعماد الدين كيلاني، المرجع السابق، ص 190 وما يليها.

¹⁷² - د. ادوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والتّفتيز والإثبات - الجزء الثاني عشر، منشورات الحلبي الحقوقية، 1989، ص 46.

¹⁷³ Fouchard, Philippe, l'arbitrage commercial international, Dalloz, 1965, P 78.

وفي ذلك ذهبت محكمة النقض السورية في قرارها المؤرخ في 2010/12/27 إلى إنَّ اللجوء إلى التحكيم طريق استثنائي لا يتم إلا بتوافق الطرفين على اختياره كطريق لحل ما ينشأ بينهما من نزاعات، وقد اشترط المشرع لصحة التَّحكيم أن يكون مكتوباً وصريحاً وواضحاً.¹⁷⁴

ويستمدُّ الحكم الصادر من هيئة التحكيم قوته الإلزامية من اتفاق التحكيم، الذي يعبر عن إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم، هذه الإرادة هي التي تعطي المحكَّمين سلطتهم في حلِّ النزاع، بينما تصدر أحكام القضاء الوطني مستندة إلى القانون لا إلى إرادة الأطراف، لذلك لا يضطر الخصم إلى الحصول على موافقة خصمه لكي يتمكَّن من اللجوء إلى القضاء، وعلى العكس من ذلك نجد أنَّ عدم توافق الأطراف على عرض النزاع للتحكيم يمنع هيئة التحكيم من الفصل فيه، لذلك يعد اتفاق التَّحكيم أساساً للتحكيم سواء أكان تحكيمياً وطنياً أم تحكيمياً دولياً.

ويشير هذا الأخير مشكلة عندما يتم الاتفاق بين دولتين أو أكثر لتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي، ويتضمن هذا الاتفاق نصاً يلزم أطرافه بتضمين عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة الطرف مع المستثمر الأجنبي بنداً يقضي بأنَّ الخلافات التي تقوم بين الدولة والمستثمر الأجنبي يفصل فيها بوساطة التحكيم، وهو ما يسمَّى بالتحكيم الإلزامي الدُولي،¹⁷⁵ حيث تنصُّ الدولة في قوانين استثمارها على أنَّ نزاعات الاستثمار التي ستنشأ مع المستثمر الخاضع لقوانين الاستثمار، سيتم حلها بوساطة التَّحكيم وتلجأ الدولة إلى اعتماد هذا الأسلوب لجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق الإعلان المسبق عن هذه الموافقة كسبيل لتسوية النزاعات؛¹⁷⁶ مثال ذلك نجده في المادة (23) من قانون الاستثمار السوري رقم 18 لعام 2021، الذي أنهم بالعمل بالمرسوم التشريعي رقم 8 لعام 2007، التي تنص على أنه (تتم وفق الطرق الآتية: أ- الطرق الودية (التوفيق والوساطة). ب- التحكيم. - القضاء المختص). علماً أنَّ المادة 7 من المرسوم التشريعي المشار إليه كانت تجيز تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون التي أجازت للمستثمر اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعات الاستثمار بينه وبين الجهات والمؤسسات

¹⁷⁴ - محكمة النقض السورية، القضية رقم 1153، قرار 1134، تاريخ 2010/12/27، مجلة المحامون، سنة 2012، ص 541.

¹⁷⁵ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 85.

¹⁷⁶ - نصت المادة 71/أ من قانون سوق الأوراق المالية السورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 55 لعام 2006 على أنه في حال نشوء أي نزاع بين الأعضاء في السوق أو الأشخاص الممثلين لهم فيما يتعلق بممارستهم لأعمالهم في السوق، فإنه يتم الفصل في جميع هذه المنازعات عن طريق التحكيم ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم، ويحدد نظام التحكيم وفض المنازعات في السوق، الإجراءات المتعلقة بهذا التحكيم.

العامّة السورية إذا لم يتم حلها بالطريق الودي، وتبنى هذا الحكم معظم فوانين العربية، كقانون الاستثمار المصري وقانون تشجيع الاستثمار الأردني. ويتكرر ذكر هذا الأمر في اتفاقيات تشجيع الاستثمار بين دولتين أو أكثر، كاتفاقية تشجيع الاستثمار بين سورية وتونس،¹⁷⁷ وسورية والكويت،¹⁷⁸ حيث يرد نص في كل هذه الاتفاقيات، تختلف صيغته من اتفاقية لأخرى، يؤكّد على أنّ الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر والدولة يفصل بها قضاء التحكيم. ويعد المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار (ICSID) من أهم المراكز لحل النزاعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى بخصوص المنازعات الناشئة عن الاستثمار، ويشترط لانعقاد اختصاصه توافر شرطين:

الأول أن يكون طرفا النزاع منضمين إلى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الدولية ICSID فلا يقبل المركز طلب تحكيم من مستثمر ينتمي إلى دولة غير منضمة إلى هذه الاتفاقية؛ والثاني أن يكون النزاع موضوع التّحكيم ذا طابع قانوني ومتعلق بالاستثمار.¹⁷⁹ يضاف إلى هذين الشرطين شرط موافقة الأطراف على الخضوع لتحكيم هذا المركز، فلا ينعقد اختصاص المركز إلا إذا وافق الأطراف على عرضه على المركز كتابة، لكنّ اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الدولية لم تحدد شكل هذه الكتابة، مما جعل المركز يقضي باختصاصه دون وجود اتفاق تحكيم موقع من طرفي النزاع بإحالة هذا النزاع إلى المركز، بل اعتمد على نصوص القانون الداخلي واتفاقيات الاستثمار الثنائية أو المتعددة كإيجاب من الدولة، يكفيها أن يقوم المستثمر بقبول هذا الإيجاب، فيعرض نزاعه مع الدولة على المركز ويودع طلب التحكيم لديه

¹⁷⁷ - تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من هذه الاتفاقية والمصدقة بالقانون رقم 11/ لعام 2002 على أنّه إذا لم يفض هذا التشاور إلى حل، خلال أربعة أشهر ابتداء من تاريخ طلب التسوية يمكن للمستثمر عرضه على أ- المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على ترابه. ب- أو إلى محكمة الاستثمار العربية. ج- أو إلى لجنة تحكيم خاصة. نشر نص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية، الجزء الأول، العدد 12/ لسنة 2002 ص 640.

¹⁷⁸ - تنص المادة الخامسة من هذه الاتفاقية والمصدقة بالقانون 12/ لسنة 2002 على أنّه تتم تسوية الخلافات المتعلقة بمختلف أوجه الاستثمارات والأنشطة المتصلة بها والعائدة لأحد الطرفين المتعاقدين أو رعايها عن طريق التوفيق والتحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية وذلك وفق أحكام الفصل السادس من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

¹⁷⁹ - د. عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 51.

مثال ذلك قضية هضبة الأهرام بين حكومة مصر وشركة SPP.¹⁸⁰

وإذا سلمنا بأن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، فهل يجب أن تقتصر هذه الكتابة بتوقيع أطراف التحكيم؟

اشتراطت اتفاقية نيويورك أن يكون اتفاق التحكيم موقعاً عليه من الطرفين أو وارداً في رسائل أو بريقيات متبادلة، وهو ما نصت عليه بعض الاتفاقيات القضائية بين سورية والدول الأخرى، بحسبان أن توقيع اتفاق التحكيم شرط للاعتراف به، فلكي تعترف كل من الدولتين بالاتفاقية الكتابية التي يحررها الأطراف المتعاقدة من رعاياهما، وتلتزم بموجبها بأن تقض بوساطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي تقوم بينهما، بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية، فلا بد من أن يكون اتفاق التحكيم موقعاً من الأطراف.¹⁸¹

وجاءت بعض قوانين التحكيم بالنص صراحة على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم موقعاً من أطرافه، فقد نصت المادة (7) من قانون التحكيم السويسري على أن الاتفاق إذا وقع من الأطراف ليشمل نزاعاً يمكن إحالته للتحكيم، يكون عقداً تحكيمياً.

ولم تشترط المادة (8) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 سوى أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ولم تشترط توقيع اتفاق التحكيم بذاته، بل نصت على أن ورود اتفاق التحكيم في عقد أو وثيقة رسمية أو عادية، أو في محضر محرر لدى هيئة التحكيم التي تم اختيارها، أو في أي رسائل متبادلة عادية كانت أو مرسلة بوسائل الاتصال المكتوب، كالبريد الإلكتروني والفاكس والتلكس، كلها تؤيد كتابة اتفاق التحكيم، وهي غير موقعة من أطرافه، واشترطت المادة المذكورة في حال استعمال الوسائل المذكورة، أن يثبت تلاقي إرادة الطرفين على اختيار التحكيم وسيلة لفض النزاع، ومع صدور قانون التوقيع الإلكتروني السوري رقم 4 لعام 2009 أضحى لهذا التوقيع المصدق المدرج على وثيقة، إلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للأدلة الكتابية في أحكام قانون البينات، إذا روعي في إنشائه وإتمامه

¹⁸⁰ - د. حفيدة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996. ص 150 وما بعدها.

¹⁸¹ - انظر المادة /38/ من الاتفاقية القضائية بين سورية ومصر المصدقة بالقانون رقم /8/ تاريخ 1998/8/4، واتفاقية التعاون القضائي والقانوني بين سورية والإمارات المصدقة بالمرسوم التشريعي رقم /47/ تاريخ 2000/9/5، والمادة /36/ من الاتفاقية القضائية بين سورية والكويت الموقعة في 28/6/1999 والمصدقة بالقانون /69/ تاريخ 2001/11/26.

الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. وهذا ما أكد عليه قانون التوقيع الرقمي الجديد في سورية رقم 7 لعام 2023.

وإذا كان الاتفاق على التحكيم مدرجاً في متن العقد الأصلي، عندئذ يكفي التوقيع على هذا العقد، ولا يشترط التوقيع على اتفاق التحكيم بشكل مستقل، لأنه يشكل جزءاً من هذا العقد، أما إذا كان اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد، فلا بُدَّ من اقترانه بتوقيع أطرافه، إقراراً منهم بقبول التحكيم وسيلة لحل النزاع القائم بينهم، فإذا وقع طرف واحد ولم يقترن بتوقيع الطرف الآخر، فإنَّه من غير الممكن إلزامه بالتحكيم، وقد قررت محكمة النقض السورية في قرارها المؤرخ 2010/7/19 أنَّ اتفاق التحكيم الموقع من طرف واحد غير ملزم باللجوء للتحكيم.¹⁸²

كما يمكن عدّ اتفاق التحكيم مكتوباً وموقعاً من أطرافه استناداً إلى اتفاق الطرفين على التحكيم أمام المحكمة، وتدوين ذلك في محضر الجلسة، على الرغم من عدم توقيع الطرفين عليه،¹⁸³ وقد نص على ذلك صراحة قانون التحكيم المغربي في الفصل 314 حيث أكد على أنه يمكن إبرام عقد التحكيم ولو من خلال دعوى جارية أمام المحكمة، وإذا تم الاتفاق على التحكيم في أثناء النزاع أمام المحكمة، فعليها أن تقرّر إحالة الأطراف إلى التحكيم، ويعدّ هذا القرار بمنزلة اتفاق تحكيم مكتوب.

وذهبت محكمة النقض المصرية في قرار لها أنه على الرغم من اشتراط المشرع أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، إلا أنه لم يشترط أن تفرغ الكتابة في شكل خاص فيكفي بصريح النص أن ترد في رسالة أو برقية.¹⁸⁴ إذاً لم يعدّ التعبير عن الإرادة يتطلب تلاقي الأطراف، فقد نصت غالبية قوانين التحكيم على أن اتفاق التحكيم يمكن أن يرد ضمن رسائل متبادلة أو بوساطة البرقيات والفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني،¹⁸⁵ وهذا التعداد جاء على سبيل المثال لا الحصر. واستناداً على ذلك فإنَّ اتفاق التحكيم يمكن أن يكون غير موقع من أطرافه في مثل هذه الحالات، إذا ثبت يقيناً صدوره عنهم، وهذا ما أكدته المادة (2/7) من قانون الأونسيترال النموذجي في صياغته لعام 2006، والمادة (2/2) من اتفاقية نيويورك، والمادة (12) من قانون التحكيم

¹⁸² - محكمة النقض السورية، القضية رقم 3499، قرار 2338 تاريخ 2010/7/19، مجلة المحامون، سنة 2012، ص778.

¹⁸³ - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص380.

¹⁸⁴ www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx

¹⁸⁵ - في هذا المعنى: د. عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص101.

وقد أُلغى تطوّر التّجارة الدولية وما رافقها من تطوّر في وسائل الاتصال الحديثة، مفهوم الكتابة بمعناه التقليدي، كما أُلغى شرط التوقيع على هذه الكتابة، وأضحى اتفاق الطرفين على التحكيم بوساطة وسائل إلكترونية كافياً لتلاقي إرادة أطراف التحكيم.

نستنتج مما تقدم أنّ قوانين التحكيم اختلفت في عدّ كتابة اتفاق التحكيم شرطاً لانعقاده، أم وسيلة لإثباته، إلا أنّ الغالب أنّ كتابة اتفاق التحكيم تعد شرط لانعقاده، لا لمجرد إثباته.

وعلى الرغم من أن غالبية قوانين التحكيم لم تشترط اقتران كتابة اتفاق التحكيم بالتوقيع، إلا أنّه لا بُدّ من ثبوت تلاقي إرادة الطرفين على التحكيم، ويمكن أن يتم ذلك عبر وسائل الاتصال الحديثة، كالفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني... الخ.

ويعدّ اتفاق التحكيم عقداً كسائر العقود تنشأ عنه التزامات بين طرفيه، لذلك لا بُدّ من أن تتوفر فيه أركان العقد بوجه عام، وهي الرضا وما يتبعه من أهلية والمحلّ والسبب، وبما أنّ مؤلفات القانون المدني زاخرة ببحث هذه الشروط بحسبانها من الشروط اللازمة لانعقاد أي عقد، لذلك فإنّني سأعرض من هذه الشروط ما يمكن أن يتفرد به اتفاق التحكيم على نحو خاص.

والأصل أنّ الرضا في اتفاق التحكيم يترك أثراً نسبياً، يتضمن ألا يلتزم به إلا من صدر عنه، ومع ذلك يمتد أثر شرط التحكيم للغير، رغم عدم صدوره عنه، كما في حالة أيلولة العقد المتضمّن شرط التحكيم له حيث يسري عليه الشرط الوارد في هذا العقد.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية بأنّه ليس كلّ من ورد ذكره في العقد المتضمّن شرط التحكيم، يمكن عدّه طرفاً في هذا الاتفاق، طالما أنّه ليست له صلة بموضوع العقد، أو بإحداث الأثر القانوني المترتب عليه، أو حتّى بالنزاع المتصل به.¹⁸⁷

ويؤدي مبدأ نسبية أثر اتفاق التّحكيم، بوصفه مجرد عقد مبرم بين أطراف محددة، إلى عدم ترتيب آثاره إلا بالنسبة إلى الأشخاص الذين قاموا بالتوقيع عليه، ومسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم في مواجهة الغير مما لم يوقع عليه، لا محلّ لإثارته إلا إذا كان هذا الغير يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على العقد، مثال ذلك ما قضت به غرفة التجارة

¹⁸⁶ - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال المرجع السابق، ص 385.

¹⁸⁷ - نقض مصري، 1979/3/14، مجموعة أحكام النقض، سنة 30، ص 786.

الدولية في باريس (ICC)¹⁸⁸ في قضية Dow Chemical¹⁸⁹ من أنه على الرغم من الشخصية القانونية التي تتمتع بها كل شركة من الشركات المكونة لمجموعة Dow Chemical، فإن شروط التحكيم التي تم قبولها صراحة من بعض شركات هذه المجموعة، يتعين أن تلزم الشركات الأخرى نظراً للطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات، والتي ظهرت من خلال تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة شرط التحكيم، على نحو ما كشفت عنه الإرادة المشتركة لجميع الأطراف في الإجراءات، كما لو كانت طرفاً فعلياً في هذه العقود، أو أنها معنية بالدرجة الأولى بها وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنها.

ونعتقد أن وجود المشروعات المشتركة بين عدة شركات ولزوم ارتباط هذه المشاريع وفق ما تقضيه حركة التجارة الدولية، أدّى إلى قبول امتداد اتفاق التحكيم إلى تلك الشركات على الرغم من أنها لم تكن طرفاً في الاتفاق التحكيمي الأصلي، أما إذا كان الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم لا يتمتع بأي شخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع العقد، فإنه لا معنى للحديث عن الأثر النسبي لاتفاق التحكيم بالنسبة إلى الغير، فهؤلاء الأشخاص على الرغم من أنهم لم يوقعوا على اتفاق التحكيم، فإنهم مع ذلك لا يعدّون من الغير بالنسبة إلى هذا الاتفاق، لعدم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي أبرم العقد. والمبدأ بشأن آثار اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص هو عدم امتداد آثار هذا الاتفاق إلى الغير الذي لم يوقع عليه ولم يكن طرفاً فيه، إلا إذا كانت الإرادة المشتركة من قبل الأطراف تعيد عدّ الغير بمنزلة طرف لما قام به من دور سواء في إبرام أم تنفيذ أم فسخ العقود المتضمنة شرط التحكيم،¹⁹⁰ وتطبيقاً لذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن الأصل في النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدّد بأطراف الاتفاق على التحكيم، إلا أنه يجوز لأي من طرفي التحكيم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في الاتفاق إذا كان من الغير الذي يمتد إليه هذا الاتفاق، ويكون الاختصاص في هذه الحالة بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم، ويتخذ صورة الإدخال أو التدخل ويشترط موافقة

¹⁸⁸-C. C. I n°. 4131, Clunet 1983. p. 899.

¹⁸⁹- وتتلخص وقائع هذه القضية أنه تم إبرام عقدين بين شركتين من الشركات الفروع للشركة الأم Dow Chemical مع العديد من الشركات الأخرى ومن بينها الشركة الفرنسية Isover Saint-Gobain بشأن توزيع مواد عازلة للحرارة. ولقد تضمن كل من العقدين شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

¹⁹⁰- حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص137-156.

الطرف الآخر في التحكيم على هذا الاختصاص، كما يشترط في حالة الإدخال موافقة الغير الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم.¹⁹¹

ويعدّ اتفاق التّحكيم شرطاً كان أم مشاركة عقداً، لذلك لا بُدَّ أن يتمتع طرفاه بأهلية يعتد بها قانوناً، ويشترط أن يبرم اتفاق التّحكيم ممّن يملك أهلية التصرّف في حقوقه، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً. وتقدر الأهلية اللازمة لإجراء اتفاق التحكيم كالأهلية المطلوبة لممارسة حق النقاضي أمام القضاء، بالنّظر إلى الطّابع الإجرائي لهذا الاتفاق الذي يضيف عليه وصفه. وقد تضمنت قوانين التّحكيم والاتفاقيات الدولية أنّ صحة اتفاق التّحكيم مرتبطة بإبرام هذا الاتفاق من شخص طبيعي أو اعتباري يملك أهلية التصرّف، فقد نصت المادة (2/6) من اتفاقية جنيف أنّه عندما يتوجب على محاكم الدول المتعاقدة إصدار قرارها حول وجود أو صحة إحدى اتفاقيات التحكيم، فهي تصدرها فيما خصّ أهلية الفرقاء، وفقاً للقانون المطبق عليهم.

أمّا اتفاقية البنك الدولي للبناء والتعمير (ICSID) فقد اكتفت أن يوافق طرفا النزاع، الدولة وأحد مواطني الدول الأخرى المتعاقدة، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، على عرض النزاع على المركز الدولي لحل نزاعات الاستثمار المنبثق عن هذه الاتفاقية، ولم تحدد الأهلية المطلوبة لهذه الموافقة، واشترطت لذلك أن يحمل الطرف الآخر جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع.¹⁹²

وتنص المادة (9) من قانون التحكيم السوري على شرط أهلية التصرف للشخص الطبيعي أو الاعتباري في حقوقه لإبرام اتفاق التحكيم، ومن ثمّ فليس للمجنون والمعتوه إبرام اتفاق تحكيم، وهما محجوران لذاتهما سواء أصدر قرار الحجر أم لم يصدر.¹⁹³ وكذلك لا يحق للمفلس أن يبرم

¹⁹¹ - نقض مصري، الطعن رقم 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13. وفي المعنى ذاته قرار محكمة النقض السورية، غرفة المخاصمة رقم 404 أساس 71 لعام 1998، مجموعة أحكام النقض في قضايا التحكيم والتنفيذ من عام 1988 حتى عام 2003 (تجميع) عبد القادر جبار الله الألويسي، المكتبة القانونية، ط1، دمشق، 2003، ص195.

¹⁹² - راجع المادة 25/ من الاتفاقية.

¹⁹³ - شفيق طعمة مجموعة المبادئ القانونية للهيئة العامة لمحكمة النقض قاعدة 120 دار الصفدي، دمشق، 2000، ص71. تنص المادة 115 من القانون المدني على أنه يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر بعد شهر قرار الحجر. أما إذا صدر التصرف قبل شهر قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها. ولكن حكم هذه المادة يخالف ما جاء في

اتفاق تحكيم، لأنه بمجرد شهر إفلاسه تُرفع يده عن أمواله، لا يحق له أن يتعاقد ولا أن يخاصم أمام القضاء، إلا بصفة متدخل في الدعاوى التي يخاصم فيها وكلاء التفليسة،¹⁹⁴ وتعدّ كافة العقود التي يبرمها بشأن التحكيم بعد إشهار إفلاسه غير نافذة بحق الدائنين؛ أمّا بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي أبرمه المفلّس قبل شهر إفلاسه فيبقى صحيحاً،¹⁹⁵ وينفذ في حق الدائنين،¹⁹⁶ ولكنّ المفلّس لا يستطيع متابعة الخصومة أمام المحكّم بنفسه، بل يتابعها وكيل التفليسة،¹⁹⁷ فإذا كان لا يجوز لوكيل التفليسة إبرام اتفاق تحكيم، فالأمر يكون خلاف ذلك عندما يكون اتفاق التحكيم قد أبرمه المفلّس قبل إعلان الإفلاس.¹⁹⁸ ولا يشمل المنع الأموال غير الداخلة في التفليسة، ومن ثمّ فليس هناك ما يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأنها؛ كذلك فإنّ اتفاق التّحكيم الذي يبرمه التاجر المفلّس في فترة الرّيبة يكون صحيحاً وناظاً في حق الدائنين، ما لم يكن المحكّم مفوضاً بالصّح. ¹⁹⁹ ويبقى أثر حكم الإفلاس محصوراً في البلد الذي أعلن قضاؤه إفلاس التاجر، تطبيقاً لمبدأ إقليمية التفليسة، فإذا أبرم التاجر المفلّس عقداً دولياً يتضمن شرطاً تحكيمياً دولياً، بشأن

المادة 1/200 من قانون الأحوال الشخصية، و التي تنص على أن ((المجنون و المعتوه محجوران لذاتهما ويقام على كل منهما قيم بوثيقة)). ونتيجة لهذا التناقض بين نص المادة 115 من القانون المدني والمادة 1/200 من قانون الأحوال الشخصية، فإنه يجب ترجيح الحكم الذي جاءت به المادة 1/200 أحوال حيث أنها تعد ناسخة للحكم الذي جاءت به المادة 115 من القانون المدني، بحسبان أن قانون الأحوال الشخصية صدر لاحقاً للقانون المدني. وكانت الهيئة العامة لمحكمة النقض قد قررت في العام 1987 أن المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية هي التي تطبق على الجنون والعتة اللذين يصيبان الإنسان في معرض تصرفاته الصادرة منه بعد إصابته بأحد هذين العارضين، وليست المادة 115 من القانون المدني، وذلك لأن هذه المادة باتت معدلة ضمناً بموجب المادة 200 من قانون الأحوال الشخصية، وبالتالي يكون المجنون والمعتوه محجورين لذاتهما ودون حاجة لحكم قضائي. (الهيئة العامة لمحكمة النقض، قرار رقم 22/أساس 9، تاريخ 1987/4/8، سجلات محكمة النقض).

¹⁹⁴ - راجع المادة 454 من قانون التجارة السورية رقم 33/ لعام 2007.

¹⁹⁵ - أحمد الشيخ قاسم، المرجع السابق، ص174. وممدوح العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص107.

¹⁹⁶ - القاضي المنفرد في بيروت، قرار صادر في 30/10/1956، النشرة القضائية اللبنانية، سنة 1976، ص342.

¹⁹⁷ - عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع السابق، ص71. وأحمد الشيخ قاسم، المرجع السابق، ص175.

¹⁹⁸ - نزيه نعيم شلالا، وكيل التفليسة والقاضي المشرف، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص40.

¹⁹⁹ - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص416.

أعماله التجارية المنفذة في غير البلد الذي حكم بإفلاسه،²⁰⁰ فإنَّ هذا الشرط يبقى صحيحاً، ولا يتأثر بحالة الإفلاس المحكوم بها هذا التاجر في بلده.

ولا يملك المحكوم عليه بعقوبة جنائية، أهلية التصرف لإبرام اتفاق تحكيم طيلة مدة تنفيذ العقوبة، سواء أكان الحكم صادراً عن القضاء الوطني أم عن القضاء الأجنبي،²⁰¹ إلا أنَّه يشترط أن يكون الحكم الجزائي الأجنبي قد جرم المحكوم عليه بفعل يعدّ في القانون السوري جنائية أو جنحة وتوجب التجريد المدني، حيث يكون المحكوم عليه في حالة حجر، وتنتقل ممارسة حقوقه على أملاكه إلى وصي وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية.²⁰² أما بالنسبة إلى الوكيل فله أن يبرم اتفاق التحكيم عن موكله إذا كانت وكالته تخوله ذلك صراحة، إذ ليس له أن يتمسك بوكالته العامة،²⁰³ أو وكالة خاصة لا تتضمن تخويله التحكيم بوجه خاص.²⁰⁴ ولا يملك القاصر قبول التحكيم، ما لم يكن مأذوناً له بالإدارة؛²⁰⁵ أما الولي والوصي على القاصر فليس لهما قبول التحكيم بشأن مال القاصر قبل الحصول على إذن القضاء.²⁰⁶

وهناك جدل فقهي وقانوني حول أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية،²⁰⁷ وإمكانيتها اللجوء إلى

200- لتفصيل ذلك راجع أحمد الشيخ قاسم، المرجع السابق، ص 178-179.

201- المادة 29 من قانون العقوبات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 148 لعام 1949 وتعديلاته.

202- تنص المادة 50 من قانون العقوبات السوري على أنَّ كل محكوم عليه بالأشغال الشاقة أو بالاعتقال يكون في خلال تنفيذ عقوبته في حالة الحجر وتنتقل ممارسة حقوقه على أملاكه، ما خلا الحقوق الملائمة للشخص إلى وصي وفقاً لأحكام الأحوال الشخصية المتعلقة بتعيين الأوصياء على المحجور عليهم، وكل عمل أو تصرف يقوم به المحكوم عليه يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً مع الاحتفاظ بحقوق الغير ذوي النية الحسنة.

203- فتحي والي، المرجع السابق، ص 112.

204- يُستخلص من المادة (668) من القانون المدني السوري والمادة (480) من قانون أصول المحاكمات السوري لعام 2016 على أنَّه لا يصح بغير تفويض خاص التنازل عن الحق المدعى به، ولا الصلح عليه، ولا التحكيم فيه.

205- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 410. وأحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 55.

206- انظر المادة 181/ح من قانون الأحوال الشخصية السورية رقم 59 لعام 1953 وتعديلاته.

207- عدد القانون المدني السوري رقم 1949/84 في المادة 54/ من الأشخاص الاعتبارية وهي:

1- الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

2- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

3- الأوقاف.

4- الشركات التجارية والمدنية.

5- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفق لأحكام القانون.

التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فقد أجاز القانون للأشخاص الاعتبارية التمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود المقررة قانوناً، فليس للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة إحالة نزاع للتحكيم بينها وبين شخص ادّعى تملك الأموال العامة مثلاً، لأنّه ليس لها أهلية التصرف بهذه الأموال، وكذلك بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية الخاصة كالشركات فقد حدد القانون التصرفات التي يجوز لها إجراؤها، ومن ثمّ ليس لها أهلية إبرام الاتفاق على التحكيم فيما حظر القانون عليها إجراؤه، أمّا إذا كان الشخص الاعتباري له حق التصرف بالمال، فإنّه يقوم بإجراء التصرف عنه الشخص الطبيعي الذي يمثله قانوناً، في حدود الصلاحيات المعطاة له، ففي الشركات محدودة المسؤولية مثلاً يكون للمفوض بالتوقيع عن الشركة قانوناً، صلاحية توقيع أي اتفاق تحكيم، أما في الشركة التضامنية فإنّ مدير هذه الشركة يحق له أن يعقد صك تحكيم دون استشارة بقية الشركاء،²⁰⁸ وقد أقر العرف للمدير في شركات التضامن، السلطان الكامل في عقد الصلح والتحكيم بصدد كل المنازعات الخاصة بالشركة، استناداً لما له من سلطة في تصريف شؤون الشركة، وحتّى لا تحرم الشركة من ممارسة وسائل حسم المنازعات بطرق سريعة. ولا يوجد في القانون السوري نصّ بأنّ مدير الشركة التجارية لا يتمتع بحق قبول شرط التحكيم إلا بعد أخذ موافقة شركائه، وإنّ النص الذي يشترط وكالة خاصة من أجل التحكيم هو النص المتعلّق بالوكيل العادي وليس بمدير شركة تجارية.²⁰⁹

وبالنسبة إلى الشركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، يكون لرئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة، أو العضو المنتدب للشركة، والمدير العام للشركة ذات المسؤولية المحدودة، الذي يدير الشركة، سلطة كاملة في الإدارة والتصرف في أموال الشركة، في حدود تحقيق أغراضها، ومن ثمّ يكون له الحق في إبرام اتفاق تحكيم من دون الحاجة إلى تفويض خاص بذلك، كل ذلك ما لم يكن هناك نص خاص في نظام الشركة أو عقدها الأساسي يسلبه هذه السلطة أو يقيدها.²¹⁰

6- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص قانون.

²⁰⁸ - فتحي والي، المرجع السابق، ص110 وممدوح العنزي، المرجع السابق، ص114.

²⁰⁹ - محكمة الاستئناف المدنية في دمشق، القضية رقم 35 قرار رقم 305 تاريخ 13/8/1964 مجلة المحامون، سنة 1965، ص54.

²¹⁰ - فريد فري، الشروط الشكلية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم دورة إعداد المحكم الدولي، كلية الحقوق بجامعة حلب، سنة 2008، ص4.

وعلى العكس من ذلك يذهب بعض الفقهاء للقول إنّه لا يجوز لمجلس الإدارة الاتفاق على التحكيم ما لم يكن هذا التصرف مُصرّحاً به في نظام الشركة، أو مما يدخل في طبيعته في غرض الشركة.²¹¹

وبالنسبة إلى أهلية الدّولة والأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، فقد كان المبدأ السائد في مجلس الدولة الفرنسي هو عدم أهلية أشخاص القانون العام للتحكيم، ثم تركز ذلك في المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي التي كانت تمنع على الأشخاص العامة أن تلجأ إلى التحكيم في نطاق المنازعات المتعلقة بها، إلا أنّه، بسبب قضية ديزني لاند²¹² الأوروبية صدر القانون رقم 86972 المؤرخ في 19/8/1986 حيث نصت المادة (9) منه على أنه بالمخالفة لأحكام المادة (2060) من القانون المدني، يرخّص للدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة، في العقود المبرمة بالاشتراك فيما بينهم مع الشركات الأجنبية، من أجل عمليات تتعلق بالمصلحة القومية، بأن تُدرج شرط التحكيم - إذا اقتضت الضرورة ذلك - لتسوية المنازعات المرتبطة بتطبيق وتفسير هذه العقود، وتبعاً لذلك تمكنت الدّولة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة أن تتفق على التحكيم في العقود التي تبرمها مع شركات أجنبية لتحقيق مشروعات ذات نفع قومي، وذلك للفصل فيما يثور من منازعات تتعلق بتنفيذ هذه العقود أو تفسيرها.

وقد تطرقت اتفاقية جنيف لهذه المسألة فنصت في المادة (1/2) على أنّه يكون للأشخاص الاعتبارية - التي تعدّ بموجب القانون المطبق عليها من أشخاص القانون العام - الأهلية في أن تعقد اتفاقات التحكيم بصورة أصولية. كما أوردت اتفاقية عمّان هذا الحكم في المادة الثانية عندما أكدت أنّها تطبق على المنازعات التجارية التي تنشأ بين أشخاص طبيعيين واعتباريين - أي كانت جنسيتهم - ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول العربية أو أحد أشخاصها. ولا تُطرح في اتفاقية البنك الدولي للبناء والتعمير (ICSID) مشكلة أهلية أشخاص القانون العام

²¹¹ - حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية 2007، ص70-71. ومحسن شفيق، المرجع السابق، ص178 مع التعليق الوارد في الهامش (14).

²¹² - لم تقبل الشركة الأمريكية التعاقد مع فرنسا لإنشاء مشروع ديزني لاند في ضواحي باريس، إلا إذا تضمن موافقة الحكومة الفرنسية على أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار إلى التحكيم، وكان مجلس الدولة الفرنسي لا يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها. وتوقف المشروع بسبب الشرط التحكيمي.

كالدولة والمؤسسات العامة، لأنَّ مجال تطبيق هذه الاتفاقية يتحدّد بالمنازعات التي تقوم بين الدولة ورعايا الدول الأخرى في الاتفاقية، ومن ثم فإنَّ التشكيك في أهلية الدولة، أو أشخاص القانون العام بصفة عامة، في أن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم هو بمنزلة فقدان الاتفاقية لسبب وجودها أساساً.²¹³

وفي مصر صدر القانون رقم 9 لسنة 1997 الذي أجاز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأضحى بالإمكان الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية العامة، إلا أنَّه لا يجوز التفويض في ذلك.²¹⁴ أما بالنسبة إلى أهلية الوزارات والمؤسسات والشركات العامة في سورية، فقد قيدها المشرع في المادة (2/44) من قانون مجلس الدولة رقم 55/ لعام 1959 حيث نصت أنه لا يجوز لأي وزارة أو مصلحة من مصالح الدولة، أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على 45000 ل.س²¹⁵ بغير استفتاء الإدارة المختصة.²¹⁶ ولما صدر القانون 51/ لعام 2004 الخاص بنظام عقود الجهات العامة، أكدت المادة (66) منه على أهلية الدولة والأشخاص العامة باللجوء إلى التحكيم،²¹⁷ واشترطت في العقود الخارجية موافقة الوزير المختص بالذات على جهة تحكيمية خاصة، لذلك فإن جانب من الفقه يذهب للقول إنه في هذه الحالة لم يعد هناك حاجة إلى الحصول على إذن مجلس الدولة بشأن التحكيم في هذه العقود.²¹⁸

²¹³ - عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 77.
²¹⁴ - أضيفت هذه الفقرة إلى المادة الأولى من القانون 27 لعام 1994.
²¹⁵ - عدلت القيمة إلى 500000 / ل.س بالمرسوم التشريعي رقم 21/ لعام 1994.
²¹⁶ - انتهت المحكمة الإدارية العليا في قرارها رقم 26/ في الطعن رقم 58/ لسنة 1988 إلى أن جزاء تخلف إحدى الجهات المعددة في المادة 44/ من قانون مجلس الدولة عن الحصول على إجازة اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة قبل موافقتها على اللجوء إلى التحكيم في مادة تزيد قيمتها على 45000 / ل.س إنما هو انعدام حكم المحكمين سواء أكان التحكيم داخلياً أم خارجياً أو كان حكم المحكمين قطعياً أم غير قطعي، وذلك بحسبان أنَّ الحصول على الإجازة المذكورة هو شرط قضى به نص أمر من النظام العام.
مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة 1988، مطبعة الاستقلال، دمشق، 1991، ص 462.

²¹⁷ - وتؤكد هذا الموقف من المشرع السوري عندما قبل في المادة 7 من المرسوم التشريعي 8 لعام 2007 المعدل لقانون الاستثمار رقم 10 لعام 1991 أن تتم تسوية نزاعات الاستثمار بين المستثمر والجهات والمؤسسات العامة السورية بالتحكيم. وكذلك في قانون الاستثمار بصياغته الجديدة لعام 2023.
²¹⁸ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 120.

أما مجلس الدولة السوري فقد عدَّ أنَّ إجازة التحكيم المنصوص عليها في المادة (44) من قانون مجلس الدولة 1959 واجبة سواء أكان التَّحكيم داخلياً أم خارجياً، وأنَّ مؤدَّى عدم الحصول على إجازة التحكيم من مجلس الدولة، هو تعذر إعطاء حكم التحكيم صيغة التنفيذ.²¹⁹

وقد انتقد الفقه لموقف مجلس الدولة السوري من ضرورة الحصول على إجازة التحكيم بصدد العقود المعفاة من تصديق مجلس الدولة، وكذلك بصدد العقود التي تمَّ استفتاء مجلس الدولة عند إبرامها بحسبان أنَّ المادة (44) من قانون مجلس الدولة 1959 لم يرد فيها صراحة بأنَّ مخالفتها تؤدي إلى انعدام أو بطلان العقد أو التَّحكيم، ولم توضح هذه المادة ما هو جزاء مخالفتها، كما أنَّها لم تجعل من الالتزام بها ركناً أو شرطاً لصحة العقد أو التحكيم، لأنَّ ما اشترطته المادة المذكورة هو مجرد استفتاء رأي الإدارة المختصة في مجلس الدولة، والرأي الصادر عن هذه الإدارة غير ملزم.²²⁰ لذلك أرى أنَّ الدولة تتمتع بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها الخاصة والعامة، وهو الأمر الذي يعطيها الحرية التعاقدية في أن تجري اتفاقات التحكيم في المعاملات التجارية الدولية، التي تتعلق بهذه الأموال، فإذا أقدمت على ذلك رغم وجود حظر مفروض عليها في التشريع الداخلي، فإنَّ تصرفها لا يقع في هذه الحالة باطلاً، لأنَّ توقيع الدولة على اتفاق التحكيم هو تصرف قانوني ليس فيه مخالفة للنظام العام الدولي، وهو المرجع الذي يتعين الاستناد إليه للحكم على صحة أو بطلان الاتفاق، بحسبان ورد بشأن إحدى المعاملات التجارية الدولية، ومن ناحية أخرى فإنَّ إبرام الدولة لاتفاق التحكيم رغم الحظر المفروض عليها في التشريع الداخلي يعد تنازلاً من جانبها عمَّا قرره القانون الوطني لمصلحتها من وراء هذا الحظر.²²¹ وعندما صدر قانون مجلس الدولة الجديد في سورية رقم 32 لعام 2019 نص في المادة 10/2 منه على أنه (يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود التي يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها). كما نص في المادة (4/14 و5) منه على أن محكمة القضاء الإداري تختص بالنظر في (4- الطلبات المستعجلة المتعلقة بقضايا التحكيم لدى مجلس الدولة وطلبات تفسير أحكام المحكمين وتصحيح ما يقع فيها من أخطاء مادية وإكساء حكم المحكمين صيغة

²¹⁹ - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 193، قرار 191، لسنة 1987، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، ص 190.

²²⁰ - د. انطوان قسيس، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سورية، مطبعة الداودي، دمشق، ص 67-68.

²²¹ - عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، ص 197.

النفاذ والمنازعات الناشئة بخصوص تسمية المحكمين أو عزلهم أو اعتزالهم أو ردهم. 5- دعوى بطلان حكم التحكيم ويعد قرار المحكمة برد دعوى البطلان إكساء لقرار التحكيم صيغة التنفيذ). وحددت المادة (15) منه الحالات التي تقبل فيه دعوى بطلان حكم التحكيم لدى محاكم مجلس الدولة. كما تنص المادة (5/16) منه على أنه (تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر على وجه السرعة في الطعون المتعلقة بالطلبات والمنازعات المنصوص عليها في الفقرتين 4 و5 من المادة 14 من هذا القانون). كما تنص المادة (71) منه على أنه (مع مراعاة أحكام القانون رقم 2 لعام 2005 والمرسوم التشريعي رقم 84 لعام 2005 لا يجوز لأي من الوزارات أو الجهات العامة: 1- أن تبرم أي عقد تتجاوز قيمته مئة وخمسين مليون ليرة سورية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة. 2- أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي صلح أو تسوية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة وذلك في الحدود التي يقرها مجلس الوزراء).

ومما لا شك فيه أنَّ التَّحْكُمْ هو قضاء اتفاقي، لكنَّ ذلك لا يعني أنَّه بإمكان الأطراف الاتفاق على حل أي نزاع بالتحكيم، فالأمر مقيد بقيود قانونية تضبط المسائل التي يجوز التحكيم فيها، والتي تعدّ محلاً للتحكيم، ويقصد بمحلّ التَّحْكُمْ موضوع المنازعات الواردة في اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بحكم تحكيمي، ويشترط في محلّ الاتفاق ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب، ويجب أن يكون محل الاتفاق من الأمور التي يجوز فيها التحكيم.

لذلك لا بُدَّ من أن يتم تحديد موضوع النزاع محلّ التَّحْكُمْ، وأن يكون الحقّ المتنازع عليه قابلاً للتحكيم. ويجب تحديد موضوع النزاع في اتفاق التَّحْكُمْ، والتقيد بهذا التحديد وتفسير إرادة الطرفين في شأنه، تفسيراً ضيقاً، وهدف ذلك تحديد ولاية المحكمين لرقابة مدى التزامهم حدود ولايتهم، فالاتفاق على التحكيم في شأن النزاع على عقد معين، لا يمتد إلى عقد آخر، ولو كان مرتبطاً به، وبين الخصوم ذاتهم، والاتفاق في شأن النزاع حول تفسير عقد، لا يمتد إلى النزاع حول تنفيذه، ولا يمتد إلى النزاع حول بطلانه والتعويض على ذلك، ولا يصدق على المحكم قاعدة أنَّ قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فلا بُدَّ من تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم أو في بيان الدعوى أو في أثناء المرافعة، إذا تم الاتفاق على التَّحْكُمْ والنزاع معروض على القضاء للفصل فيه، لذلك يجب أن يكون موضوع النزاع في اتفاق التحكيم من الأمور التي يجوز فيها التحكيم، وأن تكون المنازعة متعلقة بمعاملة تجارية دولية، وأن لا يكون موضوع النزاع مخالفاً

للنظام العام؛²²² وهذا ما اشترطته المادة (7) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، إذ يعد باطلاً اتفاق التحكيم الذي يوافق فيه الطرفان على عرض أي نزاع ينشأ بينهما في المستقبل على محكمين، دون تعيين المحل الذي يدور حوله النزاع،²²³ ومع ذلك فإنَّ عدم اعتراض الخصم على ما طرحه خصمه من نزاعات أمام هيئة التحكيم، وعدم الادعاء بأنَّ هذه المسألة لم يشملها اتفاق التَّحكيم، أو جاوزت حدود هذا الاتفاق، يجعل حكم المحكمين بهذه النزاعات صحيحاً، ولا يمكن الادعاء ببطلانه تبعاً لذلك، ففي قرارها المؤرخ في 2000/3/28 قررت محكمة النقض السورية إنَّ مناقشة الخصوم لمسائل أخرى غير واردة في العقد،²²⁴ تعدّ موافقة منهم على توسيع هذا العقد على وجه صحيح، ولا يجوز عدّ القرار الذي يصدر على هذا الأساس قد قضى بأكثر مما طلب، أو بغير طلب أو مخالفة لصكِّ التَّحكيم، طالما أنَّ هذا الأمر تم اثارته ولم يعارض الطرف الآخر في البتِّ فيه، فإنَّه في هذه الحالة أصبحت المواضيع المعروضة على المحكم من اختصاصه.²²⁵

ويتقيد اتفاق التحكيم بقابلية الحق المتنازع عليه لأنَّ يكون محلاً للتحكيم، فالمسائل التي منع المشرع التعامل بها لا يمكن أن تكون محلاً للتحكيم، فإذا كان محلُّ الالتزام في اتفاق التحكيم غير قابل للتعامل، فإنَّ اتفاق التحكيم بشأنه يكون باطلاً، وبما أنَّ محلَّ اتفاق التَّحكيم المنازعات الناشئة بين الطرفين، أو التي ستنشأ بينهما، لذلك لا بُدَّ من أن يكون موضوع هذه المنازعات مما أجاز القانون التحكيم فيها،²²⁶ مثال ذلك ما نصت عليه المادة (132) من القانون المدني السوري التي منعت التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه، لذلك فالتحكيم على خلاف يدور حول تركة إنسان يتَّسم بعدم المشروعية، ولو كان المورث قابلاً بذلك؛²²⁷ كذلك لا يمكن أن يكون الحق المتنازع عليه موضوع التحكيم، قيمة مواد مخدرة، أو أسلحة مهربة، ولا يجوز التحكيم

²²² - د. فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي، عمان 1992، ص 130.

²²³ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 131.

²²⁴ - المقصود بالعقد اتفاق التحكيم.

²²⁵ - محكمة النقض السورية، القضية مخاصمة 106 قرار 171 تاريخ 2000/3/28، عبد القادر الألوسي، المرجع السابق، ص 182.

²²⁶ - مثال ذلك ما نصت عليه المادة (5/16) من قانون الشركات السورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 29 لعام 2011 على أنه يبقى من حق الأطراف اللجوء إلى التحكيم المحلي أو الدولي فيما يتعلّق بالنزاعات التجارية أو المدنية الخاصة المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي.

²²⁷ - د. فواز صال، القانون المدني، المصادر الإدارية للالتزام، مطبعة جامعة دمشق، 2020 / 2021،

بطلب دين قمار، أو فيما إذا كان يعد هذا الدين دين قمار أو لا يعد، ولا يقبل الاتفاق على التحكيم في الدعوى المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة لاتصالها بالنظام العام؛²²⁸ كما يجب أن يكون محلّ التحكيم موجوداً أو ممكن الوجود، أي لا يكون مستحيلاً في ذاته، فلا يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع على شيء لا يمكن حيازته،²²⁹ وقد منع المشرع السوري في المادة (2/9) من قانون التحكيم لعام 2008 الاتفاق على التحكيم في المواضيع التي لا يجوز فيها الصلح، والمسائل المخالفة للنظام العام والمسائل المتعلقة بالجنسية أو بالأحوال الشخصية، وأجاز التحكيم في مسائل الآثار المالية الناتجة عنها.

والمشرع ربط بين قواعد التحكيم وقواعد الصلح التي تنص على بطلان الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية والجريمة، والضرائب والرسوم المستحقة، إذا كان الحق في تحصيلها مقرراً بصفة نهائية وليس محلاً للنزاع، كذلك لا يجوز الصلح على الحد الأقصى المسموح به للفوائد الربوية²³⁰ أو على الحقوق الشخصية التي لا تعدّ مالاً بين الناس، كالحقوق السياسية ومنها حق الانتخاب، وحق الترشح للانتخابات النيابية أو البلدية، والحقوق العامة ومنها حق الرأي وحق العمل، وحقوق الأسرة ومنها حق الولاية وحق البنوة أو الأبوة.²³¹

وفكرة النظام العام تختلف في التحكيم الدولي عنها في التحكيم الداخلي، حيث يصبح الأمر أكثر صعوبة على الصعيد الدولي لمعرفة الحالات التي تعتبر من النظام العام الدولي، مثال ذلك منع تحرير التعهدات المدنية أو التجارية مهما كان نوعها بالذهب، أو بوزن أو بمبلغ من العملة القانونية، يمثل ما يقابله من العملة بالذهب أو وزن الذهب، وهو ما يسمّى في التشريع السوري بمنع التعامل بالذهب،²³² فقد اعتبر المشرع أنّ كلّ عقد خولف فيه هذا المنع يعدّ لاغياً، لذلك فإنّ شرط الدفع بالذهب، يعدّ مخالفاً للنظام العام في المعاملات الداخلية، أما في المعاملات والعقود الخارجية، فيختلف الأمر لاختلاف فكرة النظام العام الداخلي عن النظام العام الدولي، ومع ذلك نجد أنّ المشرع المصري أصدر في عام 1935 قانوناً قضى ببطلان شرط الذهب في

228- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص75-77.

229- عبد الهادي عباس وجهاد هواس المرجع السابق، ص83.

230- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، ص554-561.

231- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج12، بدون دار، نشر، بيروت، 2007، ص84-89.

232- قرار منع التعهدات المحررة بالذهب صدر بالقرار رقم 18/ ل. ر تاريخ 26/1/1940، نشر في الجريدة الرسمية، 1940، ص137. وقد أكد على ذلك المرسوم التشريعي الصادر في العام 2023.

المعاملات الدولية والداخلية على حد سواء.²³³ ويثور التساؤل إذا كان المشرع منع الاتفاق على التحكيم في المسائل المخالفة للنظام العام، فهل يدخل في شمول هذا المنع الاتفاق على التحكيم فيما يخالف القواعد المتعلقة بالاختصاص، بوصفها من النظام العام؟

ذهب المشرع السوري إلى أن الدعاوى التي ترفع على السوري تدخل تحت اختصاص المحاكم السورية العام والشامل، سواءً أكان السوري مقيماً في سورية أو خارجها،²³⁴ لذلك فإنه في حال نشوء نزاع بين المواطنين السوريين وأجانب ناشئة عن علاقات قانونية يختص بها القضاء السوري دولياً، ليس لهم أن يتخلوا عن هذا الاختصاص للقضاء الأجنبي، إلا أن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، تأكيدياً للمبدأ السابق استثنت منه الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم المعقودة لمحكمين مع أجانب، حيث اعتبرت أن خضوع السوري لأحكامها لا يشكل مساساً بمبدأ سيادة الدولة.²³⁵

ومع ذلك لا يمكن للسوري المقيم خارج سورية أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن عقار في سورية، لأن انعقاد الاختصاص في هذه الحالة يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد أجزائه إذا كان واقعاً في دوائر متعددة، ولأن قواعد الاختصاص المحلي في مثل هذه الحالة تعدّ من النظام العام، ولا يجوز للأطراف مخالفتها في اتفاق التحكيم.²³⁶

ولا تصلح أن تكون المنازعات المتعلقة بالجنسية محلاً للتحكيم، ولكن ليس ثمة ما يمنع التحكيم في الدعوى بطلب التعويض عن قرار إداري صدر مخالفاً للقانون بشأن الجنسية.²³⁷ كما لا يجوز التحكيم بالمسائل المتعلقة بالنسب وفيما إذا كان الولد شرعياً أم متبنياً، ولا يجوز التحكيم على صحة أو بطلان عقد الزواج، أو الطلاق أو البنوة والحضانة، وتبقى الأمور المالية الناتجة عن هذه المسائل قابلة لأن تكون محلاً للتحكيم، فيجوز مثلاً الاتفاق على التحكيم لتحديد المهر ونفقة العدة... الخ

ولا يصح أن تكون الجريمة الجنائية موضوعاً للتحكيم، لأن هذه الجريمة لا يمكن أن تكون

²³³ - محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992، ص512.

²³⁴ - راجع المادة 3/ من قانون أصول المحاكمات السوري رقم 1/ لعام 2016.

²³⁵ - الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، القضية رقم 27/35 تاريخ 19/10/1972، مجلة المحامون، 1972، ص374.

²³⁶ - راجع بهذا الشأن أحمد ابو الوفا، المرجع السابق، بند 38، ص110-111.

²³⁷ - د. محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر - الإسكندرية، 1999، ص116.

موضوعاً للصلح لا مع النيابة العامة، ولا مع المجني عليه، أما المسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة، فيمكن أن تكون محلاً للتحكيم، لأنّه يجوز الصلح بشأنها.²³⁸ وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 2002/11/10 بعدم جواز التحكيم بصدد تحديد مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية، وإلا عدّ باطلاً لمخالفته للنظام العام، وإذا كانت المسألة التي انصب عليها التحكيم وكانت سبباً للالتزام إنّما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسؤول عنها، وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها، ومن ثم لا يصح أن تكون موضوعاً لاتفاق التحكيم.²³⁹

الفقرة-2- دور القضاء الوطني بالفصل في صحة اتفاق التحكيم:

المبدأ عدم اختصاص القضاء بالنظر في النزاع الذي اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأنه، ويعدّ إحالة النزاع موضوع اتفاق التحكيم إلى المحكّمين تطبيقاً عادياً لقاعدة القوة الملزمة للعقد النابع من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الذي يعدّ نتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة؛ إلا أنّه يشترط لذلك أن يكون اتفاق التحكيم غير مشوب بالبطلان، وبالإمكان تنفيذه، لذلك فإنّه من المسلّم به أنّ على القضاء أن يحيل الأطراف للتحكيم طالما أنّهم اتفقوا على هذا السلوك لحل نزاعاتهم، ولكنّ المشكلة تكمن في أنّ اتفاق التحكيم يجب أن يكون صحيحاً حتّى ينتج آثاره، لذلك فقد استقرت قوانين التحكيم ومن قبلها كافة الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، على أنّ القضاء عندما يطرح أمامه نزاع أبرم بشأنه اتفاق تحكيم عليه أن يتأكّد من صحته، ويتم ذلك وفق قواعد النظام العام الدوليّ دون الداخلي، فلا يجوز أن يحول دون أعمال آثاره كون القواعد القانونية التي تطبق على النزاع تتعلق بالنظام العام الداخلي، فهذه القواعد يتوقف مفعولها عند الحدود الوطنية، ولا تنتقل إلى العلاقات ذات الطابع الدولي، حتّى لو قامت بين مواطني الدولة ذاتها، أما إذا عقدت اتفاقات مخالفة لقواعد النظام العام الدولي، فلا يمكن للقضاء الوطني أن يقرر صحتها.²⁴⁰

ويراقب القضاء صحة اتفاق التحكيم في مرحلتين:

²³⁸ عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع السابق، ص90.

²³⁹ نقض مصري الطعن رقم 795 لسنة 60 جلسة 1996/5/26، والطعن رقم 2475 لسنة 58 جلسة 2002/11/10.

²⁴⁰ د. ادوار عيد، المرجع السابق، ج3، ص71.

الأولى: قبل صدور حكم التحكيم من خلال المحكمة التي رفعت إليها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، حيث تمارس هذه المحكمة دورها في التأكد من فعالية اتفاق التحكيم، لكي تقضي بعدم قبول الدعوى.

والثانية: بعد صدور حكم التحكيم حيث يمارس القضاء رقابته على اتفاق التحكيم، كونه يعدّ من أسباب بطلانه انتفاء وجود اتفاق تحكيم، أو وجود اتفاق باطل أو اتفاق انقضى بانتهاء مدّته.

لذلك فأنا هنا سأسلط الضوء على دور القضاء في اتفاق التحكيم في المرحلة التي تسبق صدور حكم التحكيم، وسأبين موقف المعاهدات الدولية وقانون الأونسيترال النموذجي وقوانين التحكيم، ثم أنتقل إلى بيان الشروط التي يقتضي توافرها لكي يتصدى القضاء الوطني للفصل في صحة اتفاق التحكيم. ويجوز للخصم صاحب المصلحة أن يرفع دعوى بطلان اتفاق التحكيم، ولو قبل بدء خصومة التحكيم، وفقاً للقواعد العامة أمام المحكمة المختصة،²⁴¹ كما يمكن أن تقام دعوى بخصوص النزاع المتفق على التّحكيم بشأنه، فيدفع المدعى عليه بعدم قبول الدعوى كونه اتّفق مع خصمه على التحكيم بخصوص هذا النزاع، فيتمسك الخصم بأنّ هذا الاتفاق باطل، أو تم إلغاؤه أو العدول عنه، أو أضحى من غير الممكن تنفيذه.

ولم يشترط المشرّع السوري في المادة (10) من قانون التّحكيم لعام 2008، أن تكون المحكمة التي ستنظر في صحة اتفاق التحكيم، هي محكمة مختصة أصلاً في نظر النزاع المعروض عليها، فقد جاءت التسمية مطلقة، ومن ثمّ إذا طرح نزاع اتّفق أطرافه على التحكيم أمام محكمة غير مختصة بهذا النزاع، فهل تبحث في اختصاصها أولاً أم تبحث في صحة اتّفاق التّحكيم؟

من المؤكد أنّه من غير الممكن إبداء الدفع بعدم القبول لسبق الاتفاق على التحكيم قبل الدفع الشكلية، لأنّ الأصل أنّه يتعين على المحكمة قبل التصديّ لفصل أي نزاع التحقق من اختصاصها بنظر الدعوى المرفوعة إليها.²⁴² لذلك أرى أنّه على المحكمة التي أقيمت أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تبحث أولاً في اختصاصها لنظر النزاع الأصلي، لأنّه من غير المقبول أن تبحث في صحة اتفاق التحكيم، فإذا تبين لها بطلانه أو انقضاؤه أو إلغاؤه، انتقلت للبحث في أصل النزاع لتجد نفسها أنها غير مختصة، ويبدو من الضروري أن يعدل المشرّع السوري نص المادة (10) من قانون التحكيم بأن يشترط أن تكون المحكمة

²⁴¹ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 150.

²⁴² - عبد الهادي عباس وجهاد هواش، المرجع السابق، ص 130.

مختصة أصلاً بنظر النزاع المطروح أمامها والمبرم بشأنه اتفاق تحكيم، لكي تبحث بصفة هذا الاتفاق في حال تبين لها بطلانه أو إلغائه أو انعدام اثره أو استحالة تنفيذه.

ويسترد القضاء الوطني اختصاصه في النظر بالنزاع المتفق على حله بالتحكيم، ولا يحكم بعدم قبول الدعوى المقدمة إليه، إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو ملغى أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، فالقضاء يتمتع عن منح اتفاق التَّحْكِيم آثاره إذا وجد أنَّ هذا الاتفاق يشوبه عيب في الرضا، أو تخصُّ مسألة يتعين لأسباب مرتبطة بالنظام العام أن تكون من اختصاص المحاكم.

وتجمع غالبية قوانين التَّحْكِيم على استرداد القضاء لاختصاصه في هذه الحالات.²⁴³

ويتصدى القضاء الوطني لصحة اتفاق التَّحْكِيم إذا ورد فيه أنَّ المتعاقدين يخضعون جميع الخلافات بما فيها تلك المتعلقة بصحة نشوء العقد أو بطلانه للتحكيم، فإنَّ صلاحية المحكِّمين تشمل تلك الخلافات سواء أكانت المنازعة على أسباب بطلان العقد الواردة في اتفاق التحكيم أم المنازعة على أسباب وأمر طرأت بعد انعقاد العقد انعقاداً صحيحاً كتلك المتعلقة بسقوط الالتزامات والحقوق المنبثقة عن العقد أو المتعلقة بتفسير بنوده أو بكيفية تنفيذه أو بفسخه أو بإلغائه، أما إذا لم يرد مثل هذا النص في اتفاق التحكيم، فإنَّ المنازعات المتعلقة ببطلان العقد بما فيها بطلان شرط التحكيم، يعود النظر فيها إلى القضاء لا إلى المحكِّمين.²⁴⁴

وحالات تصدِّي القضاء للبحث في صحة اتفاق التحكيم، رداً على تمسك المدعى عليه بوجود هذا الاتفاق لمنع المحكمة من الفصل في النزاع الأصلي، هي:

- إذا كان اتفاق التحكيم مبرماً قبل إقامة الدعوى والنزاع معروض على هيئة التحكيم؛
- أو إذا كان اتفاق التحكيم مبرماً قبل إقامة الدعوى والنزاع غير معروض على هيئة التحكيم؛
- أو إذا كان اتفاق التحكيم مبرماً بعد إقامة الدعوى أو في أثناء النظر فيها، والنزاع لم يعرض

²⁴³- كانت المادة 13/ من قانون التحكيم المصري تحيز للمحكمة ألا تحكم بعدم قبول الدعوى التي رفعت إليها بشأن نزاع يوجد بشأنه اتفاق على التحكيم إذا قضت ببطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم قابليته للتنفيذ. إلا أنَّ الشق الثاني من الفقرة (1) من هذه المادة لم يصدر في الصياغة النهائية للمادة المذكورة. ويقول د. محمود سمير الشراوي بتعليقه على سبب عدم ورود الفقرة الثانية من المادة 13/ من قانون التحكيم المصري في الصياغة النهائية أن سبب الحذف هو أنه بمقرر القواعد العامة دون حاجة إلى نص. إذ أنَّ الأصل هو اختصاص قضاء الدولة بنظر الدعاوى المتعلقة بالمنازعات التي تثور بين الأفراد في معاملاتهم، فإذا وجد اتفاق تحكيم بشأن أحد العقود فإن ذلك يعني أن أطراف التعاقد أناطوا هذا الاختصاص بالتحكيم بشرط أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً.

²⁴⁴- د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص362.

بعد على هيئة التحكيم.

ويمكن القول إنه في الحالة الأولى لا يمكن للمحكمة التي رفعت أمامها الدعوى بعد انعقاد هيئة التحكيم، أن تبحث في صحة هذا الاتفاق لأنه دخل في اختصاص هيئة التحكيم وفقاً للمادة (21) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، فإذا ادّعى أحد الخصوم بعد تشكيل هيئة التحكيم عدم اختصاصها بنظر النزاع أو أحد جوانبه، بصرف النظر عن سبب ذلك، فإن الاختصاص بالردّ على هذا الادّعاء، يكون لهيئة التحكيم وليس للقضاء، وهذا الأمر من مستلزمات سير التحكيم، إذ لا يقبل إعطاء الاختصاص لغيرها، مع ما يتطلبه ذلك من وقف السير في الدعوى إلى حين البت في مسألة الاختصاص.²⁴⁵

أما في الحالتين الثانية والثالثة فيبقى للقضاء أحقية الفصل في صحة اتفاق التحكيم، فإذا تبين له صحة هذا الاتفاق قضى بعدم قبول الدعوى، وإذا تبين له عدم صحته قضى بالنزاع الأصلي. ويذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا رفع المدّعي دعواه أمام القضاء بعد تشكيل هيئة التحكيم، وحضر المدعى عليه، ودفع بسبق الاتفاق على التحكيم، وطرح النزاع أمام هيئة التحكيم، عندها ليس للمدعي أن يدفع بدوره ببطلان اتفاق التحكيم أو بعدم شموله للنزاع، وعلى المحكمة أن تمتنع عن النظر في صحة اتفاق التحكيم إلا إذا كان هذا النزاع منبت الصلة بالنزاع المحكم فيه على نحو واضح لا يثير لبساً أو شكاً، أما إذا رفع المدّعي دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، ودفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم، فللمدّعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم، أو بعدم شموله للنزاع المطروح على المحكمة، ولا يكون للمحكمة أن تمتنع عن النظر في هذا الدفع أو ذاك ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم بما يفيد اتّخاذه ما يلزم لتحريك إجراءات التحكيم.²⁴⁶

ويذهب قسم آخر من الفقه إلى القول إن المدّعي الذي رفع دعواه للقضاء قبل أن تتشكل هيئة التحكيم، فله أن يتمسك ببطلان اتفاق التحكيم إذا دفع المدعى عليه بأن ما أثاره المدّعي أمام القضاء تم بشأنه الاتفاق على التحكيم.²⁴⁷

وبما أن اتفاق التحكيم ينزع من القضاء اختصاصه بالنظر في الدعوى، لذلك فإنه لا بدّ من أن

²⁴⁵ - د. حمزة حداد، المرجع السابق، ص 267.

²⁴⁶ - د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 530-531.

²⁴⁷ - عبد الهادي عباس وجهاد هوش، المرجع السابق، ص 388.

تكون هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في النزاع الحاصل على صحة اتفاق التحكيم، والتزام طرفي التحكيم بطرح النزاع على هيئة التحكيم يقتضي أن يمتنعا عن اللجوء إلى القضاء، وألا يعرضا عليه أي نزاع يتعلق بموضوع اتفاق التحكيم.

في حين يرى قسم ثالث من الفقه أنه لا يحق للمدعي أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو عدم شموله لموضوع النزاع رداً على دفع المدعى عليه بسبق الاتفاق على التحكيم، ولم يعد بمقدور المحكمة تبعاً لذلك، أن تفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم أو تفسيره استقلاً عن الطعن في حكم التحكيم، بحسبان أن المشرع قد جعل هذه المسائل صراحة داخلية في ولاية هيئة التحكيم، مما يشكل مانعاً أمام القضاء من الفصل فيها قبل الحكم في موضوع النزاع من قبل هيئة التحكيم وبشكل مستقل عن الطعن في هذا الحكم.²⁴⁸

بينما يذهب آخرون إلى القول إنه إذا كان صحيحاً أن كل قضاء يختص بالفصل في اختصاصه أو عدم اختصاصه، فإن هذا الاختصاص لا ينصرف إلى تقرير صحة العمل الذي أنشأ هذا القضاء أو بطلانه، لهذا فإن تقرير صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه لا يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، وإنما يختص به القضاء وذلك سواء تعلق الأمر بشرط التحكيم أو مشاركة التحكيم.²⁴⁹ لذلك فإن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بكل ما ينفرع عن اتفاق التحكيم أضحي مبدأً معترفاً به في المعاهدات الدولية وقوانين التحكيم ولوائح مراكز التحكيم الدولي.

ويبقى تدخل القضاء في تعيين المحكم مرهوناً بتحقيق الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم إضافة إلى ما اتفق عليه الأطراف من شروط ارتأوا ضرورة توافرها في المحكم الذي سيتم تعينه لحل النزاع بينهما كشرط الخبرة في تخصص معين؛²⁵⁰ وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 20/11/2007 بأنه على المحكمة أن تراعي في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون، وتلك التي اتفق عليها الطرفان، وتصدر قرارها باختيار

²⁴⁸ - د. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 530. وقرار محكمة النقض السورية رقم 237، أساس 310، تاريخ 2017/2/13، مجلة المحامون، سنة 2017، ص 191.

²⁴⁹ - د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 150.

²⁵⁰ - كان نظام التحكيم السعودي قد اشترط في المادة (3/14) في المحكم أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو النظامية، وإذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من محكم فيكتفى بتوافر هذا الشرط في رئيسها.

المحکم على وجه السرعة، ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن.²⁵¹ والشروط التي يجب على القضاء مراعاتها في اختيار المحكمين تقتضي ألا يكون المحكم قاصراً أو مفلساً أو محجوراً عليه أو مجرداً من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجنحة شائنة ما لم يكن قدر رُدِّ إليه اعتباره، فقد اشترطت غالبية تشريعات التحكيم أن تتحقق في المحكم شروطاً قانونياً لا بُدَّ من توافرها فيه حتى يقبل به محكماً، وهذه الشروط هي:

أ- أن يكون المحكم بالغاً راشداً: لا يمكن أن يعين القاصر محكماً، ويعد المحكم أهلاً لتولي التحكيم وفق القانون الذي يحكم حالته الشخصية،²⁵² أي وفقاً لقانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، وليس وفق قانون مكان التحكيم، أو قانون أطراف التحكيم، فإذا كان المحكم المتفق عليه مصرياً مثلاً فلا بُدَّ من أن يكون قد بلغ الحادية والعشرين من عمره،²⁵³ ولا يمكن لأحد الأطراف أن يحتج بأن سن الرشد في مكان إجراء التحكيم هو ثماني عشرة سنة.²⁵⁴

فالمحکم يجب ألا يكون قاصراً،²⁵⁵ أي يجب أن يكون كامل الأهلية المدنية حسب أحكام القانون المطبق على أهليته، وهو قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته حسب القوانين العربية عموماً. ب- أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية: لا يمكن أن يعين محكماً من حُجِر عليه أو حُرم من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة،²⁵⁶ ولم يردَّ إليه اعتباره،²⁵⁷ حتى لو

251- نقض مصري، الطعن رقم 1770، لسنة 75، جلسة 2007/11/20.

252- د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 231.

253- انظر أحكام المادة /44/ من القانون المصري. أما القانون المدني التونسي فقد حدد سن الرشد بعشرين سنة، والقانون المدني الجزائري حدده بتسعة عشرة سنة.

254- كما هو الحال في القانون المدني السوري المادة /46/ والقانون المدني القطري المائدة /49/ والقانون المدني الفلسطيني المادة /53/.

255- والقاصر هو الصبي غير المميز الذي لا يملك حق التصرف في شؤونه.

256- صدر عن السيد وزير العدل القرار /747/ في تاريخ 1985/10/30 حدد فيه الجرح الشائنة وقد عدل هذا القرار /856/ في تاريخ 1985/12/7.

وتنص المادة (1) من هذا القرار على أنه (تعتبر من قبيل الجرح الشائنة المانعة من التعيين في أي من الجهات العامة المحددة في المادة /1/ من القانون الأساسي للعاملين في الدولة:

أولاً: فيما يتعلق بقانون العقوبات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /148/ تاريخ 1949/6/22 المعدل: الجرح الواقعة على أمن الدولة المنصوص عليها في:

257- لم يقبل المشرع الأردني بتعيين من حكم عليه بجناية أو بجنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر افلاسه ولو رد إليه اعتباره. انظر المادة /15/ من قانون التحكيم الأردني رقم /31/ لعام 2001 نشر في الجريدة الرسمية الأردنية رقم /4496/ تاريخ 2001/7/16 ص 2821.

المادة /271/ والفقرة /1/ من المادة /273/ والمواد /275-276-281-287/ والفقرة /2/ من المادة /288/ والمواد /307-308-309-310/.

رضي الأطراف بذلك.

كما يتوجب ألا يكون المُحكَّم محجوراً عليه، سواء أكان الحجر لذاته كالمجنون والمعتوه، أم بحكم من المحكمة كالفقيه وذو الغفلة، وذلك لأن المحجور عليه لا يمكنه التصرف أو إدارة شؤونه بنفسه، ومن باب أولى ألا يتولى إدارة شؤونه غيره. ويجب كذلك أن لا يكون محروماً من حقوقه المدنية،²⁵⁸ بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة شائنة أو مخلة بالشرف، وذلك لأن المعاقب جنائياً يفتقد للنزاهة وللسمعة الحسنة، مع ملاحظة أن هذا الحظر لا يتعلق بمن كان متهماً ولم يُحكم عليه بعد، ولا بمن كان محكوماً عليه في جناية أو جنحة غير شائنة كالقتل الخطأ، كما

الجنح الواقعة على الإدارة العامة المنصوص عليها في المواد /345-348-349-353-374/.

الجنح المخلة بالإدارة القضائية المنصوص عليها في المواد /398-402-403/.

الجنح التي تمس الأسرة المنصوص عليها في المادة /476/.

الجنح المخلة بالأخلاق والآداب العامة المنصوص عليها في الفقرة /3/ من المادة /499/ والمواد /500-504-509-510-511-512-513/.

الجنح الواقعة على الحرية والشرف المنصوص عليها في المادة /566/.

الجنح التي تشكل خطراً شاملاً المنصوص عليها في البندين (أ-ب) من الفقرة /1/ من المادة /593/.

الجنح التي يرتكبها أشخاص خطرون بسبب عادات حياتهم المنصوص عليها في المادتين /604-619/.

الجنح التي تقع على الأموال المنصوص عليها في البند /ب/ من الفقرة /2/ من المادة /625/ مكرر والمواد /628-629-630-631-641-642-643-649-652-656-657/.

ثانياً: كافة الجنح المنصوص عليها في القرار بقانون رقم /10/ تاريخ 1961/3/8 في شأن مكافحة الدعارة والتي لم يتضمن القانون العقوبات نصاً مماثلاً على قمعها.

أما الجنح التي تضمن قانون العقوبات نصاً مماثلاً لها ينطبق في شأنها أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة.

ويقصد بالنص المماثل في هذا المجال النص الذي يحدد ذات العقوبة لذات الجرم.

ثالثاً: فيما يتعلق بقانون العقوبات الاقتصادية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /37/ تاريخ 1966/5/16 المعدل:

الجنح القصدية المنصوص عليها في المادتين /6-8/ والفقرة /أ/ من المادة /9/ والفقرة /ب/ من المادة /13/ والفقرة /أ/ من المادة /15/ والمادتين /16-17/.

رابعاً: فيما يتعلق بالقرار بقانون رقم /182/ تاريخ 1960/6/5 في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها المعدل:

- الجنح المنصوص عليها في المادة /37/ عند التخفيف والمادتين /39-44/.

خامساً: فيما يتعلق بقانون قمع الغش والتدليس الصادر بالقرار بقانون رقم /158/ تاريخ 1960/5/14 المعدل:

الجنحتين المنصوص عليهما في الفقرة /1/ من المادة /11/ فيما يتعلق بغش أغذية الإنسان والعقاقير الطبية فقط).

258 - أما المحروم من حقوقه السياسية فنعتقد أنه ليس هناك في القانون ما يمنع من أن يكون مُحكَّماً.

يجب أن لا يكون مفلساً، فيجب أن يكون قد تم إشهار إفلاسه بالفعل حتى تكون تصرفاته غير معتبرة، ولا يكفي أن يكون الشخص متوقفاً عن دفع ديونه ما دام أنه لم يشهر إفلاسه بعد.²⁵⁹

وقد أضافت هذه القوانين عبارة "ما لم يكن قد رد إليه اعتباره"، وهذا يعني أن هذه القوانين لم تلتزم التزاماً تاماً بالشروط اللازمة لتولي القضاء، إذ أجازت أن يتولى التحكيم من سبق أن حكم عليه بجناية أو جنحة شائنة أو مخلة بالشرف أو شهر إفلاسه طالما رد إليه اعتباره بعد ذلك، خلافاً لما تتطلبه قوانين السلطة القضائية من عدم جواز تولي القضاء لمن حكم عليه من المحاكم أو مجالس التأديب ولو رد إليه اعتباره.²⁶⁰

وأرى أن هذا المسلك منتقد، لأن التحكيم نوع من القضاء، ويدعو إلى ضرورة الالتزام بتوافر الشروط ذاتها التي تطلبها المشرع في شخص القاضي وبما لا يتعارض مع طبيعة التحكيم.

ج- ألا يكون مفلساً: اختلفت قوانين التحكيم بشأن قبول تعيين المفلس محكماً، فالمشرع الفرنسي لم يورد نصاً خاصاً بشأن الشروط المطلوب توافرها في المحكم سوى ما ذكره في المادة (1450) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي بشأن إسناد مهمة التحكيم لشخص طبيعي يتمتع بكامل حقوقه،²⁶¹ وكانت المادة (1450) في قانون أصول المحاكمات المدنية القديم لعام 1980 قد اشترطت تمتع المحكم بكافة حقوقه المدنية، وهذا ما أكدت عليه المادة 1450/1 من هذا القانون في صياغته الجديدة لعام 2011، أما قانون التحكيم المصري فقد منع في المادة (16) منه، من أشهر إفلاسه من أن يكون محكماً، ما لم يرد إليه اعتباره بحسبان أن الإفلاس يترتب عليه الحرمان من بعض الحقوق المدنية كأثر لهذا الحكم، وينبغي أن يكون قد تم إشهار إفلاس الشخص فلا يكفي أن يكون متوقفاً عن دفع ديونه.²⁶² ولم يورد المشرع السوري هذا الشرط في المادة (13) من قانون التحكيم لعام 2008، لذلك فليس هناك ما يمنع المفلس من أن يكون محكماً إذا كان التحكيم يجري وفقاً لقانون التحكيم السوري. وأرى أنه كان يفضل لو أنه تم منع المفلس من أن يكون محكماً، وأن يحذو المشرع السوري حذو التشريعات العربية التي أخذت بهذا المنحى، لأن المفلس قد يتم تقييد حريته تحفظياً، أو بسبب ارتكابه بعض الأفعال المرتبطة

²⁵⁹ - د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، الإيمان للطباعة (د. ت)، ص 96.

²⁶⁰ - المادة (4/38) من قانون السلطة القضائية المصري.

²⁶¹ V. Art. 1450.- La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits.

²⁶² - د. أبو العلا النمر ود. أحمد قسمت الجداوي، المحكمون، جامعة عين شمس - مصر، 2002، ص 25.

بالإفلاس،²⁶³ كما لو أخفى دفاتره أو اختلس أو بدّد قسماً من ماله، أو اعترف بديون غير متوجبة عليه،²⁶⁴ مما يؤثر في سير التحكيم، وهذا بدوره سيؤدي إلى وقف إجراءات التحكيم حتى يتم تعيين محكم بديل.

د- يمكن أن يكون المحكم أجنبياً: اختلف الفقه في قبول الأجنبي محكماً فقد رأى بعضهم أن التحكيم نوع من القضاء ينبغي ألا يتولاه الأجنبي، بينما يعتقد بعضهم الآخر أنه لا بد من قبول تعيين المحكمين من الأجنبي، لأن منع الأجنبي من أن يكون محكماً يمثل عائقاً أمام تطور التحكيم الدولي. ولم تتفق تشريعات التحكيم في قبول تعيين الأجنبي محكماً، فمنها من لم ينص على هذا الشرط أصلاً، كالقانون الفرنسي،²⁶⁵ والقانون الإنكليزي والقانون المغربي؛²⁶⁶ ومنها من منع قبول الأجنبي كمحكم كالقانون الإيطالي واليوناني والبرازيلي ونظام التحكيم السعودي؛²⁶⁷ ومنها من أكد على عدم قبول استبعاد أي شخص كمحكم بسبب جنسيته، ويمكن أن يكون المحكم من أي جنسية، كالقانون الهولندي والأردني والعماني والمصري.

وقد نص قانون الأونسيترال النموذجي على هذا المبدأ إلا أنه أجاز للأطراف الاتفاق على خلافه،²⁶⁸ فإذا تضمن اتفاق التحكيم شرطاً خاصاً يحدّد جنسية المحكمين، فإنه لم يعد من الجائز تعيينهم من جنسية أخرى، وبذلك حكمت محكمة النقض المصرية بقرارها المؤرخ في 2007/3/13، إذ جاء فيه أنه إذا اشترطت جنسية المحكم وجبت، وإلا فالحرية للأطراف في اختياره بالكيفية التي تناسبهم.²⁶⁹ وعلى صعيد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، فقد أجازت تعيين الأجنبي كمحكمين، كما هو الحال في اتفاقية جنيف،²⁷⁰ لكن بعضها اشترط ألا يكون

²⁶³- سعيد يوسف بستاني أحكام الإفلاس والصلح الواقي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2007، ص125.

²⁶⁴- انظر المواد 675-686 من قانون العقوبات السوري رقم 148 تاريخ 1949/6/22 وتعديلاته.

²⁶⁵- وقد فسر بعض الفقهاء عدم النص على جنسية المحكم في القانون الفرنسي بأنه قبول بأن يكون المحكم أجنبياً، وألا يكون من جنسية الخصوم.

²⁶⁶- انظر أحكام الفصل 308-320 من قانون التحكيم المغربي.

²⁶⁷- انظر أحكام المادة 3/ من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم السعودي التي اشترطت أن يكون المحكم سعودياً أو أجنبياً مسلماً.

²⁶⁸- انظر المادة 1/11 من قانون الأونسيترال النموذجي.

²⁶⁹- مجلة التحكيم العالمية، العدد الثاني، 2009، ص491.

²⁷⁰- انظر المادة 3/ من اتفاقية جنيف.

المحكّم من مواطني أحد طرفي النزاع،²⁷¹ كاتفاقية عمان واتفاقية واشنطن،²⁷² وهو ما أكدته المادة (7/6) من قواعد الأونسيترال إذ ألزمت سلطة التعيين أن تأخذ في حسابها ضرورة تعيين محكّم ذي جنسية مغايرة لجنسيات الأطراف،²⁷³ وعلى العكس من ذلك أجازت بعض الاتفاقيات الثنائية بشأن التحكيم أن يكون المحكّمون من مواطني أي من الدولتين، مثال ذلك الاتفاقية القضائية المعقودة بين سورية ولبنان لعام 1951،²⁷⁴ والاتفاق الملحق باتفاقية التعاون القضائي بين سورية وتونس.²⁷⁵

وأخذ المشرع السوري بمبدأ عدم منع الشخص من أن يسمّى محكّمًا بسبب جنسيته، حيث أكدت المادة (2/13) من قانون التّحكيم السوري لعام 2008 أنّه لا يشترط في المحكم أن يكون من جنسية معينة، لكنّ هل يمكن أن يؤدي هذا الاتجاه إلى أن يقبل بتعيين محكّم من جنسية دولة معادية، كأن يحمل المحكّم الجنسية "الإسرائيلية"، يمكن افتراض ذلك فيما لو تم الاتفاق بين شركة سورية وأخرى أمريكية على إجراء تحكيم دولي في نزاع قائم بينهما في اليونان مثلاً، وأنفقاً على إخضاع هذا التحكيم لقانون التّحكيم السوري وفق أحكام المادة (1/2) منه التي قبلت بـسريان أحكام قانون التحكيم السوري على أي تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج، وعند تشكيل الهيئة التحكيمية تبين أنّ الطرف الأمريكي عين محكّمًا "إسرائيليًا".

وأرى أنّ عدم تقييد المشرّع السوري لجنسية المحكّم لا تمنع الطرف الآخر في التحكيم من أن يسمّى محكّمًا من جنسية دولة معادية "كإسرائيل"، لأنّ منع التعامل مع "إسرائيل" يلزم السوريين فقط، ولا يلزم المحتكم الخصم من أن يسمّى محكّمه من أي جنسية كانت،²⁷⁶ ومع ذلك أعتقد أنّ

²⁷¹ - د. منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 118.

²⁷² - انظر المادة 4/18 من اتفاقية عمان والمادة 38/ من اتفاقية واشنطن.

²⁷³ - تعدّ ضرورة تعيين محكّم ذي جنسية مغايرة لجنسيات الأطراف قاصرة على أطراف التحكيم فلا تشمل المفاوض أو استشاري المشروع كونه لا أثر لاتحاد جنسيات هؤلاء مع جنسية المحكّم. ومن ثمّ فإن تعيين محكّم من جنسية المفاوض أو الاستشاري ذاتها لا يؤثر في حيده المحكم ولا تشكل سبباً لردّه.

انظر بهذا الشأن: قرار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA) في القضية رقم 2002/281 ما بين هيئة عامة مصرية وشركتين أوروبيتين، مجلة التحكيم العربي، 2015، العدد 24، ص 16.

²⁷⁴ - انظر بهذا الشأن المادة (9) من الاتفاقية المذكورة مشار إليها سابقاً ص 56.

²⁷⁵ - انظر بهذا الشأن المادة (2) من المرسوم التشريعي رقم 52 تاريخ 2000/9/19، مشار إليه سابقاً.

²⁷⁶ - انظر أحكام المادة 1/ من قانون منع التعامل مع "إسرائيل" رقم 286 تاريخ 1956/8/14 التي تنص على أنه يحظر على كل شخص طبيعي أو اعتباري أن يعقد بالذات أو بالواسطة اتفاقاً من أي نوع مع هيئات أو

وجود محكم في هيئة التحكيم من دولة معادية يمكن أن يشكل سبباً لردّه - كما سنرى عند بحثنا الشروط المطلوبة توفّرها في المحكم - كونه يفتقد إلى شرط الحياد المطلوب توافره في المحكم، إذ يعد غير محايد المحكم الذي اشتهر بعدائه للثقافة القومية أو للتراث القانوني أو للعقيدة الدينية لأحد الطرفين.²⁷⁷

هـ - أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً: يشترط في المحكم أن يكون شخصاً طبيعياً - أي إنسان - وليس شخصاً اعتبارياً - كشركة أو منظمة أو هيئة - وذلك لأن نظام التحكيم مبني على الثقة التي يمنحها الأطراف للمحكم عند اختياره للفصل في نزاعهم.²⁷⁸ كما أن هذا الشرط يفهم من سياق الشرط السابق، حيث يتطلب ألا يكون المحكم قاصراً أو مجنوناً أو محجوراً عليه أو محكوماً بعقوبة جنائية، وهذه الأمور لا يتصور تحققها إلا في الشخص الطبيعي، كما أن طبيعة التحكيم وأحكامه القانونية وما جرى عليه العمل فعلاً، تقتضي أن يكون المحكم في جميع الأحوال شخصاً طبيعياً.²⁷⁹ وإذا حدث ونص اتفاق التحكيم على أن يتولى التحكيم شخص اعتباري، كمركز تحكيم أو منظمة دولية أو إقليمية، فإنه يجب أن يفسر هذا الشرط على أن هذا الشخص الاعتباري لا يملك سوى تنظيم عملية التحكيم دون أن يكون مُحكماً، كما يكون له حق اختيار وتعيين المُحكّمين من الأشخاص الطبيعيين وفقاً لما تقرره لوائحه.

وقد نص على هذا الشرط صراحة قانون أصول المحاكمات الفرنسي، في صياغته لعام 2011، في المادة (1/1450) التي تنص على أنه (لا يمكن أن تعهد مهمة التحكيم إلا للشخص الطبيعي)، وكذلك القانون اللبناني في المادة (768) إذ جاء فيها أنه (لا تولى مهمة المحكم لغير شخص طبيعي).

و - ألا يكون ممنوعاً قانوناً من تولي مهمة التحكيم: ويشترط فيمن يقوم بالتحكيم ألا يكون ممنوعاً بموجب القانون من ممارسة التحكيم، حيث يحدث أن ينص قانون ما على منع بعض الأشخاص من تولي مهمة التحكيم على الرغم من توافر الأهلية المدنية الكاملة لديهم وذلك

أشخاص مقيمين في إسرائيل أو منتقلين إليها بجنسيتهم أو يعملون لحسابها، كما يحظر التعامل مع الشركات والمنشآت الوطنية والأجنبية التي لها مصالح أو فروع أو توكيلات في إسرائيل.

²⁷⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم، بند 205، ص 718 مشار إليه لدى فتحي والي، المرجع السابق، ص 246.

²⁷⁸ - د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، 1996، ص 116.

²⁷⁹ - د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 192.

لا اعتبارات خاصة، ومثال ذلك قوانين تنظيم السلطة القضائية، حيث نص بعضها، كقانون السلطة القضائية في مصر، على منع القاضي الذي على رأس عمله من أن يقوم بالتحكيم، إلا إذا توافرت شروط معينة، مثل الحصول على موافقة مجلس القضاء الأعلى قبل تعيينه مُحكِّماً. وهذا ما هو عليه الحال في القانون السوري أيضاً.

ولكن ماذا لو تم تعيين قاض مُحكِّم خلافاً لمتطلبات القانون؟ وفي الإجابة عن هذا التساؤل أرى أن ذلك لا يؤثر في إجراءات التحكيم، ولا في الحكم الذي يصدر عن هيئة التحكيم؛ غاية ما في الأمر أن هذا القاضي قد يعرض نفسه للمساءلة حسب ما ينص عليه القانون، بما في ذلك المساءلة التأديبية. وقد يرد المنع أيضاً بسبب أن القانون الواجب التطبيق يشترط توافر صفات محددة فيمن يتولى التحكيم،²⁸⁰ أو اشتراط أن يكون المُحَكَّم من جنسية غير جنسية أطراف النزاع.²⁸¹

ز- أن يكون محايداً ومستقلاً: التحكيم هو قضاء خاص، لذا لا بد إذن من أن يتمتع المحكم بالاستقلال عن الخصوم، وأن يكون محايداً فلا يصدر حكمه عن ميل أو هوى، ولذا حرصت معظم قوانين التحكيم على النص على ضرورة أن يكون المُحَكَّم متمتعاً بهاتين الصفتين: الاستقلال والحيدة، بحيث يتعامل المُحَكَّم مع الأطراف بأمانة وتجرد من دون إبداء أي تعاطف أو كراهية لأحدهم، ومن دون أن تكون له أي مصلحة مادية أو معنوية، أو علاقة مع أحد الأطراف تؤثر في حكمه.²⁸²

²⁸⁰ - ومثال ذلك القانون اليوناني الذي لا يجيز للمرأة أن تكون مُحكِّمة، والقانون الإيطالي يمنع الأجنبي من أن يكون مُحكِّماً والقانون الكولومبي يشترط في المُحَكَّم الدولي أن يكون من الجنسية الكولومبية، والقانون الإسباني يحظر على غير المحامين المشتغلين القيام بالتحكيم إذا كان المُحَكَّم ملزماً بالفصل في النزاع بمقتضى أحكام القانون، راجع: د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 229. د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 196.

²⁸¹ - وهو ما قرره قانون الأونسيتال النموذجي في المادة (5/11)، وكذلك لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 في المادة (5/9) حيث اشتركت مع القانون النموذجي في اشتراط أن يكون المُحَكَّم المنفرد أو رئيس هيئة التحكيم - في حالة تعدد المُحَكِّمين - من جنسية غير جنسية أطراف النزاع. بينما اكتفت قواعد الأونسيتال للتحكيم في المادة (4/6) بالنص على أنه "من المستحسن أن يكون المُحَكَّم من جنسية غير جنسية أحد أطراف النزاع". كما أن العرف جارٍ في معظم مراكز التحكيم - في حالة التحكيم الثلاثي - أن يكون المُحَكَّم المرجح من جنسية مختلفة عن جنسية مُحكِّمي الأطراف على الأقل في التحكيم المؤسسي.

²⁸² - د. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص 21.

والاستقلال والحيادة مفهومان متشابهان في غايتهما، ولكنهما مختلفان في مضمونهما، فالغاية منهما هي ضمان قيام المُحَكِّم بعمله بصورة عادلة وأن يتعامل مع الأطراف بنزاهة تامة وبصورة متساوية، بحيث لا يتم تمييز أحدهما عن الآخر في شيء. ويعدّ استقلال المُحَكِّم مبدأً أساسياً في التحكيم، ويتمثل في عدم وجود صلة مصلحة مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية أو تبعية من جانب المُحَكِّم بأي من طرفي التحكيم، فلا يكفي أن يكون مستقلاً عن الخصم الآخر، وإنما أيضاً عن الطرف الذي عينه.²⁸³ والاستقلال بصورته هذه يعدّ مسألة موضوعية وواقعية من السهل الاستدلال عليها، وذلك بإثبات وجود أي نوع من هذه الصلات.

ولا يعد المُحَكِّم مستقلاً إذا كان يباشر مهمة شخصية لأحد أطراف التحكيم، كتقديم الاستشارة أو المساعدة الفنية له، أو إذا كان مستشاراً لإحدى الشركات الداخلة ضمن مجموعة الشركات التي تدخل فيها الشركة الطرف في التحكيم.²⁸⁴

كما يجب على المحكم عدم انحيازه إلى أي من طرفي التحكيم أو ضده لأسباب شخصية أو أسباب خاصة، وإنما يلتزم أن يكون عادلاً بين الطرفين، ومتجرداً عن كل ما ينأى به عن اعتبارات العدالة. ولأن الحيادة تمثل حالة ذهنية وعاطفية، فإنه لا يمكن إثباتها أو الاستدلال عليها بأشياء واقعية ملموسة، بل لا تثبت إلا بالممارسة العملية من خلال متابعة تصرفات ومواقف المُحَكِّم مع الأطراف. وتتقي الحيادة عندما يحابي المُحَكِّم أحد الأطراف أو يبدي رأياً مسبقاً في النزاع، وجدير بالذكر أن إبداء أستاذ جامعي، أو محام لرأي علمي بعيداً عن وقائع النزاع المطروح لا ينال من هذه الحيادة.²⁸⁵

وتحقيق الحيادة والاستقلال معاً أمر لا بد منه لنجاح العملية التحكيمية، وإثبات مصداقية المُحَكِّم وأنه يؤدي عمله بنزاهة تامة بصرف النظر عن ظروف تعيينه، وهذا ما جاء في حكم لمحكمة استئناف القاهرة، الصادر في 2003/4/29، إذ قررت هذه المحكمة (إن المُحَكِّم المسمى من قبل أحد الخصوم يصبح في منزلة القاضي بمجرد قبوله المهمة المسندة إليه، وبذلك فإنه ليس وكيلاً أو محامياً للخصم الذي اختاره، بل هو قاضٍ يجب أن يتوافر فيه شرطاً الحيادة والاستقلال

²⁸³ - المستشار نبيل عمران، قواعد رد المُحَكِّمين في القانون المصري، ورقة عمل مقدمة للدورة المتخصصة لإعداد المُحَكِّم الدولي، والتي نظمها مركز تحكيم اتحاد المحامين الدولي والأفارقة، القاهرة من 11 إلى 2004/12/15، ص13.

²⁸⁴ - د. محمود سمير الشراوي، مقارنة بين قانون التحكيم السوري الجديد وقانون التحكيم المصري، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد الثالث، 2009، ص154.

²⁸⁵ - د. أكرم الخولي، خليات المُحَكِّم، ورقة عمل مقدمة إلى مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط، 8 يناير 1989، ص5.

عن جميع أطراف النزاع بما فيهم الخصم الذي اختاره).²⁸⁶

ويرى بعض الفقهاء (أن صفتي الاستقلال والحيادة يجب أن يتوافرا بالنسبة لجميع أعضاء الهيئة التحكيمية، والقول بغير ذلك يفقد الثقة بالتحكيم ويخل بتوقعات الأطراف ويجعله صورة ممسوخة لنظام قضائي غير مألوف، ويجعل وظيفة المُحَكِّم ودوره تتباين بين مُحَكِّم وآخر داخل ذات الهيئة، ويضع المُحَكِّم المرجح في حالة يتوجس فيها خيفة من المُحَكِّمين الآخرين فيما يصدر عنهما من تصرفات، إذ هو يعرف سلفاً أن كلاً منهما يتبنى وجهة نظر فريق من الفرقاء).²⁸⁷

ويرى بعضهم الآخر أنه (... لا غضاضة إذا كان المُحَكِّم الذي اختاره الخصم وحده قريباً أو وكيلاً له، لأنه في واقع الأمر يعد بمثابة وكيل بالخصومة وتكون صفة المُحَكِّم مقصورة في واقع الأمر على رئيس الهيئة...).²⁸⁸

وأنا أوافق الرأي الأول، إذ أن الاستقلال والحيادة هما حجر الزاوية في فكرة القضاء كلها سواء أكان قضاء دولة أم قضاء خاصاً، كالتحكيم، ويترتب على عدم توافرها، فقدان الثقة بعملية التقاضي، وإنكار العدالة.

والحيادة والاستقلال أمران منفصلان، ولا يؤثر أحدهما في الآخر على نحو مباشر، وليس هناك ما يمنع أن يكون المُحَكِّم مستقلاً عن الأطراف، وفي الوقت ذاته يكون غير محايد، يعني مع ثبوت عدم وجود رابطة أو علاقة قرابة أو عمل للمُحَكِّم بأحد الأطراف، ولكنه يميل ويجامل أحد الأطراف على الآخر، والعكس صحيح أيضاً أي أنه لا شيء يمنع أن يكون المُحَكِّم محايداً في أدائه لعمله رغم أنه غير مستقل عن الأطراف. ولكن يمكن القول إن الاستقلال غالباً ما يكون قرينة على الحياد، والعكس صحيح، مع التأكيد على أنه لا مبرر ولا أهمية لوجود الاستقلال إذا لم يوجد الحياد. وإذا وجدت أي علاقة من أي نوع للمُحَكِّم بأحد الأطراف فيها شبهة عدم استقلال، فيجب على المُحَكِّم أن يُطلع الأطراف عليها قبل قبوله التحكيم، وللأطراف حرية في أن يقبلوا أو أن يرفضوا تحكيمه، وفي حالة قبولهم فإنه لا يكون بعد ذلك التشكيك بعدم استقلاله.²⁸⁹ وهذا ما أكدته المادة (17) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، إذ جاء فيها أنه (يجب على المُحَكِّم أن يفصح لطرفي التحكيم وللمُحَكِّمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده سواء أكان هذه الظروف قائمة عند قبول المهمة أم استجدت

²⁸⁶ - الدائرة 91 تجاري، القضية رقم 20/1، تاريخ 2003/4/29.

²⁸⁷ - د. عكاشة عبد العال، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المُحَكِّم، ص32.

²⁸⁸ - د. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص35.

²⁸⁹ - وأنا مع الرأي الذي يقول بعدم جواز تولي محام لأحد الطرفين مهمة المُحَكِّم ولو قبل ذلك المحكم الآخر لما يثيره هذا الأمر من اضطراب في التحكيم.

أثناء إجراءات التحكيم)، وكذلك المادة (15) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 وتعديلاته، إذ جاء فيها أنه (يجب على المُحكِّم أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحيدته).

والأصل هو توافر الحياد لأن عدم وجوده يخل تماماً بعمل المُحكِّم، أما الاستقلال فإنه بالإمكان ألا يتوافر، ومع ذلك يستطيع المُحكِّم أن يقوم بعمله بصورة سليمة محايدة، خاصة إذا كان قد أفصح عن عدم استقلاله قبل قبوله لمهمة التحكيم.

ويمكن أن نستنتج أن شرط الاستقلال إنما وضع للوصول إلى تحقيق الحياد، فإذا ما تحقق الحياد فعلاً فلا يهم بعد ذلك إذا كان الاستقلال متحققاً أم لا، ما دام لم يؤثر عملياً ولم ينعكس بصورة سلبية على أداء المُحكِّم لعمله.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط الحيادة والاستقلال لا يتعلق بالنظام العام، وإنما بمصلحة الخصوم، ولهذا إذا توافر عدم الحيادة أو عدم الاستقلال في المُحكِّم، وكان الطرف صاحب المصلحة على علم بهذا العيب فعليه أن يثيره، وإلا سقط حقه في التمسك بهذا العيب، ولا يكون له بعد صدور الحكم أن يرفع دعوى بطلان حكم التحكيم استناداً إلى عدم توافر شرط الحيادة والاستقلال.

ومعظم القوانين، محل الدراسة، نصت على ضرورة استقلال وحياد المُحكِّم، وهذه القوانين متمثلة في قواعد الأونسيترال النموذجي لعام 1985 وتعديلاتها، وقانون التحكيم المصري لعام 1994،²⁹⁰ وقانون التحكيم السوري لعام 2008، إذ أكدت المادة (17) منه على أنه يجب على المُحكِّم أن يفصح عند قبوله للتحكيم عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته.

وبعض القوانين اشترط توافر الاستقلال فقط ولم تذكر الحياد، وقد يرجع ذلك إلى اعتبار أن الاستقلال يدل على الحياد؛ ومن الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التي اشترطت استقلال المُحكِّم، اتفاقية واشنطن لعام 1965،²⁹¹ واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية لعام 1974،²⁹² ولائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998.²⁹³

²⁹⁰ - تنص المادة (3/16) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 وتعديلاته على أنه يجب على المُحكِّم " أن يفصح عند قبوله للتحكيم عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول استقلاله أو حيدته".

²⁹¹ - نصت المادة (1/14) والمادة (2/40) من هذه الاتفاقية على أنه ينبغي أن يكون المُحكِّم مستقلاً.

²⁹² - نصت المادة (35) من هذه الاتفاقية على أنه يتم اختيار المُحكِّمين المعروفين باستقلالهم.

²⁹³ - نصت المادة (1/7) من هذه اللائحة على أنه "على كل مُحكِّم أن يكون وأن يبقى مستقلاً عن الأطراف المعنية"؛ ونصت المادة (2/9) منها على أن يقدم المُحكِّم شهادة استقلال.

ح- أن يكون مؤهلاً للقيام بالتحكيم: اشترط بعض القوانين والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم في الشخص الذي يتم اختياره للقيام بمهمة التحكيم أن يكون لديه الكفاءة والقدرة اللازمة لإدارة عملية التحكيم، وأن يكون ملماً بالقوانين مطلعاً على مجال الاقتصاد والتجارة، إلى جانب أن يكون على قدر كبير من الخلق والأمانة التي تجعله يفصل في التحكيم بنزاهة تامة، ومن هذه القوانين نظام التحكيم السعودي في المادة (5) منه، وكذلك المادة (4) من اللائحة التنفيذية لهذا النظام والتي نصت على أنه (يشترط في المُحكَّم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السيرة والسلوك). ومن الاتفاقيات التي نصت على هذا الأمر اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 إذ نصت في المادة (12) منها على أن يكون من يتم اختيارهم للتحكيم من الأفراد المؤهلين لذلك، وأن يكون لديهم الاستعداد للقيام بمهام التحكيم، كما نصت في المادة (14) منها على أن يكونوا (على قدر عظيم من الأخلاق وأن يكون معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال)؛ كما أشارت إلى ذلك لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث أوصت، في المادة (14) منها، بمراعاة استعداد المُحكَّم وأهليته لإدارة التحكيم عند تعيينه. كما أكدت اتفاقية عمان العربية لعام 1987، في المادة (2/14) منها على أن يكون المُحكَّمون من (كبار رجال القانون والقضاء أو من ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال وتمتعين بالأخلاق العالمية والسمعة الحسنة)، كما ألزمت المُحكَّم - قبل مباشرة التحكيم - أن يقسم على أن يؤدي مهمته بأمانة ونزاهة وتجرد. كما اشترطت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية لعام 1974، في المادة (35) منها أن يكون (المُحكَّمون من الأشخاص المشهود لهم بالخلق واستقلال الرأي، المسلم بمقدرتهم في ميادين القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال أو الزراعة أو الخدمات أو أي خبرة تقتضيها موضوعات النزاع).

وإلى جانب هذه الشروط القانونية العامة المطلوب توافرها فيمن يعين مُحكِّماً، فقد تطلب بعض القوانين توافر بعض الشروط الخاصة في المُحكَّم، كأن يكون مسلماً وذكراً، وألا يكون خصماً وحكماً في آن واحد، وألا يكون له مصلحة في النزاع.²⁹⁴

ويجب توافر هذه الشروط عند بدء التحكيم، وأن تستمر إلى حين صدور حكم التحكيم، وكل إجراء يقوم به مُحكَّم تخلف فيه أحد هذه الشروط عند اتخاذه يكون باطلاً، وفي نظري أن هذا البطلان من النظام العام، يجوز للمحكمة المختصة بالتحكيم أن تقرره من تلقاء ذاتها، ولا يجوز لأي من الطرفين أو أحدهما التنازل عنه.

²⁹⁴ - قررت محكمة النقض السورية في قرارها رقم 2141، تاريخ 14/11/1983 أنه (من شروط المُحكَّم أن لا تكون له مصلحة في النزاع، لان المُحكَّم يعتبر قاضياً)، منشور في مجلة المحامون لعام 1983، عدد 3، ص368، ص193.

وقد اتجهت غالبية قوانين التحكيم إلى التسليم بحرية الأطراف في اختيار المُحكِّم، ولم تلزمهم بشروط أو مواصفات معينة للمُحكِّم، بل اكتفت بوضع ضوابط عامة تضمن صلاحية المُحكِّم للقيام بمهمته بصورة سليمة؛ ومن هذه الضوابط أن يكون المُحكِّم كامل الأهلية، وأن يكون مستقلاً عن الأطراف ومحايلاً عند نظر النزاع - كما أشرت إلى ذلك سابقاً- وبذلك تكون قد أُلقت بالمسؤولية على الأطراف لتوخي الدقة في ممارسة هذه الحرية ضماناً لحسن الاختيار. كما أنها تركت للأطراف حرية الاتفاق على أي شروط أو مواصفات إضافية يرغبون في توافرها في المُحكِّم الذي يتولى النظر في نزاعهم؛ ومن المواصفات والشروط التي غالباً ما يتطلبها الأطراف في مُحكِّمهم على سبيل المثال: أن يتمتع بقدرات قضائية، أن يكون من جنسية محددة، أن يكون صاحب مهارة فنية ومتخصصاً وخبيراً في موضوع التحكيم عالماً بالعادات والتقاليد المتعلقة به، أن يكون من جنس محدد، فمثلاً قد يشترطون أن يكون رجلاً، أن يكون متمتعاً بصفات أخلاقية رفيعة وأهمها النزاهة والصدق، أن تكون لديه مهارات نظرية في استنباط وتحليل الأمور، ذكياً قوياً الشخصية، وأن يجيد بعض اللغات.²⁹⁵ وطالما أن مثل هذه الشروط لا تخالف النظام العام فهي صحيحة وملزمة للأطراف، ولمؤسسة التحكيم، أو المحكمة التي تتولى تعيين المُحكِّم في حال عدم الاتفاق عليه. ومادام أنها شروط تعاقدية فهي لا تعدّ من النظام العام، فلا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء ذاتها، ويجوز لكل من الطرفين التنازل عن حقه بالتمسك بها، وذلك خلافاً للشروط القانونية الواجب توافرها في المُحكِّم، حيث لا يجوز الاتفاق على خلافها أو التنازل عنها. وتتنازل الطرفين عن الشروط الاتفاقية في المُحكِّم، قد يكون صريحاً، أو ضمناً يستدل عليه من الظروف، ومثال ذلك، النص في اتفاق التحكيم على أن يكون المُحكِّمون من أساتذة الجامعات في كليات الحقوق، وفي مرحلة تعيين المُحكِّم، يختار أحد الطرفين مُحكِّماً عنه مهندساً، ولا يعترض الطرف الآخر، الذي يعين بدوره مُحكِّماً عنه من التجار، في هذا الفرض، ليس للطرف الأول الاعتراض على المُحكِّم المعين من الطرف الثاني، كما لا يجوز لأي من الطرفين الطعن بحكم التحكيم لهذا السبب.²⁹⁶

يُستخلص مما تقدم أنه ليس هناك في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية المتعلقة بالتحكيم ما يمنع من أن يتولى التحكيم شخص جاهل بالقانون أو عديم الخبرة بموضوع النزاع أو شخص أبكم

²⁹⁵ - د. حسن عبد الباسط جميعي، انعقاد خصومة التحكيم، ورقة عمل مقدمة للدورة المتعمقة لإعداد المُحكِّم، والتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من 9/22 - 10/3/2001م، ص 68.

²⁹⁶ - راجع حكم محكمة درسون/ ألمانيا الصادر في 20/12/2001، مشار إليه في د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، مرجع سابق، ص 196.

أو أصم أو أعمى، أو امرأة أو شخص أُمي لا يعرف القراءة والكتابة.

وقبل بدء إجراءات التحكيم يتعين على المُحكِّم أن يصرح كتابة بقبوله المهمة الموكولة إليه، ويكون ذلك بتحرير أو توقيع مستند رسمي بينه وبين الأطراف، حتى يتسنى توجيهه إلى الأطراف والمُحكِّمين الآخرين، وهو ما نصت عليه أغلب قوانين التحكيم الحديثة.²⁹⁷ وهذا ما أكدت عليه المادة (1/17) من قانون التحكيم السوري لعام 2008، إذ تنص على أنه (يكون قبول المُحكِّم لمهمته كتابة بتوقيعه على اتفاق التحكيم أو بتوقيعه على وثيقة مستقلة تثبت قبوله أو على محضر جلسة التحكيم، ويجب عليه أن يفصح لطرفي التحكيم وللمُحكِّمين الآخرين عن أية ظروف من شأنها أن تثير شكوكاً حول استقلاله أو حيده سواء أكانت هذه الظروف قائمة عند قبوله لمهمته أم استجدت أثناء إجراءات التحكيم، ويكون لطرفي التحكيم في هذه الحالة الخيار لقبول استمراره بمهمة التحكيم أو مطالبته بالتخلي عنه). وكذلك المادة (3/16) من قانون التحكيم المصري لعام 1994، والتي نصت على أن (يكون قبول المُحكِّم القيام بمهمته كتابة).

وتؤخذ الكتابة بشأن قبول المُحكِّم بالمعنى الواسع بحيث تشمل، على سبيل المثال، أي وسيلة اتصالات خطية حديثة؛ ويعدّ بمنزلة القبول كتابةً، عقد جلسة محاكمة من قبل المُحكِّم بحضور أطراف النزاع، وتدوين ذلك في المحضر، أو توقيع المُحكِّم على اتفاق التحكيم بعد تعيينه، أو تدوين المُحكِّم لبعض المعلومات الخاصة بالقضية في سجل خاص، مثل تعداد المستندات المحفوظة في ملف القضية وإبلاغ ذلك للأطراف، أو إرساله كتاباً لهم يحدد لهم فيه موعد جلسة المحاكمة، ومثل هذه الأمور تدل دلالة واضحة على قبول المُحكِّم لمهمته كتابة.

وقد استنتجت بعض القوانين من قبول المهمة كتابةً، المُحكِّم الذي يتم تعيينه من قبل المحكمة. وأرى أن هذا حكم لا مبرر له، فالشخص لا يجبر على قبول تعيينه مُحكِّماً حتى لو تم التعيين من قبل المحكمة، إذ أنه من حقه أن يرفض هذا التعيين بعد تبليغه له، ولا مسؤولية عليه في ذلك، خاصة إذا لم يتم أخذ رأيه مسبقاً بترشيح تعيينه، بل من حقه ألا يجيب على الكتاب أو القرار المتضمن تعيينه لا سلباً ولا إيجاباً، ويعد رافضاً لهذا التعيين، مادام أنه لم يقبله كتابةً، ولكن هذا القبول يصبح ملزماً بإجراء العملية التحكيمية تحت طائلة المسؤولية إذا توافرت شروطها.

²⁹⁷ - ومثال ذلك المادة (15/ج) من قانون التحكيم الأردني، المادة (769) من قانون التحكيم اللبناني، المادة (5) من نظام التحكيم السعودي حيث اشترطت ذلك في وثيقة التحكيم التي تودع لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وبالمقابل تنص المادة (7) من قانون التحكيم الليبي الجديد لعام 2023 بقولها (يثبت قبول المُحكِّم بأي طريقة من طرق الإثبات، ويعتبر قابلاً لمهمته بتوقيعه على اتفاق التحكيم، أو بشروعه في المهمة الموكولة إليه).

وإذا رفض المُحكّم قبول مهمة التحكيم، فإن هذا الرفض لا يؤثر في صحة اتفاق التحكيم، إلا إذا كان ذلك مشروطاً بين طرفي التحكيم، بأن يتم التحكيم بوساطة مُحكّم معين أو هيئة تحكيم معينة تم تشكيلها في اتفاق التحكيم، وتطبيقاً لما تقدم نجد أن المادة (1/1448) من قانون أصول المحاكمات الفرنسي، في صياغتها القديمة قبل العام 2011، تقضي ببطلان مشاركة التحكيم عندما لا يقبل المُحكّم المعين المهمة التي عهد إليه بها.

هذا وقد أشارت لوائح مؤسسات ومراكز التحكيم الدولية إلى ضرورة وجود مستند المهمة، ومثال ذلك ما نصت عليه لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998 في المادة (8) منها، التي أكدت على ضرورة توقيع ذلك المستند من الأطراف ومن أعضاء محكمة التحكيم، وكذلك المادة (5) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. وبالمقابل فإن قواعد الأونسيترال سككت عن هذا الأمر.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري قد ساوى المُحكّم بالقاضي من حيث الحصانة، حيث عدّ الاعتداء على المُحكّم في أثناء ممارسته لمهمة التحكيم أو بسببها كاعتداء على القاضي، وفرض على الفاعل العقوبة ذاتها المقررة لجرم الاعتداء على القاضي، وذلك في المادة (15) من قانون التحكيم لعام 2008، والتي تنص على أنه (من يعتدي على مُحكّم خلال ممارسته مهمة التحكيم أو بسببها يعاقب بالعقوبة التي يعاقب بها فيما لو كان الاعتداء على قاض).

وليس للقضاء أن يتدخل لتعيين المحكّمين طالما أنّه لم يثبت له أنّ الأطراف لن يتمكنوا من الاتفاق على تعيينهم، فقبل وقوع النزاع بين الأطراف على تعيين المحكّمين، لا يكون للقضاء دور في ذلك لأنه لا مجال لتدخله في هذا الأثناء، وليس لأحد أطراف النزاع أن يتّخذ موقفاً وقائياً بتعيين المحكّمين تمهيداً لنزاع لم ينشأ بعد، ولا يمكنه بالتأكيد أن يطلب من القضاء ذلك، ومن ثمّ لا يكون مثل هذا الطلب مقبولاً قبل قيام النزاع بالفعل حتّى وإن كان الطرفان قد اتفقا على وقت معين لاختيار المحكّم، إذ أنّه في هذه الحالة يكون هناك اتفاق ضمني على تأجيل اختيار المحكّم إلى حين قيام النزاع.²⁹⁸

ولا يمكن للقضاء أن يتدخل في تعيين المحكّمين حتّى لو طلب منه أحد الأطراف ذلك، ما لم تستنفد الإجراءات والمهل المتفق عليها بين الأطراف لاختيار المحكّمين، ومن هذه الإجراءات أن يتم الاتفاق على تسوية النزاع ودياً قدر الإمكان، ويمنع أي من الأطراف من طلب اللجوء إلى القضاء المختص قبل تحديد نتيجة التسوية الودية، كما يمكن أن يتضمّن اتفاق التحكيم شرط إحالة النزاع للتوفيق أولاً، وأن لا يتمكّن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة، أو أن لا

298- د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص590.

يقبل الأطراف بالحلول المقترحة من الموفق أو مرور مهلة معينة دون تسوية النزاع قبل أن ينشأ للأطراف الحق بالطلب من القضاء المختص تعيين المحكمين؛²⁹⁹ كذلك الحال إذا كان الأطراف قد اتفقوا على أن يتولى شخص من الغير يحدّدانه في اتفاق التحكيم، أو في اتفاق لاحق، اختيار المحكم أو المحكمين، ولم يقدّم هذا الشخص بالمهمة التي عهد إليه بها، أو لم يتمكن الطرفان من اختياره عند عدم الاتفاق على شخصه في اتفاق التحكيم،³⁰⁰ مثال ذلك ما نصت عليه المادة (3) من الاتفاق الملحق باتفاقية التعاون القضائي بين سورية وتونس بشأن التحكيم لعام 2000 حيث أنّها أكدت على أحقية الأطراف أن يتفقوا على اختيار المحكم أو المحكمين من ضمن قائمة لمؤسسة دولية للتحكيم يعين اسماً، أو يتم تعيين محكم عن كل طرف وتعيين المحكم الثالث من قبلهما أو من المحكمين المعيّنين، وعند التذرع يعين المحكم الثالث من قبل المحكمة المختصة في الدولة المتعاقدة المعروض فيها النزاع.³⁰¹ وقد اشترط قانون التحكيم السوري لعام 2008 في المادة (14) منه مضي مهلة ثلاثين يوماً³⁰² من تاريخ تسلّم الطرف الممتنع عن تسمية محكمه طلباً بذلك، أو من تاريخ تعيين آخر المحكمين وعدم اتفاقهما على اختيار المحكم الثالث، لتتولى محكمة الاستئناف المختصة بقضايا التحكيم، بناء على طلب أحد الطرفين مهمة الاختيار. وتطبيقاً لذلك كانت محكمة النقض السورية قد قضت أنّه إذا اتفق الخصوم على أن يتم حل الخلاف بينهم في حال نشوبه بوساطة التحكيم، عن طريق محكم أو ثلاثة محكمين يتم تعيينهم باتفاق الأطراف، وفي حال عدم الاتفاق على تسميتهم يعود للقضاء المختص ذلك، فإنّ هذا يعني أنّ على الأطراف المتعاقدة تسمية المحكمين طالما أنّ اتفاقهم تضمّن ذلك، ولا يكون للقضاء دور بهذه التسمية إلا إذا اختلف الأطراف على التسمية.³⁰³ وحتى لو وقع نزاع اتفق أطرافه على حله بالتحكيم، ليس للقضاء أن يتدخل لتشكيل هيئة التحكيم،

²⁹⁹ - المادة /27/ من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، والمادة 1/12-2 من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في باكو في 2009/7/8 بين حكومة الجمهورية العربية السورية وحكومة أذربيجان والمصدقة بالقانون رقم 4/ تاريخ 2010/1/4 الجريدة الرسمية السورية، الجزء الأول، العدد 3/ لسنة 2010 ص58.

³⁰⁰ - د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص591.

³⁰¹ - انظر بهذا الشأن المرسوم التشريعي 52 لعام 2000 مشار إليه سابقاً.

³⁰² - نظراً لطبيعة التحكيم الاتفاقية يمكن للأطراف الاتفاق على تقصير هذه المهلة بالنص على ذلك صراحة في اتفاق التحكيم.

³⁰³ - محكمة النقض السورية، القضية رقم 76 مخاصمة، قرار، 398، تاريخ 2000/8/28، عبد القادر الألوسي، المرجع السابق، ص199.

إلا إذا طلب ذلك أحد أطراف هذا الاتفاق، فالمحكمة لا تتصدى للتعين من تلقاء ذاتها، ولكن يجب أن يتقدم أحد طرفي التحكيم بطلب إليها لتعيينه، ويقدم الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، وينعقد الاختصاص للمحكمة بكامل هيئتها، وليس لرئيس المحكمة منفرداً الفصل بأمر التعين.³⁰⁴ ولا يحق لشخص ثالث ليس من أطراف اتفاق التحكيم، ولو كان دائناً لأحدهما، أن يستعمل هذا الحق، فهئية التحكيم تشكّل باتفاق طرفي التحكيم، وإذا وقع نزاع ولم يتفقا على اختيار المحكمين كان لأحدهما أن يلجأ إلى القضاء ليسهم في حل هذا الخلاف، ومن ثم لا يقبل طلب دائن أحد أطراف التحكيم تشكيل هيئة التحكيم لأنّ مدينه يمتنع عن ذلك، ليمنعه من استيفاء دينه مما يمكن أن يتحصل له بموجب حكم التحكيم.³⁰⁵

كذلك لا يقبل طلب تشكيل هيئة التحكيم من المحكمين لأنّ المشرع قصر الحق في تقديم طلب التعين إلى القاضي على طرفي التحكيم دون المحكمين المعينين.³⁰⁶ ورأى بعض الفقهاء أنّ هذا التضيق لا مبرر له، وهو يؤثر سلباً في عملية التحكيم، لأنّ المنطق يفرض ضرورة منح المحكمين أيضاً حق تقديم طلب التعين إلى المحكمة المختصة دون قصره على احد أطراف الخصومة التحكيمية. وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في التعديل الجاري لقواعد التحكيم الفرنسي المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات، حيث أجازت المادة /1460/ في صياغتها الجديدة لعام 2011 لهئية التحكيم أن تلجأ إلى طلب المساعدة من القضاء الوطني، ومن ثمّ يمكن للمحكمين المعينين من أطراف التحكيم أن يطلبوا من القاضي الفرنسي تعيين المحكم الثالث.

³⁰⁴-خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، بحث في الندوة المشتركة بين المجلس الأعلى للتحكيم في المغرب، مركز النشر والتوثيق القضائي المغربي، العدد 7، سنة 2005، ص106.

³⁰⁵- انظر المادة 1/236 من القانون المدني السوري التي تنص على أنه (لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان متصلاً بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز).

³⁰⁶- د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، 1997، ص208.

المطلب الثاني

آثار تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين

يؤدي تدخل القضاء الوطني في تعيين المحكمين إلى إمكانية أن تكون له سلطة تعيين رئيس هيئة التحكيم، كما يؤدي إلى إمكانية إكمال هذه الهيئة في حال تعدد أطراف التحكيم، أو تدخل طرف ثالث في التحكيم، وفي حال تخلف أحد الأطراف عن اختيار محكمه يقوم القضاء الوطني بهذا الدور، وقد بحثنا هذه النقاط سابقاً.

لذلك أعرض في هذا المطلب كيفية صدور قرار تعيين المحكمين والطعن فيه في حال الرفض أو التعيين، وذلك في الفقرتين الآتيتين:

الفقرة-1- صدور قرار تعيين المحكمين من القضاء الوطني:

التحكيم في باديته اتفاق، لذلك فهو يعد عملاً إرادياً، ويترتب على ذلك أنه من حق أطراف النزاع اختيار المحكم دون أدنى تدخل فيها؛ ولكن إذا فشلت الإرادة الحرة لأطراف النزاع في تشكيل هيئة التحكيم، واختلف الخصوم على اختيار المحكمين؛ فإن القضاء يتدخل في عملية التحكيم.

أما إذا تلاقت الإرادة الحرة لأطراف النزاع على تعيين هيئة التحكيم وتشكيلها، فإن دور القضاء ينحصر في الحكم في مدى صحة الإرادة فقط دون التطرق لأشخاص المحكمين إلا في حدود ما شرع لهم القانون الإجرائي العام المنظم لتلك المسائل.

وقد انتقلت معظم القوانين الوطنية، والاتفاقيات الدولية على منح القضاء اختصاصاً محدداً في هذا المجال والحالات التي تستدعي تعيين المحكم بوساطة المحكمة.

وتنص المادة (14) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 على الحالات التي قد تستدعي تعيين المحكم بوساطة المحكمة، وهي:

(أ) إذا اتفق طرفاً التحكيم على تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد ولم يتفقا على اختياره، وعجزاً عن هذا الاختيار بعد ذلك تولت المحكمة المختصة اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين؛ علماً بأنه إذا كان الطرفان قد اتفقا على إجراءات معينة لاختيار المحكم وجب اتباع هذه الإجراءات، وامتنع الالتجاء إلى المحكمة لاختياره قبل استنفادها.

(ب) إذا اتفق طرفاً التحكيم على تشكيل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين، أو أكثر، ولم يكن هناك اتفاق عليهم بالاسم، أو الصفة، أو على كيفية اختيارهم سواء باتفاق التحكيم، أو باتفاق لاحق؛

وفي هذه الحالة يقوم كل طرف باختيار أحد المحكمين، أو نصف عددهم، ويتولى المحكمان المختاران من الطرفين، - أو المحكمون المختارون من قبلهما في حال زيادة العدد عن الثلاثة . اختيار المُحكم الثالث. فإذا لم يتم أي من الطرفين باختيار محكمه، أو محكميه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو اختار الطرفان محكيميها، ولم يتم هؤلاء باختيار المُحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتعيين آخرهم، تولت المحكمة المختصة بالقيام بهذا الاختيار بناءً على طلب أحد الطرفين.

علمًا بأنه مجرد انقضاء المهل المنوه عنها أعلاه، وتقديم طلب تعيين المُحكم للمحكمة المختصة، يسقط حق من له اختيار المُحكم من ممارسة هذا الاختيار، كما أن مهلة الثلاثين يوماً المقررة لاختيار المُحكم يمكن الاتفاق على خلافه.

ج) للمحكمة المختصة حق اتخاذ أي إجراء كان يجب على الطرفين، أو الغير اتخاذه بشأن اختيار المحكمين، ولكنه لم يتخذ بسبب عدم اتفاق الطرفين، أو تخلف الغير عن اتخاذه، ومثال ذلك: أن يتفق الطرفان على أن يتم اختيار المُحكم، أو المحكمين من قائمة معينة يقدمها شخص من الغير، ولم يتم هذا الغير بتقديم القائمة المطلوبة منه، أو لم يلتزم أحد الطرفين بالاختيار منها؛ فيحق للطرف صاحب المصلحة اللجوء للمحكمة من أجل اتخاذ هذا الإجراء. وقد بينت المادة (14) من قانون التحكيم السوري لعام 2008 الكيفية التي يتم بها تعيين المحكم الثالث أو محكم الطرف الذي تخلف عن تعيين محكمه، وأكدت أنه إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، تولت محكمة الاستئناف المختصة بمسائل التحكيم اختياره، بناءً على طلب أحد الطرفين بقرار تتخذه في غرفة المذاكرة. وسبق أن قررت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أن صدور قرار التعيين في جلسة علنية بدلاً من غرفة المذاكرة لا يؤدي إلى إبطاله.³⁰⁷ وعلى الرغم من أن النص أورد كلمة "طلب" إلا أنه لا بد لنا ابتداءً أن نبين أن تدخل القضاء لتعيين المحكمين لا يكون بقرار على الطلب ذاته المقدم من أحد الأطراف، والنص المذكور لا يعني مطلقاً أن يتم تعيين المحكمين بأمر على عريضة، بل لا بد له من دعوى تقيد وفق الأصول وتنتظر في غرفة المذاكرة بعد دعوة الطرفين.

³⁰⁷ - الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، أساس، 161 قرار، 9، تاريخ 1995/12/1، مجلة القانون، 1995، ص10.

وتنص المادة (17) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 وتعديلاته على حالات اختصاص القضاء في عملية تشكيل هيئة التحكيم، إذ جاء فيها ما يأتي:

(1. لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع ما يأتي:

أ. إذا كانت هيئة التحكيم مُشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب. إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكماً، ثم لم يتفق المحكمان على اختيار المُحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوماً التالية لتسليمه طلباً بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المُحكم الثالث خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون اختياره بناءً على طلب أحد الطرفين، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان، أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين.

2. وإذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه، أو إذا تخلف الغير عن أداء ما عهد به إليه في هذا الشأن تولت المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، ولا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن).

وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية، صادر عنها في 2013/3/12، أن طلب تعيين المحكم يكون بموجب صحيفة تقدم للمحكمة بالطرق المعتادة لرفع الدعوى وليس في شكل أمر على عريضة، وإنَّ القرار الذي يصدر في ذلك الطلب يكون في صورة حكم قضائي، وإنَّ المقصود بكلمة المحكمة هي المحكمة بكامل هيئتها عندما تقوم بالفصل في الدعوى المرفوعة أمامها بالطرق المعتادة لرفعها؛³⁰⁸ لذلك فإنَّ الطلب بتعيين المحكم الثالث أو محكم الطرف الذي تخلف عن تعيين محكمه ضمن المدة المحددة، يكون في صورة دعوى تنظر فيها محكمة الاستئناف المختصة بقضايا التحكيم بكامل هيئتها، ولو أراد المشرع أن يكون تقديم الطلب إلى رئيس

³⁰⁸ - نقض مصري الطعن رقم 489 لسنة 67 جلسة 2013/3/12. الموقع الإلكتروني لنقض مصري، مشار إليه سابقاً.

المحكمة لنصّ على ذلك صراحة.

الفقرة-2- الطعن بقرار تعيين المحكم:

لم تسمح غالبية تشريعات التحكيم ومنها قانون التحكيم السوري بالطعن في قرار تعيين المحكمين،³⁰⁹ وسمحت بالطعن بقرار ردّ طلب التعيين، فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكمها المؤرخ في 2015/2/18 بحظر الطعن في الحكم الصادر بتعيين المحكم بأي طريق من طرق الطعن، وقبوله في حال رفض طلب تعيين المحكم الذي يظل قابلاً للطعن فيه بالطرق المقررة قانوناً.³¹⁰ وفي الاتجاه ذاته قضت الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية أنّ الحكم الصادر بتسمية المحكمين لا يقبل أي طريق من طرق الطعن، أما الحكم الصادر برفض تسمية المحكمين فهو قابل للطعن وفق القواعد العامة.³¹¹

وفي رأيي هذا الاتجاه منتقد، لأنّ قرار تعيين محكمين غير أكفاء أو تعيينهم بشكل يخالف ما اتفق عليه أطراف التحكيم، قد يكون أكثر خطورةً على العملية التحكيمية من قرار ردّ طلب التعيين، لأنّ هذا التعيين يلزم أطراف التحكيم بمتابعة المحاكمة التحكيمية رغم ما يعتريها من شك في مآلها، كما يضطرهم إلى تكبد النفقات وضياح الوقت بدون مبرر، وهذان العنصران هما الأشدّ وطأةً على العملية التحكيمية. وأتمنى على المشرع السوري القبول بمبدأ جواز الطعن بقرار تعيين المحكمين موضوع المادة (5/14) من قانون التحكيم لعام 2008، لأنّ إغلاق طريق الطعن في مثل هذا القرار يؤدي إلى إمكانية أن يتولى مهمة التّحكيم من لا تتوافر فيه الشروط القانونية أو الشروط المتفق عليها بين الطرفين في عقد التحكيم ممّا يؤدي بالأطراف إلى أحد الخيارين التاليين:

- إمّا الإذعان لمن عُين محكماً بشكل لا يتوافق وأحكام القانون أو لا يتوافق وشروط الأطراف في اتفاق التّحكيم والاضطرار لحضور إجراءات التحكيم ممّا يستتج منه القبول بهذا المحكم؛

³⁰⁹- انظر بهذا الشأن المادة (774) من قانون أصول المحاكمات اللبناني، والمادة (5/14) من قانون التحكيم السوري.

³¹⁰- نقض مصري، الطعن رقم 5211 سنة 78، جلسة 2015/2/18.

³¹¹- الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية، أساس، 161 قرار، 9 تاريخ 1995/2/6، الألوسي، المرجع السابق، ص189.

- أو أن يتغيب الخصم المنازع في تعيين المحكمين المسمين بسبب عدم قبوله بمن عين محكماً، ويكون بذلك قد ترك المجال لخصمه لكي ينفرد بإجراءات التحكيم، ويعرض دفعه منفرداً على هيئة التحكيم، مما قد يؤدي لصدور قرار التحكيم لصالحه.

كل ذلك يضطر بالخصوم إلى دفع نفقات التحكيم لمحكم لا تتوافر فيه المؤهلات المتفق عليها بينهم، ثم يضطرون لانتظار انتهاء إجراءات التحكيم ليتمكنوا من الطعن ببطان حكم التحكيم، استناداً إلى أن تشكيل هيئة التحكيم وتعيين المحكمين تم على وجه مخالف للقانون أو لاتفاقهم، وضياح هذا الوقت يلغي الأثر الفعّال الذي من أجله لجأ الأطراف للتحكيم هرباً من إجراءات التقاضي وتعقيداتها وبطئها.

وقد تنبه الاجتهاد القضائي إلى ذلك فأجاز الطعن بقرار تعيين المحكمين في حال مخالفة الإجراءات، أو مخالفة ما اتفق عليه الطرفان، فقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية في قرارها المؤرخ في 2016/6/1، إذ جاء فيه أنه (رغم أن القرار الصادر بتعيين محكم نهائي غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن على ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون التحكيم 27 لسنة 1994، إلا أن مناط إعمال هذه القاعدة ألا يكون هذا القرار - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - قد تم بإجراء مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين وألا تكون المحكمة مصدرته قد خالفت قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي على ما تقضى به المادة 221 من قانون المرافعات فإن وقع القرار مخالفاً لهذا أو ذاك فلا يكون معصوماً من الطعن، وهو ما التزم به قضاء الحكم الطعين، بيد أنه إذ سائر بدوره الحكم الابتدائي في مخالفته قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه).³¹²

³¹² - نقض مصري، الطعن رقم 12549 سنة 85، جلسة 2016/6/1.

وفي قرار آخر لها ذهبت إلى أنه (لا محلّ للقول بأنّ قرار تعيين المحكّم لا يقبل الطعن فيه بأيّ طريق من طرق الطعن عملاً بنصّ المادة 3/17 من قانون التحكيم، إذ متى كان تعيين المحكّم قد تمّ بإجراء مخالف لما نصّ عليه القانون، فإنّه يكون منعداً قانوناً فهو والعدم سواء ولا يرتب أثراً).³¹³

³¹³ - نقض مصري، الطعن رقم 17171، سنة 75، جلسة 20/11/2007.

- الخاتمة:

مما تقدّم تبين لنا انه لم يعدّ من الضروري أن يتم تعيين المحكّمين في اتفاق التحكيم، ويبقى هذا الاتفاق صحيحاً حتّى لو لم يتضمّن أسماء المحكّمين، طالما أنّه تضمّن كيفية تعيينهم، لذلك لا يمكن التخلّل من هذا الاتفاق لخلوه من أسماء المحكّمين، ويمكن للقضاء الوطني أن يتدخل في تعيين هؤلاء المحكّمين إذا لم يحجب الأطراف عنه اختصاصه ويمنحوه لمركز أو هيئة تحكيمية دائمة، وهو ما يفضّله أطراف العقود الدولية غالباً لمنع القضاء الوطني من التدخل في النزاعات الناشئة عن تلك العقود، فإذا انتفى هذا الشرط في اتفاق التحكيم تدخل القضاء الوطني مسانداً التحكيم ومانعاً من عرقلة إجراءاته في حال امتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمه، أو عجز الطرفين عن اختيار هيئة التحكيم، أو عجزهما عن اختيار المحكم الثالث أو المحكم البديل.

وتدخل القضاء الوطني مقيّداً بما اتّفق عليه الأطراف من شروط في اتفاق التحكيم، ولا يحق للقضاء الوطني أن يتدخل في تعيين المحكّمين إلا عند وقوع النزاع بين أطراف هذا الاتفاق. ويشترط قبل أن يلجأ الأطراف إلى القضاء لتعيين المحكّمين أن يحققوا الإجراءات المتفق عليها بينهم، فإذا تأكّد للقاضي ذلك قام بتعيينهم وفق الشروط المتفق عليها بينهم.

ولا يزال الجدل قائماً حول طبيعة التحكيم، وهل هي عقدية أم قضائية؟ فيرى أصحاب نظرية الطبيعة العقدية أن أساس التحكيم هو اتفاق الأطراف على حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، بيد أنه نظراً لهذه الطبيعة فإن الخصوم لا يملكون منح هيئة التحكيم سلطة البت باختصاصها، فضلاً عن تضارب مصالح الأطراف في هذا الشأن؛ مما يخلق صعوبة في منح المحكم أهلية النظر باختصاصه. وينجم عن هذا الرأي أيضاً أن البطلان اللاحق بالعقد الأصلي يمتد إلى شرط التحكيم الذي هو أحد بنوده. وما دامت سلطات المحكم مصدرها اتفاق التحكيم فإن إنكار وجود هذا الاتفاق يستدعي إنكار سلطة المحكم، وحجب سلطته عن النظر في النزاع بمجرد إثارة الدفع بعدم الاختصاص.

أما أنصار الطبيعة القضائية للمهمة التحكيمية فيرون أن هناك سلطة قضائية ممنوحة للمحكم، وأن كون هذه السلطة منبثقة من إرادة الأطراف لا ينزع عنه الصفة القضائية وإمكانية حسم النزاع باستقلالية تامة، وأن الحكم الذي يصدره المحكم أو الهيئة هو من حيث الشكل على صورة حكم

قضائي، ومن حيث الموضوع ينصب على نزاع حقيقي بين أطراف تنازلوا عن حقهم باللجوء إلى القضاء، وقرروا الاحتكام إلى هيئة تتبع الإجراءات القضائية كاملة، وتصدر حكماً قضائياً حقيقياً، وبناءً على ذلك فإن مهمة المحكم تبدأ ذات صفة تعاقدية، وتنتهي ذات صفة قضائية.

وقانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008، ومن قبله القانون المصري رقم 27 لعام 1994، اللذين استقى كلاهما من القانون النموذج الذي أقرته اللجنة القانونية للجمعية العامة للأمم المتحدة أونسيترال (Uncitral) عام 1985 وتعديلاته؛ كلاهما أقر ورسخ هذه الطبيعة المزدوجة للمهمة التحكيمية.

وقد عدّ قانون التحكيم السوري رقم (4) لعام 2008 أحكام التحكيم مبرمة وغير خاضعة لأي طريق من طرق الطعن. ويجوز رفع دعوى بطلان فقط على حكم التحكيم سنداً لأحكام المادة (50) من القانون ذاته.

وقد وجدنا أن اتفاق الأطراف على حسم النزاع بطريق التحكيم، يعبر في فحواه عن نيتهم التي انصرفت إلى رفع يد القضاء الوطني عن النظر فيه، غير أن هذا الأمر لا يمكن تحقيقه بصورة مطلقة، إذ تستوجب بعض النزاعات بطبيعة الحال تدخل القضاء في بعض القضايا الاستثنائية التي نص عليها القانون صراحةً، ويظهر ذلك جلياً في قيامه بتشكيل هيئة التحكيم من خلال تعيين محكم تعنت الطرف المعني في تعيينه أو تعيين المحكم الثالث.

وتدخل القضاء في هذه الحالات يعد بمنزلة دور احتياطي مساند، يهدف إلى ضمان فعالية اتفاق التحكيم، وهو يعتمد مباشرةً على مثابرة أحد الأطراف، إذ لا يجوز للمحكمة المختصة أن تقوم من تلقاء ذاتها بالتدخل، لأن هذا الأمر لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا بد من تقديم طلب أمامها من قبل أحد الأطراف.

وفي نهاية هذا البحث، توصلت إلى جملة من النتائج والمقترحات تتمثل فيما يأتي:

أولاً: - النتائج:

تتمثل النتائج التي توصلت إليها في نهاية هذا البحث بما يأتي:

1. منح المشرع السوري كغيره من المشرعين الحرية لأطراف التحكيم في تشكيل هيئة التحكيم للفصل في النزاع، وأعطى للأطراف الحرية في اختيار المحكم مع وجوب احترام الشروط اللازمة قانوناً في هيئة التحكيم.

2. تتمتع هيئات التحكيم باستقلالية عن السلطة القضائية، وذلك بغية الحفاظ على الدور المحوري الذي تلعبه إرادة الأطراف، والتي تتجه إلى تجنب السلطة القضائية أصلاً، إلا أن هذه الاستقلالية محكومة بالإطار القانوني الذي أجازته المشرع في قانون التحكيم.
3. إن للعملية التحكيمية طبيعة خاصة بها لقيامها على توافق إرادة الأطراف، وهي بذلك تشترط الحد الأدنى من التعاون، وفي حال عدم توافر هذا الحد من التعاون، فلا يمكن لهيئة التحكيم التي لا تتمتع بمميزات السلطة القضائية تجاوز الصعوبات التي تواجهها العملية التحكيمية، لذا كان لا بد من اللجوء للسلطة القضائية لتجاوز هذه الصعوبات.
4. اهتم قانون التحكيم السوري بالمشكلات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، لكنه لم يحدد على نحو دقيق مجال تدخل القاضي المختص في عملية تشكيل هيئة التحكيم، بل التدخل القضائي يكون حسب الحالة والصعوبة التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم.
5. أعطى المشرع السوري صلاحية النظر في طلب رد المحكم إلى المحكمة، وليس إلى هيئة التحكيم، وذلك لتفادي جعل هيئة التحكيم الحكم والخصم في آن واحد، ولكنه اشترط إشعار المحكم المطلوب رده بطلب الرد.
6. عدّ المشرع السوري الإجراءات التي شارك بها المحكم كأن لم تكن في حال ما إذا قررت المحكمة المختصة رد هذا المحكم، وذلك بهدف حفظ حق الدفاع للطرف مقدم طلب الرد.
7. قضى القانون السوري وكذلك القانون النموذجي صراحةً بالحرية الواسعة لأطراف النزاع في تشكيل هيئة التحكيم أو تحديد شروط تعيينهم أو حتى آليات تعيينهم، اعتماداً على أن إرادة الأطراف هي المصدر الأساس في إيجاد التحكيم وفعاليته.
8. ذهب كل من القانون السوري والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي إلى عدّ تدخل القضاء في تعيين المحكمين دوراً احتياطياً مسانداً، يتم اللجوء إليه متى اختلف الأطراف على تعيينهم أو تقاعس أحدهم عن تعيين محكمه.
9. اتفق القانون السوري مع القانون النموذجي على عدّ قرار تعيين المحكمين غير قابل للطعن بأي طريقة من طرق الطعن العادية أو الاستثنائية، بغية عدم تعطيل السير في إجراءات التحكيم.
10. أجاز القانون السوري لطرفي النزاع أو لهيئة التحكيم غير المكتملة في حالة تعيين المحكم الثالث، تقديم طلب تعيينه أمام المحكمة المختصة، بينما القانون النموذجي حصر تقديمه بموجب نص المادة (11/4) بأطراف النزاع دون هيئة التحكيم، غير أنه يجوز لها تقديم مثل هذا الطلب إذا تم الاتفاق على هذه الصلاحية صراحةً.

ثانياً: - المقترحات:

تحقيقاً للهدف من هذا البحث اقترح ما يأتي:

1. أقترح على المشرع السوري تضمين قانون التحكيم نصاً يجيز للمحكمة المختصة في حال اتفق الأطراف على إجراء معين واجب الإلتباع عند تشكيل هيئة التحكيم، وأخل أحدهم في القيام به، أن يتم تشكيل الهيئة من المحكمة بالاستناد إلى ما تم الاتفاق عليه من إجراءات بين الأطراف، وذلك على غرار المادة (4/11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.
2. أتمنى على المشرع السوري تحديد المقصود بعبارة الطرف الأكثر عجلة المحددة في المادة 16 والتي جاء نصها كالاتي: "تتولى المحكمة المعرفة في المادة (3) من هذا القانون تعيين محكم بديل بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة في الحالتين التاليتين:

أ . إذا امتنع المحكم عن مباشرة عمله.

ب . إذا اعتزل المحكم العمل أو قام مانع من مباشرته له أو عزل أو تقرر رده.

3- أتمنى على المشرع السوري تحديد المقصود بعبارة "المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع"، التي وردت في المادة (1/ج) من قانون التحكيم لعام 2008 عندما حدد أن التحكيم التجاري الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلقاً بالتجارة الدولية . ولو جرى داخل سورية وذلك في الأحوال الآتية:

1...، 2...، أ...، ب...

ج . المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

4- اقترح السماح لأطراف النزاع بتقديم طعنهم بقرار تعيين المحكم حالاً موضوع المادة (5/14) من قانون التحكيم، لأن إغلاق طريق الطعن في هذا القرار يؤدي إلى إمكانية أن يتولى مهمة التحكيم من لا تتوافر فيه الشروط المنفق عليها أو الشروط القانونية، ولا داعي إلى انتظار صدور قرار التحكيم عن الهيئة، ومن ثمّ عدم إهدار الوقت والتهرب من تطبيق قرار التحكيم النهائي.

5- أتمنى على المشرع السوري الأخذ بمبدأ تعيين المحكم الاحتياطي كما نصت عليه تشريعات التحكيم الحديثة، ليحل محل المحكم الأصلي عند امتناعه عن إتمام مهمته أو اعتزاله أو عزله أو رده، ويحقق هذا الاتجاه سرعة في الإجراءات وفعالية في التحكيم.

6- أتمنى على المشرع السوري تعديل المادة (1/13) من قانون التحكيم بحيث يمنع المفلس الذي شهر إفلاسه من أن يكون محكماً، كما هو الحال في تشريعات التحكيم الحديثة.

7- أتمنى على المشرع السوري تعديل المادة (1/14 / ج) من قانون التحكيم لجهة المهلة الممنوحة لتسمية كل طرف محكمه، وتسمية المحكم الثالث، لأنها لا تتناسب مع السرعة المطلوبة في إجراءات التحكيم وجعلها 5 أيام بدلاً من 30 يوماً.

8- إن عبارة على وجه السرعة التي أوردها المشرع في المادة (3/14) تعدّ فضفاضة، فالإجراء المعتبر يتعين أن يتم على وجه السرعة لدى هذه المحكمة قد لا يكون كذلك لدى محكمة أخرى، لذا أتمنى على المشرع تحديد المدة التي يجب على المحكمة خلالها تعيين المحكمين بعد دعوة الطرفين، فمثلاً تكون 7 أيام.

9- أتمنى على المشرع السوري إعطاء المحكمة المختصة بمسائل التحكيم سلطة أوسع في تعيين المحكم البديل دون إتباع الإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الأصيل، أو اختصار هذه الإجراءات نظراً لما يسببه اختيار المحكم البديل من بطء في إجراءات التحكيم وإمكانية عرقلتها.

- قائمة المراجع:

أولاً- باللغة العربية:

- 1- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه -أركانه وشروطه -نطاقه، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
- 2- د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الايجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 3- د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، القاهرة، 1965.
- 4- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 5- د. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
- 6- د. أحمد خليل، قواعد التحكيم في القانون اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- 7- د. أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة 1989.
- 8- د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، 1996.
- 9- د. إبراهيم عمر سالم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 10- د. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- 11- د. أبو العلا النمر ود. أحمد قسمت الجداوي، المحكمون، جامعة عين شمس - مصر، 2002.
- 12- د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج12، بدون دار، نشر، بيروت، 2007.
- 13- د. انطوان قسيس، الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم وقواعد الاختصاص القضائي في المنازعات على عقود شركات القطاع العام في سورية، مطبعة الداودي، دمشق بلا تاريخ.
- 14- د. بوقراط احمد، اتفاق التحكيم في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019.
- 15- د. جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 16- د. حسن محمد هند، التحكيم في المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، بدون دار، نشر، 2001.
- 17- د. حفيظة حداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بلا تاريخ.
- 18- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا تاريخ.
- 19- د. حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الحلبي، بيروت 2007.
- 20- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، مصر 2002.
- 21- د. رضا السيد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، 1997.
- 22- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول - اتفاق التحكيم، 1984.
- 23- د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم، الإيمان للطباعة، بلا تاريخ.

- 24- د. شمس مرغني علي، التحكيم في منازعات المشروع العام - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1973.
- 25- المحامي زهير حمدان، الإجراءات في القضايا التحكيمية، دار المرساة للطباعة والنشر، سورية، اللاذقية 2021.
- 26- د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 27- د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، منشأة دار المعارف، الإسكندرية 1998.
- 28- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952.
- 29- عبد الهادي عباس وجهاد هوش، التحكيم: التحكيم الاختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية، الفكر القضائي للنشر، دمشق 1982.
- 30- د. عصام الدين القسبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 31- د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 32- د. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، 1997.
- 33- د. فتحي والي، منازعات التنفيذ - بعض المشكلات العملية في قانون المرافعات، مركز السنهوري للدراسات القانونية، القاهرة، 1993.
- 34- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط2، القاهرة، 1981.
- 35- د. فريجه رمزي بهاء الدين، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري البحري، رسالة دكتوراه - جامعة ابن خلدون، ثيارت، 2022.

- 36- د. فواز صالح، القانون المدني، المصادر الإدارية للالتزام، مطبعة جامعة دمشق، 2021/2020.
- 37- د. مجدي عبد الحميد شعيب، التحكيم في العقود الإدارية-دراسة مقارنة، 1998.
- 38- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 39- محمد شهاب، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، بلا تاريخ.
- 40- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، القاهرة، 2000.
- 41- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط2، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهرة، 1992.
- 42- د. محمود عمر التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، القاهرة، 1994.
- 43- محمود مصطفى ناصف، التحكيم التجاري الدولي، الأكاديمية الدولية للتدريب، 2022
- 44- د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية". ج1- اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- 45- د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى 1998.
- 46- د. ممدوح العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 47- د. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- 48- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- 49- د. نجم الأحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دمشق 2018.

50- د. نزيه نعيم شلالا، وكيل التقليسة والقاضي المشرف، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.

51- د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، القاهرة، 1972.

- المراجع باللغة الفرنسية:

- Matthieu Moreau-Cucchi, La responsabilité civile de l'arbitre, Thèse de doctorat, Université Paris- Saclay, 2021.

- Mohamed El Mehdi NAJIB, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2016.

- رسائل الماجستير والدكتوراه:

1- أحمد الشيخ قاسم، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في القانون السوري والعربي والأجنبي، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، 1994.

2- أرزقي رمضان وكيسوم كاميلية، اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، جامعة مولود معمري، تيزي أوزو، 2018.

3- أسماء مسعودي، المحكم في خصومة التحكيم الدولي، رسالة لنيل ماستر أكاديمي في ميدان حقوق وعلوم سياسية، قاصدي مرباح، قسم القانون، الجزائر، 2014-2015.

4- حدادن طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، قسم القانون، الجزائر، 2012.

5- حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة إمام محمد بوقرة بو مرداس، 2012 - 2013.

6- حمدوني عبد القادر، التحكيم التجاري الدولي وتطبيقاته على ضوء القانون الجزائري، مذكرة ماستر، الجزائر، 2015.

7- خالد أحمد عبد الرحمن عربيات، تشكيل هيئات التحكيم وفقاً لقانون التحكيم الاردني والقانون المقارن، رسالة ماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2005.

8- د. سحر عبد الستار إمام يوسف، دور القاضي في الإثبات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.

9- عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011.

10- محمد رشيد رجا أطرش، دور المحكمة المساند لهيئة التحكيم في التحكيم الدولي والداخلي " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون التجاري، كلية الدراسات العليا - الجامعة العربية الأمريكية، جنين، 2017.

- البحوث والدوريات:

1. أحمد شعبان شاهد، تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي يحكمها، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ع 73، سبتمبر 2020.

2. د. أكثم الخولي، خليات المُحكّم، ورقة عمل مقدمة إلى مجمع تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط، 8 يناير 1989.

3. أمين دواس، دور القضاء النظامي في إجراءات التحكيم في ظل قانوني التحكيم الفلسطيني والأردني " دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، م 5، ع 1، يناير 2008.

4. بوعبيد عباسي، مظاهر دعم القضاء للتحكيم التجاري الداخلي في القانون المغربي، مجلة محاكمة، ع 13، 2017.

5. د. حسن عبد الباسط جميعي، انعقاد خصومة التحكيم، ورقة عمل مقدمة للدورة المتعمقة لإعداد المُحكّم، والتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس في الفترة من 9/22 - 2001/10/3.

6. خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، بحث في الندوة المشتركة بين المجلس الأعلى للتحكيم في المغرب، مركز النشر والتوثيق القضائي المغربي، العدد 7، سنة 2005.
7. رضوان عبيدات، تشكيل هيئة التحكيم التجاري وفق أحكام قانون التحكيم الأردني والمقارن، دراسات - علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، مج 35، ع 1، 2008.
8. سعد بن سعيد ذيابي، دور القضاء الوطني في تسيير إجراءات التحكيم التجاري " دراسة مقارنة"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق - جامعة المنصورة، ع 65، 2018.
9. سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، بحث مقدم إلى دورة إعداد المحكمين العرب الدوليين، الدقي، الجيزة، 2007.
10. عبد الحكيم محسن عطروش، اختيار هيئة التحكيم وردها في قانون التحكيم اليمني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، الجامعة الإسلامية بغزة، مج 28، ع 2، 2020.
11. عوض الكريم أحمد مساعد، الدور الرقابي والمساعد للقضاء في التحكيم، مجلة العدل، س 16، ع 42، 2014.
12. فاطمة حماني، سلطة القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع 39، 2018.
13. فايز نعيم رضوان، تشكيل هيئة التحكيم: دراسة مقارنة بين التشريعات ولوائح التحكيم في مراكز التحكيم التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، مج 19، ع 2، 2011.
14. د. فريد فنري، الشروط الشكلية والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم دورة إعداد المحكم الدولي، كلية الحقوق بجامعة حلب، سنة 2008.
15. مباركة حنان كركوري، دور القاضي الوطني في مجال الخصومة التحكيمية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 17، 2018.

16. مجدي عبد الحميد شعيب، إنشاء هيئة التحكيم الإداري بين إرادة الأطراف ومعاونة القضاء: دراسة تحليلية للمشاكل العملية المتعلقة بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الإداري في فرنسا ومصر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مج 39، ع 4، 2015.
17. د. محمود سمير الشرقاوي، مقارنة بين قانون التحكيم السوري الجديد وقانون التحكيم المصري، بحث منشور في مجلة التحكيم، العدد الثالث، 2009.
18. محمود محمود مغربي، مدى تحرر إرادة المتحكّمين في حرية اختيار المحكمين، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، ع 1، 2014.
19. معمرو بوموسكي، ضمانات تشكيل الهيئة التحكيمية، مجلة القضاء المدني، س 3، ع 5، 2021.
20. معمرو بومكوسي، دور القضاء في التحكيم، منشورات مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث، ع 2، 2013.
21. المستشار نبيل عمران، قواعد رد المُحكّمين في القانون المصري، ورقة عمل مقدمة للدورة المتخصصة لإعداد المُحكّم الدولي، والتي نظمها مركز تحكيم اتحاد المحامين الدولي والأفارقة، القاهرة من 11 إلى 15/12/2004.
22. نور الدين زرقون، الدور المساعد للقاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي: دراسة حالة المساعدة في تعيين المحكمين، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ع 12، 2015.
23. نجلاء فليح، دور القضاء المساند في تشكيل هيئة التحكيم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور بالجفلة، مج 13، ع 1، 2020.
24. هيو علي حسين، التحكيم قضاءً أصيلاً للمنازعات التجارية، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة السليمانية، الإصدار 16، ع 5، 2016.
25. يوسف شندي، نظرة على تشكيل هيئة التحكيم في القانون الفلسطيني: دراسة تحليلية نقدية مقارنة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة القدس، كلية الحقوق - القدس، ع 5، 2020.

- القوانين:

- قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.
- قانون أصول المحاكمات الفرنسي الصادر بالمرسوم المؤرخ في 14/5/1980 وتعديلاته لعام 2011.
- قانون أصول محاكمات اللبناني رقم 90 لعام 1983 المعدل بالمرسوم رقم 20 لعام 1985.
- قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام 2010 وتعديلاتها.
- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 18/4/1994، متوفر على الموقع الإلكتروني التالي:
<https://justice-academy.com/egyptian-arbitration-law>
- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 وتعديلاته، متوفر على الموقع الإلكتروني الي:
<http://www.icacn.org/rules-3042-html>



**Syrian Arab Republic
Damascus university
collage of rights
Private Law Department**

The role of the judiciary the formation of the arbitral In tribunal

A comparative study

**A dissertation submitted to obtain a master's
degree
In private law**

**student preparation
Bashar Sobeih Al-Mutlaq**

**Supervisor
a . Dr . Fawaz Saleh
Professor in the Department of Private Law
Faculty of Law - Damascus University**

2024
