



دور المحكمة في عملية التحكيم

دراسة تحليلية مقارنة لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000

Role of The Court in The Arbitration Process

A Comparative Analytical Study of The Palestinian Arbitration Law NO
(3) for the year 2000

إعداد الباحث

معاذ إبراهيم حسين اللحام

إشراف الدكتور

خالد التلاحمة

قدمت هذه الدراسة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون من كلية

الحقوق و الإدارة العامة / جامعة بيرزيت - فلسطين

العام الدراسي 2010



دور المحكمة في عملية التحكيم

دراسة تحليلية مقارنة لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000

Role of the Court in The Arbitration Process

A Comparative Analytical Study of The Palestinian Arbitration Law NO
(3) for the year 2000

إعداد الباحث

معاذ إبراهيم حسين اللحام

إشراف الدكتور

خالد التلاحمة

نوقشت هذه الرسالة و أجزيت بتاريخ 09/06/2010

لجنة المناقشة:

1- الدكتور خالد التلاحمة رئيساً

2- الأستاذ الدكتور أمين دواس عضواً

3- الدكتور يوسف شندي عضواً

-شكر و تقدير-

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد الحمد لله والثناء عليه، فإنني أتقدم بوافر الشكر والامتنان لكل من ساهم وقدم لي العون في إعداد هذه الرسالة بطريق مباشر أو غير مباشر وأخص بالذكر الدكتور خالد التلاحمة لما قدمه لي من دعم متواصل طيلة فترة إعداد هذه الرسالة.

.....

كما وأتقدم بوافر الشكر والتقدير إلى الطاقم الإداري والأكاديمي في كلية الحقوق والإدارة العامة لما لهم من دور فاعل خلال مسيرتي الأكاديمية.

إهداء

إلى أعز الناس على قلبي،،،

إلى قنديل حياتي..... إلى من علمتني الحنان بل هي الحنان
ذاته..... إلى صاحبة فنجان القهوة المقدس..... إلى صاحبة العطاء
الذي لا ينضب..... إلى أول الحب و آخر الحب..... أمي العزيزة
أطال الله بقائها.

إلى نبراس حياتي..... سر سعادتي... إلى من علمني معنى الحرية و
العلم..... إلى الذي تعجز عن وصفه الكلمات، الذي مهما قلت فيه
فلن أوفيه جزءاً بسيطاً مما قدمه..... أبي العزيز أطال الله بقاءه.

إلى أخوتي و أخواتي حفظهم الله.

((ربي اغفر لي و لوالدي، ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا))

إلى الأكرم منا جميعاً..... إلى الأحياء الذين عند ربهم يرزقون..... إلى
من مات وقوفاً كالأشجار..... إلى من أثار لنا درب الحرية..... إلى من
روى بدمائه المقدسة أرض فلسطين وزيتونها المقدس..... شهدائنا
الأبرار رحمهم الله رحمة واسعة.

إلى أسرى الحرية..... إلى أشرف الشرفاء..... أوفى الأوفياء.....
أسرانا البواسل فك الله أسرهم.

إلى جبابرة الأرض..... جرحانا البواسل اللهم إشفهم شفاه لا يغادر
سقمًا.

إلى سيدة الأرض..... أم البدايات..... أم النهايات..... إلى التي عليها
ما يستحق الحياة..... فلسطين الحبيبة.

ملخص الرسالة

تناولت هذه الدراسة دور المحكمة في التحكيم بموجب قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، هذا الموضوع الذي اصبح يشكل نقطة وركيزة شبه رئيسية لحل الخلافات والنزاعات خارج اطار القضاء النظامي، ولعل أهمية هذا الموضوع تبرز في ضوء السعي المتنامي من قبل الأفراد والمؤسسات والجماعات في اللجوء الى هذه الوسيلة لحل النزاعات لما تتميز به من خصائص تتعكس بمجملها الى مصلحة الافراد والجماعات وخصوصاً على المستوى الدولي كما اتضح لنا من خلال هذه الدراسة، ويعتبر دور المحكمة في التحكيم أنه دور إشرافي ومساعد ومعاون لهيئة التحكيم في جميع مراحل العملية التحكيمية، والذي بدوره أدى إلى سيادة مبدأ العلاقة التكاملية -ان صح القول- ما بين القضاء والتحكيم، والذي ضمن بمحصلته فاعليه نظام التحكيم.

وقد قامت هذه الرسالة على دراسة تحليلية مقارنة اعتمدت في الأساس على قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 منطلقة إلى بعض القوانين العربية والإتفاقات الدولية ذات العلاقة والإختصاص.

وقد عالجت هذه الدراسة موضوع دور المحكمة في عملية التحكيم من خلال تقسيمها إلى فصلين رئيسيين تضمن كل فصل منهما على ثلاثة مباحث تفرع منها مجموعة من المطالب

والأفرع حاولنا من خلالها تغطية جميع المحطات التي نتدخل بها المحكمة في عملية التحكيم بالإضافة إلى إثارة وبحث مجموع الإشكالات والقصور المتعلق بها، حيث بدأ لنا واضحاً أن للمحكمة دور في معظم مراحل العملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى انتهاءها، وفي الواقع وبالرغم من حداثة النسبية لقانون التحكيم الفلسطيني إلا أن هنالك العديد من أوجه القصور والضعف التي أحاطت بتنظيم الإستثناءات المتعلقة بدور القضاء في التحكيم التي بموجبها تشكل إشكالاتاً قضائياً وفقهياً والتي حاولنا وضع حلول قانونية وعملية يمكن أن تسعف المشتغلين بالقانون بشكل عام في حال واجهتهم إحدى الإستثناءات التي غفل المشرع الفلسطيني عن ذكرها أو معالجتها.

وإنطلاقاً من أوجه القصور والضعف التي أحاطت بتنظيم الإستثناءات التي تسمح بتدخل المحكمة في عملية التحكيم بموجب قانون التحكيم الفلسطيني، فقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النقاط الهامة بالإضافة إلى مجموعة من التوصيات تم ذكرها في خاتمة هذه الدراسة.

Abstract

This study has dealt with the role of the court in arbitration in accordance with the Palestinian Arbitration law number (3) for the year 2000, This subject matter has become almost a main basis for the settlement of disputes and differences outside the framework of the official court ruling. Probably the significance of this subject matter emanates from the incessant Endeavour exerted by individuals , institutions and groups to recourse to this means to settle disputes mainly because of the characteristics it has. These characteristics are in their entirety in the interest of individuals and groups, particularly at the international level as has this study revealed.

The role of the court is looked at as supervisory , auxiliary and assistant to the board of arbitration in all stages of the arbitration process, which has led the dominance between court ruling and arbitration and which in turn has guaranteed as result the efficiency of the arbitration system.

This dissertation took as its basis a comparative , analytical study based on the Palestinian law of Arbitration number 3 for the year 2000 embracing some relevant competent Arab laws and international conventions.

This study has tackled the role of court in the arbitration process via dividing it into two main chapters, each of which comprised three themes. These were also divided to cover all the points in which the court would intervene on the arbitration process –in addition- to all problems and inadequacies pertaining to them, it has been obvious that the court has a role in most of the stages of the arbitration process from the beginning to the end. In fact, and despite the relative recency of the Palestinian law of arbitration, there are several aspects of inadequacy and weakness which have encompassed the legislation of the exceptions pertaining to the role

of the court in arbitration. These aspects have also resulted in judiciary problems for which this study has attempted to suggest legal and practical solutions that might assist those working in the field in general in case they are confronted by these exceptions that have not been mentioned or treated by the Palestinian legislator.

In light of the above aspects of inadequacy and weakness , this study came up with a number of conclusions and recommendations which have been mentioned in the concluding part of this study.

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع	التصنيف
1		مقدمة
13	دور المحكمة السابق على السير في عملية التحكيم	الفصل الأول
14	دور المحكمة بشأن إتفاق التحكيم	المبحث الأول
16	دور المحكمة بشأن الدفع بإتفاق التحكيم	المطلب الأول
22	دور المحكمة بشأن التمسك ببطلان إتفاق التحكيم ودوره في تفسير إتفاق التحكيم وتكييفه	المطلب الثاني
35	دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم	المبحث الثاني
50	دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم قبل مباشرة النظر في النزاع	المطلب الأول
60	دور المحكمة الإستكمالي في تشكيل هيئة التحكيم	المطلب الثاني
66	دور المحكمة المختصة في رد هيئة التحكيم	المبحث الثالث
74	الجهة المختصة بتلقي طلب الرد	المطلب الأول
84	اثر الحكم الصادر من المحكمة المختصة بطلب الرد على إتفاق التحكيم	المطلب الثاني
88	دور المحكمة اللاحق على تشكيل هيئة التحكيم	الفصل الثاني
89	دور المحكمة في الإثبات	المبحث الأول
91	دور المحكمة فيما يتعلق بالزام الخصم تقديم مستند تحت يده	المطلب الأول
101	دور المحكمة في شهادة الشهود (أعمال الشهادة)	المطلب الثاني
112	دور المحكمة فيما يتعلق بالمعاينة وأعمال الخبرة	المطلب الثالث
118	أدلة إثبات أخرى	المطلب الرابع
124	دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية والإجراءات الوقتية أو التحفظية	المبحث الثاني
124	دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية	المطلب الأول
136	دور المحكمة بشأن اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية	المطلب الثاني
155	دور المحكمة المختصة الرقابي على قرار التحكيم	المبحث الثالث
156	دور المحكمة في تفسير وتصحيح قرار التحكيم	المطلب الأول
171	دور المحكمة في الطعن بقرار هيئة التحكيم	المطلب الثاني
181	دور المحكمة في الاعتراف و إصدار أمر بتنفيذ قرار	المطلب الثالث

	التحكيم	
186		الخاتمة
191		قائمة المراجع

مقدمة

إن نظام الحكم في الدولة الحديثة يقوم على سلطات رسمية ثلاث، حيث تقوم كل سلطة من هذه السلطات بوظيفة أساسية تساهم بدورها بتحريك وسير عجلة الحياة فيها، وتتضافر جهود هذه السلطات معاً لتوفير مزيداً من التقدم والنظام والرفاهية والأمن لمواطني الدولة، وهذه السلطات هي السلطة التشريعية والتنفيذية (ممثلة بالحكومة) والسلطة القضائية.

والأصل أن القضاء - وهو مظهر من مظاهر السيادة للدولة الحديثة وإحدى السلطات الرئيسية فيها- لا يمارس إلا من قبل الهيئات القضائية المختصة لذلك والتابعة للدولة، وإذا كانت ولاية الفصل في الخصومات معقودة أساساً للسلطة القضائية، إلا أن معظم النظم القانونية وعلى إختلافها، قد أجازت للأفراد -الخروج عن الأصل والمألوف- بإمكانية إتفاقهم على إخراج بعض منازعاتهم من دائرة القضاء النظامي للدولة وعهداها إلى هيئة تحكيم للفصل فيها، يتم إختيارها لهذه الغاية، وبذلك فقد اعترفت الدولة الحديثة لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية، بسلطة الفصل في بعض المنازعات التي تدخل أصلاً في ولاية القضاء العام فيها.

يعد التحكيم طريقاً استثنائياً لفض الخصومات¹، فهو من الوسائل البديلة لفض النزاع²، و يطلق على هذه الوسائل (ADR (Alternative Disputes Resolution)³، وهي عبارة عن وسائل أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المنازعات خارج نطاق المحاكم أو الهيئات القضائية، وبذلك فإنه عندما يتم الإتفاق ما بين الطرفين على حل نزاعهما بالتحكيم، فإنهما يقصدان في الواقع إقصاء قضاء الدولة النظامي عن النظر في النزاع، مع إلتزامهم بطرح النزاع الذي نشأ بينهما على هيئة تحكيم، التي تتكون بدورها من

¹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2923/2002)، بتاريخ 20/01/2003، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. و انظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2537/2004، مرجع سابق و أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 23/1993، بتاريخ 28/03/1993، المنشور على الصفحة 2250 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين رقم 9 بتاريخ 1/1/1994.

² ذهب البعض إلى القول (موقع طلاب كلية الحقوق في الاردن، أحمد أنور ناجي، زيارة بتاريخ 14-07-2008 الساعة 2:00 ظهرا http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?t=2808، منتدى الأستشارات القانونية وحلول القضايا القانونية زيارة بتاريخ 22-07-2008 الساعة 04:00 عصرا، http://www.durbah.com/vb/t53646.html) أن هذه الوسائل لم تعد بديلة لفض المنازعات، بل أصبحت أصيلة، وذلك بسبب إزدياد ظاهرة اللجوء إلى هذه الوسائل في الوقت الحاضر حيث حولها ذلك في كثير من الأحيان إلى وسائل أصيلة يلجأ لها الأطراف ابتداءً. و نحن نعتقد أن هذه الوسائل تبقى بديلة عن القضاء و يبقى القضاء هو الأصل ذلك أنه يشكل أساس التقاضي قانوناً كما يمتلك عنصر الإلزام أولاً و أخيراً.

³ و من هذه الوسائل أيضاً التفاوض Negotiation، الوساطة Mediation، التقييم الحيادي المبكر Neutral Evaluation.

محكم أو أكثر ليتم الفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، بذلك فإنه يمكننا القول بأن أساس التحكيم هو قانون الإرادة⁴.

يتميز التحكيم بمجموعة من الخصائص ساهمت في تطوره وازدهاره وتقدمه على الوسائل الأخرى ومنها السرعة في حسم النزاع وسريته وغيرها من الخصائص الأخرى التي يتميز بها التحكيم، ولابد لنا من الإشارة إلى العلاقة الطردية ما بين تطور التحكيم وما بين التطورات الاقتصادية الحديثة خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام السوق الحر⁵، حيث زادت معدلات التجارة واتسع نشاطها وأسواقها، مما سبب بالنتيجة زيادة في المنازعات المتعلقة بهذه العمليات التجارية والتي بدورها تتطلب وسيلة قضائية مميزة لفضها، ومن المتفق عليه فقهاً بشكل واسع أن التحكيم من أهم هذه الوسائل -إذا لم يكن أهمها على الإطلاق- التي يرغب المتعاملون في التجارة الدولية اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملاتهم، حيث تكاد معظم العقود الدولية تحمل شرطاً يوجب اللجوء إلى التحكيم في حال حصل نزاع أو خلاف يتعلق بتفسير أو تنفيذ هذه العقود⁶، ولا نقتل هنا من أهمية التحكيم في التجارة والعقود المحلية، خصوصاً أنه يزداد اللجوء إلى التحكيم بشكل أوسع وبشكل متسارع في الوقت الحالي.

⁴ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 3. و للمزيد حول تاريخ نشوء التحكيم والجدل المتعلق به أنظر حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2007، ص 5-8. عبد الحميد الأحنوب، التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول، نوفل للنشر، دون سنة نشر، ص 19 و ما بعد، مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص 17-32. محمود عمر السيد التحتوي، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص 7-26. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2004، ص 143-151. ⁵ أخذ المشرع الفلسطيني بنظام السوق الحر، حيث نصت المادة 21/1 من القانون الأساسي الفلسطيني على أنه "يقوم النظام الاقتصادي في فلسطين على أساس مبادئ الإقتصاد الحر. و يجوز للسلطة التنفيذية إنشاء شركات عامة تنظم بقانون". و للمزيد حول العلاقة الطردية بين تطور التجارة الدولية و تطور التحكيم إضافة إلى ميزات التحكيم الدولي أنظر فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 5-16-17 و ما بعد. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، دون دار نشر، غزة/ فلسطين، 2001، ص 3-5-6، حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 9-28، مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 7. أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 1-13. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارنة، مرجع سابق، ص 121-123-126. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين و قيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، 1999، ص 10-16، عبد الحميد الشواربي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية 2000، ص 20-22، هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مزاياه و أمراضه)، من دون دار نشر، 2004، ص 32-102. Jean M. Wenger, Update to International Arbitration: Locating The . Resources, No 1 Introduction 17 September 2001 www.llrx.com/features/Arbitration 2.htm . Bernardo, M. Cremades The Impact of International Arbitration on the Development of Business Law. The ... American Journal Of Comparative Law, Vol. 31, November, 3. Summer 1983, p. 526 ⁶ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد و الإتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2006، ص 5

بذلك فالتحكيم هو إتفاق يتعهد بموجبه أطراف النزاع طرح نزاعهم على شخص معين أو أكثر للفصل فيه ويطلق عليهم أسم (محكم أو محكمين) دون اللجوء إلى القضاء أو المحكمة المختصة، وقد تعددت التعريفات الخاصة بالتحكيم، سواء تلك التعريفات التي أوردها الفقه والقضاء أم تلك التعريفات التي وضعها المشرعون في متن القوانين التحكيمية⁷، وبالرغم من تعدد التعريفات التي وضعت للتحكيم ومحاولة بعض الفقهاء والشراح إلى تقسيمها حسب مصدرها من تشريع وفقه وقضاء، إلا أنه من الممكن القول أن هذه التعريفات تكاد تحمل نفس المضمون⁸، وقد عرّف قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 التحكيم أنه "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه و ذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه"⁹، وأوضحت المقصود بهيئة التحكيم بقولها أنه "شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع"، وقد تطرقت مجلة الأحكام العدلية¹⁰ إلى تعريف التحكيم في المادة (1790) بقولها "التحكيم هو عبارة عن إتخاذ الخصمين حكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواهما"، وبرأينا كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني عدم وضع تعريف للتحكيم كون أن هذا التعريف وغيره من التعاريف التي وضعت في متن القوانين والتي قالها الفقه لا يمكن أن تحوي جميع خصائص التحكيم وفقاً للفقه والتشريع المقارنين ولهذا نجد أن معظم القوانين وتشريعات التحكيم لم تضع تعريفاً له وذلك لصعوبة وضع تعريف شامل¹¹. وقد يكون الإتفاق التحكيمي شرطاً تحكيمياً أم مشاركة¹²، هذا و يجب أن يكون

⁷ أوردت بعض القوانين صراحة تعريف التحكيم مثل قانون التحكيم الفلسطيني و مجلة الأحكام العدلية العثمانية السارية في فلسطين بنص المادة (1790)، ومنها من ترك التعريف للفقه أو القضاء مع الإكتفاء إلى الإشارة إلى عناصر التحكيم مثل قانون التحكيم المصري في المادة (10).

⁸ للمزيد حول تعريف التحكيم أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارنة، مرجع سابق، ص 18-19، مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999، ص 5. هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 31-82. محمود عمر السيد التحتوي، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، مرجع سابق، ص 34-55. مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 33-41. ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق ص 2، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 13-15. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ص 17 و ما بعد. أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 223-226. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارنة، مرجع سابق، ص 235-244. أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006، ص 199-203.

⁹ المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، منشور في العدد الثالث و الثلاثون من الوقائع الفلسطينية، الصفحة 5.

¹⁰ مجلة الأحكام العدلية العثمانية، سارية في فلسطين، المادة (1790).

¹¹ حول ذلك أنظر هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 69-75.

¹² و يكون شرطاً تحكيمياً إذا ورد في متن العقد أي قبل قيام النزاع، و يكون مشاركة إذا تم الإتفاق على التحكيم في إتفاق منفصل عن الإتفاق الأصلي بحيث يكون الإتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع، كما يمكن أن يكون مشاركة في حال تم في إتفاق منفصل قبل أن يثور النزاع. وقد نصت المادة (5/1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 أن "إتفاق التحكيم هو إتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، و يجوز أن يكون إتفاق

الإتفاق التحكيمي (في حال كان مشاركة) مبيناً على وجه الدقة موضوع النزاع بشكل تنتفي معه الجهالة

الفاحشة وإلا فإن التحكيم يكون باطلاً¹³، يضاف إلى ذلك أنه يمكن أن يكون الإتفاق التحكيمي على

منازعات محتملة وغير محددة في حالة كان في صورة شرط تحكيمي¹⁴.

وبموجب قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 فإن التحكيم يأخذ شكلين أو منحيين اثنين، فقد

يكون التحكيم بالقانون كما قد يكون عن طريق التفويض بالصلح¹⁵، كما أن التحكيم في فلسطين قد يكون

محبياً، وقد يكون دولياً، كما قد يكون أجنبياً¹⁶.

وعلى الرغم مما تقدم من حيث أن التحكيم يتم بإرادة أطرافه بعيداً عن قضاء الدولة النظامي كأصل

عام، الذي أدى بدوره إلى سيادة مبدأ استقلال هيئة التحكيم¹⁷، إلا أن هذا المبدأ لا يمكن أخذه على

التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو إتفاق منفصل". أنظر أيضاً سيد أحمد محمود، نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين التشريعات الإسلامية والقانون الوضعي الكويتي"، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص 56-57.
¹³ نقض مدني فلسطيني، رقم 70/2005 صادر بتاريخ 14/1/2006، جاء في متن القرار المذكور "أن ما توصلت إليه المحكمة الإستئنافية في قرارها محل الطعن واقع في محله و يتفق و أحكام القانون التي أوجبت أن تكون مشاركة التحكيم بخصوص موضوع النزاع واضحة جلية و نافية لكل جهالة". عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية و المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية منذ نشأتها حتى تاريخ 31/12/2006، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2007، ص 127-130. مشار إليه أيضاً د. أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مادة تدريبية مقدمة في ورشة تدريبية لنقابة المحامين الفلسطينيين، شباط - نيسان 2007، ص 1. و موجود على قاعدة الأحكام و التشريعات (المقتفي) منظومة القضاء و التشريع في فلسطين، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت.

¹⁴ أنظر المادة (5/4) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، حيث جاء بنصها "إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الإتفاق موضوع النزاع و إلا كان باطلاً". محمود عمر السيد التحتوي، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، مرجع سابق، ص 32. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 338-341.

¹⁵ ولعل الفرق الجوهرى بين التحكيم بالقانون و التحكيم بالصلح يتمثل في كون تقييد المحكم في النوع الأول بتطبيق القواعد الإجرائية و الموضوعية للقانون الذي يحكم النزاع، فيما يعفى المحكم بموجب النوع الثاني من ذلك و يفصل في النزاع وفق قواعد العدالة حتى لو خالف قواعد القانون الذي يحكم النزاع إلا ما تعلق منها بالنظام العام. (للمزيد أنظر د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإيجاري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2001، ص 178 و ما بعد. علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 7-8. د. مهنا أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 47-48. د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء، مرجع سابق، ص 24-25) ووفقاً للمادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 فإنه "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً للعدالة، و يجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع"، و في حال تمت تسوية النزاع قبل صدور قرار التحكيم بإتفاق الأطراف فعندئذ تصادق هيئة التحكيم على هذه التسوية و يعتبر قراراً صادراً عنها و يترتب على ذلك أن هذا القرار يكون بمثابة سند تنفيذي (أنظر المادة 37 من قانون التحكيم الفلسطيني المشار إليه). و قد جاء القانون الكويتي (قانون المرافعات المدنية و التجارية) رقم 38 لسنة 1980 مخالفاً في ذلك القانون الفلسطيني حيث نصت المادة (176) منه على أنه "لا يجوز التفويض للمحكمن بالصلح و لا الحكم منهم بصفتهن محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الإتفاق على التحكيم".

¹⁶ وضعت المادة 3 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 هذه التقسيمات مع وضع مجموعة معايير تخص كل نوع منها لتمييزه عن الآخر، حيث نصت على أنه " يكون التحكيم أولاً محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية و كان يجري في فلسطين و يكون ثانياً دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الإقتصادية أو التجارية أو المدنية و ذلك في الأحوال الآتية: 1- إذا كانت المراكز الرئيسية لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام إتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بإتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد 2- إذا كان موضوع النزاع الذي يشملته إتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة 3- إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام إتفاق التحكيم و كان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى: أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه إتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الإلتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية أو التعاقدية بين الأطراف ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع. و يكون ثالثاً التحكيم أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين".

¹⁷ نصت المادة الخامسة من قانون الأونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي أعتمدت في عام 2006، على أنه " في المسائل التي ينظمها هذا القانون، لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوصاً على ذلك في هذا القانون".

إطلاقه حيث أن معظم تشريعات التحكيم - ومنها قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 - ذهبت إلى فتح الباب أمام القضاء النظامي لمد يد المساعدة لهيئة التحكيم والأطراف سواءً منذ بدايته أم خلال السير في إجراءاته وحتى بعد صدور القرار التحكيمي (ولا نغالي إذ قلنا في جميع المراحل التحكيمية حتى قبل بدايته كما سنرى لاحقاً من هذا البحث)، بحيث يحترم مبدأ سلطان الإرادة ويغطي كافة آثاره التعاقدية الملزمة، بذلك لم يبقى دور المحكمة قاصراً على مراقبة عملية التحكيم، بل امتد ليشمل السهر على إنفاذ وإنفاذ وتفصيل إتفاق التحكيم ومد يد المساعدة إليه، وإن كانت هذه التشريعات قد تفاوتت نسبياً بالمدى الممنوح للقضاء للتدخل في العملية التحكيمية.

يتضح أن العلاقة ما بين التحكيم و القضاء هي علاقة تكاملية تهدف بالأساس إلى ضمان حسن سير عملية التحكيم وإبقائها في مسارها الصحيح على نحو يتم به الوصول إلى الغاية من اللجوء إلى التحكيم وهي إصدار قرار تحكيمي وتصديقه وتنفيذه على وجه ملزم يوصل به الحق إلى صاحبه، وبذلك يصدق القول بأن التحكيم جهة قضاء ينظمها القانون¹⁸.

تعد إجراءات التحكيم من أهم المسائل التي تواجه عملية التحكيم، فهي بمثابة العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم والسياج الذي يضمن شرعيته، إضافة إلى أنها خط المسير الخاص بعملية التحكيم حتى الوصول إلى قرار تحكيمي صحيح ونافذ منهي للنزاع والخسومة، ويترتب على عدم مراعاة هذه الإجراءات أو مخالفتها بطلان الحكم ورفض الإعراف به أو تنفيذه، من هنا تبرز ضرورة المراعاة الدقيقة لإجراءات التحكيم¹⁹، إذ أن التحكيم يتم بثلاث مراحل، الأولى ولادة عملية التحكيم التي تبدأ منذ إحالة النزاع والبدء بتشكيل هيئة التحكيم، والثانية حياة عملية التحكيم التي تتمثل بإجراءاته، والثالثة والأخيرة إنتهاء عملية التحكيم التي تتمثل في إصداره القرار التحكيمي و تنفيذه.

¹⁸ أمين دؤاس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 3.
¹⁹ نصت المادة 43/6 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

والإجراء "هو العمل القانوني الذي يكون جزء من الخصومة وتترتب عليه بصفة مباشرة آثار إجرائية"²⁰، أو هو "مجموعة الأعمال الإجرائية التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم"²¹، وهو "مجموعة الأعمال الإجرائية المتتابعة التي تستهدف الحصول على حكم من هيئة التحكيم يفصل في النزاع القائم بين طرفي التحكيم"²².

ويثور تساؤل على قدر من الأهمية يتعلق بوقت بدء إجراءات التحكيم؟ وتتجلى أهمية تحديد وقت بدء الإجراءات في تحقيق ميزة السرعة التي يمتاز بها التحكيم²³، والتي بدورها ساهمت بشكل رئيسي في ازدهاره²⁴، إضافة إلى احتساب المدد المتعلقة بالطلبات والإخطارات والردود والمهل، إضافة إلى أن تحديد وقت بدء الإجراءات يساهم في تحديد سريان الفوائد التأخيرية أو قطع التقادم، وأخيراً فإن تحديد موعد بدء الإجراءات يؤثر بأهميته عند القيام ببعض الإجراءات في القضية التحكيمية وما يترتب عليها من احتساب مواعيد، مثل تسليم مستندات، وتبادل المذكرات وإبداء أي من الدفوع، وأخيراً إغلاق باب المرافعة²⁵، وفي هذا الصدد لم يحدد قانون التحكيم الفلسطيني بشكل مباشر وصريح وقت بدء الإجراءات واكتفى بالنص بموجب المادة (20) منه على أنه "تباشر هيئة التحكيم عملها فور احالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف"، ويلاحظ على هذا النص أنه أولاً لم يعطي أي دور للأطراف في الإتفاق على تحديد موعد بدء الإجراءات (بالرغم من أنه أعطى الأطراف حرية الإتفاق على ميعاد منتهي للخصومة "م 38/1")، في الوقت الذي يكون فيه أطراف التحكيم أعلم بمصالحهم في

²⁰ محمد سليم العوا، إجراءات التحكيم في القانون المصري، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001، بند 1، ص 8. نقلاً عن

مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 95.

²¹ مكتبة المدونة القانونية، law_A.Bouhlala، بتاريخ 18-04-2009 الساعة 12:00 مساءً http://sciencesjuridiques.blogspot.com/2009/05/blog-post_31.htm

<http://www.4shared.com/file/49232546/6b8d78d6>

²² مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 614 .

²³ ونحن نرى أنه إضافة إلى تحقيق ميزة السرعة فإن أهمية تحديد وقت بدء الإجراءات تتجلى في بدئ احتساب المدة المتفق عليها من قبل أطراف النزاع لإصدار القرار التحكيمي (إذا كان للأطراف حق في ذلك)، أو المدة التي حددها المشرع للمحكمن لإصدار القرار التحكيمي، أنظر المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁴ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 95.

²⁵ أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 186-187، و أنظر مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 108. و يقول بريري في هذا الصدد "كالإتفاق على تسليم مستندات خلال شهر من بدء التحكيم، أو أن تصدر هيئة التحكيم قراراً بتحديد مدة شهرين أو أكثر لتبادل المذكرات على أن تحتسب هذه المدة من تاريخ بدء الإجراء"، نفس المرجع، ص 108.

هذه الناحية، حيث يمكنهم الإتفاق على موعد معين لتهيئة أوضاعهم وأعمالهم وأوقاتهم لعملية التحكيم (كون أساس عملية التحكيم إرادة الأطراف)، ويؤخذ على هذا النص ثانياً عدم تحديده لموعد بدئ الإجراءات بشكل مباشر وواضح، ولعل المشرع المصري والأردني والتونسي وقانون اليونسترال كانوا موقفين أكثر في تحديد هذا الوقت، حيث نصت المادة (27) من قانون التحكيم المصري على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر"،²⁶ وبالرغم من التفاوت النسبي بين هذه القوانين في وقت بدء إجراءات التحكيم إلا أنها حددت موعداً محدداً ومباشراً لبدء الإجراءات كما لاحظنا، إضافة إلى منح إرادة الأطراف الصادرة في تحديد موعد بدئ إجراءات التحكيم.²⁷

ومن جانب آخر فإن وقت إنتهاء إجراءات التحكيم لا يقل أهمية عن وقت بدء الإجراءات (خصوصاً فيما يتعلق بميزة السرعة إضافة إلى الجزئية الخاصة بالمدد خصوصاً تلك المتعلقة بالطعن في قرار التحكيم)²⁸، ويتمثل وقت إنتهاء الإجراءات بشكل عام بصدور القرار التحكيمي المنهي للنزاع والخصومة²⁹، ويؤخذ على المشرع الفلسطيني أنه لم يذكر صراحةً ميعاد إنتهاء الإجراءات، بالرغم من الإشارة إليه في المادة (38) فيما يتعلق بصدور القرار التحكيمي، كما لم ينص بشكل مباشر على إعطاء سلطة لهيئة التحكيم في إنهاء الإجراءات في أحوال معينة، كما فعل المشرع المصري والمشرع الأردني وقواعد الاونسترال³⁰، لكن يمكن أن يستشف مجموعة أسباب تنهي إجراءات التحكيم في قانون

²⁶ ونصت المادة (27) من قانون التحكيم الأردني على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، و نص الفصل (9) من قانون التحكيم التونسي على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم المدعى عليه طلباً بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، و نصت المادة (21) من قانون اليونسترال 1985 و تعديلاته عام 2006 على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم المدعى عليه طلباً بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

²⁷ وبعبارة عن هذا التفاوت النسبي بين القوانين فيما يتعلق بوقت بدئ الإجراءات، فإننا نعتبر أن أول إجراءات التحكيم يبدأ بتشكيل هيئة التحكيم فيما ترتبه من ميزة السرعة لهذا النظام، حيث يمكن -فيما لو- اعتبارنا أن الإجراءات تبدأ بعد تشكيل الهيئة- أن يستمر تشكيل هذه الهيئة لمدة طويلة (أو إستغلالها من طرف سبب النية) بدعوى عدم حلول وقت بدئ الإجراء فيما يفقدها هذه الميزة، إضافة إلى أن تدخل المحكمة المختصة في تشكيل هذه الهيئة خير دليل على أن تشكيل هيئة التحكيم يعتبر من أول إجراءات عملية التحكيم، و لعل المشرع المصري و التونسي و قواعد الاونسترال كانوا أكثر توفيقاً في تحديد هذه النقطة و وضوحها.

²⁸ أنظر المادة 44، 45، 46، 47 بشأن الطعن في قرار التحكيم، من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁹ ويستشف ذلك من نص المادة (38/2) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

³⁰ نصت المادة (48/1) من قانون التحكيم المصري على أنه "1- تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة كلها أو بصدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً للفقرة الثانية من المادة (45) من هذا القانون كما تنتهي أيضاً بصدور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال الآتية: أ- إذا إتفق الطرفان على إنهاء إجراءات التحكيم، ب- إذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم بناءً على طلب المدعى عليه أن له مصلحة جدية في إستمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع، ج- إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب

التحكيم الفلسطيني، ومنها حالة عدول الأطراف عن التحكيم أو قرار المحكمة ببطان إتفاق التحكيم (م 5/6) وإذا تعلق النزاع بشخص لمتوفى (م 6)، وإذا اقتنعت المحكمة بعدم صحة إتفاق التحكيم (م 7/1)، وحين تقرر الهيئة عدم إختصاصها في نظر موضوع النزاع (م 16/1)، وحين لا يقدم المدعي بياناً بدعواه (م 23/1)³¹، وفي كل الأحوال فإن المشرع الفلسطيني أعطى أطراف الخصومة التحكيمية حرية الإتفاق على تحديد ميعاد لهيئة التحكيم لإصدار قرارها المنهي للخصومة وإلا ففي خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات التحكيمية مع مراعاة المدد الإضافية التي يجوز لهيئة التحكيم والمحكمة المختصة إضافتها وهي ستة أشهر لهيئة التحكيم، وبالنسبة للمحكمة المختصة فهي تخضع للسلطة التقديرية لها³²، نلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد أغفل عن ذكر مجموعة من الحالات المنهية لإجراءات التحكيم والتي تنبه لها المشرع الأردني والمصري.

وتأكيداً على مبدأ سلطان الإرادة وسموه في عملية التحكيم، فقد منح قانون التحكيم الفلسطيني الأطراف حرية الإتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم³³ وإلا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم³⁴، وفيما يتعلق في مكان إجراء التحكيم فإنه يكون أساساً في المكان الذي اتفق عليه الطرفان وإلا ففي المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة

آخر عدم جدوى إستمرار التحكيم أو إستحالتة"، و جاء بنص المادة 45 فقرة 2 من ذات القانون على أنه "وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها". ونصت المادة (44/أ) من قانون التحكيم الأردني على أنه " تنتهي إجراءات التحكيم في أي من الحالات التالية: 1- صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، 2- صدور امر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً لأحكام الفقرة (أ) من المادة(33) من هذا القانون، 3- اذا اتفق الطرفان على إنهاء التحكيم، 4- اذا ترك المدعي خصومة التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم، بناء على طلب المدعي عليه، ان له مصلحة جدية في استمرار الاجراءات حتى يحسم النزاع، 5- اذا رات هيئة التحكيم لاي سبب اخر عدم جدوى استمرار التحكيم او استحالتة، 6- عدم توفر الاغلبية المطلوبة لاصدار حكم التحكيم"، نصت المادة 33 فقرة أ من ذات القانون على أنه " اذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول لائحة بدعواه وفقاً للفقرة (أ) من المادة (29) من هذا القانون يجوز لهيئة التحكيم انتقرر إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ". و يشابه النص المصري و الأردني المادة (32) من قانون الاونسترال 1985 مع تعديلاتها عام 2006، جلسة رقم 64 بتاريخ 4 كانون الأول 2006.

³¹ للمزيد أنظر ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 134 .

³² المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 .

³³ أنظر في ذلك أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحفوقية رقم 2468/2007، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.

³⁴ المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، و تقابلها المادة (19) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 و تعديلاته عام 2006 ، و المادة (25) من قانون التحكيم المصري، و المادة (24) من قانون التحكيم الأردني. و يفهم من نص المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني إمكانية إتفاق الأطراف على إخضاع الإجراءات للقواعد المتبعة في أي مؤسسة أو مركز تحكيم سواء في داخل فلسطين أو خارجها، كما فعل المشرع المصري و الأردني في المواد المذكورة، و يؤخذ على المشرع الفلسطيني تقييد حق هيئة التحكيم في إختيار تلك القواعد الإجرائية في حال عدم إتفاق أطراف النزاع طبقاً للإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم، و لعل المشرع المصري و الأردني و قانون اليونسترال كانوا أكثر توفيقاً في صياغة المادة حيث أعطوا هيئة التحكيم حرية إختيار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة، طبعاً مع مراعاة القوانين التحكيمية الوطنية.

ظروف النزاع وملائمة المكان لأطرافه، كما يجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً³⁵.

وعودة على ذي بدء فقد سبق وقلنا ان معظم الدول قد منحت القضاء ممثلاً بالمحكمة دوراً اشرافي ومساعد لهيئة التحكيم ويمكن القول ان هذا الدور القضائي لا يقصد به الانتقاص من اطراف العملية التحكيمية وانما يقصد به دوراً اشرافي ومساعد لهيئة التحكيم وذلك للمحافظة على حسن سير العملية التحكيمية وضمان فاعليتها وحتى الوصول الى قرار تحكيمي عادل يضمن الحقوق للأطراف ويضمن تنفيذ قرار هيئة التحكيم.

ولو نظرنا الى المحطات التي يتدخل بها القضاء في عملية التحكيم لوجدناها تشمل جميع المراحل التحكيمية، واما بالنسبة الى هذه المحطات التي تتدخل فيها المحاكم في عملية التحكيم فانه يمكننا القول بجميع المراحل التي تمر بها الدعوى العادية في القضاء النظامي ومنها دور المحكمة المتعلق باتفاق التحكيم ومن ثم تشكيل هيئة التحكيم وردها كما تدخل في ادلة الاثبات اي مرحلة تقديم البينات بشقيها الشفهي والكتابي كما تتعلق هذه المحطات بسلطة اتخاذ الاجراءات الوقتية والتحفيزية كما تتعلق بتفسير وتصحيح وتصديق قرار التحكيم وغيرها من المحطات التي سنتضح لنا خلال هذه الرسالة.

أهمية الدراسة:

تتناول هذه الدراسة موضوعاً ذا قدراً كبيراً من الأهمية، ألا وهو دور المحكمة في التحكيم، وتكمن أهمية الدراسة في كونها تركز وبشكل رئيس على دور المحكمة في عملية التحكيم مع التركيز على إجراءاته منذ إحالة النزاع إلى التحكيم وحتى صدور الحكم في المنازعة، إلى جانب تسليطها الضوء على النواقص التشريعية التي أحاطت بتنظيم قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 الخاصة

³⁵ المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 . و تقابل المادة (20) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 و تعديلاته عام 2006 ، و المادة (28) من قانون التحكيم المصري، و المادة (27) من قانون التحكيم الأردني. "و تبرز أهمية تحديد مكان التحكيم في تحديد جنسية التحكيم هل هو أجنبي أم وطني، و تبرز أيضاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم و موضوع النزاع، كما تظهر الأهمية أيضاً فيما يتعلق بقرار التحكيم أو حكم التحكيم لمعرفة إمكانية تنفيذ الحكم المذكور في دولة أخرى، و أخيراً فإنه يستدل من مكان التحكيم على المحكمة المختصة"، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد و الإتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 155-185. و أنظر في ذلك أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظير و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 770-773.

بدور المحكمة في إجراءات التحكيم والتطرق إلى إمكانية معالجة مواطن هذا الضعف أو القصور، لذا فإن البحث في دور المحكمة في التحكيم يأخذ أهميته العملية والقانونية في توضيح الحالات الإستثنائية التي يتدخل فيها القضاء في عملية التحكيم، إنطلاقاً من قانون التحكيم الفلسطيني مع المقارنة والتحليل ببعض القوانين والإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم، ولتحقيق فائدة أكبر و لإثراء هذه الدراسة، فإننا سنتطرق بالبحث في دور المحكمة في التحكيم سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم فيما يتعلق بالإتفاق التحكيمي إضافة إلى دور القضاء في الرقابة على قرار التحكيم.

وتظهر أيضاً الأهمية العلمية القانونية والعملية لهذه الدراسة في ضوء قلة الدراسات المتعلقة بهذا الموضوع نسبياً في فلسطين³⁶، إضافة إلى الدور المتنامي للتحكيم في فلسطين في ضوء واقع الإختناق القضائي الذي تعيشه المحاكم³⁷، والذي سبب بالنتيجة إطالة أمد النظر في المنازعات، والتي يزيد التأجيل الواحد في نظر بعضها إلى أكثر من ثلاثة شهور، إضافة إلى حداثة تنظيم المشرع الفلسطيني نسبياً لقانون التحكيم³⁸.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بحث الإستثناءات الممنوحة إلى القضاء للتدخل في التحكيم، حيث أن هنالك العديد من أوجه القصور والضعف التي أحاطت بتنظيم هذه الإستثناءات في التشريع الفلسطيني الذي بدوره أغفل النص على بعض الحالات الموجبة لتدخل القضاء، مما يسبب بالنتيجة إشكالات قضائية وفقهياً.

وتبعاً لذلك فإن هذه الدراسة تهدف إلى:

- بيان الإستثناءات التي تسمح للقضاء بالتدخل في إجراءات التحكيم، مخضعينها إلى البحث والتحليل والمقارنة مع نصوص عربية وإتفاقيات دولية.

³⁶ يلاحظ أن موضوع هذه الدراسة لم يحظى بعد بالدراسات المتخصصة والواقية، حتى أن من تناوله بالبحث كان غالباً على شكل جزئية في موضوع التحكيم بشكل عام.

³⁷ هذا حسب مشاهداتنا في المحاكم.

³⁸ تجدر الإشارة إلى أن بعض الدول تناولت تنظيم أحكام التحكيم في قانون الإجراءات المدنية و ليس في قانون خاص، مثل المشرع العراقي واللبناني والمغربي على سبيل المثال.

- بيان المدى الذي كان المشرع الفلسطيني موقفاً بالإحاطة بهذه الإستثناءات.
- معالجة أوجه القصور التي أحاطت بتنظيم هذه الإستثناءات في التشريع الفلسطيني في حال وجودها.
- توضيح مدى العلاقة بين القضاء والتحكيم، من جانب نطاق التدخل القضائي في إجراءات التحكيم.
- توضيح الغموض الذي شاب استخدام بعض المصطلحات في التشريع الفلسطيني، والذي شكل جدلاً وإشكالاً فقهيّاً.

- إضافة مادة علمية يمكن الإلتجاء إليها من قبل المحكمين والمشتغلين بالقضاء.

تساؤلات الدراسة:

إن الغرض من هذه الدراسة هو الإجابة عن التساؤلات التالية:

- ما مدى العلاقة بين التحكيم والقضاء، وما هو نطاق تدخل القضاء في التحكيم.
- ما هي النواقص التشريعية التي أحاطت بتنظيم الإستثناءات الخاصة بتدخل القضاء بالتحكيم في قانون التحكيم الفلسطيني.
- ما هي الحلول المطروحة على المشتغلين بالقانون إذا ما واجهتهم إحدى الحالات التي لم ينص عليها المشرع الفلسطيني ولم يتم تنظيمها بموجب قانون التحكيم.
- ماذا قصد المشرع الفلسطيني من استخدام بعض المصطلحات في قانون التحكيم، ومنها على سبيل المثال (طبيعة الطلب المقدم إلى المحكمة المختصة).

وغير ذلك من التساؤلات والإشكالات التي قد تظهر للباحث خلال إعداد هذه الدراسة.

منهجية الدراسة:

- يعتمد الباحث في هذه الدراسة على منهج تحليلي مقارن، حيث يتم وصف الحالات الواردة في قانون التحكيم الفلسطيني ومن ثم القيام بتحليلها تحليلاً مستقاضاً - إن لزم الأمر - ومقارنتها مع ما جاءت به بعض القوانين العربية خصوصاً قانون التحكيم المصري والأردني والإتفاقات والوثائق الدولية المتعلقة بالتحكيم وخصوصاً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال).

وعلى ضوء ذلك ولتحقيق الفائدة القانونية والعملية المرجوة من إعداد هذه الدراسة، فإننا سنعالج موضوع الدراسة (دور المحكمة في التحكيم) من خلال تقسيمها إلى فصلين، نتحدث في الفصل الأول في دور المحكمة السابق على تشكيل هيئة التحكيم، فيما نخص الفصل الثاني بالحديث في دور المحكمة اللاحق على تشكيل هيئة التحكيم.

والله الموفق

الفصل الأول

دور المحكمة السابق على السير في عملية التحكيم

يوجد علاقة تكاملية هامة ما بين القضاء والتحكيم، حيث يتم بموجبها الموازنة ما بين الحفاظ على أهم مبدأ يحكم عملية التحكيم وهو مبدأ سلطان الإرادة بحيث يغطي كافة آثاره التعاقدية، وما بين الحفاظ على مسير عملية التحكيم وإنقاذها، حتى الوصول إلى حكم فاصلٍ لموضوع النزاع، بحيث يقوم القضاء بالإضافة إلى عملية الرقابة بمعاونة هيئة التحكيم وأطرافه ومد يد المساعدة إليهم. ويبرز دور المحكمة في هذه العملية - كما سبق و أشرنا في مقدمة هذه الدراسة - في كل مراحلها، حيث أعطت غالبية الدول دوراً أوسع للقضاء للتدخل في هذه العملية لضمان حسن سيرها وصولاً إلى حكم فاصل في النزاع المعروض وتصديقه وتنفيذه.

سنخص هذا الفصل بالحديث في دور المحكمة السابق على السير في عملية التحكيم (وهي الفترة التي يبنني عليها استمرار عملية التحكيم من إنتهائها)³⁹، وباستقراءنا لقانون التحكيم الفلسطيني وبعض القوانين التحكيمية العربية منها والدولية، نجد أن هذا الدور للقضاء يبرز في ثلاثة محاور: بالنسبة

³⁹ ذلك أن محور دراستنا معقود أساساً للبحث في دور المحكمة في عملية التحكيم، كون عملية التحكيم هي عملية متكاملة منذ نشأتها وحتى تنفيذ القرار التحكيمي.

للمحور الأول يتعلق بدور المحكمة بشأن إتفاق التحكيم، فيما يتعلق المحور الثاني في دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم، وأما المحور الأخير فيتعلق برد هيئة التحكيم.

وعلى ذلك فإننا سنعالج هذا الفصل عن طريق تقسيمه إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: دور المحكمة بشأن إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم.

المبحث الثالث: دور المحكمة في ردّ هيئة التحكيم.

المبحث الأول

دور المحكمة بشأن إتفاق التحكيم

عرف قانون التحكيم الفلسطيني إتفاق التحكيم بقوله أنه "اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو اتفاق منفصل"⁴⁰. ويتضح من هذا النص أن إتفاق التحكيم يفترض توافر أمرين⁴¹: أولهما أن ينصب هذا الإتفاق على تسوية نزاع بين الطرفين عن طريق التحكيم، والآخر هو أن يكون هذا النزاع ناشئ عن علاقة قانونية معينة. وإتفاق التحكيم هو عقد رضائي بحيث تتجه الإرادة فيه إلى تحقيق غاية مشروعة وأن تقع على محل مستوف لشروطه⁴²، وبشكل عام يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة للعقد⁴³.

يلاحظ من النص أعلاه أن اتفاق الأطراف وإنصراف إرادتهم إلى طرح نزاعهم إلى التحكيم، إنما يقابله تنازلاً منهم عن حقهم بطرح نزاعهم على قضاء الدولة النظامي، وهذا الإلتزام بعدم طرح النزاع على قضاء الدولة يقابله أيضاً الحق في الدفع بالتحكيم⁴⁴، وينطبق على الدفع بالتحكيم ما ينطبق على الدفع

⁴⁰ المادة (5/1) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000. و يلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد وقع في خطأ شكلي (إن صح القول) وذلك عندما قضت هذه المادة بإحالة المنازعات دون النص على الجهة المحالة إليها.

⁴¹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 329.

⁴² علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 145.

⁴³ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق، ص 28.

⁴⁴ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 155.

الشكلية من حيث أنه يجب على الطرف الآخر إثارته قبل الدخول في أساس الدعوى⁴⁵، ولا بد من الإشارة أن نظر المحكمة لدفع أحد الأطراف بوجود إتفاق التحكيم لا يعد تدخلاً بالتحكيم بحد ذاته.

إن البحث في إتفاق التحكيم يثير مجموعة من الإشكاليات، فما هو الحال فيما لو قام أحد الأطراف باللجوء إلى قضاء الدولة النظامي بشأن نزاع نشأ على عقد يشتمل شرط تحكيم أو نزاع يشتمل مشاركة تحكيم؟ إضافة إلى ذلك فماذا لو أثير نزاع حول أركان هذا الإتفاق التحكيمي وشروط صحته، فهل يشترط إثارة هذا النزاع قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعدها ومن هي الجهة المسؤولة بنظر هذا النزاع هل هي هيئة التحكيم أم قضاء الدولة النظامي؟ وأخيراً ماذا لو أثير نزاع يتعلق بتفسير أو تكييف عقد إشتمل عليه إتفاق التحكيم؟ هذا ما سنحاول البحث فيه والإجابة عليه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطالبين، نخص المطلب الأول بالحديث في دور المحكمة بشأن الدفع بالتحكيم وما يحويه من إشكالات ومحاولة وضع حلول لها، فيما نخص المطلب الثاني بالحديث في دور المحكمة بشأن التمسك ببطلان إتفاق التحكيم ودورها في النظر في تفسير و تكييف إتفاق التحكيم.

و على ذلك فإننا سنعالج بالبحث موضوع هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور المحكمة بشأن الدفع باتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: دور المحكمة بشأن التمسك ببطلان اتفاق التحكيم ودورها في النظر في تفسير إتفاق التحكيم وتكييفه .

⁴⁵ وعلى ذلك نصت المادة 7/1 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، على أنه " إذا شرع أحد أطراف التحكيم في إتخاذ أي إجراء قانوني أمام أي محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا إقتنعت بصحة إتفاق التحكيم". أنظر نقض مدني 171/2004، قرار رقم 199 ، رام الله، بتاريخ 30/1/2005. أنظر في ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 278/2007، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق – جامعة بيرزيت. و تجدر الإشارة إلى أن القضاء ذهب في إجتهادته إلى إعتبار أن طلبات التأجيل للدعوى من أجل المصالحة هو في الحقيقة دخول في الدعوى، في ذلك أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2211/2005 منشورات مركز عدالة .

المطلب الأول

دور المحكمة بشأن الدفع بإتفاق التحكيم

إذا أبرم إتفاق التحكيم وفقاً للقانون وكان صحيحاً ترتب عليه أضرار إجرائيان هامين، إحداهما سلبي و الآخر إيجابي⁴⁶، وأما بخصوص الأثر السلبي فيتمثل في التزام الطرفين بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة في حال ثار نزاع حول خصومة إتفق فيها على التحكيم، و يعتبر هذا أثراً مانعاً و حاجباً أمام الأطراف من اللجوء إلى القضاء وهو أثرٌ مباشر لإتفاق التحكيم⁴⁷، يقابله التزام سلبي من قبل القضاء بغل يده عن دعوى اتفق بشأنها على التحكيم، وأما بالنسبة للأثر الثاني وهو الأثر الإيجابي فهو ثبوت الإختصاص لقضاء التحكيم بحيث لا نكون أمام فراغ قضائي عند تطبيق الأثر السلبي وإنما يلجأ الطرفان إلى هيئة تحكيم للفصل في النزاع، بحيث يتم الإعتداد بالحكم الصادر منها و اعتباره كأنه صادر عن قضاء الدولة⁴⁸، ولعل ما يهمنا في هذا المقام هو الأثر السلبي لإتفاق التحكيم.

وقد ثار خلاف بين الفقه حول طبيعة هذا الدفع: هل هو دفع بعدم القبول أم دفع بعدم الإختصاص أم ذو

طبيعة خاصة⁴⁹، حيث ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار هذا الدفع بمثابة دفع بعدم القبول بتبرير أن

⁴⁶ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 494 . و أنظر مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 508 . مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 127 . عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الثاني، نوفل للنشر، دون سنة نشر، ص 12-13.

⁴⁷ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2140/2007، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. و أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 204/1999، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.

⁴⁸ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 494 و ص 516 . و أنظر مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 508 . و أنظر مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 127-128.

⁴⁹ للمزيد حول هذا الجدل الفقهي حول تحديد طبيعة هذا الدفع أنظر، مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 516-526. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 498-508. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 134. عامر فتحي

شرط التحكيم يبقى على إختصاص المحكمة أصلاً بل يقيد ولايتها ويمنعها من سماع الدعوى ما دام الشرط قائماً⁵⁰، ويؤيد هذا الإتجاه الفقه المصري ومحكمة النقض المصرية⁵¹، ومن جانب آخر فقد ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار هذا الدفع بمثابة دفع بعدم الإختصاص وقد ساقوا مجموعة من المبررات⁵²، فيما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إعتبار هذا الدفع على أنه دفع بنقص في ولاية المحكمة بحيث لا يتم تناول الدعوى في ذاتها طالما هنالك اتفاق تحكيم صحيح في المقابل فإن التحكيم يقيد ولاية المحكمة بالقدر اللازم لتحقيق فاعلية التحكيم⁵³، وأخيراً فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول أن هذا الدفع ما هو إلا دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي⁵⁴، بدعوى أن "المطالبة القضائية هو إجراء يتطلب مقتضيات موضوعية منها المحل، ويتمثل هذا المحل بالطلب المقدم إلى المحكمة، كما أنه يجب أن يكون هذا الطلب معيناً في صحيفة الدعوى وقابلاً أن يكون محلاً للمطالبة به قضاء وإلا كان الإجراء باطلاً، وبذلك فإن المطالبة القضائية التي تتضمن طلباً يكون محل إتفاق التحكيم تفتقد هذا المقتضى مما يستوجب بطلانها وهذه هي وظيفة الدفع بالتحكيم"⁵⁵.

وإذا كان الأصل أن يتم فض الخصومة المتفق عليها بطريق التحكيم عن طريق هيئة تحكيم، وعدم الإلتجاء إلى قضاء الدولة لفضها إعمالاً للأثر السلبي لإتفاق التحكيم، لكن ماذا لو خالف أحد الأطراف هذا الأثر السلبي وقام بالإلتجاء إلى القضاء لفض نزاع متفق على تسويته بالتحكيم، هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مطلبنا هذا .

نصت المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه "1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في إتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته

البياتنية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 68-71. و أنظر علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 192-199. عبد الله خليل الفراء، الدفع بالقضية المحكمة و أثره على الدعوى القضائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2001، ص 253-258.

⁵⁰ عبد الهادي عباس و جهاد هواش، التحكيم، مرجع سابق، ص 123-132.

⁵¹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 520.

⁵² حول هذه المبررات أنظر عامر فتحي البياتنية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 68-71.

⁵³ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 208-212.

⁵⁴ مشار إليه في مرجع علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 205.

⁵⁵ أنظر في هذا الإتجاه أيضاً مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 526.

إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء و على المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة إتفاق التحكيم 2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم⁵⁶.

يفهم من النص أعلاه، أنه في حالة لجوء أحد الأطراف إلى قضاء الدولة بشأن نزاع اتفق على تسويته بطريق التحكيم -الذي يعتبر تنازلاً منه عن التحكيم- كان للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم وعلى المحكمة في هذه الحالة أن تصدر قرارها بوقف ذلك الإجراء القانوني الذي قام به الطرف ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم، ويحدث إتفاق التحكيم هذا الأثر سواء كان سابقاً على رفع الدعوى أو الإجراء القانوني المذكور أم لاحقاً له⁵⁷، ويلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه إشرط لقيام المحكمة بذلك وجود إتفاق تحكيم صحيح، ويبدو لنا أن المشرع الفلسطيني اتخذ موقفاً متقدماً بهذا الشأن في مواجهة بعض القوانين المقارنة⁵⁸، وتبرير ذلك أنه لا يكون للجوء إلى هيئة تحكيم جدوى في حال كان هذا الإتفاق باطلاً حيث ما يبنى على باطل فهو باطل (والمقصود بالإتفاق هو الإتفاق على التحكيم بحد ذاته سواء كان شرط أم مشاركة)، ويحقق ذلك نتيجة أو ميزة هامة جداً، ألا وهي إختصار مسير طويل على الأطراف وهيئة التحكيم من سلوك مسار التحكيم لحل نزاعهم، ذلك لأن أي قرار يمكن أن يتخذ من قبل هيئة تحكيم يكون باطلاً ونرى في ذلك إضفاء حماية خاصة تتعلق بعدم تبديد الوقت والجهد على هيئة التحكيم وعلى الأطراف على حدٍ سواء وحماية لمصالح الأطراف أيضاً، ويلاحظ أيضاً أن المشرع الفلسطيني قد نص على "وقف الإجراء" بناءً على طلب الطرف

⁵⁶ تقابل المادة (12) من قانون التحكيم الأردني و المادة (13) من قانون التحكيم المصري و المادة (8) من اليونسترال القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 و تعديلاته لعام 2006 .

⁵⁷ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 70 .

⁵⁸ ومنها الأردني المادة (12) و المصري المادة (13)، حيث إكتفوا بالنص على عدم قبول الدعوى أو ردها دون الإشارة إلى إمكانية فحص صحة إتفاق التحكيم، و لعل المشرع الفلسطيني قد تأثر بقانون الأونسترال السابق الذكر في المادة (8) .

الآخر⁵⁹، ولعل المشرع الفلسطيني أراد بذلك الخروج من الخلاف التشريعي والفقه المتعلق بطبيعة هذا الدفع⁶⁰.

ويشترط لإعمال هذا الدفع أن يقوم به الطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى ذلك أن الدفع بالتحكيم ينطبق عليه ما ينطبق على الدفوع الشكلية⁶¹، ويترتب على ذلك نتيجة هامة ألا وهي أن عدم إيداء الطرف الآخر هذا الدفع قبل الدخول في الأساس يعتبر تنازلاً ضمناً منه عن التحكيم، وإذا تحقق ذلك إستمر القضاء بالنظر في الدعوى المرفوعة أمامه حتى الوصول إلى حكم فاصل ولا يعتد بهذا الدفع بعد ذلك لسبق سقوطه حيث لا يتعلق هذا الإلتزام السلبي بعدم اللجوء إلى القضاء بالنظام العام⁶²، بذلك فإن المحكمة لا تمتنع عن النظر في النزاع المتفق على تسويته بطريق التحكيم من تلقاء نفسها وإنما يلزم طلب الطرف الآخر ذلك من المحكمة⁶³، ولعل التشريع و الفقه و القضاء متفقون على أن سكوت الطرف الآخر عن الدفع بالتحكيم يفيد التحلل من الإلتزام المتبادل بعدم الإلتجاء للقضاء⁶⁴، وكما يمكن أن يكون صريحاً يمكن أن يكون ضمناً⁶⁵.

⁵⁹ يلاحظ على قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33، 4 مايو 1993، صفحة 580، أنه أتخذ موقفاً مغايراً من القانون الفلسطيني و الأردني و المصري و حتى قواعد الأونستيرال، حيث فرق بين حصول الدفع أثناء مباشرة هيئة التحكيم الفصل في النزاع و ما بين حصول الدفع قبل بدء هيئة التحكيم النظر في النزاع، ففي الحالة الأولى تحكم المحكمة بعدم إختصاصها بناءً على طلب أحد الأطراف، و أما في الحالة الثانية فتحكم المحكمة بعدم إختصاصها من تلقاء نفسها، أنظر الفصل 19 من قانون التحكيم التونسي .

⁶⁰ حول الخلاف الفقهي المتعلق بطبيعة هذا الدفع أنظر ما قلناه ص 19- 20، وانظر المواد 89-91 من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية الساري.

⁶¹ أنظر ما قلناه بهذا الشأن ص 14، و النقطة 45 من الحاشية.

⁶² مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 511 و ص 514، و في ذلك يقول مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال " و الواقع أن هناك إرتباط وثيق بجواز النزول عن التمسك بالإلتزام بعدم الإلتجاء إلى القضاء، وإمكان إمتناع القاضي عن الفصل في الدعوى من تلقاء نفسه. فجواز النزول عن التمسك بالإلتزام بعدم الإلتجاء إلى القضاء معناه أن هذا الإلتزام لا يتعلق بالنظام العام. و هذا الإعتبار ذاته يؤدي إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يعمل من تلقاء نفسه، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها". و حول الخلاف الفقهي حول هذا الموضوع أنظر أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، مرجع سابق، ص 295-308. أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 204/1999، بتاريخ 28/8/1999، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. و أنظر القرار رقم 1223/1998، نفس المرجع.

⁶³ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1637/2002، بتاريخ 21/7/2002، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.

⁶⁴ تجدر الإشارة أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت إلى " وينبغي على ذلك ان مجرد توجيه الإنذار العدلي من المميز للميز ضدها وعدم الرد عليها لا يعني ان المميز ضدها لا ترغب بالتحكيم أو أنها تنازلت عنه"، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 3691/2004، منشورات مركز عدالة، مرجع سابق.

⁶⁵ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 68 .

وبالرغم من أن المشرع الفلسطيني كما الأردني⁶⁶ والمصري لم ينصوا صراحة على إلزام المحكمة بإحالة الدعوى المرفوعة إلى التحكيم، إلا أنه يفهم ضمناً أن المحكمة تقوم بعملين إثنين: أولهما سلبي وهو إمتناعها عن نظر النزاع، والثاني إيجابي وهو توجيه الأطراف أو إحالتهم إلى قضاء التحكيم، "وبذلك فإن العمل الأول يظهر الإحترام لقضاء التحكيم، والثاني فيدعم فعالية ذلك الإتفاق"⁶⁷، ونحن نرى أنه كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني كما الأردني والمصري أن ينصوا صراحة على تلك الإحالة لضمان فعالية النصوص ذات العلاقة السابق ذكرها، وإختصاراً على الأطراف من الوقوع في تأويل غير ذات نفع، وقد نص صراحة على تلك الإحالة مجموعة من الوثائق الدولية ومنها قانون الأستيرال في المادة (8/1)⁶⁸، وإتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة (2/3)، والبروتوكول المبرم في جنيف بتاريخ 24 سبتمبر 1923 في المادة (4/1) .

وحيث أن التحكيم قد نشأ أساساً على سلطان الإرادة، وحيث أن هذا الإتفاق السلبي قد نشأ بين الأطراف بإرادتهم، فإنه يمكنهم التحلل منه عن طريق الإقالة أو التنازل⁶⁹، وبذلك فإن التحلل من التحكيم يتم بطريقتين، فقد يتم عن طريق إتفاق صريح بين الأطراف عن طريق التنازل، كما يتم عن طريق الإتفاق الضمني -إن صح القول- عن طريق لجوء أحد الأطراف إلى القضاء بشأن نزاع اتفق على حله بطريق التحكيم وسكوت الطرف الآخر عن الدفع بالتحكيم أو قيامه بطرح الدفوع و الطلبات المتعلقة بتلك الدعوى مما يعتبر تنازلاً ضمناً منه عن ذلك الأثر السلبي السابق ذكره⁷⁰ .

وبقي أن نقول إن الفقرة الثانية من المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 جاءت لتؤكد حرص المشرع على حماية الطرف الضعيف أو حسن النية من الطرف سيء النية حيث جاء

⁶⁶ بالرغم من الإشارة الجزئية الى ذلك بنص الفقرة (ج) المادة 10 من قانون التحكيم الأردني على أنه " إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة ، فعلى المحكمة ان تقرر احالة النزاع الى التحكيم ، وبعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

⁶⁷ أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 506 .
⁶⁸ حيث نصت على أنه "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الإتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

⁶⁹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 510، و عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 68.

⁷⁰ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1242/1994، المنشور على الصفحة 2460 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1/1/1995.

بنصها أنه " لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والإستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم"، وبذلك لا يتأثر مسير عملية التحكيم برفع دعوى أمام القضاء بل يستمر حتى ولو كان توقيته يتعلق بمرحلة إصدار القرار التحكيمي كما جاء بنص المادة أعلاه، وبرأينا فإنه يتحقق في ذلك ميزتين: الأولى تتعلق بحماية الطرف حسن النية من أي تحايل، والثانية متعلقة حتماً بحماية ميزة السرعة في التحكيم وعدم تبديد الوقت، وأخيراً فإنه تجدر الإشارة إلى أن قرار المحكمة المتعلق بالدفع بوجود إتفاق التحكيم وردده هو دفع قابل للإستئناف بشكل مستقل عن موضوع الدعوى⁷¹.

ويدفعنا ذلك إلى تساؤل في غاية من الأهمية يتعلق باتفاق التحكيم، فإذا كان للطرف الدفع بوجود إتفاق على تسوية النزاع إلى التحكيم في حال لجأ الطرف الآخر إلى القضاء لتسوية ذلك النزاع، وإذا كان للمحكمة إيقاف تلك الإجراءات بناء على طلب الطرف الآخر لوجود ذلك الإتفاق بموجب قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، إلا أنه ماذا لو دفع ذلك الطرف الذي لجأ إلى القضاء ببطلان الإتفاق الذي يشتمل شرط تسوية النزاع بطريق التحكيم أو بطلان مشاركة التحكيم، وبمعنى آخر الدفع ببطلان الاتفاق التحكيمي سواء كان شرط أو مشاركة؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطلب القادم.

⁷¹ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحفوقية رقم 96/2003، بتاريخ 19/02/2003، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. و القرار 93/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 50/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 45/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 39/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 26/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار 24/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 20/2003، تاريخ 2003. كما القرار رقم 15/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 16/2003، تاريخ 19/2/2003. كما القرار رقم 440/2002، تاريخ 4/3/2002، نفس المرجع.

المطلب الثاني

دور المحكمة بشأن التمسك ببطلان إتفاق التحكيم ودورها في تفسير إتفاق التحكيم وتكييفه

إن إتفاق التحكيم (شرطاً كان أم مشاركة) هو إتفاق قائم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، وهو بذلك يعتبر من العقود الرضائية القائمة على الإيجاب والقبول، ولذا يلزم أن تتوافر في هذا الإتفاق الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة أي إتفاق، كما يلزم أيضاً توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون، فإذا ما توفرت تلك الشروط في الإتفاق، رتب آثاره القانونية⁷².

أما بالنسبة للشروط الموضوعية فهي متعلقة أولاً بأهلية صحيحة للأطراف وبرضاء صحيح بعيداً عن أي إكراه مادي أو معنوي، ومتعلقة ثانياً بضرورة أن يرد هذا التراضي على محل مستوف لشروطه وهو هنا (قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم)⁷³، وثالثاً أن تتجه هذه الإرادة إلى تحقيق غاية مشروعة (مشروعية السبب)، وأما بالنسبة للشروط الشكلية التي يتطلبها القانون هي ضرورة أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً إضافة إلى ضرورة تحديد موضوع النزاع إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع⁷⁴.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن الإتفاق الذي لا يتضمن هذه الشروط يترتب عليه البطلان، والبطلان إما أن يكون مطلقاً إذا فقد العقد ركناً من أركانه، وقد يكون البطلان نسبياً إذا تخلف شرط من شروط صحته⁷⁵، من جانب آخر فإن إتفاق التحكيم كغيره من الاتفاقات يمكن ان يحتاج الى عملية تكييف او تفسير معينة، فهل يكون هذا الدور معقود للمحكمة أم هيئة التحكيم؟ وتبعاً لذلك فإننا سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الفرع الأول دور المحكمة بشأن تمسك أحد الأطراف ببطلان إتفاق

⁷² أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية، 2004، ص 26-27. مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 35.

⁷³ نصت المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين 2- المسائل التي لا يجوز الصلح فيها الصلح قانوناً 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية". أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 981/2003، هيئة خماسية، تاريخ 30/6/2003، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.

⁷⁴ نصت المادة الخامسة (2/3/4) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " 2- يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً 3- يكون إتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة 4- إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الإتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً.....".

⁷⁵ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 157.

التحكيم، فيما نخص الفرع الثاني بالبحث في دور المحكمة بشأن تفسير إتفاق التحكيم وتكييفه فيما لو أُثير أثناء تنفيذ الإتفاق ودورها في بعض المسائل الأخرى التي قد نثار أثناء تنفيذ الإتفاق أيضاً.

الفرع الأول: دور المحكمة بشأن تمسك أحد الأطراف ببطلان إتفاق التحكيم

سبق وأشرنا إلى إمكانية قيام أحد الأطراف بالدفع بوجود إتفاق التحكيم، فيما لو لجأ الطرف الآخر إلى القضاء بشأن هذا النزاع المشمول بإتفاق التحكيم، و رأينا أن المحكمة بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والأردني والمصري وحتى قانون اليونسترال يلتزم بعدم النظر في النزاع المعروض إعمالاً للأثر السلبي لإتفاق التحكيم، وإذا كان الأمر كذلك فكيف يكون الأمر فيما لو دفع أحد الأطراف ببطلان إتفاق التحكيم أو بعدم شمول هذا الإتفاق النزاع المطروح على المحكمة، ويثور تساؤل على قدر من الأهمية يتعلق فيما إذا كان للقضاء دور في النظر بهذه الدفوع؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مطلبنا هذا.

نص قانون التحكيم الفلسطيني على مجموعة من الحالات التي يبطل إتفاق التحكيم عند عدم تحققها، التي بدورها تساعدنا في الإحاطة بهذا الموضوع.

نصت الفقرة 2 من المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: 2- المسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم"، فيما نصت الفقرة 1 من المادة 22 من قانون التحكيم المصري على أنه " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، فيما جاءت الفقرة (أ) من المادة (21) من قانون التحكيم الأردني مطابقة للفقرة 1 من المادة (22) من قانون التحكيم المصري، فيما نصت الفقرة 1 المادة (16) من قانون الأونستيرال على أنه "يجوز لهيئة التحكيم الفصل في إختصاصها، بما في ذلك البت في أي إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق تحكيم أو بصحته.".

يلاحظ على النصوص السابقة مسألتين هامتين بالمقارنة مع قانون التحكيم الفلسطيني: الأولى أن النظر بمسألة بطلان الإتفاق التحكيمي ينعقد أساساً لهيئة التحكيم، وأما الثانية وضح القوانين الأخرى في مسألة البطلان بالنص عليها صراحةً بعكس قانون التحكيم الفلسطيني الذي نص على إختصاص هيئة التحكيم بالمسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم دون أي تحديد لهذه المسائل، وبرأينا كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني أن ينص صراحة على تلك المسائل كما فعل المشرعين في القوانين المذكورة أعلاه كون هذه المسائل ترتبط بشكل مباشر في عملية التحكيم واستمرارها التي تشكل قطع تأويلات غير ذات نفع، التي يمكن أن يذهب إليها الأطراف أو حتى هيئة التحكيم.

وإذا كان الأصل أن تقوم هيئة التحكيم بالفصل في مسألة بطلان الإتفاق التحكيمي، فإن هذا يتطلب بحسب رأينا توافر مسألتين: الأولى أن يكون النزاع قد ثار بين المحتكمين بحيث تكون هيئة التحكيم مشكلة، والثانية أن يكون منصوصاً على أسماء المحكمين في الإتفاق التحكيمي في القوانين التي تشترط ذلك⁷⁶، وبما أن قانون التحكيم الفلسطيني لا يشترط ذكر أسماء المحكمين في الإتفاق التحكيمي ولا يرتب البطلان على ذلك، فإننا نستبعد المسألة الثانية، وإذا كان الأمر كذلك فإننا نرى وجوب التفريق بين مرحلتين: الأولى وجود نزاع قائم وهيئة تحكيم مشكلة والثانية عدم الوصول إلى مرحلة تشكيل هيئة التحكيم.

ففي الحالة الأولى يكون الإختصاص بنظر البطلان برأينا لهيئة التحكيم، وأما في الحالة الثانية يكون الإختصاص لقضاء الدولة النظامي، ويتطلب البحث في ذلك التطرق أولاً إلى نصوص قانون التحكيم الفلسطيني ومنه نطلق بالمقارنة التحليلية مع القوانين الأخرى ذات العلاقة، وقبل ذلك فإننا سنتطرق إلى حالات البطلان التي نص عليها قانون التحكيم الفلسطيني.

⁷⁶ أنظر المادة (174) من قانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980، (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ)، حيث نصت على أنه "... و إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وترا كما يجب تعيين المحكم في الإتفاق على التحكيم أو في إتفاق مستقل".

نصت الفقرة 2 و الفقرة 4 من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " 2- يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً، 4- إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الإتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً".

ونصت المادة (7/1) من القانون ذاته على أنه " إذا شرع أحد أطراف التحكيم في إتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الإتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا افتتحت بصحة إتفاق التحكيم".

يلاحظ من النصوص أعلاه نقتطين هامتين: تتعلق المسألة الأولى في ترتيب المشرع الفلسطيني البطلان في حالة عدم توفر الشروط الموضوعية والشكلية للإتفاق التحكيمي بالإضافة إلى ضرورة تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، وتتعلق المسألة الثانية في دور المحكمة في النظر بصحة إتفاق التحكيم والذي يؤدي بالنتيجة إلى صلاحيتها في تقرير البطلان إذا لم تقتنع بصحة الإتفاق التحكيمي. وبذلك فقد أعطى قانون التحكيم الفلسطيني للمحكمة المختصة صلاحية النظر في صحة إتفاق التحكيم من بطلانه، وبموجب القانون الفلسطيني يجب الموازنة بين مرحلتين: الأولى حالة الدفع ببطلان إتفاق التحكيم قبل إحالة النزاع إلى التحكيم إي قبل تشكيل هيئة تحكيم، وهنا تكون سلطة النظر في صحة أو بطلان إتفاق التحكيم معقودة إلى القضاء. والثانية حالة الدفع ببطلان إتفاق التحكيم بعد إحالة النزاع إلى التحكيم وتشكيل الهيئة وهنا تكون السلطة معقودة بالفصل في صحة أو بطلان هيئة التحكيم لهيئة التحكيم، وسند ذلك مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ولعل هنالك إختلاف واضح ما بين القانون الفلسطيني والقوانين المقارنة بشأن سلطة القضاء بالنظر في صحة أو بطلان إتفاق التحكيم، فمن الملاحظ أن المشرع الأردني كما المصري والتونسي لم يعطوا بموجب قوانينهم التحكيمية أي سلطة للقضاء للنظر بصحة الإتفاق التحكيمي فيما لو دفع به أحد

الأطراف أثناء دفع الطرف الآخر بوجود إتفاق التحكيم⁷⁷، فيما جاء حكم قانون التحكيم الفلسطيني متفق مع قانون الأونستيرال بصدد منح المحكمة سلطة الفصل في صحة أو بطلان الإتفاق التحكيمي⁷⁸. نحن نميل إلى إعتبار أن المشرع الفلسطيني قد اصاب في منح هذه السلطة للقضاء، ذلك أن هنالك مجموعة من الشروط التي نص المشرع بشكل صريح على أن عدم تحققها يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، مثل إشتراط المشرع أن تكون مشاركة التحكيم متضمنة موضوع النزاع، ففي ذلك نجد من المنطقي تدخل القضاء لإقرار صحة أو بطلان هذا الإتفاق خاصة قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإذا وجد عدم تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، حكم ببطلان ذلك الإتفاق، ولو إفترضنا جدلاً عدم أخذ المشرع الفلسطيني بهذا الحكم فإنه يترتب على الطرف الذي يرغب بالدفع ببطلان الإتفاق الإنتظار إلى إتمام تشكيل هيئة التحكيم حتى تحكم بدورها بعدم صحة ذلك الإتفاق الذي يفتقر للكتابة أو الذي يفتقر لتحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، وفي ذلك تبديد غير مبرر للوقت والجهد.

وتبرز أهمية ذلك أيضاً فيما لو اشتمل الإتفاق التحكيمي على موضوع لا يخضع للتحكيم بنص القانون⁷⁹، وهنا عليه أيضاً الإنتظار حتى تشكل هيئة التحكيم، حتى تقرر ان موضوع النزاع لا يخضع للتحكيم، وفي حال قررت خضوع الاتفاق للتحكيم - وهذا أمر وارد نظرياً- فعليه الإنتظار حتى صدور قرار التحكيم حتى يطعن بذلك أمام القضاء⁸⁰، وفي ذلك تبديد غير مبرر للوقت و الجهد أيضاً. وبمقابل ذلك فإن هنالك إعتبار على جانب من الأهمية، وهو إحتمال أن يكون إتجاء أحد الطرفين إلى القضاء إنما يقصد به التحايل وتأخير الفصل في النزاع⁸¹، لكن المشرع الفلسطيني قد تدارك هذه النقطة

⁷⁷ أنظر المادة (12) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (13) من قانون التحكيم المصري، و الفصل (19) من مجلة التحكيم التونسية. ⁷⁸ نصت الفقرة الأولى من المادة (8) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 و تعديلاته لعام 2006 على أنه " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها إتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الإتفاق باطل و لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

⁷⁹ نصت المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل التالية: 1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين 2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً 3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية".

⁸⁰ نصت الفقرة 4 من المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على الأسباب الآتية: 4- بطلان إتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته"

⁸¹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 531.

حين نص على أن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لا يحول دون بدء إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيه أو إصدار قرار تحكيمي.

هذه النقطة تقودنا إلى طرح تساؤلٍ على جانب كبير من الأهمية، فماذا لو دفع أحد الأطراف ببطلان إتفاق التحكيم أمام القضاء ومن ثم بدأت الخصومة أمام التحكيم؟ هنا يمكن أن يحصل تنازع ما بين حكم القضاء وحكم هيئة التحكيم - وهذا أمرٌ وارد الحصول في ظل قانون التحكيم الفلسطيني - فقد يصدر حكم من القضاء يقضي ببطلان الإتفاق التحكيمي فيما تقضي هيئة التحكيم بصحة الإتفاق التحكيمي، وبذلك نكون أمام حكمين متعارضين⁸² خصوصاً أن المشرع نص على أن اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لا يحول دون بدء إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيه أو إصدار قرار تحكيمي⁸³، وبذلك لم يشر القانون الفلسطيني كما الأردني والمصري وقانون الأونسترال إلى هذه المسألة، ويرأينا فإنه إذا حصلت هذه المسألة فإن كفة حكم القضاء ترجح على كفة حكم هيئة التحكيم، ذلك أن سلطة الفصل في المنازعات هي معقودة أساساً للقضاء وأن اللجوء إلى التحكيم ما هو إلا مسير إستثنائي عن طريق القضاء، إضافة إلى أن المشرع الفلسطيني أشار صراحةً إلى سلطة القضاء بشأن النظر في صحة أو بطلان إتفاق التحكيم وفي ذلك ترجيحاً ضمناً لكفة حكم القضاء على كفة حكم التحكيم⁸⁴.

الفرع الثاني: دور المحكمة في تفسير إتفاق التحكيم وتكييفه

سبق وأشرنا إلى أن إتفاق التحكيم كغيره من الإتفاقات الرضائية القائمة على الإيجاب والقبول، ولذا يلزم أن تتوافر في هذا الإتفاق الشروط الموضوعية العامة اللازمة لصحة أي إتفاق، كما يلزم أيضاً توافر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون، فإذا ما توفرت تلك الشروط في الإتفاق، رتب آثاره القانونية.

⁸² علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 169.

⁸³ انظر المادة 7 من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁸⁴ حول استقلال شرط التحكيم أنظر مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 49. و أنظر علي سيد قاسم، نسبية إتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء و قرارات المحكمين، دار النهضة العربية للنشر، 2000، ص 27-28. حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1996، ص 48-50 و حول مجموعة المنازعات المفترضة حول هذا المبدأ أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 468-470.

ويظهر دور المحكمة في عملية التفسير خصوصاً قبل تشكيل هيئة التحكيم، وكما العقود الأخرى فإن معظم القوانين المدنية المقارنة أعطت دوراً للقضاء في تفسير العقود و قامت بتنظيمها في متن قوانينها، وتثار هذه المسألة خصوصاً عند تنفيذ العقد (تحديد مضمون العقد) ، فقد يتعرض عقد ما عند تنفيذه ما بين الطرفين او الاطراف المتعاقدة الى الوقوف عند بعض النصوص التي تم ادراجها كون كل او احد الاطراف يدفع أن نيته اتجهت إلى إحداث هذا الأثر وليس ذلك، وبما أن العقد هو وسيلة للتعبير عن إرادة أطرافه وتنظيم للعلاقة القانونية فيما بينهم، فمن الطبيعي أن يقوم أحد الأطراف باللجوء الى القاضي طلباً لتفسيره إذا ما حصل خلاف فيما بين الاطراف المتعاقدة حول تفسير النصوص في هذا العقد.

يراد بالتفسير بيان ما هو غامض والإيضاح والكشف عن المراد⁸⁵، وقد قيلت آراء متعددة في الفقه حول تحديد معنى تفسير العقد، إلا أنه يمكن القول أن التعريف الحديث لمفهوم التفسير هو "تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك الى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"⁸⁶.
تبعاً لذلك فإن التفسير يهدف الى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، ذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن نية المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الإلتزامات التي يولدها، لكي يتسنى تطبيقه، من هنا تأتي أهمية عملية التفسير.

من المعروف قانوناً و فقهاً في مجال العلاقات التعاقدية، ان المتعاقدين لا يلتزمان الا بما ورد في العقد كقاعدة اساسية عامة، لذلك يجب تحديد موضوع التعاقد حتى يتبين مدى التزام كل منهما، ومتى تم ذلك في ضوء نية المتعاقدين وجب على الملتزم ان ينفذ التزامه كما تحدد في العقد ومستلزماته وتوابعه وحسن النية والثقة في التعامل ولو لم يذكر في العقد، حيث ان العقد شريعة المتعاقدين.

⁸⁵ عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 15.

⁸⁶ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 265.

بشكل عام فإنه على فرض أن هيئة التحكيم لم تعقد بعد، فإنه لا بد من وجود جهة ما تقوم بهذه العملية خصوصاً في حالة ورود شرط تحكيم في إتفاق ما، حيث يقتضي ذلك تدخل القضاء للفصل فيما اختلف فيه الأطراف حول تفسير ما اعترى العقد أو الإتفاق الذي تضمن شرطاً تحكيمياً من إبهام أو غموض، ويبدو لنا أن هذه نتيجة منطقية كون القضاء هو صاحب الولاية العامة على العقود كون هيئة التحكيم لم تعقد بعد، وبرأينا فإن هذا لا يشكل اخلالاً بمبدأ استقلال التحكيم كونه لا يمس منته ولا جوهره وإنما يبحث في نية المتعاقدين السليمة والصحيحة.

ينضح لنا أن عملية تفسير العقد هي من صلاحية وعمل القاضي، فهي الوسيلة القضائية لإظهار إرادة ونية المتعاقدين، إلا ان المشرع لم يترك للقاضي كامل الحرية في شأن تفسير العقود، بل ألزمه أتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن حدود مهمته الأصلية وهي تفسير العقد الى التعديل فيه وبذلك الانحراف عن حقيقة نية الأطراف المتعاقدة أو تشويهها⁸⁷.

لم يتطرق قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 كما القوانين المقارنة إلى موضوع التفسير القضائي لإتفاق التحكيم، بل نص على إمكانية لجوء الأطراف إلى القضاء طلباً لتفسير نقطة معينة في قرار التحكيم في حالات أوردتها الفقرة الرابعة من المادة (42) منه⁸⁸.

وإذا كان الحال كذلك، فإن عملية التفسير تخضع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وفلسطينياً فقد تم تنظيم عملية التفسير، حيث تضمنت المواد 159-166 من مشروع القانون المدني الفلسطيني مجموعة من القواعد الهامة التي تنظم عمل القاضي في هذه العملية⁸⁹، إضافة إلى ذلك، فقد تضمنت مجلة الأحكام العدلية⁹⁰ مجموعة من القواعد الخاصة بالتفسير ومنها المواد 3، 12، 13، 60، 63، 64، 65.

⁸⁷ انظر في ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، 2003، الكتاب الأول، ص 183، حيث جاء فيها " فإذا كانت عبارة العقد واضحة لزم أن تعد تعبيراً صادقا عن إرادة مشتركة للمتعاقدين وجب على قاضي الموضوع ألا ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة إلى معنى آخر، وإذا انحرف عن عبارة العقد الواضحة، فإن ذلك يعد تحريفاً وتشويهاً لها مما يستوجب نقض حكمه".

⁸⁸ تجدر الإشارة إلى أنه لم يعطي المشرع الأردني كما المصري والقانون النموذجي هذه الصلاحية للقضاء بالرغم من أهمية تلك الحالات التي نص عليها المشرع الفلسطيني للتدخل القضائي في تفسير الأحكام، والتي لو حصلت ستترك حتماً فراغاً قانونياً أنظر المادة (45) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (49) من قانون التحكيم المصري، و المادة (33) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985. ⁸⁹ مع الإشارة أن هذا القانون ما زال مشروعاً، حيث انه لم يستكمل الدورة التشريعية لإصداره بشكل كامل، لذلك تم التطرق الى هذا المشروع لتحقيق الفائدة العلمية وإثراء البحث، حيث أن مواد القانون لا تطبق على أرض الواقع للحظة إعداد هذا البحث. ⁹⁰ مجلة الأحكام العدلية العثمانية، سارية المفعول في فلسطين.

وبالنظر إلى المواد أعلاه، نجد أنها تضمنت الحالات الموجبة لتدخل القضاء في عملية التفسير، طبعاً بناءً على طلب أحد الأطراف، حيث يبرز تدخل القضاء بدايةً في تفسير العبارات الواضحة، والقاعدة الأساسية تقضي إلى عدم اللجوء إلى تفسير العقد إذا كانت ألفاظه واضحة⁹¹، إلا إذا ظهر أن العبارة الواضحة لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للأطراف. ومثال ذلك أن يحل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد وهنا نكون بحاجة إلى تفسيرهما، لنتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة⁹². وفي هذه الحالة يجب الاعتداد بالقصد الحقيقي للمتعاقدين وعدم الاعتداد بالتعبير الوارد في العقد الواضح المحدد⁹³، وذلك استناداً إلى أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني⁹⁴. وأما الحالة الثانية فهي التفسير في حالة غموض عبارات العقد، بحيث إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على حقيقة المعنى المقصود منها بسبب ما يكتنفها من غموض وإبهام يؤدي إلى تأويلها بحيث تحتمل أكثر من معنى، فلا بد من اللجوء إلى التفسير لتحديد القصد الحقيقي الذي ذهب إليه كل من المتعاقدين، ويضطلع بهذه المهمة القاضي، حيث تكون غايته أن يصل إلى ما قصدته الإرادة المشتركة لهما، سواء بالبحث في الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة⁹⁵، وله في سبيل ذلك الإستعانة بالمعايير التي نصت عليها المواد المذكورة أعلاه، والتي وردت على سبيل المثال لا الحصر وله الإستعانة بغيرها،

⁹¹ أنظر المادة (259/1) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، و المادة (239/1) من القانون المدني الأردني، و أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (1187/1993) بتاريخ 6/2/1994، منشورات مركز عدالة، www.adaleh.com
⁹² عبد الرزاق السنهوري، النظرية العامة للإلتزامات (نظرية العقد)، المرجع السابق، ص 937. و أنظر أيضاً عبد الباقي، عبد الفتاح، دروس في مصادر الإلتزام، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر، ص 290. و أنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 184.

⁹³ وهي تطابق المادة 3 من مجلة الأحكام العدلية.
⁹⁴ المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، الكتاب الأول، المادة 165، ص 184. أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2126/2002، هيئة خماسية، تاريخ 15/10/2002، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.

⁹⁵ جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ص 186 أنه " يظهر مما سبق أن القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ويلجأ من أجل الوصول إلى ذلك إلى معايير موضوعية، ولذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يعتد بالإرادة التي يستطيع أن يتعرف عليها". و للمزيد حول ذلك أنظر المزغني، رضا، و عبوده، عبد المجيد، التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الإدارة العامة إدارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1983 ص 144، و أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الثانية، المكتب القانوني، 1998، ص 222 و ما بعد، و أنظر أمين دواس بهذا الخصوص، المصادر الإرادية (العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، دار الشروق للنشر، رام الله 2004، ص 193 و ما بعد.

حيث يستطيع القاضي اللجوء إلى معايير أخرى يراها مناسبة غير تلك التي أوردتها المواد السابقة في سبيل الوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁹⁶.

وأما الحالة الثالثة و الأخيرة فهي حالة قيام الشك في التعرف على الإرادة الحقيقية للأطراف، هنا قد تأتي عبارة العقد غامضة إلى حد يترك القاضي في شك من الإرادة، هنا وضع المشرع قاعدتين تنفيذان في التفسير عند الشك بالإرادة المشتركة للطرفين، وهما: الشك يفسر في مصلحة المدين، إلا إذا كان العقد من عقود الإذعان فعندها يكون التفسير لمصلحة الطرف المذعن⁹⁷.

وخلاصة القول فإن إتفاق التحكيم كغيره من الإتفاقات والعقود حيث يخضع تفسيره لقاضي الموضوع أي للمحكمة المختصة، ويبرز هذا الدور للقضاء في حال ثار خلاف أثناء تنفيذ العقد حول بعض النصوص التي وقف عليها الأطراف كون أحد الأطراف دفع أن نيته إتجهت إلى إحداث هذا الأثر وليس ذلك، وهذا كله يتطلب وجود عقد صحيح، ذلك ان قيام القاضي بعملية التفسير يفترض اساساً وجود عقد صحيح، فإذا كان العقد كذلك فإن القاضي يمضي في هذه العملية، وإذا كان عكس ذلك اي وجد القاضي أن العقد باطل أمتنع القاضي من النظر في التفسير، ذلك ان العقد الباطل لا ينتج اي أثر يذكر. وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة تفسير عقد التحكيم تفسيراً ضيقاً، مع أخذ كامل الحيطة والحذر، كون التحكيم إستثناءً عن القاعدة العامة التي توجب الإلتجاء إلى القضاء العادي في كل الأحوال⁹⁸، كما أكد القضاء على ذلك⁹⁹.

وإذا كان للقضاء هذا الدور في التفسير قبل بدئ النزاع، فهل يبقى هذا الدور بعد تشكيل هيئة التحكيم والسير في الإجراءات؟ للإجابة على ذلك لا بدّ من الوقوف على فرضين، الأول هو وجود إتفاق بين

⁹⁶ أنظر المادة (165/2) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، و المادة (239/2) من القانون المدني الأردني.
⁹⁷ أنظر المادة (166) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، و المادة (240) من القانون المدني الأردني. و للمزيد أنظر دواس، أمين، المصادر الإرادية (العقد و الإرادة المنفردة) المرجع السابق، ص 203. و أنظر سلطان، أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 233 و ما بعد، و أنظر أنظر المزغني، رضا، و عبوده، عبد المجيد، التفسير القضائي في القانون المدني، المرجع السابق، ص 145.

⁹⁸ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم و إجراءاته، مرجع سابق، ص 152-153.
⁹⁹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم (2923/2002)، منشورات مركز عدالة، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت، حيث جاء فيه "ولا يجوز التوسع في تفسير العقد فيما يتعلق بالتحكيم ولا التوسع في تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم".

الطرفين على إحالة التفسير إلى هيئة التحكيم، وكون أساس إتفاق التحكيم هو سلطان الإرادة فلا بد هنا أن يكون الإختصاص لهيئة التحكيم، وأما فيما يتعلق بالفرض الثاني فيكون في حال عدم وجود إتفاق بين الأطراف في إتفاق التحكيم عل إخضاع مسألة التفسير لهيئة التحكيم، وهنا نرى أن هذا الإختصاص يكون أيضاً لهيئة التحكيم، وبموجب قانون التحكيم الفلسطيني فقد منح هيئة التحكيم صراحةً سلطة الفصل في المسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم وبرأينا فإن مسألة التفسير تدخل في ذلك¹⁰⁰ تبعاً لقاعدة المطلق يبقى على إطلاقه.

وإذا كان للقضاء هذا الدور في تفسير عقد التحكيم، فإن ذلك يدفعنا إلى التساؤل فيما إذا كان للقضاء دوراً في عملية تكيف إتفاق التحكيم؟

يعرف التكيف على أنه تحليل الوقائع القانونية وإعطائها الوصف القانوني السليم ويعرف أيضاً بأنه إعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح¹⁰¹، أي تحديد ماهيته وذلك بإعطاءه اسماً من أسماء العقود المعروفة أو الاكتفاء بالقول بأنه عقد غير مسمى يتعين على القاضي أن يستخلص قواعده بنفسه¹⁰². وعملية تكيف العقد عملية قانونية اجتهادية، والقاضي ملزم بالتكيف لأنه من الأسس القانونية الهامة التي يقوم عليها عمله القضائي، ويقوم القاضي بعملية تكيف العقد المطروح أمامه دون التقيد بالوصف الذي أعطاه له المتعاقدان¹⁰³، فقد يكونان مخطئان في التكيف وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت

¹⁰⁰ أنظر الفقرة الثانية من المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000. و للمزيد حول ذلك أنظر علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 174-175.

¹⁰¹ آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني- العقود المسماة في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، ط 1، 1999، ص 15.

¹⁰² صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1997، ص 117.

¹⁰³ جاء في قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز الأردنية رقم 845/95: "إن العبرة في تكيف العقد هي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ مع الاستثناء في ذلك بطبيعته التعامل فإذا كانت عبارات العقد تفيد أن المؤجر للعقار المؤجر ودار السينما محل الإيجار بما فيها من الآلات ومعدات وأن العقار الذي به هذه السينما لم يكن المقصود بهذا الإيجار لذاته فلا تكون دار السينما الإيجار مشمولة بقانون المالكين والمستأجرين ولا يكون العقد قابلاً للتجديد من اتفاق الطرفين". قرار رقم 845/95 مجلة نقابة المحامين الصفحة 344 سنة 43، نقض 17/12/1986. مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ج 1 س 37، ص 215، وقد قضت محكمة النقض بأن "المناطق في تكيف العقود هو ما عناه العقادان عنها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ما ضمنوها من عبارات إذا تبين أن هذه الأوصاف و العبارات تخالفا حقيقة التعاقد وما قصداه العقادون" 27/11/1986 نفس المجموعة، ج 2 س 37، ص 911. و أنظر رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الدار الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 1999، ص 10.

اسم العقد الظاهر، وبمقتضى التكييف يتم تحديد العقود المختلفة وبيان عناصرها ثم النظر في نية الأطراف لتحديد ما قصدته هذه النية من هذه العقود¹⁰⁴.

وغالباً ما تكون عملينا التكييف والتفسير متداخلتين وتكمل أحدهما الأخرى ذلك أن القاضي يدرس أولاً، نية المتعاقدين ويحلل إرادتهما حتى إذا ما تبين له وضوحهما، انصرف بعد ذلك الى تطبيق القواعد القانونية على العقد بغية إدراجه في فئة عقدية معينة، وبالتالي فإن عملية تفسير العقد تعني الإيضاح والإبانة، وكشف المراد¹⁰⁵، وعملية التكييف تقتضي إذن أولاً تفسير إرادة المتعاقدين ثم يقوم القاضي بتكييف هذا العقد، وإدخاله في طائفة العقود المسماة أو غير المسماة بمعنى ان التكييف ينصب على الواقعة أما التفسير ينصب على النص.

وعودة على نقطتنا الرئيسية و المتعلقة بدور المحكمة في تكييف الإتفاق التحكيمي، فإننا - وبحسب رأينا - نلاحظ وجود هذا الدور للقضاء في تكييف إتفاق التحكيم خصوصاً في حال لم تكن هيئة التحكيم مشكلة بعد أم في حال كانت مشكلة واتفق الأطراف على منح هذه السلطة للقضاء، وهنا لا بد من التقريب ما بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ففي حالة شرط التحكيم فإن هنالك دوراً للقضاء في تكييف العقد، ذلك أن هذا الإتفاق يحوي بالأساس على علاقة قانونية معينة، يتم إخضاع المنازعات الناشئة عن تنفيذها إلى التحكيم بموجب شرط يتم إيرادها في متن الإتفاق.

وأما في حالة مشاركة التحكيم فهي - و كما ذكرنا سابقاً - عبارة عن إتفاق لاحق على نشوء نزاع ناتج عن علاقة قانونية معينة لم يتم إخضاعها أساساً إلى التحكيم، وبذلك فهو إتفاق منفصل عن الإتفاق الأصلي، وقد إشتراط المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم كما القوانين المقارنة مثل الأردني و المصري¹⁰⁶، ضرورة تحديد موضوع النزاع على وجه الدقة بشكل تتنفي معه الجهالة الفاحشة وإلا فإن

¹⁰⁴ عاطف النقيب، نظرية العقد، عويدات، بيروت، ط 1، 1988، ص 384.

¹⁰⁵ آدم وهيب الندوي، شرح القانون المدني- العقود المسماة في القانون المدني، مرجع سابق، ص 17.

¹⁰⁶ أنظر الفقرة الرابعة من المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني، و المادة (11) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة الثانية من المادة (10) من قانون التحكيم المصري .

التحكيم يكون باطلاً¹⁰⁷، وهو بهذا المعنى والشروط يستبعد وجود دور للقضاء في تكييفه، حيث أن دوره فقط يكون بالإتفاق على إحالة المنازعات الناشئة عن الإتفاق الأصلي الذي يحوي العلاقة أو العلاقات القانونية بين الأطراف إلى التحكيم، وبقي أن نقول أن الأطراف بالإضافة إلى المحكمون ملزمون باتتباع تكييف المحكمة أو تفسيرها لإتفاق التحكيم.

المبحث الثاني

دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم

الأصل في تشكيل هيئة التحكيم أن يتم بإتفاق الأطراف من محكم أو أكثر¹⁰⁸ بعيداً عن تدخل القضاء، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإراة الذي يشكل أساس العمليات التحكيمية، وتكون هيئة التحكيم مشكلة إما من محكم منفرد كما قد تكون مشكلة من ثلاثة محكمين وفي هذه الحالة يكون لكل طرف إختيار محكمه

¹⁰⁷ نقض مدني فلسطيني رقم 70/2005 صادر بتاريخ 14/1/2006، غير منشور، جاء في متن القرار المذكور "أن ما توصلت إليه المحكمة الإستئنافية في قرارها محل الطعن واقع في محله و يتفق و أحكام القانون التي أوجبت أن تكون مشاركة التحكيم بخصوص موضوع النزاع واضحة جلية و نافية لكل جهالة". عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية و المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في دعاوى المدنية منذ نشأتها حتى تاريخ 31/12/2006، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2007، ص 127-130 مشار إليه أيضاً أمين دؤاس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 1.

¹⁰⁸ الفقرة الأولى من المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

ويقوم المحكمين المختارين من قبل الأطراف بتعيين المحكم الثالث والذي يطلق عليه إسم مرجح¹⁰⁹، وتظهر الحاجة إلى التدخل القضائي في عملية التشكيل في حال عدم إتفاق أطراف النزاع على إختيارهم¹¹⁰.

ويظهر هذا الدور القضائي بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم، حيث تقوم المحكمة المختصة بتعيين محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل، ضمن مجموعة من الحالات التي نصت عليها المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، وكون تدخل القضاء ليس من النظام العام حيث أن إختيار هيئة التحكيم هو في الأصل حق للأطراف¹¹¹ فلا يعمل بهذا النص في حال كان هنالك شرط خاص بين الخصوم¹¹²، كتحديد المحكم بشخصه أو الإتفاق على آلية معينة لتعيينه¹¹³ كسلطة تعيين تقوم بهذا العمل في حال عدم إتفاق الأطراف¹¹⁴، وعادةً ما يعهد بهذا الأمر إلى مؤسسات تحكيمية لما لها من خبرة في عملية التعيين¹¹⁵، وكما يمكن تحديد المحكم بشخصه فإنه يمكن تحديده بصفته أيضاً¹¹⁶ كرئيس مؤسسة قانون أو نقيب إحدى النقابات على سبيل المثال¹¹⁷، وفي هذه الحالة إذا شغل هذا المنصب عند طلب التحكيم، تولى التحكيم من يقوم مقامه، ومثال ذلك إذا عين عميد كلية حقوق للقيام بمهمة التحكيم و عند الطلب إتضح أن هذا العميد إنتهت مدته ولم يعين بديل له، حينها يحل محله في ذلك من يقوم مقامه¹¹⁸.

¹⁰⁹ وقد عرفت المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني المذكور المرجح على أنه " المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية "

¹¹⁰ أنظر المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني المذكور .

¹¹¹ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 82 .

¹¹² أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 176، بند 76 .

¹¹³ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 188 ، 590 .

¹¹⁴ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 277 .

¹¹⁵ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 6. و أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم

التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 542 .

¹¹⁶ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 170 . و أنظر عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم

التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 80 .

¹¹⁷ نصت الفقرة أ من المادة (16) من قانون التحكيم الأردني على أنه " لطرفي التحكيم الإتفاق على إختيار المحكمين و على كيفية و تاريخ إختيارهم فإذا لم يتفقا على ذلك تتبع الإجراءات التالية"، و تقابلها الفقرة الأولى من المادة (17) من قانون التحكيم المصري.

¹¹⁸ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 568 .

وبالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني و القوانين المقارنة، فإنه يلاحظ أن هذا الدور القضائي المساعد في تشكيل هيئة التحكيم يظهر خلال مرحلتين، الأولى تتشكل قبل بدء النظر في الخصومة حيث نكون أمام حالة عدم تشكيل هيئة التحكيم بصورة ابتدائية، والثانية فتتشكل خلال السير في الخصومة التحكيمية حيث تكون هيئة التحكيم مشكلة إلا أنه تظهر ظروف إستثنائية توجب تدخل القضاء لإعادة إستكمال الفراغ الذي يتركه أحد المحكمين المعينين أصلاً، كما سنلاحظ خلال مبحثنا هذا.

و قبل البحث في ذلك، فإنه وبالنظر إلى ما قلناه أعلاه، فإننا نرى أنه بالضرورة يمكن القيام بدراسة بعض المسائل ذات العلاقة بتشكيل هيئة التحكيم، وهذه المسائل تتعلق أولاً بطبيعة الطلب الذي يقدم إلى المحكمة المختصة، فهل يأخذ هذا الطلب شكل إستدعاء أم لائحة دعوى أم غير ذلك؟ إضافة إلى ذلك فإننا نتساءل عن سبب عدم أخذ المشرع الفلسطيني بقاعدة الوتر وأخذه ضمناً بقاعدة الشفع، وهل كان المشرع الفلسطيني موفقاً بالأخذ في هذه القاعدة؟ ونضيف مسألة أخرى تتعلق بموضوع المحكمة المختصة التي نص عليها المشرع الفلسطيني، حيث سنقوم بالبحث في هذه المسألة لنرى ما إذا كان المشرع الفلسطيني موفقاً في التوسع في تحديدها؟ وأخيراً فإننا سننتقل بالحديث في إشتراط المشرع الفلسطيني أن يكون المحكم المختار من قائمة المحكمين المعتمدين في وزارة العدل، فهل كان المشرع موفقاً في تحديد ذلك أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه خلال مبحثنا هذا.

و بناءً على ما تقدم فإننا سنقوم بالبحث في دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم، خلال تقسيمها إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم قبل مباشرة النظر في النزاع

المطلب الثاني: دور المحكمة المختصة الإستكمالي في تشكيل هيئة التحكيم

تمهيد:

بالإضافة إلى الحالات الموجبة لتدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم فقد حملت المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني بالإضافة إلى مواد أخرى، مجموعة من الجوانب القانونية ذات العلاقة بتشكيل هيئة التحكيم، التي تستلزم منا التطرق إليها بالبحث وذلك لغايات محاولة إستيضاحها ونقدها نقداً بناءً من هذا من جهة، ولإثراء هذه الدراسة من جهة أخرى، وهذه الجوانب تتعلق أولاً بطبيعة الطلب المقدم إلى المحكمة المختصة، وثانياً عدم أخذ المشرع الفلسطيني بقاعدة الوتر وأخذه بقاعدة الشفع، وثالثاً المحكمة المختصة بالتحكيم بموجب قانون التحكيم الفلسطيني، ورابعاً إشتراط المشرع الفلسطيني أن يكون المحكم المختار من ضمن القائمة المعتمدة من وزارة العدل، التي ستكون على النحو الآتي:

أولاً: الطبيعة القانونية للطلب الذي يقدم إلى المحكمة المختصة

يقدم هذا الطلب من قبل الأطراف أو هيئة التحكيم إلى المحكمة المختصة، وذلك لغايات تقديم المساعدة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم، ومن البديهي أن يكون هذا الطلب مكتوباً¹¹⁹، ويثور هنا التساؤل حول طبيعة هذا الطلب القانونية، فهل يأخذ هذا الطلب شكل إستدعاء مقدم إلى المحكمة المختصة، أم يأخذ شكل لائحة دعوى أم غير ذلك؟ وتظهر أهمية تحديد طبيعة هذا الطلب فيما يتعلق بالإجراءات التي تستتبع تقديمه، حيث تختلف إجراءات رفع الدعوى أمام القضاء عن إجراءات تقديم الإستدعاءات و الطلبات¹²⁰.

ثار خلاف في الفقه حول تحديد طبيعة هذا الطلب القانونية، إضافة إلى وجود خلاف بين تشريعات التحكيم فيما يتعلق بهذه المسألة، وبالنسبة إلى الفقه فقد ذهب جانب¹²¹، إلى إعتبار أن تقديم هذا الطلب

¹¹⁹ سواء كان على شكل إستدعاء أم لائحة دعوى .

¹²⁰ أنظر المواد 52-67 و 89-101 من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001.

¹²¹ أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقائية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص 213 . أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 656-658 . عامر فتحي البطينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 80 . أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 177 . (استند هذا الجانب من الفقه على مجموعة من الأسانيد لعل من أهمها قولهم أن المشرع لو أراد أن يكون الطلب على شكل غير لائحة دعوى لنص على ذلك صراحة، ناهيك عن أن تقديم الطلب على شكل لائحة دعوى يثبت مبدأ المواجهة بين الخصوم حيث يتعين إعلانهم و حضورهم و مناقشتهم في أسباب مشكلة تعثر إختيار المحكم المطلوب التدخل في إختياره)، و نحن لا نتفق مع هذه التبريرات كما سنرى في الصفحة القادمة عند مناقشة و تبرير رأينا في هذه النقطة.

يكون على شكل لائحة دعوى وليس إستدعاء، فيما ذهب جانب آخر¹²²، إلى إعتبار هذا الطلب بمثابة إستدعاء مكتوب يتضمن الشروط القانونية اللازمة في لائحة الدعوى.

وقد كان هنالك إختلاف ما بين تشريعات التحكيم بصدد هذه المسألة، حيث اكتفت بعض التشريعات بالنص على تقديم طلب دون بيان طبيعته القانونية¹²³، فيما ذهبت بعض التشريعات إلى تحديد طبيعته بشكل واضح في متن قوانينها التحكيمية، سواء تلك التي حددتها على شكل لائحة دعوى¹²⁴، أم تلك التي تم الإشارة فيها أن يكون على شكل إستدعاء¹²⁵.

وكون قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 لم يشر إلى طبيعة هذا الطلب، فإننا نميل إلى إعتبار هذا الطلب بمثابة إستدعاء يقدم إلى المحكمة المختصة يكون متضمناً البيانات المطلوبة في لائحة الدعوى في الظروف العادية لرفعها¹²⁶، ذلك لدواعي توفير الوقت على الأطراف المحكّمين وهيئة التحكيم على حد سواء، فالأطراف لجأوا في الأصل إلى حل نزاعهم بطريق التحكيم لتوفير الوقت الذي يتطلبه رفع دعوى بالطرق العادية لرفعها، إضافة إلى مزايا يسر وبساطة إجراءات التحكيم، وحيث يوجد قوائم معتمدة للمحكّمين في وزارة العدل الفلسطينية فإن من شأن ذلك أن تتم إجراءات التعيين بشكل سريع وليس كالوضع الذي سيكون لو لم توجد قوائم محكّمين، والأهم من ذلك أن المشرع الفلسطيني أعطى بموجب الفقرة الثانية من المادة 11 من قانون التحكيم المذكور، مدة 15 يوم للتعيين وهي المدة التي قررها بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية للمدعى عليه بتقديم لائحة

¹²² فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001، الطبعة الأولى، رام الله، 2002، ص 229.

¹²³ على سبيل المثال قانون التحكيم الفلسطيني و الأردني و المصري.

¹²⁴ مثل قانون التحكيم القطري (قانون المرافعات المدنية و التجارية) رقم 13 لسنة 1990، الجريدة الرسمية القطرية، العدد الثالث عشر، بتاريخ 1/9/1990 حيث نصت المادة 195 منه على أنه "إذا وقع نزاع و يرفع الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى " . و تشابه ما نصت عليه المادة 175 من قانون التحكيم الكويتي (قانون المرافعات المدنية و التجارية) رقم 38 لسنة 1980 .

¹²⁵ مثل قانون التحكيم السوري (قانون أصول المحاكمات المدنية)، المرسوم الإشتراعي رقم 84 بتاريخ 28/9/1952 في المادة (512) منه ، و قانون التحكيم التونسي الفصل (18) منه .

¹²⁶ حيث نصت المادة (52) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001 على أنه "تقام الدعوى بلائحة تودع قلم المحكمة متضمنة ما يلي: 1- اسم المحكمة. 2- اسم المدعي وصفته ومحل عمله وموطنه واسم الشخص الذي يمثله إن وجد وصفته وعنوانه. 3- اسم المدعى عليه وصفته ومحل عمله وموطنه. 4- إذا كان المدعي أو المدعى عليه فاقداً لأهليته أو ناقصها فينبغي ذكر ذلك. 5- موضوع الدعوى. 6- قيمة الدعوى بالقدر الممكن بيانه إذا كانت من الدعاوى غير محددة القيمة. 7- وقائع وأسباب الدعوى وتاريخ نشوئها وطلبات المدعي التي تبين أن للمحكمة صلاحية نظر الدعوى. 8- إذا كان موضوع الدعوى عقاراً أو منقولاً معيناً بالذات فيجب أن تتضمن لائحته وصفاً كافياً لتمييزه عن غيره. 9- توقيع المدعي أو وكيله". مع الإشارة أنه ومن وجهة نظرنا فإن هذه البيانات لا تشكل جميعها بالضرورة بيانات جوهرية في الإستدعاء بسبب الطبيعة القانونية له، حيث يجب مراعاة أن هذا الإستدعاء هو إستدعاء تحكيمي و ليس كسائر الإستدعاءات.

جوابية¹²⁷، إضافة إلى ذلك فإن المشرع الفلسطيني أطلق أسم طلب وليس لائحة¹²⁸، ونضيف أن تقديم هذا الطلب على شكل إستدعاء لا يضر ولا يشكل من الأشكال بمبدأ المواجهة كما ذهب جانب من الفقه¹²⁹ حيث يتم إعلان الخصوم و حضورهم ومناقشتهم في أسباب مشكلة تعثر إختيار المحكم المطلوب التدخل في إختياره عند النظر ودراسة الإستدعاء، وأخيراً فإذا ما رجعنا إلى المادة (57) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 والخاصة بالإلغاءات نجد أن المشرع إتبع أسلوب الإلغاء الضمني حيث جاء بنصها " يلغى كل ما يتعارض مع هذا القانون "، وإذا ما رجعنا إلى قانون التحكيم رقم (18) لسنة 1953 والذي كان سارياً في الضفة الغربية، فقد نص على أنه "تقدم جميع الطلبات إلى المحكمة بمقتضى قانون التحكيم بشكل إستدعاءات وفقاً لأصول المحاكمات الحقوقية" وبما أن هذه المادة لا تتعارض مع قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 فإنه يمكن الإستناد إليها في تقديم الطلبات والتي تكون على شكل إستدعاءات حسب ما جاء بنص هذه المادة، ويؤكد ذلك قياساً نص الفقرة الأولى من المادة (101) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني المذكور حيث جاء بنصها " تقدم سائر الطلبات الأخرى المتعلقة بالدعوى إلى المحكمة المختصة في شكل إستدعاءات "، كل هذه الإعتبارات والمبررات تؤكد بحسب رأينا النتيجة التي توصلنا إليها، وهي تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة على شكل إستدعاء، سواء كان مقدم من الأطراف أم هيئة التحكيم.

ثانياً: عدم أخذ المشرع الفلسطيني بقاعدة الوتر في تشكيل هيئة التحكيم و موقف التشريعات المقارنة

بالنظر إلى التشريعات التحكيمية، نلاحظ أن هنالك إختلاف واضح فيما بينها في تحديد هذا المسألة، ومن هذه التشريعات من نص صراحة على وجوب أن يكون عدد المحكمين وترأ ورتب البطلان على عدم تحقق ذلك¹³⁰، ومن القوانين من أكد على ضرورة أن يكون عدد المحكمين وترأ دون أن يرتب

¹²⁷ أنظر المادة (62) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 .
¹²⁸ و هذا أيضاً ما جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 3728/2004، منشورات مركز عدالة، مرجع سابق، حيث جاء فيه " يستفاد من اتفاقية التحكيم أن فريق التحكيم قد اتفقا ابتداءً على تعيين ثلاثة محكمين عين كل فريق محكمة والمحكم الثالث تركا أمر تعيينه للمحكمين المعنيين وإنهما إذا لم يقما بذلك أي المحكمين يتم تعيين المحكم الثالث عن طريق المحكمة المختصة بواسطة طلب يقدمه أي من الفريقين".

¹²⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 656-658.
¹³⁰ مثل قانون التحكيم المصري، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (15) منه على أنه "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترأ و إلا كان التحكيم باطلاً". و تطابق الفقرة ب من المادة (14) من قانون التحكيم الأردني، و تشابه المادة (195) من قانون التحكيم القطري.

صراحة البطلان في حالة عدم تحقق ذلك¹³¹، وبرأينا أن هذه النصوص تقضي بالبطلان بشكل ضمني في حال عدم تحقق قاعدة الوترية ومبرر ذلك أنها قواعد أمرية ويترتب على عدم القيام أو الإلتزام بها البطلان بحسب القواعد العامة، وأخيراً فإن من القوانين من لم ينص على إعتقاد قاعدة الوتر في تشكيل هيئة التحكيم وضمناً لم يترتب أي بطلان على عدم مراعاتها ومنها قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000¹³².

نصت المادة (8) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه "1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر 2- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً، ويختار المحكمون مرجحاً إلا إذا إتفق الأطراف على خلاف ذلك".

وبالنظر إلى المادة أعلاه نلاحظ إحتوائها مجموعة من العناصر والأحكام وهي:

1- أعطى المشرع الأطراف بموجب مبدأ سلطان الإرادة حرية الإتفاق على تشكيل هيئة التحكيم التي تتكون من محكم واحد أو أكثر.

2- في حال عدم إتفاق الأطراف يختار كل طرف محكماً، فيما يختار المحكمون المختارون مرجحاً

3- وضع المشرع الفلسطيني حداً أدنى لعدد المحكمين وهو واحد، فيما لم يحدد حداً أقصى لعددهم

4- لم ينص المشرع الفلسطيني على ضرورة أن يكون عدد المحكمين وتراً وأخذ بقاعدة الشفع¹³³،

وبموجب ذلك يمكن أن يكون عدد المحكمين وتراً كما يمكن أن يكون زوجياً.

5- لم يترتب المشرع الفلسطيني بشكل صريح البطلان في حال لم يكن عدد المحكمين وتراً كما فعل

معظم المشرعين في قوانينهم التحكيمية، وعلى سبيل المثال المشرع المصري و الأردني كما ذكرنا

سابقاً.

¹³¹ مثل قانون التحكيم التونسي حيث جاء في الفصل (55) منه على أنه "1- للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين لكن يجب أن يكون العدد وتراً 2- فإن لم يفعلوا كان عدد المحكمين وتراً". كما نصت المادة (175) من قانون التحكيم الكويتي على أنه " لا يجوز و إذا تعدد المحكمون وجب في جميع الأحوال أن يكون عددهم وتراً"، و تشابه المادة (10) من قانون الأونستيرال النموذجي لعام 1985 و تعديلاته عام 2006.

¹³² تجدر الإشارة إلى أن معظم قوانين التحكيم أخذت بقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم، Issak 1. Dore. The UNCITRAL Framework For Arbitration In Contemporary Perspective. Graham & Trotman. London 1993. p.6

¹³³ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 36.

6- يمكن أن يقوم الأطراف بإختيار المرجح بأنفسهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وفي حال إختلافهم يقوم المحكمون المختارون بعملية إختيار المرجح.

بذلك فإن المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم لم ينص على ضرورة أن يكون عدد المحكمين وتراً، وهو بذلك يجيز أن يكون عدد هيئة التحكيم زوجياً في حال إتفق الأطراف على ذلك، وبرأينا فإن ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني منتقداً في هذه المسألة، فمن ذلك أن هذه الهيئة مزدوجة العدد قد تتسبب في تعطيل الإجراءات في حال أنقسم أعضاؤها إلى فريقين كل منهم في تبني رأي معين مع الإصرار على تبني هذا الرأي، وما ينطبق على المسائل الإجرائية ينطبق أيضاً على المسائل الموضوعية في خصومة التحكيم، ويبرز كذلك سلبية هذا الإتجاه الذي أخذ به المشرع الفلسطيني في حال الوصول إلى مرحلة إصدار الحكم المنهي للخصومة فما هو العمل في حال تساوت آراء أو أصوات الفريقين، ففي كل هذه الحالات لا يمكن تغليب فريق على آخر دون الإخلال بمبدأ المساواة الذي يثبت كفتي ميزان العدالة¹³⁴، وبذلك فإن الأخذ بقاعدة الترتية في تشكيل هيئة التحكيم من شأنه أن يحافظ على حسن سير العدالة ويقطع الطريق على الطرف سيء النية من القيام بمعارضات عن طريق محكمه لتعطيل السير في الإجراءات وبرأينا فإن هذه إحتمالية يمكن حصولها خلال السير في خصومة التحكيم¹³⁵، وخالصة القول فإن المشرع الفلسطيني أعطى هيئة التحكيم مجموعة كبيرة من الصلاحيات في خصومة التحكيم، ومنها ما نصت عليه المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني حيث تختص هيئة التحكيم بموجبها، أولاً المسائل المتعلقة بإختصاصها، وثانياً المسائل المتعلقة بإتفاق التحكيم، وثالثاً الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، ورابعاً الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها، ناهيك عن صلاحياتها خلال السير في الإجراءات، وبذلك مع هذا الكم من الصلاحيات تتزايد فرص إنقسام هيئة التحكيم في تقرير

¹³⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 633 .
¹³⁵ وفي ذلك يقول أحمد عبد الكريم سلامة " فإن عدم وترية العدد يعد خلافاً إجرائياً في تشكيل هيئة التحكيم، وهو خلل يؤثر على سير العدالة، عندما يراد إتخاذ إجراء معين ولا يتفق أعضاء هيئة التحكيم على رأي بشأنه لإنعدام وجود مرجح " ، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 634 .

مسألة من تلك المسائل أو التصويت عليها، وفي حال كانت هيئة التحكيم مشكلة من عدد زوجي فإن إنقسامها يؤدي إلى تعطيل عملها وهو بذلك يؤثر في حسن سير العدالة.

وتبعاً لتلك الإعتبارات فإننا نرى أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني أن يعتمد قاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم، وصحيح أن المشرع قد ترك لسلطان الإرادة حرية عدم التقيد بهذه القاعدة كنوع من التأكيد على هذا المبدأ، إلا أنه يجب الموازنة ما بين التأكيد على هذا المبدأ و ما بين تحقيق فاعلية نظام التحكيم بتحقيق مزاياه وخصوصاً ميزة السرعة في الفصل في خصومته، مما يضمن بالنتيجة حسن سير العدالة في خصومة التحكيم.

ثالثاً: المحكمة المختصة بالتحكيم بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة¹³⁶

يوجد هنالك إختلاف واضح ما بين القوانين التحكيمية فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة ذات الصلاحية بالتدخل خلال السير في إجراءات التحكيم، فمن القوانين من نص على إخضاع نزاع التحكيم إلى محكمة واحدة ذات درجة معينة بغض النظر عن كون التحكيم محلياً أم دولياً¹³⁷، فيما نصت بعض التشريعات على أن تكون المحكمة المختصة بالنسبة للتحكيم المحلي تختلف عن المحكمة المختصة في حال كان التحكيم دولياً¹³⁸، ومن القوانين من حصرت الصلاحية في ذلك إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع دون النظر إذا ما كان التحكيم محلياً أم دولياً وهذه القوانين لم ترد تعريفاً مباشراً لها¹³⁹، كما توسعت القوانين التحكيمية لتعطي كل نوع من التحكيم محكمة معينة، كما ورد في قانون التحكيم

¹³⁶ تجب الإشارة إلى أن المادة السادسة من قانون الأونسترال لعام 1985 قد تركت لكل دولة صلاحية تحديد المحكمة أو المحاكم أو السلطات الأخرى، التي تتولى السلطات الرقابية و الإشرافية و المساعدة لهيئة التحكيم .

¹³⁷ مثل قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، حيث نصت الفقرة (أ) من المادة الثانية منه على أنه " المحكمة المختصة: محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة إختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في المملكة". وقد أكدت المادة (8) من القانون نفسه على هذا المبدأ حيث جاء بنصها " لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال المبينة فيه " .

¹³⁸ على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة التاسعة منه على أنه " يكون الإختصاص 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 الإختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر". وقد أخذ بهذا التقسيم أيضاً المشرع التونسي بموجب الفصل (18) من قانون التحكيم عدد 42 لسنة 1993 .

¹³⁹ مثل قانون التحكيم العراقي رقم 83 لسنة 1969 (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ)، الوقائع العراقية عدد 1766، بتاريخ 10/8/1969، في الفقرة الأولى من المادة (256) حيث جاء فيها " إذا وقع نزاع ولم يكن الخصوم قد إتفقوا على المحكمين أو فلاي منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين". و تشابه الفقرة الأولى من المادة (512) من قانون التحكيم السوري (قانون أصول المحاكمات المدنية) لعام 1952 .

الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، وهذا ما سنقوم بدراسته وتحليله في هذا المقام، لنرى ما إذا كان المشرع الفلسطيني قد جانب الصواب في التوسع في هذا التقسيم أم كان توسعه منتقداً؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه خلال هذه الجزئية.

نصت المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 تحت عنوان "تعريف وأحكام عامة" على أنه " المحكمة المختصة: المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، فإذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين: فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن إختصاصها المكاني، وإن كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه وهي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة"، وقد حددت الفقرة (أ) من المادة الثانية من القانون المذكور الحالات التي يكون فيها التحكيم محلياً أو دولياً أو أجنبياً¹⁴⁰.

يلاحظ من النص أعلاه أن التحكيم في حال كان محلياً فتكون الصلاحية للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويتم تعيينها من خلال الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، ومثالها حالة كون النزاع الموضوعي المطروح على هيئة التحكيم يدخل أساساً في صلاحية محكمة معينة - وعلى سبيل المثال محكمة الصلح بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني المذكور - فتكون هذه المحكمة ذات الصلاحية بالتدخل خلال السير في التحكيم، وهذا ينطبق على المحاكم الأخرى إذا كان النزاع يدخل في إختصاصها بموجب قانون الإجراءات المدنية والتجارية المذكور.

وتكون محكمة البداية التي يقع التحكيم ضمن إختصاصها المكاني مختصة بنظر النزاع إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين، وأما إذا كان التحكيم أجنبياً فإن محكمة البداية في القدس أو في مقرها المؤقت في غزة تكون صاحبة الإختصاص في ذلك.

¹⁴⁰ أنظر النقطة (16) من الحاشية .

ويلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه جاء بنص مغاير للقوانين التحكيمية المقارنة، حيث توسع بشكل ملفت للنظر في شأن تقرير المحكمة المختصة ذات الصلاحية بمعاونة هيئة التحكيم خلال إنعقاد الخصومة التحكيمية، وفي المقابل يلاحظ على المشرع الأردني أنه قصر هذه الصلاحية لمحكمة ذات درجة واحدة وهي محكمة الإستئناف التي يجري ضمن دائرة إختصاصها التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على إختصاص محكمة إستئناف أخرى في المملكة بغض النظر عن كون التحكيم محلياً أم دولياً أم غير ذلك¹⁴¹، و بذلك فإن محكمة الإستئناف الأردنية تكون مختصة بمعاونة هيئة التحكيم بغض النظر عن إتفاق الأطراف أو عدم إتفاقهم على ذلك.

وبرأينا فإن توجه المشرع الفلسطيني منتقداً من نواحي متعددة، في الوقت الذي نعتبر فيه أن المشرع الأردني قد اصاب في تحديد تلك المحكمة المختصة، ونبني رأينا هذا على مجموعة من الإعتبارات ومنها:

1- إن إختيار المشرع الفلسطيني لمحكمة واحدة ذات درجة واحدة من شأنه أن يوفر الوقت والجهد بالنسبة للأطراف المحكّمين وهيئة التحكيم على حدٍ سواء، ذلك أن أطراف التحكيم عند وضع شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم أو عند نشوء النزاع بينهم، فإنهم يعلمون أن المحكمة المختصة بالتحكيم هي - وعلى سبيل المثال - محكمة الإستئناف وبالتالي يقوموا باللجوء إليها بشكل مباشر دون أن ينفقوا جهداً ووقتاً في دراسة نوع النزاع التحكيمي سواء كان دولياً أم محلياً أم أجنبياً، لكي يتعرفوا على المحكمة المختصة بالتحكيم، ناهيك عن الوقت والجهد الذي سينفق لتبيان الإختصاص وخصوصاً القيمي والنوعي بالنسبة لموضوع النزاع محل التحكيم، فيتم الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني السابق ذكره ومن ثم النظر في قيمة الدعوى لمعرفة إن كانت تدخل في صلاحية محكمة الصلح أو البداية أو الإستئناف أو غيرها، فهي بكل ذلك فبالإضافة إلى تبديد الوقت والجهد فإن هنالك سيكون تبديد للأموال التي ستدفع للخبراء أو غيرهم لتقدير قيمة تلك الدعوى.

¹⁴¹ الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 .

- 2- إن في تحديد محكمة واحدة ذات درجة واحدة لمعاونة هيئة التحكيم خلال السير في الخصومة التحكيمية من شأنه أن يساعد على التخصص، بمعنى أنه سيكون محكمة واحدة متخصصة في مسائل التحكيم¹⁴²، وهذا يساعد في تقوية الملكة القانونية لقضاة هذه المحكمة فيما يتعلق بقضايا التحكيم حيث يكونوا مختصين بنظر تلك المسائل دون غيرهم و تكرار تلك المسائل عليهم يساعدهم في ذلك، و بالنتيجة صدور قرارات صائبة و قوية، كما يساعد في تطوير نظام التحكيم ويحقق فاعلية أكثر له.
- 3- إن كون هيئة التحكيم تصدر أحكاماً نهائية، كذلك التي تصدرها محاكم الإستئناف، فمن الأفضل أن تكون المحكمة المختصة وفقاً لقانون التحكيم، التي تتولى معاونتها من نفس درجتها¹⁴³.
- 4- كون النظام القانوني في فلسطين هو نظام مختلط (لاتيني - أنجلو سكسوني)، فإن أخذ خيار محكمة واحدة معينة يساعد القضاة والمشتغلين في القانون وأصحاب العلاقة، وتتجسد هذه المساعدة في السوابق القضائية المتعلقة بالنظام الأنجلوسكسوني الموروث عن فترة الإنتداب البريطاني، والتي ما زال أثر بعضها موجود في المحاكم الفلسطينية¹⁴⁴.
- كل هذه الإعتبارات تجعلنا نرجح الحل الأردني على الحل الفلسطيني بشأن تحديد هذه المسألة، وفي المقابل فقد ذهب جانب من الفقه¹⁴⁵ إلى أن المحكمة التي تقدم المساعدة لإتمام عملية التحكيم، يلزم فيها دائماً أن تكون على صلة أو رابطة بعملية التحكيم و أطرافها، ذلك أن إختصاصها يكون أكثر واقعية وفعالية لما تتخذه من إجراء.
- وتبعاً لذلك فإنه ومن وجهة نظرنا نعتبر أنه كان على المشرع الفلسطيني أن يحصر المحكمة المختصة بمعاونة هيئة التحكيم خلال السير في الخصومة التحكيمية بمحكمة محددة ذات درجة واحدة، تكون دون غيرها مختصة بموضوع منازعات التحكيم أسوةً بالمشرع الأردني.

142 Broches, A. Commentarion the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer. Boston, 1990, p.35

143 أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 5.

144 نظام السوابق القضائية ما زال معمول به في فلسطين وقد ورث هذا النظام من عهد الإنتداب البريطاني على فلسطين والذي يأخذ بالنظام الأنجلوسكسوني، و تشكل هذه السوابق عمود هذا النظام.

145 أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 266.

وأخيراً فإننا نتساءل عن المحكمة المختصة بالتحكيم إذا كان أجنبياً بالنسبة لمنطقة الضفة الغربية، حيث جاء بتعريف المحكمة المختصة في قانون التحكيم الفلسطيني كما تم ذكره سابقاً " المحكمة المختصة أصلاً.....، وإن كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه وهي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة".

إن هذا النص منتقداً بشكل كبير بحسب رأينا، ذلك أن الفلسطينيين من سكان الضفة الغربية لا يستطيعون الذهاب إلى القدس أو قطاع غزة بسبب الأحوال والمعوقات الدائمة من قبل الإحتلال الإسرائيلي، وإذا بررنا وضع المشرع الفلسطيني لمدينة القدس كمقر دائم لمحكمة البداية ذات الصلاحية بالتحكيم الأجنبي كمنحى سياسي حيث أضاف " عاصمة دولة فلسطين"، فإن قطاع غزة وبالإضافة إلى معوقات الإحتلال فإن البعد الجغرافي بين الضفة الغربية وقطاع غزة يحول دون أن تتم الإجراءات على أكمل وجه، وبذلك فإنه ومن وجهة نظرنا كان على المشرع الفلسطيني أن يراعي هذه الخصوصية عند النص على تلك الجزئية، وإذا بررنا وضع تلك المحكمة كمقر دائم في مدينة القدس كمنحى سياسي إلا أنه يجب على المشرع أن يراعي في أن هذا القانون يرتبط به مصالح المجتمع يجب أن تراعى عند تشريعه .

رابعاً: اشتراط أن يكون المحكم المختار من ضمن قائمة المحكمين المعتمدة من وزارة العدل من الملفت للانتباه ما قام به المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 بموجب الفقرة الأولى من المادة (11) منه، من اشتراط أن يتم تعيين المحكم أو المرجح من قبل المحكمة المختصة من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين في وزارة العدل الفلسطينية¹⁴⁶.

¹⁴⁶ حيث جاء فيها " 1- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل و ذلك في الحالات الآتية:".

في الواقع إن هذا الحكم الذي جاء به المشرع الفلسطيني، لم تتضمنه معظم القوانين التحكيمية¹⁴⁷، وذهب البعض¹⁴⁸ إلى أن المشرع قصد من ذلك ممارسة وزارة العدل صلاحية تحديد من هم المؤهلين؛ لأن يكونوا محكمين، ذلك أن العمل التحكيمي في فلسطين على مدار السنوات الفائتة، من جانب المحكمين لم يكونوا على مستوى من المعرفة بالإجراءات القضائية مما كان يسبب في أغلب الأحيان فسخ قرار التحكيم من قبل المحكمة بسبب إفتقاره الأسس القانونية السليمة، وبذلك أراد المشرع التغلب على تلك المسألة.

في الواقع يمكننا القول أن من شأن هذا الشرط الوارد في قانون التحكيم الفلسطيني، أن يحقق مجموعة من المزايا، وفي المقابل يمكننا توجيه النقد له من جوانب معينة، وفيما يتعلق بمزايا هذا التوجه فهي متعلقة أولاً بتحقيق ميزة السرعة في إختيار المحكم مما يوفر الوقت والجهد، إضافة إلى أن وجود محكمين على قدرٍ من العلم و الكفاءة من شأنه أن يضمن إصدار قرارات صائبة في أغلب الأحيان مما يقلل من عملية حصول فسخ لهذا القرار من قبل المحكمة المختصة، وأخيراً فإنه يمكن تبرير الأخذ بهذا الشرط في قانون التحكيم الفلسطيني، أن اللجوء إلى المحكمة المختصة من قبل أحد الأطراف أو هيئة التحكيم يعتبر تنازلاً منهم وتفويضاً للمحكمة لإختيار هذا المحكم ووجود قائمة معتمدة من المحكمين من شأنه أن يسهل هذا الإجراء على المحكمة.

لكن إذا ما نظرنا إلى الجانب الآخر من هذه المسألة، فإننا نستطيع أن نرى بوضوح وجود تأثير من قبل السلطة التنفيذية (وزارة العدل) على عملية التحكيم والذي يحكمها بالأساس مبدأ إستقلال التحكيم، فالتحكيم هو طريق بديل عن قضاء الدولة يخضع أساساً لمبدأ سلطان الإرادة، والأصل أن يتم التحكيم بعيداً عن أي تدخلات إعمالاً لمبدأ إستقلاله وإن من شأن إعمال هذا النص أن يقيد هذا المبدأ الذي يوجب أن يتم الإختيار من قبل تلك القائمة المعدة من وزارة العدل، وكون الأصل أن يتم إعمال مبدأ

¹⁴⁷ تجدر الإشارة أن المادة الثانية من قانون إصدار قانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية المصري، رقم 27 لسنة 1994 نصت على أن يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، و يضع قوائم المحكمين الذي يجرى الإختيار من بينهم وفقاً لحكم المادة 17 من هذا القانون"، مشار إليه في مرجع مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 593 .

¹⁴⁸ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 44 .

الفصل بين السلطات بموجب القانون الأساسي الفلسطيني¹⁴⁹، فإن وجود مثل هذا النص يتعارض مع مبدأ إستقلال التحكيم ويؤثر فيه.

ونحن نتساءل هنا فيما لو أرادت المحكمة المختصة أن تختار من خارج هذه القائمة، فهل تستطيع ذلك أم هي ملزمة بالإختيار من ضمن هذه القائمة فقط؟

ذهب جانب من الفقه¹⁵⁰ إلى أن المحكمة تستطيع أن تختار محكماً من خارج تلك القائمة ليقوم بعملية التحكيم، في حال رأت أن هذا المحكم يحمل المؤهلات اللازمة و الضرورية للفصل في النزاع، فيما ذهب جانب آخر¹⁵¹ إلى أن على المحكمة إختيار ذلك المحكم من ضمن القائمة، إلا في حالة أن طلب الأطراف من المحكمة تثبيت محكم تم إختياره من خارج القائمة، ذلك أن الدور هنا قاصر على التثبيت و ليس تسمية المحكم، وهنا لا تستطيع المحكمة رفض التثبيت.

ونحن نرى أنه بالنظر إلى المادة (11) نجدها مادة أمره¹⁵² و يترتب على ذلك إلتزام المحكمة بعملية إختيار المحكم من ضمن القائمة، أما في حالة تقديم الطلب إلى المحكمة المختصة وقبل إصدار قرارها في ذلك، فإنه يستطيع الأطراف الرجوع عن ذلك الطلب إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يشكل أساس التحكيم وفي هذه الحالة فإن المحكمة تقوم بتثبيت ذلك الإختيار.

وأخيراً فإنه وبالرغم من وجود ميزات تتعلق بوضع قائمة للمحكّمين المؤهلين، إلا أن هذا الإتجاه منقاد في ناحيتين:

الأولى: متعلقة بالجهة التي تضع تلك القائمة وهي وزارة العدل، وفي هذا نوع من التأثير من جانب السلطة التنفيذية، مما يؤثر على مبدأ إستقلال التحكيم الذي يشكل أساس العملية التحكيمية.

¹⁴⁹ أنظر المادة (2) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، الوقائع الفلسطينية، العدد الممتاز 2، بتاريخ 19/3/2003.
¹⁵⁰ عثمان التكروري، الوجيز في أسس التحكيم المحلي و الدولي، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2001، ص 63. مشار إليه في رسالة أنس محمود محمد ارفاعية، تنازع القوانين في إجراءات التحكيم "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2004، ص 103.

¹⁵¹ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 45.
¹⁵² وقد نصت المادة (6) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على أنه " إذا طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم من المحكمة المختصة تعيين محكم أو مرجح فإنه يتعين عليها إختيار ذلك المحكم أو المرجح من ضمن قوائم المحكمين المعتمدين من الوزارة"، قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، عدد 50، بتاريخ 29/8/2004.

الثانية: متعلق بمبدأ سلطان الإرادة الذي يشكل أساس التحكيم، حيث يشكل تدخل السلطة التنفيذية بوضع قائمة للمحكّمين، نوع من تقييد حرية المحكمة من القيام بعملية الإختيار، حيث تلزم بتلك القائمة في الوقت الذي يمكن أن يكون هنالك - بنظر المحكمة - أشخاص من خارج تلك القائمة مؤهلين للقيام بعملية التحكيم على أكمل وجه.

ونضيف إلى ذلك أنه كون المشرع الفلسطيني وضع مجموعة من الشروط المتعلقة بالمحكّمين المؤهلين بموجب اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، وبذلك فإننا لا نرى ضرورة لوجود قائمة معتمدة من وزارة العدل، وبموجب ذلك فقد كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني عدم تقييد المحكمة المختصة بمثل هذه القوائم خصوصاً أن شروط تعيين هؤلاء المحكّمين موجودة في اللائحة التنفيذية ولن يخرج القاضي عن تلك الشروط عند قيامه بعملية الإختيار.

وبذلك كان على المشرع الفلسطيني من وجهة نظرنا أن يترك للمحكمة الصلاحية المفتوحة غير المقيدة للقيام بعملية إختيار ذلك المحكم أو المرجح، ومن المنطقي أن تقوم المحكمة بإختيار محكّمين أكفاء في كل حالات التدخل حيث أن الجهة القضائية والمتمثلة هنا بالمحكمة يكون همها الأول والأخير إيصال الحقوق إلى أصحابها حتى بطريق التحكيم، مما يريحها في النهاية من القيام بفسخ قرار التحكيم وفتح دعوى جديدة أمام القضاء مما يزيد العبء عليه¹⁵³.

هذا و بعد أن تعرضنا لتلك المسائل المتعلقة بعملية التدخل القضائي المساعد للتحكيم بالتحليل والنقد حين تطلب الأمر بموجب التمهيد السابق، فإننا سننتقل بالحديث في دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم قبل مباشرة النزاع وذلك في المطلب القادم.

المطلب الأول

¹⁵³ تطرقت بعض الإتفاقيات الدولية إلى نظام القوائم، مثل قواعد لجنة الأمم المتحدة (يونسترال) لعام 1976، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (6) على أنه "تقوم سلطة التعيين، بناءً على طلب أحد الأطراف، بتعيين محكم واحد في أقرب ما يمكن، و تتبع في هذا التعيين طريقة القوائم وفقاً للإجراءات التالية، إلا إذا إتفق الطرفان على إستبعاد هذه الطريقة، أو رأت سلطة التعيين، بما لها من سلطة تقديرية، أن إستعمالها لا يناسب ظروف الحال:". و أنظر في ذلك المادة (40) من إتفاقية واشنطن 1965. و المادة (14) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987، و تجدر الإشارة أن فلسطين طرف في هذه الإتفاقية، ممثلة و قتها بالمنظمة.

دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم قبل مباشرة النظر في النزاع

بالنظر إلى معظم تشريعات التحكيم، فإنه من الملاحظ أن الإتجاهات الحديثة في التحكيم تكاد تجمع على إعطاء دور للقضاء إشرافي ومساعد في تشكيل هيئة التحكيم¹⁵⁴، ولعل ذلك جاء نتيجة توسع تلك التشريعات في منح القضاء دور أكبر في الرقابة والمساعدة لهيئة التحكيم أثناء مسير الخصومة التحكيمية وحتى بعد صدور القرار التحكيمي، ويظهر هذا الدور للقضاء بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم¹⁵⁵، والأصل أن يتم إعمال مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة للأطراف فإذا ما تم إختيار هيئة التحكيم بتراضي الأطراف، فلا يكون هنالك مجال للتدخل أو المساعدة القضائية من قبل المحكمة المختصة، وفي المقابل فإذا ما حصل خلاف بين الأطراف المحترمة حول تعيين محكم أو مرجح أو تقاعس أحد الأطراف في تسمية محكمه¹⁵⁶، فإن حسن سير العدالة يتطلب من المحكمة المختصة التدخل في تعبئة هذا الفراغ، وذلك لضمان جدية العملية التحكيمية والحد من محاولة أحد الأطراف التعسف في إستعمال حقه¹⁵⁷، وبذلك فإن إعطاء هذا الدور المساعد إلى المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم من شأنه أن يحمي الطرف حسن النية من الطرف سيء النية في حال قصد الأخير التأخير والمماطلة من عدم تسميته لمحكمه، مما يسبب بالنتيجة فقد ميزة السرعة التي تميز نظام التحكيم بها كنظام بديل عن القضاء لفض المنازعات، ولا يتم اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب المساعدة في عملية التعيين إلا في حال التحكيم بالقانون وليس تحكيمياً بالصلح¹⁵⁸.

و من جانب آخر، و تبعاً لأهمية دور المحكم في العملية التحكيمية، إضافة إلى تسهيل وتخفيف العبء على القضاء النظامي من تراكم القضايا التحكيمية التي يحكم بقرار المحكمين فيها في بعض الأحيان بالفسخ بسبب إنتقارها للأسس القانونية السليمة، فقد إشتطت بعض القوانين التحكيمية ومنها قانون

Huleatt-James, M. & Gould, N., International Commercial Arbitration: A Handbook 2nd ed., LLP- 154
London . Hong Kong 1999, pp. 3, 17

¹⁵⁵ الفقرة الأولى من المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 .

¹⁵⁶ Professor Fraser. Davidson. Arbitration, Sctotish Universities Law Institute. LTD. Edinburgh W.
Green 2000. p 54

¹⁵⁷ المحامي ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 45 .

¹⁵⁸ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 6 .

التحكيم الفلسطيني ضرورة توافر شروط معينة في المحكم، بحيث تعتبر شروط صحة يجب توافرها في المحكم المختار.

أما فيما يتعلق في دور المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم قبل بدء النزاع فقد عالجت المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني، الحالات الموجبة لتدخل القضاء المساعد في تشكيل هيئة التحكيم، وتعتبر هذه الحالات، من الحالات الموجبة لتدخل القضاء قبل مباشرة النظر في النزاع، و بموجب هذه المادة فإن الدور القضائي يظهر في:

أولاً: في حالة المحكم الوحيد، وبموجب هذه الحالة يكون الأطراف قد اتفقوا في إتفاق التحكيم على إحالة النزاع عند حصوله إلى محكم واحد، لكن لم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم، وفي هذه الحالة يجوز لأحد الأطراف أن يلجأ إلى المحكمة المختصة لتعيين هذا المحكم¹⁵⁹.

ثانياً: وفي هذه الحالة يكون لكل طرف من الخصوم أن يقوم بتعيين محكماً من طرفه، ولم يرق بذلك، وفي هذه الحالة جاز للطرف الآخر المتضرر أن يعتبره مقصراً بالتعيين ويقوم بالتوجه إلى المحكمة المختصة طالباً منها تعيين ذلك المحكم¹⁶⁰، ولعل مبرر ذلك يرجع إلى الحد من تعسف طرف في إستعمال حقه إختيار محكمه، ولعدم تمييز وإسراف الوقت حماية للطرف حسن النية¹⁶¹.

ولعل الملفت للنظر أن من بين هذه التشريعات من حدد سقفاً زمنياً لكل من الأطراف¹⁶²، وبرأينا كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني أن يحدد صراحةً مدة معينة لأي طرف من الأطراف بعد تسلمه الطلب من الطرف الآخر (خمسة عشر يوماً على سبيل المثال)، وفي ذلك نوع من إضفاء الجدية للتحكيم، ونوع

¹⁵⁹ تقابل الفقرة أ من المادة (16) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة 1/أ من المادة (17) من قانون التحكيم المصري، و الفصل 3/56/ب من قانون التحكيم التونسي، و الفقرة 3/ب من المادة (11) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985، و الفقرة الثالثة من المادة (8) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998.

¹⁶⁰ " و يبين ذلك عادةً من خلال قيام الطرف الآخر بإرسال إشعار للطرف المخل، بواسطة كاتب العدل، لتعيين ذلك المحكم، و تنقضي مدة الإشعار"، تمييز حقوق رقم 393/1994، مجلة نقابة المحامين لسنة 1994، ص 965، مشار إليه في مرجع أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 8.

¹⁶¹ تقابل الفقرة 1/ب من المادة (17) من قانون التحكيم المصري، و الفقرة 2/أ من المادة (16) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة 3/ب من الفصل (65) من قانون التحكيم التونسي، و الفقرة الرابعة من المادة (8) من من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998، و الفقرة 3/أ من المادة (11) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985.

¹⁶² وقد حددها المشرع المصري بثلاثين يوماً، الفقرة 1/ب من المادة (17)، و هي نفس المدة التي حددها المشرع التونسي في الفقرة 3/أ من الفصل (65)، كما حدد تلك المدة قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985 في الفقرة 3/أ من المادة (11) منه بثلاثين يوماً أيضاً، فيما حددها المشرع الأردني بخمسة عشر يوماً في الفقرة 2/أ من المادة (16).

من تنظيم عملية التحكيم، ناهيك عن حماية مباشرة للطرف حسن النية من تعسف الطرف الآخر، لضمان عدم تبديد وإسراف الوقت في عملية التعيين، والتي يمكن إستعمالها بقصد المماطلة من الطرف سيء النية.

ثالثاً: وفي هذه الحالة فإن المشرع يشترط أن يرد المحكم الذي تم إختياره بشكل كتابي على قبوله طلب التحكيم، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بإختياره محكماً، فإذا لم يقم بذلك فإنه يجوز للطرف الآخر اللجوء إلى المحكمة المختصة لتعيين محكماً بديل، وتفترض هذه الحالة عدم إتفاق الأطراف على محكم بديل له .

بالنظر إلى تشريعات التحكيم المقارنة فإنه يلاحظ أن هنالك تبايناً فيما بينها بالنسبة لهذه الحالة، فمن التشريعات من غفل عن التطرق إلى هذه الحالة¹⁶³، ومنها من نص عليها لكن دون تحديد مدة معينة تقيد المحكم المختار في الرد على قبول مهمة التحكيم من رفضها¹⁶⁴.

وبرأينا فإن المشرع الفلسطيني كان موفقاً من ناحيتين: الأولى تتعلق بعملية التطرق لهذه الحالة، فإن النص على هذه الحالة بحد ذاته يشكل ميزة تحسب للمشرع الفلسطيني حيث يشكل هذا النص حالة يمكن حدوثها في العملية التحكيمية، وأما فيما يتعلق في الناحية الثانية فهي قيام المشرع الفلسطيني سقفاً زمنياً محدداً للمحكم المختار للإفصاح عن رغبته بالقيام بالعملية التحكيمية من عدمها، وهو بذلك يحقق ميزة السرعة في التحكيم ناهيك عن حماية الطرف الآخر من مماطلة مقصودة في التعيين يمكن أن يقوم بها الطرف الخصم.

رابعاً: وبمقتضى هذه الحالة الرابعة، فإنه يجوز لأحد الأطراف أن يقدم طلباً إلى المحكمة المختصة لتعيين محكم، إذا ما إعتذر محكم أحد الأطراف عن التحكيم في حالة المحكم الوحيد، أو إذا ما إعتذر محكم أحد الأطراف عن القيام بالتحكيم في حالة التحكيم متعدد الأطراف، أو في حالة أصبح المحكم غير أهل للقيام بالتحكيم أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفاً له، فإذا عين

¹⁶³ مثل قانون التحكيم الأردني، أنظر المادة (16) منه. وقانون التحكيم المصري، أنظر المادة (17) منه.
¹⁶⁴ أنظر الفقرة الأولى من المادة (512) من قانون التحكيم السوري 1952 (قانون أصول المحاكمات السوري).

الأطراف خلفاً له عن طريق الإتفاق فيما بينهم أو عين ذلك الطرف خلفاً له، فلا تثار مشكلة وبالتالي لا يكون هنالك داعي لتدخل القضاء في التعيين، ويكون المحكم غير أهل للقيام بالتحكيم في حال فقد أي شرط من الشروط المنصوص عليها في القانون الخاصة بالمحكمين¹⁶⁵.

خامساً: إذا كان على المحكمين تعيين مرجحاً ولم يتفقوا¹⁶⁶، عندها يجوز للأطراف وهيئة التحكيم على السواء، التقدم بطلب إلى المحكمة المختصة لتعيين ذلك المرجح¹⁶⁷.

ومن وجهة نظرنا كان الأجدر على المشرع الفلسطيني أن يضع سقفاً زمنياً على المحكمين لتعيين المرجح حتى لا يطال أمد هذا التعيين وفي ذلك حماية للأطراف، وعلى سبيل المثال أن يحدد هذه المدة بخمسة عشر يوماً من تاريخ تعيين آخر المحكمين الإثنيين وهذا أسوة بالمشرع الأردني، فيما حددها المشرع المصري بثلاثين يوماً.

ومن وجهة نظرنا أيضاً كان لا بد من المشرع أن ينص على أن يكون هذا المرجح المختار رئيساً لهيئة التحكيم وذلك نوع من إضفاء حياد أكثر لعمل هيئة التحكيم، حيث يكون رأيه مرجحاً للأراء، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني واليونسترال وغيرها من التشريعات.

سادساً: وهي حالة رفض أو إعتذار المرجح عن القيام بالتحكيم، وفي هذه الحالة يكون المحكمين قد إتفقوا على ذلك المرجح فيما رفض أو إعتذر عن القيام بالتحكيم، فيما لم يتضمن إتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له، ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف، عندها يجوز لأحد الأطراف أو هيئة التحكيم أن يتقدموا بطلب إلى المحكمة المختصة طالبين فيه تعيين خلف لذلك المرجح الذي إعتذر أو رفض القيام بالتحكيم.

¹⁶⁵ و تشابه هذه الحالة كثير من التشريعات المقارنة، أنظر المادة (19) من قانون التحكيم الأردني، و الفصل (21) من قانون التحكيم التونسي، و أنظر المادة (20) و المادة (21) من قانون التحكيم المصري.

¹⁶⁶ حول تعريف المرجح و طريقة إختياره أنظر ما قلناه بهذا الصدد صفحة (54) و النقطة (148) من الحاشية.

¹⁶⁷ تشابه المادة 1/16/2 من قانون التحكيم الأردني، و المادة 17/ب من قانون التحكيم المصري، و الفصل 16/أ من قانون التحكيم التونسي، و المادة 7/1 و 7/2/ب من قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة " يونسترال " لعام 1976 ، و الفقرة 3/أ من المادة (11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985.

وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي: 6- تعيين محكم أو مرجح من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من الوزارة، وذلك في الأحوال المنصوص عليها في القانون¹⁶⁸ .

وبرأينا فإن المشرع الفلسطيني كان موفقاً بشكل كبير في النص على هذه الحالة في الوقت الذي غفلت عنها تشريعات تحكيمية أخرى، و بذلك فإن المشرع الفلسطيني يسد ثغرة يمكن حصولها إذا ما رفض أو إعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، هذا كله مع الإبقاء على إرادة الأطراف سابقة على اللجوء إلى المحكمة .

وبقي أن نقول أن المشرع الفلسطيني ألزم المحكمة المختصة أن تصدر قرارها بتعيين محكم أو مرجح -حسب مقتضى الحال- خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، و يكون قرارها في جميع الأحوال غير قابل للطعن، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون قرارها غير قابل للطعن"¹⁶⁹ .

وبالنظر إلى النص أعلاه فإنه يثور تساؤلين إثنين: الأول يتعلق بالتبليغ، فكيف يتم التبليغ هل يتم عن طريق مقدم الطلب أم يتم عن طريق المحكمة المختصة المقدم إليها الطلب؟ وأما التساؤل الثاني فهو يتعلق بالطعن الذي ورد في آخر الفقرة من النص أعلاه، فماذا قصد المشرع حين قال أن القرار يكون غير قابل للطعن؟

فيما يتعلق بالتساؤل الأول، فمن الواضح من الفقرة الثانية من المادة (11) المذكورة أعلاه، أن الطلب الذي سيتم تبليغه للطرف الآخر هو الطلب الذي تقدم به الخصم إلى المحكمة طالباً منها القيام بالتعيين،

¹⁶⁸ أنظر الفقرة السادسة من المادة (68) من قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، عدد 50، صفحة 168، بتاريخ 29/8/2004.

¹⁶⁹ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2480/2007 " وحيث أن قرار المحكمة بشأن تشكيل هيئة التحكيم ليس حكماً ولا يخضع لنظام الأحكام لأنه لا يوجد نزاع ولا خصومة يصدر فيها حكم وان هذا القرار عمل من أعمال الإدارة القضائية وهذا ما ذهب إليه الفقه... "، و انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2480/2007 الذي جاء فيه " لا يعتبر قرار محكمة الاستئناف المتضمن تعيين محكمين حكماً قضائياً بل هو عمل من أعمال الإدارة القضائية ولا يخضع لنظام الأحكام لأنه لا يوجد نزاع ولا خصومة يصدر فيها حكم وان هذا القرار هو عمل من الأعمال القضائية وهذا ما ذهب إليه الفقه"، و برأينا أن في ذلك إشارة من القضاء لعدم إمكانية الطعن في قرار تعيين المحكم من قبل القضاء.

ويفهم من سياق النص أن التبليغ سوف يتم عن طريق المحكمة المختصة، ذلك أن دور تلك المحكمة يبدأ من تاريخ ورود الطلب إليها، وبالتالي سيكون التبليغ بالطرق العادية التي يتم تبليغ الأوراق القضائية في المحكمة، والتي تكون حسب إجراءات التبليغ الوارد في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001¹⁷⁰، وتأكيداً على هذه النتيجة فقد عالج المشرع الفلسطيني التبليغات خارج نطاق المحاكم في المادة 25 من قانون التحكيم حيث نصت على أنه "يجري تبليغ الأوراق إلى المطلوب تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو مقر إقامته المعتاد أو عنوانه البريدي المحدد في إتفاق التحكيم أو العقد المنظم للعلاقة التي يتناولها التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". ومن التشريعات من تطرقت صراحةً إلى موضوعات التبليغات، مثل قانون التحكيم الأردني رقم (2) لسنة 2001، حيث أعطى الأطراف حرية الإتفاق على كيفية التبليغ إذا لم تكن هذه التبليغات هي تبليغات قضائية أمام المحاكم¹⁷¹، كما عالج نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية I.C.C موضوع التبليغ صراحةً بموجب المادة الثالثة منه.

وأما بخصوص التساؤل الثاني و المتعلق بالطعن، فكما نعلم أنه وبموجب قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، فإن الطعن بأوجه ودرجات مختلفة ومنها الطعن بالإستئناف والطعن بالنقض، وكما نعلم فإن القرار الذي لا يقبل الطعن هو الحكم القطعي والبات الحائز على قوة الشيء المقضي به، الذي استنفذ جميع طرق الطعن المقررة في القانون، وقد منع المشرع الفلسطيني أي طرف الطعن في قرار التعيين بأي صورة من صور الطعن، وبموجب تعريف المشرع الفلسطيني للمحكمة المختصة¹⁷²، فإن قرار التعيين يمكن أن يكون صادراً من محكمة الصلح أو البداية أو إستئناف، وبرأينا فقد قصد المشرع من ذلك أنه إذا صدر قرار التعيين من محكمة الصلح -على

¹⁷⁰ أنظر المواد 7- 20 من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001.
¹⁷¹ نصت المادة (6) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على أنه "أ- ما لم يوجد اتفاق خاص بين طرفي التحكيم ، يتم تسليم أي تبليغ الى من يراد تبليغه شخصياً او في مقر عمله او في محل اقامته المعتاد او الى عنوانه البريدي المعروف للطرفين او المحدد في اتفاق التحكيم او في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم . ب- اذا تعذر معرفة أي من العناوين بعد اجراء تحريات جدية يعتبر التبليغ منتجاً لاثاره اذا تم تسليمه بكتاب مسجل الى اخر مقر عمل او محل اقامة معتاد او عنوان بريدي معروف للشخص المراد تبليغه ج- لا تسري احكام الفقرتين (أ) و (ب) من هذه المادة على التبليغات القضائية امام المحاكم".
¹⁷² أنظر ما قلناه بشأن المحكمة المختصة صفحة (61) و ما بعد.

سبيل المثال - إذا ما كانت مختصة بنظر النزاع أصلاً، فإنه لا يجوز الطعن بقرارها بأي صورة من صور الطعن سواء بطريق الإستئناف أو النقض، وذلك بحسب تسلسل الطعن ودرجاته، وهذا ما ينطبق على المحاكم الأخرى.

وبالرغم من وجود تشريعات تتفق والقانون الفلسطيني في هذه المسألة¹⁷³، إلا أن بعض التشريعات الأخرى جاءت بنص مغاير، مثل قانون التحكيم العراقي (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ)¹⁷⁴، وكذلك قانون التحكيم القطري (قانون المرافعات المدنية والتجارية)¹⁷⁵، حيث أعطت هذه التشريعات الحق للأطراف بالطعن في حال صدور قرار من المحكمة برفض طلب التعيين، فيما يكون قرار التعيين غير قابل للطعن.

يلاحظ أن هنالك خلاف في هذه المسألة بين تشريعات التحكيم من عدة جوانب، بالنسبة للجانب الأول فقد منحت بعض التشريعات كما سبق و ذكرنا الخصوم حق الطعن بقرار رفض الطلب من المحكمة فيما منعت الطعن في حالة قبول الطلب والتعيين، فيما ذهبت بعض التشريعات إلى عدم السماح بالطعن بقرار المحكمة في جميع الأحوال كما سبق و رأينا، وأما فيما يتعلق بالجانب الآخر الذي يشكل خلاف بين التشريعات فهو وضع بعض التشريعات مدة معينة للمحكمة المختصة لإصدار قرار التحكيم، مثل قانون التحكيم الفلسطيني والذي حددها بخمسة عشر يوماً، ومن التشريعات من أوجبت السرعة في التعيين دون تحديد أي مدة مثل قانون التحكيم الأردني والمصري.

و أخيراً فإنه -وبحسب رأينا- بالتدقيق و النظر إلى النص الفلسطيني وما يقابله من نص أردني ومصري، فإنه يمكننا القول، أن الفهم الصحيح للنص يكمن في أن قرار التعيين هو الذي لا يقبل الطعن، في الوقت الذي يمكن الطعن في حال كان هنالك قرار رفض للتعيين من المحكمة، ويكون ذلك

¹⁷³ مثل الفقرة ج من المادة 16 من قانون التحكيم الأردني دون تحديد مدة بل أوجبت أن يتم الإختيار على وجه السرعة، و الفقرة 3 من المادة 17 من قانون التحكيم المصري دون تحديد مدة بل أوجبت أن يتم الإختيار على وجه السرعة، كذلك الفقرة 5 الفصل 56 من قانون التحكيم التونسي، و المادة (11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 ولم تحدد أي مدة كذلك.

¹⁷⁴ حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 256 منه على أنه " يكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعياً وغير قابل لأي طعن أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمين فيكون قابلاً للتمييز طبقاً للإجراءات المبينة في المادة 216 من هذا القانون".

¹⁷⁵ حيث نصت المادة 195 منه على أنه " إذا وقع نزاع ولا يجوز الطعن في حكمها بتعيين المحكمين بالإستئناف أما حكمها برفض تعيين المحكمين يكون قابلاً للإستئناف طبقاً للقواعد المبينة في المادة (205)".

في حال تمسك أحد الأطراف ببطلان إتفاق التحكيم وقضت المحكمة بذلك، فلا يكون أمام المحكمة إلا الحكم برفض طلب التعيين، بل يأتي هذا القضاء ضمناً بصدر قرار البطلان، وفي حال تم الطعن في هذا القرار بأي صورة كان عليها من طرق الطعن وتم إلغاء قرار البطلان والحكم بصحة عقد التحكيم عندها تعين المحكمة المختصة المحكم بعد إعادة الملف إليها¹⁷⁶، ونحن نتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه¹⁷⁷، إلى أن قرار التعيين لا يقبل الطعن بشرط أن يكون المدعى عليه قد تبليغ بالحضور تبليغاً صحيحاً، فإذا كان التبليغ باطلاً فيكون الحكم الصادر مبنياً على إجراء باطل مما يستدعي الطعن، ويخضع ذلك إلى المواد من 22-26 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والخاصة بالبطلان.

وفيما يتعلق بتحديد المشرع الفلسطيني مدة خمسة عشر يوماً للمحكمة لإصدار قرار التعيين، فإننا نعتقد أن المشرع الفلسطيني قد جانب الصواب في تحديد هذه المدة، خصوصاً أنه قد إحتاط من إمكانية حدوث أي خلل في إجراءات التبليغ حين أضاف على هذه المدة بالنص على أن هذه المدة تبدأ من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة من هذا الطلب، وهذا يفترض ضمناً وقوع تبليغ صحيح. ولعل ذلك من شأنه تسريع إجراءات التحكيم و التي تأتي بتسريع عملية التعيين من قبل المحكمة المختصة .

وبقي أن نقول أنه يستشف من نص المادة (11) المذكورة، أنه في حال إتفاق الطرف الآخر مع طالب التعيين على تسمية ذلك المحكم أو المرجح خلال الخمسة عشر يوماً المقررة للمحكمة، فإن الخصوم يستطيعون سلب إختصاص المحكمة في ذلك، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يعطي هذا الحق أساساً لإرادة الأطراف، وفي حال حصل ذلك فإنه يتوجب على المحكمة المختصة إقرار وتلبية رغبة الأطراف فيما إتفقا عليه، أما في حال وافق المحكم الذي طلبته المحكمة للقيام بعملية التحكيم قبل مرور الخمسة عشر يوماً فإنه لا مجال للأطراف سلب إختصاص المحكمة إلا في حال كان هنالك سبب موجب لرد المحكم.

¹⁷⁶ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 83 .
¹⁷⁷ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري و الإجباري، مرجع سابق، ص 177-178 .

وخاصة القول فإن المشرع الفلسطيني - من وجهة نظرنا - كان وضع نص جيد لحالات تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم قبل بدء النزاع، بموجب المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، حيث قام بتناول هذه الحالات كل واحدة على حدة وأفرد لها فقرة خاصة مشتملة على أحكامها، لكن في المقابل فإننا نستطيع القول أن هذا النص لا يسلم من توجيه النقد إليه، فيما أن لأطراف الحق في الإتفاق على محكمين معينين في إتفاق التحكيم أو إتفقوا على عهد مهمة التحكيم إلى جهة معينة كمؤسسة تحكيم على سبيل المثال¹⁷⁸، فلو إفترضنا رفض هذا المحكم أو المحكمين المتفق عليهم في إتفاق التحكيم بالقيام بهذه المهمة أو إفترضنا إغلاق هذه المؤسسة التحكيمية المتفق عليها للقيام بالتحكيم أو رفضت هذه المهمة، فما هي الطريقة أو الحل للتغلب على هذه المسألة؟

غفل المشرع الفلسطيني النص على هذه الحالة، في الوقت الذي أشارت إليها صراحةً بعض التشريعات التحكيمية، ومنها ما جاءت به الفقرة ب من المادة (16) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، والفقرة الثانية من المادة (17) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، بالإضافة إلى الفقرة الرابعة من المادة (11) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، وبموجب هذه المواد، فإذا تحققت هذه الحالات جاز لأحد الأطراف اللجوء إلى المحكمة المختصة طالباً منها المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم.

ونحن نقترح إضافة هذه الحالة إلى مجموع الحالات الواردة في المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني، بحيث يتم بموجبها منح الأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للمساعدة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم، حيث لا يترتب البطلان في حال تم إختيار محكم ما ثم رفض هذا المحكم القيام بمهمة التحكيم¹⁷⁹، ومن الفقه¹⁸⁰ من ذهب إلى إمكانية القياس على الحالات الواردة في المادة (11) المنصوص عليها في قانون التحكيم الفلسطيني للأخذ بهذا الحكم، إلى حين تعديل القانون.

¹⁷⁸ أنظر صفحة 54 و ما بعد.

¹⁷⁹ أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء و بالصلح، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1964، ص 155-156.

¹⁸⁰ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 8.

وما ينطبق على هذه الحالة ينطبق أيضاً على حالة وفاة الشخص المتفق على تسميته للقيام بالتحكيم بموجب إتفاق التحكيم، أو حالة فقد هذا المحكم المتفق على تسميته في إتفاق التحكيم شرط من الشروط التي يتطلبها القانون قبل نشوء النزاع بين الأطراف، مثل إرتكاب هذا الشخص جرمًا قبل بدء النزاع ولم يرد إليه إعتباره، ففي هذه الحالات يستطيع أحد الأطراف اللجوء إلى المحكمة المختصة طلباً للمساعدة القانونية في تشكيل هيئة التحكيم¹⁸¹.

يتضح لنا مما ذكر أعلاه، أن للقضاء دوراً مساعداً في تشكيل هيئة في جوانب كثيرة تظهر قبل بدء نظر النزاع، حيث أعطت معظم تشريعات وإتفاقيات التحكيم هذا الدور المساعد للقضاء في سبيل تفعيل إتفاق التحكيم.

وإذا كان للقضاء هذا الدور المساعد في تشكيل هيئة التحكيم قبل بدء النزاع، فإننا نتساءل حول ما إذا كان للقضاء دور إستكمالي بعد تشكيل هيئة التحكيم والسير في النزاع؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المطلب القادم.

المطلب الثاني

دور المحكمة الإستكمالي في تشكيل هيئة التحكيم

يدور السؤال هنا حول بقاء هذا الدور المساعد والرقابي من قبل المحكمة المختصة في تشكيل هيئة التحكيم، فهل من المحتمل بروز دورٍ للقضاء في تشكيل هيئة التحكيم أثناء نظر هذه الهيئة في النزاع؟ هذا ما سنحاول إستطلاعه من خلال مطلبنا هذا.

بالنظر إلى مجموع القوانين التحكيمية، فإنه يلاحظ أنها تكاد تجمع على إعطاء دور مساعد للقضاء في مد يد العون للأطراف وهيئة التحكيم في تشكيل هذه الهيئة أثناء نظرها للنزاع المطروح عليها، وإذا

¹⁸¹ أنظر المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

كان الأصل أن يقوم المحكم بمهمة التحكيم حتى نهايتها¹⁸² ، إلا أنه قد تتعرض هيئة التحكيم أو المحكم لمجموعة من العوارض تؤدي بنتيجتها إلى شغور الهيئة بأكملها أو حتى محكم منها.

عالج المشرع الفلسطيني كغيره من المشرعين، هذه الحالات التي تسبب في حال حدوثها شغور منصب محكم وبالنتيجة تعطيل في سير الإجراءات، حيث نصت المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه " إذا إنتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) من هذا القانون 2- توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد".

يلاحظ أن هذه المادة قد عالجت حالات تدخل القضاء في إعادة تشكيل هيئة التحكيم أثناء السير في الخصومة التحكيمية، طبعاً مع إبقاء إرادة الأطراف سابقة على تدخل المحكمة في معالجة هذه الحالات المسببة في النتيجة إلى شغور منصب المحكم وتعطيل السير في إجراءات التحكيم.

وبموجب المادة (15) السابق ذكرها، فإنه في حال شغور منصب المحكم، سواءً بوفاته أو برده في حال تحققت أسباب الرد كما سنرى في خضم المبحث القادم، أو تنحيه أو لأي سبب آخر وعلى سبيل المثال فقددانه أهليته بصورة مفاجئة، مما يترتب في جميع الأحوال إنتهاء مهمته فإننا نكون أمام خيارين:

الخيار الأول: يتم فيه أعمال مبدأ سلطان الإرادة بالنسبة إلى الأطراف، حيث يتم بموجبها إختيار المحكم بذات الطريقة التي تم تعيين فيها المحكم الأول (المحكم الذي إنتهت مهمته)، فإذا كان قد عينه أحد الأطراف فيصير إلى تعيينه من قبل هذا الطرف، وإذا تم تعيينه من قبل المحكمين في حال المحكم المرجح فيتم تعيينه من قبل المحكمين الإثنين الذي تم إختيارهم من قبل الأطراف والذين قاموا بإختيار ذلك المرجح التي أنتهت مهمته بموجب الحالات الواردة في المادة أعلاه.

¹⁸² أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 757.

الخيار الثاني: ويفترض هذا الخيار عدم إتفاق الأطراف على التعيين و قيام نزاع بينهم في ذلك، حيث تتم هنا عملية التعيين طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) من نفس القانون¹⁸³، أي عن طريق التدخل القضائي المساعد في عملية تشكيل هيئة التحكيم.

ولا شك أن المشرع قد قصد من هذا النص، وضع حلول عملية لحالات من المتصور حصولها خلال إجراءات التحكيم، وهي إصابة هيئة التحكيم أو أحد أعضائها بأحد العوارض الذي يحول دون إستمراره في هذه العملية¹⁸⁴، أو تحول ما بين المحكم وما بين تنفيذ التزاماته بأداء مهمته و متابعتها¹⁸⁵.

تشابه هذه المادة كثير من التشريعات التحكيمية، مثل قانون التحكيم الأردني¹⁸⁶، والمصري¹⁸⁷، كذلك قانون التحكيم التونسي¹⁸⁸، وقواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لعام 1976¹⁸⁹.

بالنظر إلى المواد السابقة فإننا نستطيع وضع مجموعة الحالات الموجبة لتدخل القضاء للمساعدة في إعادة تشكيل هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع، والتي تنتهي بموجبها مهمة المحكم، حيث ستكون على النحو الآتي:

1- حالة وفاة المحكم، و تنتهي بذلك مهمته في النزاع بشكل تلقائي.

2- حالة رد المحكم، ويأتي ذلك إذا تحققت حالات الرد الموجودة في القانون، وسنرجئ الحديث في هذه الحالة في المبحث القادم.

¹⁸³ حول إجراءات التعيين بموجب هذه المادة أنظر ما قلناه سابقاً في المطلب الثاني من هذا المبحث.

¹⁸⁴ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 59.

¹⁸⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 757.

¹⁸⁶ نصت المادة (20) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 على أنه " إذا انتهت مهمة المحكم بإصدار حكم برده أو عزله أو تنحيه أو وفاته أو عجزه أو لأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم الذي انتهت مهمته". و

¹⁸⁷ نصت المادة (21) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 على أنه " إذا انتهت مهمة المحكم بالحكم برده أو عزله أو تنحيه أو بأي سبب آخر وجب تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي تتبع في إختيار المحكم الذي إنتهت ولايته".

¹⁸⁸ نص الفصل (21) من قانون التحكيم التونسي عدد (42) لسنة 1993 على أنه " إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء مهمته أو تخلف عن القيام بها في أجل ثلاثين يوماً فإن هذه المهمة تنتهي بتخليه عنها و إلا كان عرضة للعزل، ويتم العزل باتفاق كل الأطراف وفي صورة عدم الإتفاق فإنه يكون بحكم من المحكمة بناءً على طلب أحرض الأطراف غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن و المحكمة المختصة - في صورة عدم تعيينها في اتفاقية التحكيم - تكون المحكمة الابتدائية التي يوجد بدانرتها مقر التحكيم، و يجب البت في الموضوع في أسرع وقت و على كل حال في ظرف لا يتجاوز الثلاث أشهر من تاريخ تقديم الطلب، وفي صورة الإلتجاء إلى مؤسسة تحكيم معينة فإن طلب العزل يتم النظر فيه طبق نظامها".

¹⁸⁹ نصت المادة (13) منها على أنه " 1- في حالة وفاة أو إستقالة حكم ما أثناء سير إجراءات التحكيم يتم تعيين أو إختيار محكم بديل بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 6 إلى 9 التي كانت واجبة التطبيق على تعيين أو إختيار المحكم الجاري تبديله 2- في حال عدم قيام أحد المحكمين بمهمته أو في حالة وجود إستحالة قانونية أو فعلية تحول دونه و القيام بها، تطبق الإجراءات المنصوص عليها في المواد السابقة بشأن رد المحكمين و تبديلهم". أنظر أيضاً المادة (14) و المادة (15) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 و تعديلاته عام 2006.

3- حالة تنحي المحكم، وفي هذه الحالة فإننا نكون أمام ثلاث فرضيات¹⁹⁰:

أ- حالة التنحي الإختياري للمحكم: وبموجب هذه الحالة فإن المحكم يترك مهمته إرادياً، سواءً بطلب الأطراف أنفسهم، أو تنحيه من تلقاء نفسه، فقد يتعذر على المحكم أداء مهمته، أو عدم إستطاعته على القيام بها لأسباب صحية، كما يمكن أن يتنحي لأسباب واقعية ومنها على سبيل المثال إرتباطه بمهمات تحكيمية أو قانونية أخرى تحول دون أداءه مهمته في مواعيدها المقررة، كما يمكن تنحيه لأسباب تتعلق بحياته أو إستقلاله كما يتطلب القانون ذلك، أو أسباب تخيفه من المس بكرامته وهيئته، عندها يجب تعيين بديل لهذا المحكم.

ب- عزل المحكم عن طريق التقايل ما بين الأطراف، فكما إتضح لنا سابقاً، فإن المحكم لا يعين بالضرورة للدفاع عن وجهة نظر الطرف الذي إختاره محكماً وإنما يتم تعيينه عن طريقة ثقة الطرف به لسمعته أو لخبرته أو تعليمه أو لأي سبب آخر، للوصول إلى الحق موضوع النزاع سواء تعلق بهذا الطرف أو ذلك.

وفي هذه الحالة قد تحدث بعض الأسباب تتعلق بمهمة المحكم، تؤدي بنتيجتها إلى تأخير الفصل في النزاع مما يؤدي إلى صدور قرار التحكيم بعد مضي المدة القانونية المحددة في القانون أو في إتفاق الأطراف، ومثال ذلك أن يمتنع المحكم من أداء مهمته أو يتقاعس عنها دون مبرر، هنا يستطيع الأطراف جميعاً الإتفاق على إنهاء مهمته حمايةً لإتفاق التحكيم، و يبقى حق العزل حتى قبل صدور قرار التحكيم، هنا يكون القرار صحيحاً إذا صدر قبل العزل، إلا إذا إتفق الأطراف على إهدار هذا القرار.

ج- حالة العزل القضائي للمحكم، ويعمل بهذه الحالة في حال عدم إتفاق الأطراف على تسمية المحكم البديل بموجب الفرضية (أ) أعلاه، أو عدم إتفاق الأطراف على التقايل بموجب الفرضية (ب) أعلاه مع

¹⁹⁰ حول المزيد عن هذه الفرضيات أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 758 و ما بعد.

وجود أسباب جدية تدعو إلى إقصاء ذلك المحكم، حيث يجوز لأحد الأطراف اللجوء إلى القضاء طالباً المساعدة القضائية في التعيين.

وبالرغم من تشابه النص الفلسطيني مع كثير من التشريعات المقارنة، إلا أنه يمكننا القول أن هذا النص بالرغم من كونه نصاً جيداً بوجهة نظرنا، إلا أنه لا يسلم من النقد، فإذا ما نظرنا إلى بعض التشريعات المقارنة، لوجدناها تتضمن حالة من الحالات الهامة الموجبة للتدخل القضائي¹⁹¹، وهي حالة إذا ما تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها مما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم¹⁹²، وتضفي هذه الحالة حماية جديدة لإتفاق وعملية التحكيم.

ويشترط لإعمال هذه الحالة توافر عدة شروط وهي:

- * وجود أسباب جدية تدعو إلى طلب أحد الأطراف إنهاء مهمة المحكم، وقد تم ذكر بعضها في القوانين المقارنة، مثل عدم قيام المحكم بمهامه، أو لم يباشرها، أو إنقطع عن أدائها.
- * أن تؤدي إلى تأخير غير مبرر في السير بإجراءات التحكيم.
- * عدم تنحي المحكم بإختياره، أو عدم إتفاق الأطراف على إقالته وعزله.
- * طلب أحد الأطراف من المحكمة المختصة، إنهاء مهمة المحكم، ومن المنطقي أن يكون الطرف الذي تتضرر مصالحه من هذا التأخير.

هنا وفي حال توافرت تلك الشروط، جاز للطرف المتضرر من هذه المماثلة أو هذا التأخير، التقدم

بطلب إلى المحكمة المختصة طالباً منها المساعدة في تعيين محكم بديل، وإذا ما إقتضت المحكمة بجدية الطلب وتوافر الشروط أعلاه، قضت المحكمة بإنهاء مهمة المحكم و عزله بقرار غير قابل للطعن.

وبالرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على هذه الحالة بالرغم من أهميتها في حسن سير

الإجراءات، وبالرغم من إمكانية حصولها على أرض الواقع، فإننا نقترح إضافة هذه الحالة إلى مجموع

¹⁹¹ و من التشريعات من أفرد لها نص خاص، مثل المشرع الأردني في المادة (20) و المصري في المادة (19) .

¹⁹² نصت المادة (19) من قانون التحكيم الأردني على أنه " إذا تعذر على المحكم أداء مهمته او لم يباشرها او انقطع عن ادائها بما يؤدي الى تأخير غير مبرر في اجراءات التحكيم ولم يتتح ولم يتفق الطرفان على عزله، يجوز للمحكمة المختصة، الامر بانهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين بقرار لا يقبل أي طريق من طرق الطعن. و تقابلها المادة (20) من قانون التحكيم المصري، و المادة (14) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985.

الحالات الموجبة لتدخل القضاء المساعد في تشكيل هيئة التحكيم أثناء النظر في النزاع، وإلى حين إضافتها فإننا نرى قياساً على نص المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني، إمكانية إعمال هذه الحالة كحالة يمكن اللجوء بموجبها إلى القضاء لطلب المساعدة في عزل المحكم وتعيين محكم بديل في حال توافرت الشروط أعلاه طبعاً مع إبقاء إرادة الأطراف في تعيين محكم بديل سابقاً على تدخل القضاء، بقرار غير قابل للطعن¹⁹³.

بالإضافة إلى ذلك فإننا نلاحظ عدم نص المشرع الفلسطيني على حالة عزل المحكم بشكل صريح، وبرأينا كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني تناول هذه الحالة بشكل صريح كونها تشكل حالة هامة يمكن حدوثها خلال سير العملية التحكيمية مما تسبب بدورها شغور منصب المحكم .

وبقي أن نقول أنه في جميع الأحوال التي تتدخل بها المحكمة لم يد المساعدة في إنهاء مهمة المحكم وتعيين محكم بديل بموجب المواد أعلاه، أو إتفاق الأطراف، أو قيام الطرف الذي عينه أساساً بتعيين محكم بديل، فإن إجراءات التحكيم توقف لحين تعيين محكم بديل طبقاً للفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني ، وبموجب ذلك فإن الوقف الذي يتعلق بهذه الحالة هو الوقف القانوني¹⁹⁴ ، ويترتب عليه أن توقف المواعيد المتعلقة بسير عملية التحكيم ولا تبدأ المدد إلا بتعيين المحكم الجديد¹⁹⁵ ، وحسناً فعل المشرع الفلسطيني بالنص على هذا الوقف بشكل صريح في متن نصه، في المقابل ذهبت بعض التشريعات إلى وضع سقف زمني للمحكمة في القيام بعملية التعيين فيما إذا تحقق الحالات أعلاه¹⁹⁶ ، إلا أنه وبموجب القانون الفلسطيني فإن المحكمة تقوم بعملية التعيين خلال خمسة عشر يوماً عملاً بنص المادة (11) من قانون التحكيم.

¹⁹³ نضيف إلى هذا القصور وقوع المشرع في خطأ شكلي عند صياغة هذه المادة (15)، حيث استخدم لفظ "المحكم الأول" في إشارة إلى المحكم الذي إنتهت ولايته بعزله أو تنحيه...، و كان يجب عليه - بحسب رأينا - استخدام صياغة أفضل من تلك المستخدمة كما أشرنا، و أنظر مثلاً المادة (21) من قانون التحكيم المصري و السابق الإشارة إليها.

¹⁹⁴ أنظر المواد 126-127 من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، مرجع سابق.

¹⁹⁵ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 60.

¹⁹⁶ مثل الفصل (21) من قانون التحكيم التونسي حيث تم تحديدها بثلاثين يوماً .

المبحث الثالث

دور المحكمة المختصة في رد هيئة التحكيم

بالنظر إلى معظم القوانين التحكيمية، نلاحظ أن دور المحكمة في إجراءات التحكيم لا يقف عند تشكيل الهيئة، وإنما يمتد هذا الدور القضائي أثناء السير في إجراءاته وحتى نهايته وتنفيذ القرار التحكيمي وذلك للحفاظ على عدالة وفاعلية نظام التحكيم، ومن الأمور الهامة التي يظهر فيها دور المحكمة بعد تشكيل هيئة التحكيم، ما يسمى بعملية رد المحكم، ويثور لنا في هذا المقام مجموعة من التساؤلات الهامة، فما هو المقصود بعملية الرد؟ وما هي الأسباب الموجبة لطلب رد المحكم؟ ومن هم الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الرد؟ وما هو النطاق الزمني المتعلق بطلب الرد؟ وما هي نتائج تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة؟ وما هي آثار تقديم طلب الرد على السير في إجراءات التحكيم؟

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عليها من خلال مبحثنا هذا، متناولين موقف المشرع الفلسطيني في الإجابة على هذه التساؤلات، مخضعينه لنوع من التحليل والمقارنة مع تشريعات التحكيم العربية منها والدولية، لنخلص في النهاية إلى رؤية ما إذا كان المشرع الفلسطيني موفقاً في معالجة هذه الحالة، أم أن المشرع الفلسطيني قد جانبه بعض القصور والنقد في ذلك، و لتحقيق الفائدة المرجوة، فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتحدث في المطلب الأول عن الجهة المختصة بتلقي طلب الرد بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة، فيما نخص المطلب الثاني بالحديث عن اثر الحكم الصادر من المحكمة المختصة بطلب الرد على إتفاق التحكيم فيما يسبق هذه المطالب تمهيد مختصر نتحدث فيه عن الرد: مفهومه واسبابه و اجراءاته وغير ذلك مما يتعلق بموضوع الرد.

تمهيد:

لم تورد معظم القوانين التحكيمية مفهوم مباشر للرد في متنها، وإنما إكتفت بالإشارة إلى الرد وأسبابه¹⁹⁷، في المقابل ذهب بعض الفقهاء إلى وضع تعريف لعملية الرد.

إن المحكم لا يقوم بعملية التحكيم لضمان تحقيق وجهة نظر الطرف الذي عينه، وإنما يجب عليه مراعاة كامل الحيطة بين الخصوم والإبتعاد عن أي تأثير من الخصوم لتكوين عقيدته¹⁹⁸، وإذا وضع المشرع مجموعة من الضمانات لضمان حيطة القاضي¹⁹⁹، فإن عملية رد المحكم تشكل إحدى الضمانات التي وضعها المشرع للأطراف لضمان حيطة المحكم ومواجهته²⁰⁰، ولعل معظم التشريعات التحكيمية قد ربطت عملية الرد بمجموع الظروف التي تثير الشك حول حيطة المحكم وإستقلاله²⁰¹.

يقصد برد المحكم "أن يعبر أحد المحتكمين في خصومة التحكيم عن إرادته في عدم الإمتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر أحد الأسباب التي حددها القانون وطبقاً للشروط والإجراءات التي يحددها"²⁰².

عالجت معظم القوانين التحكيمية ومنها القانون الفلسطيني عملية رد المحكم، وفي هذا المقام فقد أوجبت المادة (12) من قانون التحكيم الفلسطيني على المحكم، أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيده وإستقلاله²⁰³، في المقابل ذهبت بعض التشريعات إلى عدم إجازة طلب رد المحكم، بدعوى أن ذلك يشكل تدخلاً من قبل القضاء في إتفاق التحكيم، ويبرز هذا الإتجاه في الدول التي تأخذ بنظام common law²⁰⁴، مثل ما ذهبت إليه القوانين التحكيمية الأمريكية التي لم تشر إلى الرد بإعتبار أنه يشكل تدخلاً من قبل المحكمة في إتفاق التحكيم²⁰⁵، وفي هذه المثابة لا

¹⁹⁷ أنظر مثلاً المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني، و المادة (17) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (18) من قانون التحكيم المصري، و المادة (12) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، و المادة (10) من قواعد اليونسترال لعام 1976.

¹⁹⁸ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 765.

¹⁹⁹ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 228. و أنظر المواد (141-152) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001، و المنظمة لعملية رد القاضي.

²⁰⁰ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 201.

²⁰¹ أنظر المواد المذكورة في البند (242) من الحاشية.

²⁰² مشار إليه في مرجع، مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 201. و عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 100.

²⁰³ تقابلها الفقرة ج من المادة (14) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة الثالثة من المادة (16) من قانون التحكيم المصري، و الفقرة الأولى من المادة (12) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985.

²⁰⁴ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 11.

²⁰⁵ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 98.

يكون أمام الخصم سوى ترك المحكم في مواصلة عمله والإنتظار إلى حين صدور القرار التحكيمي حتى يستطيع الطعن فيه أو الإعتراض على تنفيذه إذا ما إعتري عمل المحكم عدم الحياد والإستقلال²⁰⁶. ونحن نذهب إلى تأييد موقف قانون التحكيم الفلسطيني وجميع القوانين التحكيمية الأخرى التي نظمت هذه العملية في متن نصوصها، لأن من شأن إنتظار الخصم إلى ما بعد صدور القرار التحكيمي للطعن فيه أو الإعتراض على تنفيذه لسبب مرتبط بحيدة المحكم وإستقلاله في القوانين التي لم تنظم عملية الرد كما سبق وأشرنا، يجعل نظام التحكيم مهدد في فاعليته، حيث يسبب ذلك تبديداً في الوقت مما يفقد التحكيم بالنتيجة ميزة السرعة التي يمتاز بها وما يرتبط بها من تبديد في الجهد المبذول للوصول إلى الحكم، ناهيك عن تبديد نفقات التحكيم.

وفي محاولة للمشرع الفلسطيني لتحقيق التوازن ما بين حق رد المحكم و ضمان الجدية في ذلك، فقد أوجب في المادة (13) في فقرتها الأولى، ضرورة وجود ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيده وإستقلاله، كما لا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو إشتراك في تعيينه إلا لأسباب إكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم، وإن في ذلك بحسب رأينا ضمان لجدية عملية الرد، ناهيك عن حماية للطرف حسن النية من الطرف سيء النية إذا ما قصد من ذلك تشويه صورة المحكم أو تعطيل مقصود في الإجراءات.

أما فيما يتعلق بأسباب الرد فقد نظم المشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم واللائحة التنفيذية لذات القانون أسباب رد المحكم، وبالنظر إلى قانون التحكيم نلاحظ أن المشرع اتبع قاعدة عامة في رد المحكم تتمثل في أي ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيدة المحكم أو إستقلاله، فيما توسع المشرع في هذه المسألة بموجب اللائحة التنفيذية حيث قام بذكر مجموعة من الحالات التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيدة المحكم أو إستقلاله، وتبعاً لذلك فإننا سنقوم بدراسة موقف المشرع الفلسطيني من

²⁰⁶ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997، ص 231.

مسألة أسباب الرد، بموجب قانون التحكيم واللائحة التنفيذية الخاصة به على حد سواء، مخضعين ذلك إلى المقارنة مع بعض القوانين التحكيمية ذات العلاقة.

نصت المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه "لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيده أو إستقلاله، ولا يجوز لأي من أطراف التحكيم رد محكم عينه هو أو إشتراك في تعيينه إلا لأسباب إكتشفها بعد أن تم تعيين هذا المحكم"²⁰⁷.

يلاحظ على المشرع الفلسطيني بموجب النص أعلاه، أنه قد وضع قاعدة عامة في رد المحكمين التي تتعلق بوجود ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حيده المحكم أو إستقلاله، في المقابل وضع آليات و ضمانات للقيام بعملية الرد، فإذا كان طالب الرد هو الذي إشتراك في تعيين المحكم فيجب أن تكون الأسباب التي أدت إلى طلب الرد قد أكتشفت بعد تعيين المحكم، وأما إذا كان تعيين المحكم من الغير أو من المحكمة المختصة، فالرد هنا يكون جائزاً حتى لو كان طالب الرد يعلم بسبب الرد في المحكم المعين قبل التعيين حيث أنه لا يمكن معرفة أن الإختيار سيكون على هذا المحكم الذي تتوفر فيه سبب من أسباب الرد، إلا من وقت علمه بإختياره²⁰⁸ كما يلاحظ أنه بالرغم من تشابه ما جاء به قانون التحكيم الفلسطيني مع كثير من القوانين التحكيمية فيما يتعلق بالمادة أعلاه، إلا أن بعض القوانين قد ذهبت إلى تحديد أسباب الرد في متن نصوصها ومنها على سبيل المثال القانون السويسري الجديد، حيث جاء بنص واضح بتحديد أسباب الرد في المادة (180) منه²⁰⁹، في المقابل ذهبت بعض التشريعات إلى إحالة تلك الحالات التي يمكن رد المحكم بموجبها إلى تلك الواردة في قوانين المرافعات

²⁰⁷ تقابلها الفقرة الثانية من المادة (12) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985، كما تقابل المادة (17) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (18) من قانون التحكيم المصري.

²⁰⁸ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 768.

²⁰⁹ مشار إليه في مرجع فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 291. (2006).

(الإجراءات المدنية) والتي يتم رد القضاة بموجبها، ولعل مثال ذلك ما ذهب إليه المشرع السعودي²¹⁰، كما المشرع العراقي²¹¹.

وفي ذلك ذهب جانب من الفقه²¹² أن عدم وضع المشرع أسباباً معينة لرد المحكم، لا يمنع من الإستفادة من تلك الأسباب التي يرد بموجبها القاضي في قانون المرافعات لتأثرها بالحيدة والإستقلال، كونها تشكل حجر الزاوية في فكرة القضاء والتحكيم، وبذلك فإن هذا الجانب من الفقه يذهب إلى تأييد عدم تحديد أسباب معينة لرد المحكم كون ذلك أكثر شمولاً لما قد يخل في حياد المحكم أو إستقلاله، بحيث يندرج تحت عدم تحديدها أسباب الرد وأسباب عدم صلاحية القضاء على حد سواء، كما ذهب جانب آخر من الفقه أيضاً²¹³ إلى تأييد عدم تحديد أو تعدد أسباب رد المحكم، وبحسب هذا الرأي فإنه من الملائم ترك الأمر لتقدير الخصوم تحت رقابة الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد، ويسوق هذا الجانب مجموعة من الأسباب والمبررات، منها أنه من المتعذر حصر أسباب الرد بالنسبة للمحكم، على عكس القاضي الذي يتولى وظيفة عامة دائمة، كما أن المحكم قد يسيء التقدير في الاختيار، بحيث يمكن أن يختار محكماً لا يعلم مدى علاقته القديمة بالخصم، مما يوجب تمكينه من تصحيح هذا الخيار الخاطئ أو غير الموفق، وأخيراً فإن كون نظام الرد لا يتعلق بالنظام العام أو بالمصلحة العامة فإنه من غير المنطقي تحديد أسباب رد المحكم في القانون، وأخيراً فقد ذهب جانب من الفقه²¹⁴ إلى أنه بالرغم من أن المحكم يرد إلى نفس الأسباب التي يرد بها القاضي، فإنه ليس ما يمنع أن يكون المحكم في ظروف معينة قريباً لأحد الخصوم في حال كان هنالك نزاع عائلي بعيداً عن جو المحاكم، وهنا لا تطابق بين أسباب رد المحكم ورد القاضي، وبالتالي لا تخضع أسباب الرد إلى قوالب جامدة أو نصوص محددة، بل يجب منح الجهة المنوط بها الفصل في طلب الرد سلطة تقديرية واسعة.

²¹⁰ نصت المادة (12) من نظام التحكيم السعودي على أنه "يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي، و يرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع.....".

²¹¹ نصت الفقرة الأولى من المادة (261) من قانون التحكيم العراقي (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ) على أنه "يجوز رد المحكم لنفس الأسباب التي يرد بها المحاكم ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم".

²¹² مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 202-203.

²¹³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 727 و ما بعد.

²¹⁴ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي، الطبعة الأولى، دون دار نشر، القاهرة، 2005، ص 173، أنظر في الحاشية .

وبين هذا الرأي الفقهي أو ذلك، وما بين هذا الإتجاه التشريعي أو ذلك، فقد حاول المشرع الفلسطيني تحقيق توازن معين ما بين إعطاء سلطة تقديرية واسعة بتلك الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده المحكم أو إستقلاله للجهة المختصة بتلقي طلب الرد والفصل فيه، بموجب المادة (13) من قانون التحكيم سالفة الذكر، وما بين تحديد بعض الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده المحكم أو إستقلاله، بموجب المادة (27) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، حيث نصت على أنه " 1- يكون من قبيل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده المحكم واستقلالته توافر إحدى الحالات الآتية:

- أ. إذا كان قريباً لأحد الأطراف أو زوجه حتى الدرجة الرابعة.
 - ب. إذا كان له أو لزوجه نزاع قائم مع أحد الأطراف أو زوجه.
 - ت. إذا كان ممثلاً قانونياً أو شريكاً لأحد الأطراف أو كان وارثاً ظنياً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة مع أحد أوصياء الأطراف أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها.
 - ث. إذا كان النزاع ينطوي على مصلحة قائمة له أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلاً قانونياً له.
 - ج. إذا كان قد سبق له أن أفتى في موضوع النزاع أو ترفع عن أحد الأطراف فيه أو كتب أو أدلى بشهادة فيه.
 - ح. إذا كان قد سبق له أن نظر النزاع بصفته قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو وسيطاً.
 - خ. إذا كان بينه وبين أحد أعضاء هيئة التحكيم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.
2. تعتبر الحالات السابقة أسباباً لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها".

وبرأينا فإنه بالرغم من النص على هذه الحالات أعلاه، إلا أن المشرع قد أوردتها على سبيل المثال لا الحصر حيث يمكن القياس عليها²¹⁵، ناهيك عن عدم كون هذه المادة من المواد الأمرة، كما يلاحظ تشابه ما بين هذه الحالات المتعلقة برد المحكم و تلك الحالات المتعلقة بالأسباب التي لأجلها يتمتع على القضاة نظر الدعوى²¹⁶، أو تلك المتعلقة برد القاضي²¹⁷، ويترتب على ذلك بحسب رأينا مجموعة من النتائج:

- 1- يمتلك الخصوم سلطة تقديرية واسعة في تحديد الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً في حيده المحكم أو إستقلاله، ويخضع ذلك بالنتيجة إلى قرار الجهة المختصة بالفصل بطلب الرد.
 - 2- يدخل في تلك الظروف ما جاء في نص المادتين (141) و (143) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني مع الإلتفات إلى خصوصية التحكيم فيما يتعلق بالفرق ما بين عمل القضاة والمحكمين، كما خصوصية بعض الحالات المتعلقة برد القضاة²¹⁸.
- ونحن بذلك نذهب إلى تأييد موقف المشرع الفلسطيني من تنظيم أسباب وحالات الرد، ذلك أننا نرى أنه وبموجب قانون التحكيم الفلسطيني فإن دورة عملية الرد تبدأ بسلطة تقديرية للحالات التي يمكن أن يرى فيها الخصوم أنها تشكل ظروفاً تثير شكوكاً حول حيده المحكم أو إستقلاله، ثم تخضع هذه السلطة

²¹⁵ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 18.

²¹⁶ حيث نصت المادة (141) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 على أنه " يجب على القاضي أن يتمتع عن نظر الدعوى ولو لم يطلب رده أحد الخصوم إذا توافرت إحدى الحالات الآتية:

- أ- إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم أو زوجه حتى الدرجة الرابعة. ب- إذا كان له أو لزوجه خصومة قائمة مع أحد الخصوم أو زوجه في الدعوى. ج- إذا كان ممثلاً قانونياً أو شريكاً لأحد الخصوم أو كان وارثاً ظنياً له أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة للدرجة الرابعة مع أحد أوصياء الخصوم أو القيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها. د- إذا كانت الدعوى تنطوي على مصلحة قائمة له أو لزوج أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلاً قانونياً له. هـ- إذا كان قبل اشتغاله في القضاء قد أفتى أو ترافع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كتب أو أدلى بشهادة فيها.
- و- إذا كان قد سبق له نظرها بصفته قاضياً أو خبيراً أو محكماً أو وسيطاً. ي- إذا كان بينه وبين أحد قضاة الهيئة صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة أو كان بينه وبين الممثل عن أحد الخصوم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة. 2- يقع باطلاً كل قرار أو حكم أصدره القاضي في إحدى الحالات المتقدمة".

²¹⁷ حيث نصت المادة (143) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 على أنه " يجوز لأي من الخصوم طلب رد القاضي لأحد الأسباب الآتية: 1- إذا كان للقاضي أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها أو إذا وجدت لأحدهما خصومة مع أحد الخصوم أو لزوجه بعد سماع الدعوى المنظورة أمام القاضي ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه. 2- إذا كان لمطلقة التي له منها ولد أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجه ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بعد سماع الدعوى المنظورة أمام القاضي بقصد رده.

3- إذا كان أحد الخصوم عاملاً لديه أو كان بينه وبين أحد الخصوم كراهية أو مودة يرجح معها عدم الحيده في الحكم.

²¹⁸ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 36/2002، هيئة خماسية، تاريخ 6/2/2002، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت ، حيث جاء فيه "من المستقر عليه فقهاً و قضاء ان المحكم يعتبر بمثابة القاضي (أنظر قرار تمييز 1980/98 المنشور على الصفحة 2323 من مجلة النقابة لعام 1999) و عليه ينطبق على المحكمين نص المادة 132 من الأصول المدنية، التي تبين الحالات التي يكون فيها القاضي غير صالح لنظر دعوى معينة و ممنوع من سماعها حتى ولو يرد أحد الخصوم، ومن هذه الحالات ما نص عليه في الفقرة الرابعة من هذه المادة".

التقديرية للجهة التي تفصل في طلب الرد، فيما تبقى هذه السلطة التقديرية وقرار الفصل في طلب الرد تحت رقابة القضائية كما سنرى في خضم هذا المبحث، و هو بذلك يحافظ على عدالة التحكيم و يضمن فاعليته بحسب رأينا، ونضيف أنه كان بالإمكان قيام المشرع الفلسطيني بالنص على إحالة معظم هذه الحالات إلى قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني التي نصت على حالات رد القضاة كون هنالك تشابه كبير في الحالات التي يتم بموجبها رد القاضي وتلك التي يرد بموجبها المحكم.

وقد ذهبت إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري إلى التأكيد على أنه لكل من الطرفين أن يطلب رد أحد المحكمين لأسباب يبينها في طلبه²¹⁹، ولم تحدد هذه الإتفاقية أسباب معينة لطلب رد المحكم، وهي بذلك تمنح الخصوم سلطة تقديرية واسعة في تحديد الظروف التي من شأنها طلب رد المحكم، ولا شك أنها تلك الظروف التي تتعلق بنزاهته المحكم أو إستقلاله، بالرغم من عدم النص على هذه النقطة في الإتفاقية.

وقد ذهبت بعض الإتفاقيات الدولية إلى محاولة إضفاء ضمان أكثر على حيده وإستقلال للمحكم، فقد إتجه قانون التحكيم النموذجي لعام 1985، إلى أن تولي المحكمة أو السلطة الأخرى بموجب المادة (6) من القانون، عند قيامها بتعيين المحكم، إلى الإعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل ومحايد، ناهيك عن أن يتم الأخذ بعين الإعتبار أن يكون المحكم المعين من جنسية غير جنسية الطرفين²²⁰.

المطلب الأول

الجهة المختصة بتلقي طلب الرد

²¹⁹ نصت الفقرة الأولى من المادة (19) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم لسنة 1987، على أنه "لكل من الطرفين أن يطلب أحد المحكمين لأسباب يبينها في طلبه".

²²⁰ نصت الفقرة الخامسة من المادة (11) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985، على أنه " أي قرار في مسألة موكولة بموجب الفقرة 3 أو 4 من هذه المادة إلى المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 يكون قرارا نهائيا غير قابل للطعن، و يتعين على المحكمة أو السلطة الأخرى، لدى قيامها بتعيين محكم، أن تولي الإعتبار الواجب إلى المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم وفقا لإتفاق الطرفين و إلى الإعتبارات التي من شأنها ضمان تعيين محكم مستقل و محايد، و في حالة تعيين محكم فرد أو محكم ثالث، يتعين عليها أن تأخذ في الإعتبار كذلك إستصواب تعيين محكم من جنسية غير جنسية الطرفين".

لا شك أن الخصوم في حال ظهرت إحدى أسباب الرد في محكم ما، سيقومون بتقديم طلب رد ذلك المحكم، وفي حال تقديم هذا الطلب فإنه لا بد أن يمر في مسير خاص للوصول إلى الفصل فيه من قبل الجهة المختصة بتلقي طلب الرد والفصل فيه، وهذا يدفعنا إلى التساؤل عن الجهة المختصة بتلقي طلب الرد والفصل فيه؟

هنالك تباين واضح ما بين القوانين التحكيمية في معالجة هذه المسألة، فمنها ما يوجب تقديم طلب الرد مباشرة إلى القضاء، فيما ذهبت قوانين أخرى إلى منح هذه السلطة إلى هيئة التحكيم، تبعاً لذلك فإن البحث في مسألة الجهة المختصة بتلقي طلب الرد والفصل فيه، يتطلب منا البحث في اتجاهين على حد سواء، الأول وهو إتجاه يوجب تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة، بينما يذهب الإتجاه الآخر إلى ضرورة تقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم أو جهة تحكيمية، حيث يتضح لنا موقف المشرع الفلسطيني من الأخذ بأحد هذه الإتجاهات لنرى ما إذا كان موقفاً أم أنه لم يسلم من النقد، هذا ما سنحاول إستيضاحه والذي سيكون على النحو الآتي:

الفرع الأول: تقديم طلب الرد إلى القضاء

ذهب هذا الإتجاه التشريعي إلى تحديد الجهة المختصة بتلقي طلب الرد والفصل فيه بالقضاء، حيث أوجب تقديم طلب الرد مباشرة إلى المحكمة وليس إلى أي جهة أخرى، ومثال هذا الإتجاه ما ذهب إليه المشرع الأردني، حيث يوجب قانون التحكيم الأردني²²¹، تقديم طلب رد المحكم كتابة إلى المحكمة المختصة مبيناً فيه طالب الرد أسباب طلبه، وبموجب القانون المذكور وتحديداً المادة (18) منه، ضرورة تقديم طلب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بالظروف المبررة للرد، هذا وفي حال لم يتتح المحكم المطلوب رده من تلقاء نفسه بعد إشعاره فإن المحكمة المختصة تفصل في طلب الرد، وفي كل الأحوال يكون قرارها غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.

²²¹ أنظر المادة (18) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

ويلاحظ على هذا النص أنه يشترط لتدخل المحكمة أن يكون الطلب داخل في اختصاصها، وأن يكون الأردن هو مقر التحكيم حتى لو تم جزء من إجراءات التحكيم في الخارج، إضافة إلى عدم منح قانون التحكيم الأردني الأطراف الحق في الإتفاق على إجراءات معينة في الرد بموجب التحكيم الحر، في حين لا ينطبق ذلك على التحكيم المنظم أو المؤسسي، ذلك أن القانون أعطى الأفراد الحق في الإتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم إلى مؤسسة ما أو مركز تحكيم، بحيث تطبق إجراءات الرد في هذه المؤسسة أو منظمة التحكيم، حيث تعتبر إجراءات الرد هذه بمثابة إجراءات إتفاقية نشأت بمجرد إتفاق الأطراف على إحالة إجراءات التحكيم إلى هذه المؤسسة أو المنظمة التحكيمية²²²، ويكون الحكم بالرد إذا كانت الجهة المخولة بالفصل فيه غير هيئة التحكيم، خاضعاً للنظام العام²²³.

لا شك أن تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة بشكل مباشر للفصل فيه، يرتب ميزة هامة من مميزات التحكيم، ألا وهي ميزة السرعة التي تتمثل في إختصار مسير إجرائي في حال تم تقديم الطلب إلى هيئة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء، في التشريعات التي توجب ذلك، هنا يجب على الطرف طالب الرد الإنتظار حتى يقوم بالطعن في قرار هيئة التحكيم والمتعلق بالرد، إضافة إلى ذلك تحقيق عامل السرعة في الفصل في طلب التحكيم، حيث يكون قرار المحكمة غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن، في الوقت الذي لم يرتب فيه المشرع الأردني بموجب المادة (18) على تقديم طلب التحكيم إيقاف إجراءات التحكيم²²⁴، وفي هذا بحسب رأينا حماية للطرف حسن النية من الطرف سيء النية من التلاعب بهذا الحق بقصد المماطلة وإطالة أمد التحكيم، لكن المشرع الأردني عاود ونص بموجب المادة

²²² عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 107-108.

²²³ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 774-775.

²²⁴ جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2575/2005، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت. ، " استفاد من الفقرة (ج) من المادة (18) من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ، أن المشرع اراد أن لا يؤثر تقديم طلب رد المحكم على اجراءات التحكيم ويكون سبباً معيقاً لها وفي إطالة أمدها وتأخيرها عندما يرى المحكم أن طلب رده غير ميني على أسس قانونية توجب عليه التنحي من تلقاء نفسه بعد اشعاره بتقديم هذا الطلب وأن على المحكم في هذه الحالة الاستمرار في اجراءات التحكيم إلى نهايتها وأن يصدر القرار الذي يراه مناسباً في موضوع التحكيم. إلا أنه عند تقديم دعوى بطلان حكم التحكيم فإن المحكمة الناظرة في هذه الدعوى لا تستطيع الفصل فيها الا بعد الفصل في طلب رد المحكم واكتساب الحكم الصادر فيه الدرجة القطعية ذلك لأن من الحالات التي يجوز فيها قبول دعوى بطلان حكم التحكيم حالات تتعلق بشخص المحكم أو هيئة التحكيم وطريقة تعيين أي منهما مما يجعل الفصل في دعوى البطلان قبل الفصل في طلب رد المحكم واكتساب الحكم الصادر فيه الدرجة القطعية سابق لأوانه الأمر الذي يوجب على محكمة الاستئناف أن تؤخر الفصل في هذه الدعوى إلى حين الفصل في طلب رد المحكم واكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية".

أعلاه على أنه "وإذا حكم برد المحكم تعتبر إجراءات التحكيم التي شارك فيها، كأن لم تكن، بما في ذلك الحكم"، مما يبقي المجال أمام الطرف سيء النية لعرقلة إجراءات التحكيم، ويكون ذلك من خلال إطالة إجراءات طلب الرد أمام المحكمة المختصة، وحصول قرار بإجابة طلبه، مما يترتب على ذلك بالنتيجة، أن الوقت والجهد والنفقات التي بذلت أثناء استمرار إجراءات التحكيم ستذهب سدى، على اعتبار أن كل الإجراءات التي شارك فيها المحكم الذي حكم برده كأن لم تكن، بما في ذلك الحكم في حال تم صدوره²²⁵. كل هذا مع عدم التقليل من إمكانية أن تكون هذه الإجراءات التي قام بها المحكم الذي حكم بتثنيه، قد تم فيها الإنحياز أو التحايل لصالح أحد الأطراف.

هذا وفي حال قام أحد أطراف التحكيم بطلب إمهاله لتقديم طلب الرد، وقررت المحكمة رد هذا الطلب، فإن هذا القرار ينصرف إلى طلب الإمهال، حيث يبقى حق هذا الطرف قائماً بتقديم الطلب لرد المحكم وفقاً لأحكام القانون²²⁶.

وقد سلك هذا الإتجاه أيضاً المشرع السوري²²⁷، حيث أوجب تقديم طلب الرد إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى، وقد حدد ميعاد تقديم الطلب بخمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم، وليس من تاريخ العلم بسبب الرد أو تشكيل هيئة التحكيم كما فعل المشرع الأردني. كما جاء موقف المشرع القطري مطابقاً للموقف السوري في ذلك²²⁸، كما تبني هذا الإتجاه أيضاً المشرع الكويتي²²⁹.

الفرع الثاني: تقديم طلب الرد إلى جهة تحكيمية

يذهب هذا الإتجاه التشريعي إلى وجوب تقديم طلب التحكيم إلى جهة تحكيمية، سواء كانت هذه الجهة هيئة تحكيم بموجب التحكيم الحر، أم مؤسسة أو مركز تحكيم بموجب التحكيم المنظم أو المؤسسي، مع

²²⁵ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 14.
²²⁶ تمييز حقوق رقم 1738 / 1997، مجلة نقابة المحامين لسنة 1996، ص 265، مشار إليه في مرجع أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مرجع سابق، ص 13.
²²⁷ حيث نصت المادة (516) من قانون التحكيم السوري (قانون أصول المحاكمات المدنية) على أنه "يرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى في ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم".
²²⁸ نصت المادة (194) من قانون التحكيم القطري (قانون المرافعات المدنية و التجارية) على أنه " و يرفع طلب الرد إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى في ميعاد خمسة أيام من يوم إخبار الخصم بتعيين المحكم".
²²⁹ المادة (178) من قانون التحكيم الكويتي رقم 38 لسنة 1980، (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ).

الإبقاء على دور قضائي في هذه المسألة، وبالنظر إلى معظم التشريعات التحكيمية نلاحظ أنها وفي

معظمها قد تبنت هذا الإتجاه، ومن هذه التشريعات قانون التحكيم الفلسطيني²³⁰، وقانون التحكيم

المصري²³¹، كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985²³².

وبموجب المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني، فإنه في حال نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب

لطلب رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، فعليه أن يتقدم كتابياً خلال خمسة عشر يوماً بطلب الرد، من

تاريخ علمه بهذا السبب، إلى هيئة التحكيم في حالة التحكيم الحر، أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان

التحكيم مؤسسياً، ويجب أن يكون هذا الطلب موضحاً فيه أسباب الرد²³³، وبموجب اللائحة التنفيذية²³⁴،

فإن هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم تنظر في طلب الرد بحضور طالبه، هذا و تصدر قرارها بقبول

الطلب من رفضه خلال سبعة أيام من تقديمه، وفي حال رفض طلب الرد يجب أن يكون مسيباً.

هذا وقد بينت الفقرة الثانية من المادة (14) سالفه الذكر الدور القضائي في عملية الرد، حيث يبرز هذا

الدور في حال تم رفض الطلب، هنا يجوز لطالب الرد الطعن في هذا القرار خلال خمسة عشر يوماً

من تاريخ صدوره، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن، هذا وقررت الفقرة الثالثة والأخيرة من

المادة المذكورة أعلاه، أنه يترتب على تقديم طلب الرد أو الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات

التحكيم لحين الفصل في الطعن، كما يترتب أيضاً وقف المدد المتعلقة بإجراءات التحكيم²³⁵.

إن النص أعلاه يدفعنا إلى الوقوف على بعض جوانبه، للوصول إلى معرفة ما إذا كان المشرع

الفلسطيني موفقاً من هذا التنظيم المتعلق برد المحكم، أم أن تنظيمه هذا لا يسلم من النقد، هذا ما

سنحاول إستيضاحه من خلال الجوانب الآتية:

²³⁰ المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

²³¹ المادة (19) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

²³² المادة (13) من قانون الأونسترال النموذجي لعام 1985.

²³³ انظر المادة (29) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مرجع سابق.

²³⁴ المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مرجع سابق.

²³⁵ و هذا ما نصت عليه المادة (31) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مرجع سابق.

أ- توجب المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني، تقديم طلب الرد ابتداءً إلى هيئة التحكيم، وهو بذلك يخالف ما ذهبت إليه بعض التشريعات إلى منح هذه السلطة إلى القضاء كما سبق وأشرنا، ونحن بدورنا نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني في هذه النقطة، ذلك أن منح هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد ابتداءً من شأنه الإسراع في عملية الفصل في هذا الطلب بشكل يفوق سرعة القضاء²³⁶.

ب- إذا كان من سلبيات هذا الإتجاه أن من شأن منح هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم سلطة الفصل في طلب الرد، إطالة المدة للفصل في طلب الرد عن طريق الطعن في قرار المحكم إلى القضاء، طبعاً في حال تم تقديم هذا الطلب من طرف سيء النية بقصد المماطلة، إلا أن من شأن ذلك تحقيق مجموعة من المزايا ومنها أن هذا الطلب لا شك أنه يؤثر على مكانة المحكم من الناحية الإجتماعية، وإن من شأن حصر تقديم طلب التحكيم في هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء، إعطاء فرصة سريعة لهذا المحكم التنحي عن الإستمرار في التحكيم بهدوء، وإلا فعليه تحمل النتائج من الإستمرار²³⁷، وإضافة عن ما يؤثر على المحكم في مكانته الإجتماعية، فإنه حتماً سيؤثر على مكانته الوظيفية في حال كان هذا المحكم يشغل مهنة محامي على سبيل المثال، حيث يشكل هذا ضغطاً معنوياً على هذا المحكم المحامي إن صح القول، حتى يقوم بأخذ القرار الصحيح فيما يتعلق بطلب برده، ذلك أنه يعلم أنه يمكن الطعن في طلب الرد أمام القضاء وفي حال حكم برده من قبل القضاء فإن ذلك حتماً سيؤثر على مكانته الإجتماعية والوظيفية، فإذا كان تنحي المحكم يتم بشكل هادئ قبل الطعن بالقرار أمام القضاء، فإن قرار القضاء في ذلك يكون بشكل علني، ونضيف إلى ذلك أن طبيعة التحكيم الإرادية والإتفاقية توجب إفتراض جانب حسن النية من قبل الخصوم لا العكس، حيث يشكل حسن النية - بحسب رأينا - قاعدة رئيسية مفترضة في عملية الرد، فيما يشكل جانب سوء النية إستثناءً وخروجاً على القاعدة، وبذلك فإننا

²³⁶ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 14.

²³⁷ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 55.

نؤكد على رأينا السابق في تأييد موقف المشرع الفلسطيني من جعل تقديم طلب التحكيم إلى الجهة التحكيمية قبل اللجوء إلى القضاء.

ت- إذا كان قرار هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم يقضي بقبول طلب الرد، فلا يطلب منها أن يكون مسبباً، أما في حالة كان قرارها برفض الطلب فيجب هنا أن يكون هذا القرار مسبباً²³⁸، ولعل مرد ذلك يرجع إلى أن القرار بقبول الطلب ينهي تلك القضية بتحتي المحكم المطلوب رده، وأما في حال رفض القرار فإن طالب الرد يمكن له الطعن فيه أمام القضاء مما يوجب منطقياً وقانونياً على هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم تسبب قرارها حيث يشكل هذا القرار والأسباب الواردة فيه أساس مبدئي للقضاء للنظر في هذا الطعن و المتعلق بالرد.

ث- من الملاحظ على المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني سالف الذكر، أن الطرف طالب الرد هو صاحب الحق في الطعن بقرار الرفض الصادر من هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، بمعنى أنه لا يجوز للمحكم المطلوب رده أن يطعن في هذا القرار، ذلك أنه ليس طرفاً في خصومة موجهة إليه²³⁹، إضافة إلى أن الطعن في الحكم الصادر برده لا يتفق مع كرامته في حال إصراره على نظر الدعوى ولو كانت الوقائع المنسوبة إليه غير صحيحة²⁴⁰، وفي حال رفض طلب الرد تحكيمياً أي من قبل هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم أو رفض قضائياً برفض الطعن الصادر برفضه، فإنه لا يستطيع رفع دعوى مستقلة لمقاضاة طالب الرد إلا إذا كان الطلب يشمل إساءة تمس شخصه، هنا يستطيع ملاحقة طالب الرد وفق الإجراءات القانونية لكن بعد إنتهاء الإجراءات التحكيمية و صدور حكم التحكيم²⁴¹.

ج- من الملفت للنظر ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني بموجب الفقرة الثالثة من المادة (14) سالف الذكر، حيث رتب على تقديم طلب الرد أو الطعن فيه أمام المحكمة المختصة، وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن، وهو بذلك يخالف ما ذهب إليه معظم تشريعات التحكيم التي لم ترتب على

²³⁸ الفقرة الأولى من المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مرجع سابق.

²³⁹ منير عيد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، مرجع سابق، ص 153.

²⁴⁰ شفيق طعمة، التحكيم في قانون أصول المحاكمات السوري، دار الصفدي للنشر، دمشق، دون سنة نشر، ص 175.

²⁴¹ المادة (32) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، مرجع سابق.

تقديم الطلب أو الطعن فيه أمام القضاء وقف السير في إجراءات التحكيم، مثال ما ذهب إليه قانون التحكيم الأردني²⁴²، والمصري²⁴³، وبحسب رأينا فإن المشرع الفلسطيني قد أراد من ذلك تجنب ما قد يضيع من اجراءات وإعتبارها كأن لم تكن، كما نص على ذلك المشرع الأردني والمصري، في حال قرر القضاء قبول الطلب برد المحكم، مما يتسبب في تبديد ذلك الوقت و الجهد و النفقات التي بذلت في حال إستمرار الإجراءات خصوصاً أن المشرع المصري والأردني قد أعطى هيئة التحكيم الإستمرار في الإجراءات حتى صدور قرار التحكيم، بالإضافة إلى إفتراض المشرع الفلسطيني أن المحكم المطلوب رده من الممكن تحيزه للطرف الآخر، ونضيف إلى ذلك أن المشرع الفلسطيني أراد بحسب رأينا تجنب إمكانية إستعمال حق الرد من قبل طرف سيء النية بقصد المماطلة وإطالة أمد التحكيم، في المقابل فإن المشرع غفل عن أن أخذه بهذا الحكم يؤدي إلى إطالة أمد التحكيم مما يفقده بالنتيجة ميزة السرعة التي يتميز بها مما قد يضر بذلك مصالح أحد الطرفين.

ولعل الحل الذي جاء بموجب القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985²⁴⁴ هو الحل الأمثل في هذه المسألة، حيث أعطى هيئة التحكيم الخيار في إستمرار إجراءات التحكيم وحتى إصدار الحكم من الخيار بعدم الإستمرار فيها، وهو بذلك يحقق التوازن ما بين المصالح المتضاربة في هذه المسألة، حيث سيمكن هذا الخيار هيئة التحكيم من الموازنة بين خطر الطعن أمام المحكمة بقصد المماطلة، وما بين خطر الإضرار بمصالح الطرفين عن طريق إضاعة الجهد والوقت والنفقات، في حال قبول طلب الرد من قبل المحكمة، بحيث تؤخذ ظروف كل حالة على حدى²⁴⁵، ويا حبذا لو أخذ المشرع الفلسطيني بهذا الخيار.

²⁴² الفقرة (ج) من المادة (18) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

²⁴³ الفقرة الرابعة من المادة (19) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994.

²⁴⁴ الفقرة الثالثة من المادة (13) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985.

²⁴⁵ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 15.

ح- قضت الفقرة الأولى من المادة (14) من قانون التحكيم سالفة الذكر، أن طلب التحكيم يجب أن يتقدم

به طلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى الهيئة التحكيمية، فماذا قصد المشرع

بقوله "من تاريخ العلم"؟

إذا ما نظرنا إلى نص المادة أعلاه، فمن البديهي أن المشرع قصد بذلك تاريخ علم طالب الرد بإحدى

أسباب الرد، لكن ماذا لو كان سبب الرد قد تمت معرفته قبل تشكيل هيئة التحكيم؟ هنا لا تكون هيئة

التحكيم قد تشكلت بعد، فما هو وقت تاريخ تقديم طلب الرد في هذه الحالة؟ وتبرز هذه الإشكالية في

القانون الفلسطيني خصوصاً وأن قانون التحكيم الفلسطيني يوجب تقديم طلب الرد إلى هيئة التحكيم

إبتداءً، ففي مثل هذه الحالة يمكن لطرف سيء النية إخفاء هذا السبب حتى مراحل متقدمة من إجراءات

التحكيم ومن ثم يتقدم بطلب الرد بقصد التأخير أو المماطلة في السير بالإجراءات وما يسبب من تبديد

الوقت والجهد والنفقات التي بذلت في السير بالإجراءات في حال تم قبول الطلب سواء عن طريق

الجهة التحكيمية أم قبول الطعن من قبل القضاء في حال الطعن في قرار الهيئة التحكيمية، وبرأينا فإن

عدم تطرق المشرع الفلسطيني لهذه النقطة يجعل تلك السلبية ممكنة الحدوث.

تم معالجة هذه الحالة بموجب بعض تشريعات التحكيم، مثل قانون التحكيم الأردني والمصري،

وبموجب هذه القوانين فإن الطلب يقدم إما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف

المبررة للرد، ويا حبذا لو تضمن المشرع الفلسطيني مثل هذا الحكم، لكن يمكننا القياس على ذلك بشكل

يجعل تقديم الطلب في هذه الحالة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بتشكيل هيئة التحكيم.

وفي كل الأحوال فإن تاريخ الخمسة عشر يوماً المحددة لتقديم الطلب، يعتبر مدة سقوط لحق طالب الرد

في رد المحكم، ذلك حتى لا تظل خصومة التحكيم مهددة إلى آخر لحظة²⁴⁶، ويعتبر تفويت تلك المدة

²⁴⁶ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 238.

بمثابة تنازل طالب الرد عن حقه في الرد²⁴⁷، وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم طلب الرد بعد إختتام البينات وإقفال باب المرافعة²⁴⁸.

وأخيراً لا بد لنا من الإشارة إلى ذلك الإشكال الذي أثارته المادة (19) من قانون التحكيم المصري المعدلة، حيث كانت تقضي بموجب فقرتها الأولى على أنه "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم ومبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة أو بالظروف المبررة للرد، فإذا لم يتتح المحكم المطلوب رده فصلت هيئة التحكيم في الطلب".

ومن أهم الملاحظات على هذا النص هو أنه يمنح هيئة التحكيم صلاحية تلقي الطلبات من جهة، وصلاحية الفصل في هذا الطلب من جهة أخرى، مما تكون بذلك هيئة التحكيم حكماً وخصماً في نفس الوقت²⁴⁹، وهذا مخالف ليس فقط للمنطق القضائي بل والمنطق القانوني، فالأول يوجب ألا يكون نفس الشخص خصماً وحكماً في ذات الوقت، والثاني فهو الخروج عن القواعد العامة في رد الهيئة القضائية، والتي تكون واجبة التطبيق إذا إنعدم النص الخاص، حيث يكون الإختصاص بنظر لطلب الرد لدائرة غير دائرة المطلوب رده فيها²⁵⁰.

وتبعاً للإنتقادات التي وجهها جانب كبير من الفقهاء لتلك المادة²⁵¹، فقد طعن في هذا النص أمام المحكمة الدستورية العليا²⁵²، وقد قضت بعدم دستورية هذه العبارة التي جاءت في نهاية الفقرة الأولى من المادة (19)، ولتفادي الفراغ التشريعي من هذا الحكم²⁵³، وكنوع من ترجيح إعتبارات العدالة على إعتبارات السرعة التي يمكن تحقيقها²⁵⁴، فقد صدر القانون رقم (8) لسنة 2000، والذي قضى بإبطال العمل

²⁴⁷ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 737-738.
²⁴⁸ الفقرة الثانية من المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، و الفقرة الثانية من المادة (28) من اللائحة التنفيذية لذات القانون.

²⁴⁹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 205.

²⁵⁰ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 742-743.

²⁵¹ للمزيد حول هذه الإنتقادات، أنظر المراجع المشار إليها في مرجع مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 205، النقطة (1) من الحاشية.

²⁵² الطعن رقم 84 لسنة 19 قضائية، بتاريخ 6/11/1999.

²⁵³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 743.

²⁵⁴ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 206.

بالعبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة (19) سالفة الذكر، والتي أصبحت كما هي عليه الآن²⁵⁵، حيث تمنح بداية لهيئة التحكيم الفصل في طلب الرد فيما تمنح طالب الرد بالطعن في قرارها أمام القضاء، حيث يفصل القضاء في هذا الطعن بقرار غير قابل للطعن. بهذا وبحسب رأينا فإن المشرع الفلسطيني قد جانبه الصواب في تنظيم الرد، للإعتبارات التي ذكرناها سابقاً، في المقابل فإنه كان يجب عليه بحسب رأينا إعطاء هيئة التحكيم الخيار فيما يتعلق بوقف سير الإجراءات من عدمها للإعتبارات التي ذكرناها سابقاً أيضاً، ونضيف إلى هذه النقطة أنه كان أولى بالمشرع الفلسطيني منح الأطراف حرية الإتفاق على إجراءات الرد، وذلك إقتداءً بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 والذي يمنح الأطراف حرية الإتفاق على إجراءات الرد²⁵⁶، حيث يتفق وخصوصية التحكيم من كون التحكيم هو إتفاقي بطبيعته حيث أن إرادة الأطراف وإتفاقهم هما الناظم للتحكيم منذ بدايته إلى نهايته²⁵⁷.

المطلب الثاني

أثر الحكم الصادر من المحكمة المختصة بطلب الرد على إتفاق التحكيم

ترتب بعض التشريعات²⁵⁸ على صدور حكم برد المحكم إعتبار ما تم من إجراءات تحكيمية بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن، في الوقت الذي عاودت وأوجبت تعيين بديل لهذا المحكم طبقاً للإجراءات

²⁵⁵ تنص الفقرة الأولى من المادة (19) المعدلة من قانون التحكيم المصري على أنه "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن".

²⁵⁶ المادة (13) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985 .

²⁵⁷ أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده ، مرجع سابق، ص 14-15. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 744-745 .

²⁵⁸ و منها قانون التحكيم الأردني الفقرة (ج) من المادة (18) و المصري الفقرة الرابعة من المادة (19).

التي تتبع في إختيار المحكم الذي إنتهت ولايته، أو طبقاً للتعين القضائي في حال تم تعيينه قضائياً²⁵⁹،

ويترتب على هذا نتيجة هامة فيما يتعلق بإتفاق التحكيم، حيث لا يترتب الحكم برد المحكم تحلل

المحتكمين من التحكيم، وإنما يتم تعيين بديل لهذا المحكم الذي قضي برده²⁶⁰.

ويلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه لم يتضمن حكماً مماثلاً فيما يتعلق بإعتبار الإجراءات التي شارك

فيها المحكم المطلوب رده كأن لم تكن، وبرأينا فلا داعي لوجود مثل هذا النص، ذلك أن المشرع

الفلسطيني يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم لحين البت في طلب الرد.

لا شك أن تقديم طلب الرد في محكم ما، يترتب عليه إحدى الفروض التالية²⁶¹:

1- أن يتحى المحكم المطلوب رده من تلقاء نفسه، قبل بحث هيئة التحكيم في الطلب، وهنا يتم تعيين

محكم بديل بنفس الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول أو طبقاً للإجراءات التي تتبع في التعيين من

قبل المحكمة المختصة²⁶².

2- أن تفصل هيئة التحكيم في طلب الرد، وتصدر قراراً إما بقبول طلب الرد أو رفضه في حال

وجدت عدم جدية في الأسباب²⁶³، وفي حالة الرفض يجب أن يكون قرارها مسبباً²⁶⁴.

3- أن يتم رفض طلب الرد من قبل هيئة التحكيم، وهنا يجوز لطالب الرد أن يطعن في قرار هيئة

التحكيم أمام المحكمة المختصة، بحيث يكون قرار المحكمة غير قابل للطعن²⁶⁵

نلاحظ أن الدور القضائي في عملية الرد يبرز في حق طالبه بالطعن في قرار هيئة التحكيم أو مؤسسة

التحكيم في حال تم رفض الطلب من قبلها، وهنا إذا وصل الأمر إلى السلطة القضائية والممثلة هنا في

المحكمة المختصة، فإنها قد تخلص إلى إحدى القرارات:

أ- قبول طلب الرد وإصدار حكم برد المحكم.

²⁵⁹ المادة (21) من قانون التحكيم المصري، و المادة (20) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني، و المادة (15) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985.

²⁶⁰ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 210 .

²⁶¹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 209.

²⁶² المواد (13) و (14) و (15) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁶³ مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 771.

²⁶⁴ الفقرة الأولى من المادة (30) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁶⁵ المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

ب- رفض طلب الرد من قبل المحكمة المختصة.

وكما قلنا سابقاً فالأثر المباشر لقبول طلب الرد من قبل المحكمة المختصة هو أن خصومة الرد هي التي تنتهي، وأما إتفاق التحكيم فيبقى قائماً و صحيحاً، حيث يتم تعيين بديل لهذا المحكم الذي حكم برده،²⁶⁶ ومن ثم تستأنف إجراءات التحكيم من جديد، ويجد هذا الرأي تبريره في مجموعة من الأسانيد، والتي إستقيناها من نصوص قانون التحكيم، حيث أن قانون التحكيم الفلسطيني يوجب وقف إجراءات الرد لحين الفصل في الطعن المقدم إلى المحكمة المختصة²⁶⁷، وأضاف إلى هذا الحكم وقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد في حال حكم ببرد المحكم²⁶⁸، ويمكننا أن نستشف بشكل قاطع من ذلك أن خصومة الرد هي التي تنتهي و ليس إتفاق التحكيم بل يبقى صحيحاً وقائماً، حيث يتم الإستمرار في التحكيم بعد تعيين محكم بديل، ونضيف إلى ذلك أن إتفاق التحكيم بطبيعته ليس عملاً إجرائياً، ولا يمكن إعتبره من إجراءات التحكيم، ومن باب أولى فلا يعتبر جزءاً من حكم التحكيم، بحيث يعتبر كأن لم يكن، بموجب القوانين التي نصت على ذلك صراحةً²⁶⁹.

وفي كل الأحوال فإن قرار المحكمة سواءً بقبول الطلب أم برفض الطلب، يكون غير قابل للطعن، وقد وجد هذا الحكم إنتقاداً من قبل الفقه، حيث ذهب جانب من الفقه²⁷⁰ إلى القول أن هذا الحكم يأخذ إحتمالين، الأول وهو عدم قدرة المحكم الذي قضي برده أن يطعن في الحكم، وذلك للدفاع عن إستقلاليتته وحيدته، وإثبات أن ما نسب إليه فاسد لا يقوم على أساس، وأما الإحتمال الثاني فهو أن طالب الرد لا يستطيع الطعن في قرار المحكمة في حال تم رفض طلبه، ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى أنه على خلاف الإحتمال الأول فإن تحصين الحكم هنا فيه إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين واحترام حقوق الدفاع، حيث أنه من غير المقبول أن يمثل طالب الرد أمام هيئة تحكيم يعتقد أنها غير نزيهة، وقد

²⁶⁶ المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁶⁷ الفقرة الثانية من المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁶⁸ الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁶⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 752-753.

²⁷⁰ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 745-755.

يكون محققاً في ذلك، حيث يمكن أن يصدر حكم التحكيم في غير صالحه، مما يفقده الثقة في قضاء التحكيم.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه²⁷¹ إلى أن إغلاق الباب أمام المحتكمين للطعن في الحكم الصادر في طلب التحكيم، فيه إجحاف بحق المحتكم طالب الرد، ويذهب هذا الجانب من الفقه إلى التأكيد على تأييده لخيار إجازة المشرع لطالب الرد في الطعن.

وعودة على الجانب الفقهي الأول أعلاه، فيذهب إلى أن دعوة المقنن للتدخل من أجل إجازة الطعن في الحكم الصادر برفض طلب الرد سيصطدم بالمبادئ العامة في قانون الإجراءات التي يجب تطبيقها في حال خلا القانون الخاص من حل، وبموجب هذا الإتجاه، فإنه من الثابت وفقاً لتلك المبادئ أنه يجوز الطعن في الحكم الصادر برفض طلب الرد مع الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، ذلك أن قانون التحكيم قد أجاز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لإتفاق الطرفين، أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر على الحكم.

وبرأينا فإننا نرى أن الطعن في قرار المحكمة بالرفض أو بالقبول إذا كان يؤثر على سرعة الإجراءات فإنه لن يكون كذلك عند الطعن مع الحكم الصادر في الدعوى الأصلية، ذلك أن إجراءات التحكيم الأساسية تكون قد تمت مما لا يؤثر الطعن على سرعة الإجراءات، كما أن المشرع إذا كان يجيز في القضاء العادي أن يتم التقاضي على أكثر من درجة لضمان أكثر عدالة حيث أن القاضي يمكن أن يخطئ في حكمه، فإنه من باب أولى منح المحتكمين هذا الحق عن طريق الطعن بقرار المحكمة في هذه المسألة، كون ذلك يشكل أكثر عدالة في التحكيم.

وخلاصة القول فإن الدور القضائي في الرد يبرز في ناحيتين:

الأولى: وهي إمكانية الطعن في قرار الهيئة التحكيمية أمام القضاء من قبل طالب الرد.

²⁷¹ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 211.

الثانية: قيام المحكمة المختصة بتعيين بديل لهذا المحكم الذي قضى برده في حال عدم الإتفاق على تعيين محكم بديل لهذا المحكم بالطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول²⁷².

وفي كل الأحوال فإن إتفاق التحكيم لا ينقضي برد المحكم وحتى لو كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم فرد، بل يبقى هذا الإتفاق قائماً وصحيحاً ومن ثم إستمرار الإجراءات بتعيين محكم بديل كما سبق و ذكرنا.

نلاحظ أن هناك دور رقابي ومساعد من قبل القضاء لهيئة التحكيم في عملية الرد، وأما الدور الرقابي فيتمثل في نظر المحكمة المختصة في الطعن المقدم في حال تم رفض طلب الرد من قبل الهيئة التحكيمية، وأما الدور المساعد فيتمثل في قيام القضاء بتعيين محكم بديل في حال عدم تمكن الأطراف بتعيين بديل لهذا المحكم تبعاً للطريقة التي تم تعيين المحكم الذي حكم برده ، لعدم إتفاقهم أو لسبب من الأسباب الأخرى.

الفصل الثاني

دور المحكمة اللاحق على تشكيل هيئة التحكيم

إن دور المحكمة الرقابي والمساعد لا يقف عند الإنتهاء من تشكيل هيئة التحكيم، بل يمتد إلى أبعد من ذلك ليشمل مراحل التحكيم النهائية، وبهذه المثابة يكون القضاء ضامناً لفاعلية نظام التحكيم كنظام قضائي خاص كما يضمن عدالته، و بالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، إضافة إلى القوانين التحكيم المقارنة نجدها تؤكد على هذا المبدأ التحكيمي، وباستقراءنا لهذه القوانين نلاحظ أن القضاء يبقى عوناً لهيئة التحكيم وحتى آخر المراحل التحكيمية.

يظهر دور المحكمة في مفاصل متعددة بعد تشكيل هيئة التحكيم، ولعل من أهم هذه المفاصل مسألة الإثبات ودور المحكمة فيها هذه، و ثانياً مسألة الإجراءات الوقتية و التحفظية والمسائل الأولية و دور

²⁷² المادة (15) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

المحكمة في إتخاذها أثناء السير في إجراءات التحكيم، وأخيراً فإنه يكون للقضاء دور رقابي فاعل ما بعد صدور قرار التحكيم.

تبعاً لذلك فإننا سنتناول هذا الفصل بالحديث في دور المحكمة في ثلاث مسائل والتي نقسمها إلى مباحث ثلاث على النحو الآتي:

المبحث الأول: دور المحكمة في الإثبات

المبحث الثاني: دور المحكمة في المسائل الأولية

المبحث الثالث: دور المحكمة الرقابي على قرار التحكيم

المبحث الأول

دور المحكمة في الإثبات

أجاز قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 لأطراف النزاع الحق في الإتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم²⁷³، وفي حال عدم إتفاق الأطراف على ذلك، جاز لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم²⁷⁴، ولها في ذلك أيضاً أن تختار قانوناً معيناً كما لها الإتفاق مع الأطراف على وضع قواعد لتنظيم كيفية الإثبات و ما لا يقبل من أدلة²⁷⁵، وبهذه المثابة فإنه يكون للأطراف حرية الإتفاق على القواعد الإجرائية في الإثبات أمام هيئة التحكيم، دون أن يكون هنالك تقييد للأطراف بإتباع الإجراءات الواردة في قانون البيئات الفلسطيني، أو حتى

²⁷³ أنظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 768/1988، منشور على الصفحة 2327 من عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين بتاريخ 1/1/1990 حيث جاء فيه "أن إعفاء المحكمين في مشاركة التحكيم في التقيد بالأصول و قوعد الإثبات من شأنه أن يطلق يد المحكم من التقيد بالإجراءات و قواعد الإثبات التي هي من حق الخصوم".

²⁷⁴ المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

²⁷⁵ محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 114.

الإجراءات الواردة في قانون التحكيم، كل هذا بشرط مراعاة أصول التقاضي ومن أهمها المساواة بين الأطراف وتهيئة فرصة كاملة و متكافئة لكل منهم لعرض قضيته²⁷⁶.

في الواقع أن هنالك إختلاف ما بين النظم القانونية، فيما يتعلق بالمذهب الذي يسلكه القاضي من أجل الوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات، لعل من أهمها ثلاث مذاهب²⁷⁷: الأول وهو مذهب الإثبات الحر أو الطليق، و هو مذهب سائد في النظم القانونية الجرمانية والأنجلو أمريكية، وبموجبه يكون للقاضي سلطة واسعة في التقيب والبحث عن الحقيقة بأي طريقة يراها مناسبة، وأما المذهب الثاني فهو مذهب الإثبات المقيد، ويلتزم القاضي بموجبه بأدلة وطرق إثبات محددة بموجب القانون لا يسمح للخصوم الخروج عنها، وهذا النظام سائد في النظم اللاتينية. وأخيراً مذهب الإثبات المختلط بحيث يعطي للقاضي دوراً معيناً في الإثبات.

يقع الإثبات على نوعين من القواعد، وهي قواعد موضوعية و قواعد إجرائية، فيما يتعلق بالنوع الأول من القواعد فإنه يتم من خلاله تحديد طرق الإثبات وحالات تطبيقها، وحبية كل دليل، إلى الشروط اللازمة للإثبات، و أما فيما يتعلق بالنوع الثاني من القواعد فهي متعلقة في بيان و تنظيم الأوضاع المتبعة في سلوك طرق الإثبات، سواءً أمام القضاء العادي أم قضاء التحكيم²⁷⁸.

إن المحكم و هو بصدد نظر النزاع التحكيمي قد يتعرض إلى مواقف أو قرارات تتطلب سلطة الإيجاب لا تتوفر فيه بإعتباره يقوم بوظيفة خاصة، لعل أكثر ما يتعرض إليه المحكم في ذلك فيما يخص مجال الإثبات²⁷⁹، هنا تقوم المحكمة المختصة بالتدخل لضمان تفعيل مهام المحكمين في حال قام أحدهم باللجوء إليها²⁸⁰.

²⁷⁶ المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق.

²⁷⁷ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 909.

²⁷⁸ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 908-909.

²⁷⁹ مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 191.

²⁸⁰ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 134.

تقع أدلة الإثبات على نوعين: النوع الأول وهو أدلة تكون معدة سلفاً للإثبات، و تتمثل في الكتابة بنوعيتها الرسمي و العرفي، و أما النوع الثاني من الأدلة فهي أدلة غير معدة سلفاً للإثبات، و منها الشهادة و أعمال الخبرة و القرائن و اليمين الحاسمة²⁸¹.

هذا و نصت المادة (7) من قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001 على أنه "طرق الإثبات هي: 1- الأدلة الكتابية 2- الشهادة 3- القرائن 4- الإقرار 5- اليمين 6- المعاينة 7- الخبرة"²⁸².

تطرق قانون التحكيم الفلسطيني المذكور كغيره من تشريعات التحكيم إلى موضوع الإثبات، و بالنظر إلى هذه القوانين نجد أنها نظمت بصورة أو بأخرى دور المحكمة النظامي في هذه الإجراءات، لعل أكثر ما تمت معالجته في هذه التشريعات من أدلة الإثبات هي الخبرة و الشهادة، و عليه فإننا سنحاول دراسة موضوع هذا المبحث إنطلاقاً من قانون البيئات الفلسطيني و إستناداً إلى قانون التحكيم الفلسطيني و مروراً بالقوانين التحكيمية المقارنة لنرى فيما إذا كان المشرع الفلسطيني قد جانبه الصواب في تنظيمه لهذه المسألة أم أنه لم يسلم من أوجه النقد و القصور؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه خلال مبحثنا هذا. و لتحقيق الفائدة العلمية المرجوة فإننا سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب، و الذي سيكون على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور المحكمة فيما يتعلق بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده

المطلب الثاني: دور المحكمة في شهادة الشهود

المطلب الثالث: دور المحكمة فيما يتعلق بإجراءات المعاينة و الخبرة.

المطلب الرابع: أدلة إثبات أخرى

المطلب الأول

²⁸¹ مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص

²⁸² قانون البيئات رقم (4) لسنة 2007، الوقائع الفلسطينية، العدد الثامن و الثلاثون، بتاريخ 5/9/2001.

دور المحكمة فيما يتعلق بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده

سبق و ذكرنا أن قانون البيئات المذكور قد حصر البيئات في سبع طرق للإثبات، وكما ذكرنا سابقاً فإن معظم القوانين التحكيمية تطرقت وركزت بشكل كبير إلى وسيلتين من تلك الوسائل ألا وهي الشهادة و الخبرة، وأما فيما يتعلق بالبيئات الخطية فإنه يجب على المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم أن يرسل إلى المدعى عليه و هيئة التحكيم بياناً خطياً شاملاً إدعاءاته و تحديد المسائل محل النزاع و طلباته مرفقاً به نسخاً عن المستندات التي يستند لها²⁸³، كما يجب على المدعى عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إستلامه بيان المدعي ومشمولاته أن يتقدم بمذكرة جوابية وافية مرفقاً معها نسخاً عن المستندات التي يستند إليها و يرسل نسخاً من المذكرة و المستندات إلى المدعي و هيئة التحكيم²⁸⁴، ومن جانب آخر فقد عالجت بعض القوانين التحكيمية حالة إلزام الأطراف بتقديم ما يكون تحت يديهم من مستندات، وهنا فإننا نتساءل عن موقف المشرع الفلسطيني من معالجة هذه الوسائل؟ وماذا عن دور المحكمة المساعد في ذلك؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مطلبنا هذا.

تبعاً لذلك فإننا سنخصص هذا المطلب بالحديث في إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، مع توضيح فيما إذا كان للقضاء دور في إتخاذ مثل هذا الإجراء أم هو حكراً لهيئة التحكيم، هذا ما سنقوم بتوضيحه خلال مطلبنا هذا.

إذا كان الأصل أن يقوم الأطراف بتقديم وإبراز ما لديهم من مستندات من أجل تدعيم دفاعهم، إلا أنه من الإمكانية أن يقوم أحد الأطراف بإخفاء أحد المستندات التي من شأنها أن تقيد الخصم، بحيث يكون هذا المستند منتج في الدعوى، وفي هذه الحالة يكون الخصم متأكداً من وجود المستند ومواصفاته، حيث يقوم بالتقدم إلى هيئة التحكيم بطلب لإلزام الطرف الآخر بإبرازه.

بالنظر إلى قانون البيئات الفلسطيني، نجد أنه قد عالج حصول مثل هذه الحالة، حيث يعطي المشرع للخصم الحق في الطلب من المحكمة إلزام خصمه بتقديم سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تكون

²⁸³ الفقرة الأولى من المادة (23) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

²⁸⁴ الفقرة الثانية من المادة (23) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.

تحت يده، و ذلك ضمن مجموعة من الشروط و الإجراءات²⁸⁵، كما أعطى المحكمة المختصة الحق في تكليف الغير بتقديم تلك المستندات أو الأوراق التي تكون تحت يده و المنتجة في الدعوى²⁸⁶، و في هذا المقام فإنه في حال إتفق الأطراف و هيئة التحكيم على إخضاع إجراءات التحكيم إلى قانون البيئات مثلاً فلا تثار هنا أية مشكلة، حيث بدى لنا بوضوح تنظيم مثل هذه المسألة و إجراءاتها في قانون البيئات، وهذا ينطبق على قوانين الإثبات الأخرى، كما لا تثار مشكلة في حال تم تنظيم هذه المسألة في إتفاق التحكيم، كالإتفاق على اللجوء إلى القضاء أو إعتبار الإمتناع تسليماً بما يدعيه الطرف الآخر²⁸⁷.

في الواقع لا يكون الحال دائماً على هذا النحو، فإذا لم يكن هنالك إتفاق ما بين الأطراف و هيئة التحكيم على إختيار إجراءات الإثبات، أو لم يرد أي إتفاق على هذه المسألة في إتفاق التحكيم، حينها لا بد من تطبيق أحكام قانون التحكيم على مثل هذه المسائل، و من هنا يتبادر لنا مجموعة من التساؤلات، فما هو موقف المشرع الفلسطيني من هذه المسألة في حال تم إثارتها من أحد الأطراف؟ و من هي الجهة المختصة بنظر هذه المسألة؟ و هل يكون للقضاء دور في هذه المسألة؟ هذا ما سنحاول إستيضاحه من خلال هذا الفرع

يعتبر حجب وثائق و مستندات من أحد المحتكمين، إخلالاً بمبدأ المواجهة بين الأطراف و إخلالاً بحق الدفاع المقرر لهم قانوناً²⁸⁸، و في سبيل تحقيق عدالة و فاعلية التحكيم، فقد نصت معظم القوانين التحكيمية على حق هيئة التحكيم في الطلب من أحد طرفي التحكيم بتقديم و إبراز مستند يكون تحت يده، ضمن مجموعة من الشروط الخاصة بذلك، و في هذا المقام فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلبها أو طلب أي طرف من

²⁸⁵ نصت المادة (28) من قانون البيئات الفلسطيني المذكور على أنه "يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم سندات أو أوراق منتجة في الدعوى تكون تحت يده و ذلك في إحدى الحالات الآتية: 1- إذا كان القانون لا يحظر مطالبته بتقديمها أو تسليمها. 2- إذا كان السند مشتركاً بينه و بين خصمه، و يعتبر السند مشتركاً على الأخص إذا كان محرراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة. 3- إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى". أنظر أيضاً المواد 29 – 33 من القانون المذكور.

²⁸⁶ نصت المادة (34) من قانون البيئات الفلسطيني المذكور على أنه "يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى أن تكلف الغير بتقديم ورقة أو سند تحت يده و ذلك في الأحوال و الأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة من هذا الفصل"، و أنظر أيضاً المواد 35 – 37.

²⁸⁷ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 116.

²⁸⁸ محمود عمر السيد التحتيوي، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، مرجع سابق، ص 151.

أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند²⁸⁹، فيما نصت المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على أنه "1. يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف إلزام الطرف الآخر بتقديم أي مستند منتج في النزاع يكون تحت يده وذلك في الحالات الآتية:

- أ- إذا كان المستند مشتركاً بينه وبين خصمه، وبوجه خاص إذا كان المستند محرراً لمصلحة الطرفين أو كان مثبتاً لإلتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.
- ب- إذا كان الطرف الذي يكون المستند تحت يده قد استند إليه في أية مرحلة من مراحل نظر النزاع.
- ت- إذا كان المستند من الأوراق أو المستندات التي يجيز القانون مطالبتة بتقديمها أو تسليمها".
- فإذا ما توافرت تلك الشروط، فيجب على الطرف طالب الإبراز، التقدم بطلب إلى هيئة التحكيم يجب أن يحتوي عدة عناصر حتى يتم قبوله و البحث فيه من قبل هيئة التحكيم، و هذه العناصر جاءت بها الفقرة الثانية من المادة (57) سالفه الذكر، حيث نصت على أنه " يجب أن يتضمن الطلب بإلزام أحد الأطراف بتقديم ما لديه من مستندات منتجة في النزاع ما يلي:

- أ- أوصاف المستند.
- ب- مضمون المستند بقدر ما يمكن من التفصيل.
- ت- الواقعة التي يستدل بها على المستند.
- ث- مجموع الأدلة والقرائن والظروف التي تؤيد أن المستند تحت يد الطرف الآخر.
- ج- سبب إلزام الطرف الآخر بتقديم المستند الذي يكون تحت يده²⁹⁰.

يلاحظ مما تقدم أن المشرع الفلسطيني كغيره من المشرعين، أعطى لهيئة التحكيم صلاحية و سلطة بإلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات حسب الشروط السابق ذكرها، إلا أنه جاء خالياً من ذكر

²⁸⁹ أنظر المادة (28) و (30/3) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، و أنظر المادة (27) و المادة (29/ج) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001، و أنظر الفقرة الثالثة من المادة (24) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1976.

²⁹⁰ يلاحظ تشابه ما بين المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، و ما جاء في قانون البينات الفلسطيني سالف الذكر فيما يتعلق بإلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده في المادة (28).

الجزء الذي يمكن ترتيبه على الطرف الذي لا ينصاع إلى قرار هيئة التحكيم في ذلك، بعكس ما نص عليه قانون البيئات الفلسطيني حيث رتب جزاءات على الطرف الذي لا ينصاع لقرار القضاء²⁹¹، ولعل مرد ذلك عدم وجود سلطة للإلزام من قبل هيئة التحكيم للطرف الممتنع عن إبراز المستند كون المحكم يقوم بوظيفة خاصة، كما لم يمنح قانون التحكيم الفلسطيني هيئة التحكيم -بشكل واضح و مباشر- الحق في طلب العون القضائي لإجبار الخصم بتقديم مستند تحت يده في حال رفض قرار هيئة التحكيم في ذلك، وبحسب رأينا فإن هذا يشكل قصوراً من قبل المشرع الفلسطيني في معالجة هذه المسألة، ذلك أن من منطوق الأمور منح هيئة التحكيم سلطة في الإلزام سواءً لوحدها أم عن طريق الإستعانة بالقضاء إن تطلب الأمر وفي ذلك ضماناً لفاعلية نظام التحكيم.

في هذا المقام فإنه إذا لم يكن لهيئة التحكيم سلطة الإلزام، فإننا نتساءل فيما إذا كان يحق للقاضي التدخل لسد هذا العجز، في حال امتنع الخصم عن تقديم مستند تحت يده، سواءً بطلب من الأطراف أم بطلب من هيئة التحكيم نفسها؟

لم يعالج قانون التحكيم الفلسطيني فيما إذا كان يجوز للأطراف أو هيئة التحكيم الطلب من المحكمة المختصة التدخل لإلزام ذلك الطرف الممتنع من تقديم المستند، في الوقت الذي نص صراحةً على إمكانية لجوء هيئة التحكيم إلى المحكمة المختصة طالباً منها إصدار أمر بتأمين حضور الشاهد الرفض المثل أمام هيئة التحكيم، في التاريخ المحدد في الطلب²⁹²، ولعل المفارقة في ذلك تتجسد في أن الفقرة الأولى من المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني نصت على " يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند"، فيما أعطى هيئة التحكيم دون الأطراف الحق في اللجوء إلى المحكمة المختصة بصدد إجبار الشاهد الممتنع عن الحضور أمام هيئة التحكيم، فيما لم يتطرق إلى حق هيئة التحكيم في اللجوء إلى المحكمة المختصة

²⁹¹ أنظر المواد (28-37) من قانون البيئات الفلسطيني، مرجع سابق.
²⁹² نصت المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " 1- يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند 2- يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب".

طالباً منها العون القضائي في إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (28) المذكورة أعلاه على أنه " يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد للطلب".

برأينا كان الأولى على المشرع الفلسطيني أن يمنح هيئة التحكيم الحق في أن تطلب من المحكمة المختصة إلزام الخصم بإبراز مستند تحت يده، في حال رفض الأخير الإنصياع إلى قرار هيئة التحكيم، بحيث يتم تقديم الطلب بدايةً من قبل أحد الأطراف إلى هيئة التحكيم، و في حال رفض الخصم بتقديم المستند، تقوم هيئة التحكيم بطلب المساعدة القضائية في ذلك، ولعل في ذلك منطقاً واقعياً وعملياً وقانونياً، وأما المنطق القانوني فيتجسد في ضرورة إعطاء هذه المسألة سلطة إلزام وإجبار لضمان فاعلية التحكيم و تحقيق خاصية السرعة، و أما فيما يتعلق بالمنطق الواقعي العملي فيتجسد في إمكانية أن يكون هذا المستند ضرورياً و رئيسياً في الدعوى، و يترتب على ذلك منح هيئة التحكيم الحق في اللجوء إلى المحكمة المختصة طلباً للعون القضائي.

و بالرغم من عدم معالجة المشرع الفلسطيني لهذه النقطة، إلا أنه و بحسب رأينا فإنه يمكن لهيئة التحكيم اللجوء إلى القضاء طلباً للعون القضائي في إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده في حال تحققت الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، و يمكن تبرير ذلك من منحيين، الأول: ضمان عدالة و فاعلية التحكيم، و الثاني ما نصت عليه المادة (17) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث نصت على أنه "يحق لهيئة التحكيم الإستعانة برأي المحكمة المختصة في أية نقطة قانونية تنشأ خلال نظر النزاع"، و برأينا فإنه يمكن لنا القياس على هذه المادة و على الفقرة الثانية من المادة (28) سالفه الذكر، في تبرير السماح لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة طلباً للعون القضائي بخصوص هذه المسألة.

و عودة على تشريعات التحكيم المقارنة، فمن هذه التشريعات من جعل تقديم طلب إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده حكراً إلى هيئة التحكيم دون منحها الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للعون القضائي و

دون وضع حلول لحالة إمتناع الخصم عن تقديم المستند، وقد سار على ذلك قانون التحكيم الفلسطيني، و برأينا فإن هذا الجانب من التشريعات لا يسلم من النقد، حيث لا يوجد حل في القانون في حال رفض الخصم تقديم مستند تحت يده، فهل توقف إجراءات التحكيم أم تستمر هيئة التحكيم في السير بالإجراءات؟ وإذا ما توقفت فما هي الخطوة التي تلي هذا التوقف خصوصا أن إستمرار التوقف يفقد التحكيم ميزة السرعة؟ كل هذه الأسئلة تجعلنا نأخذ بالرأي الذي سقناه أعلاه و الذي يسمح لهيئة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المختصة طلباً للعون القضائي في هذه المسألة.

و من التشريعات من جعل تقديم طلب إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده حكراً إلى هيئة التحكيم دون منحها الحق في اللجوء إلى القضاء طلباً للعون القضائي لكن مع وضع حلول لحالة إمتناع الخصم عن تقديم المستند، و من هذه التشريعات قانون التحكيم و المصري و قواعد الأونسيترال لعام 1976، و بموجب هذه التشريعات فإنه إذا تخلف أحد الأطراف عن تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الإستمرار في إجراءات التحكيم و إصدار حكم في النزاع إستناداً إلى الأدلة المتوفرة لديها²⁹³، و برأينا فإن وجود مثل هذا الحل و بالرغم من تحقيق ميزة السرعة في الإجراءات و عدم المماثلة، فإنه لا يحل المشكلة، حيث أنه يمكن أن يكون ذلك المستند مهم في الدعوى و عنصر إثبات رئيسي فيها و بالتالي فإن مثل هذا الحل يمكن أن يؤثر سلباً على مقدم الطلب في حال أنكر الخصم وجوده أو رفض الخصم تقديمه، بحيث يفقده عنصر إثبات مهم في الدعوى التحكيمية خصوصاً إذا توافرت الشروط الخاصة بتقديم الطلب مثل ما جاءت به المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على سبيل المثال.

²⁹³ أنظر المادة (35) من قانون التحكيم المصري، و الفقرة 3 من المادة (28) من قانون التحكيم النموذجي لعام 1976.

وأخيراً فإن هنالك ثمة تشريعات أعطت لهيئة التحكيم في حال لم يتم الإمتثال لأمرها الحق في اللجوء إلى القضاء لإستصدار القرار المناسب في ذلك، ومن هذه التشريعات قانون التحكيم التونسي²⁹⁴،

والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985²⁹⁵، وقانون التحكيم الأردني²⁹⁶.

وبين هذا التفاوت ما بين تشريعات التحكيم المختلفة، فإننا نرى أن المشرع التونسي أحسن صنعاً في منح هيئة التحكيم صلاحية الإستعانة بالقضاء في إجبار الخصم بتقديم ما تحت يده من مستندات، طبعاً في حال توافر الشروط الموجبة لقبول طلب الإبراز من أحد أطراف التحكيم، و لعل الأخذ بهذا الإتجاه له مجموعة من المبررات و المزايا منها:

1- إنه من المنطق منح هيئة التحكيم الحق في طلب المساعدة القضائية في هذه المسألة، لما للقضاء من سلطة في الإجبار و توقيع الجزاءات التي تفتقدها هيئة التحكيم، و يمكننا جدلاً القول بأن المشرع الفلسطيني لم يتطرق إلى منح هيئة التحكيم هذا الحق إلا لإفترضه أن توقيع الجزاء لا يتم إلا من قبل القضاء، و بالتالي يمكن القول أن المشرع قد أعطى هذا الحق لهيئة التحكيم ولو بشكل ضمني (طبعاً كل هذا لا ينفي قصور المشرع في هذه المسألة).

2- أن من شأن ذلك أيضاً الحفاظ على فاعلية و عدالة و جدية التحكيم، لما يوفره من الحصول على كل المستندات المساعدة في كشف الحقيقة.

3- إن من شأن ذلك الحفاظ على ميزة السرعة في الإجراءات، و حمايةً للطرف حسن النية من الطرف سيء النية في حال تم إستخدام هذا الطلب بقصد المماطلة.

²⁹⁴ تنص المادة (28) من قانون التحكيم التونسي على أنه " تتولى هيئة التحكيم جميع الأبحاث من تلقي الشهادات وإجراء الاختبارات إلى غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة، وإذا كان أحد الأطراف ماسكاً لوسيلة من وسائل الإثبات فلها مطالبته بتقديمها، و لها أيضاً سماع كل من ترى فائدة في سماعه لتقدير النزاع، و لهيئة التحكيم أن تعين كتابة أحد أعضائها للإهتمام بعمل معين، و لها الإستناد بالقضاء لإستصدار أي قرار يمكنها من تحقيق الأغراض الواردة في هذا الفصل". أنظر أيضاً الفصل (71) من نفس القانون بشأن التحكيم الدولي.

²⁹⁵ نصت المادة (27) منه على أنه "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة، و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على أدلة".

²⁹⁶ نصت المادة (8) من قانون التحكيم الأردني على أنه "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون إلا في الأحوال لمبينة فيه، و ذلك دون إخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها في إجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد أو خبير أو الأمر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الإطلاع عليه أو غير ذلك".

صحيح أن قانون التحكيم المصري و بالرغم من أنه لم يتطرق إلى موضوع العون القضائي في إجبار الخصم بتقديم مستند تحت يده، إلا أنه تطرق إلى العون القضائي في مسألة الشهود المتخلفين مبيناً الجزاءات التي تقع على هذا الشاهد المتخلف²⁹⁷، وبالرغم من عدم تطرق المشرع التونسي أو الأردني و الفلسطيني إلى تبيان نوع الجزاء، إلا أن ذلك لا يشكل قصوراً من وجهة نظرنا (فيما يتعلق بعدم ذكر الجزاءات)، ذلك أن المسألة و في حال وصولها إلى المحكمة المختصة فهي حتماً ستطبق الجزاءات الواردة في متن قوانينها المتعلقة بهذه المسألة و على رأسها قانون الإثبات، حيث لا يوجد ما يمنع المحكمة من أن تقوم بذلك²⁹⁸، بمعنى أن الأمر في حال وصوله إلى المحكمة يصبح قضائياً يتعرض من يخالفه إلى مجموع الجزاءات المترتبة على ذلك²⁹⁹.

تبعاً لكل هذه الإعتبارات و المزايا فإننا نرى أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني السير على خطى المشرع التونسي في حل هذه المسألة، بحيث يعطي لهيئة التحكيم الحق باللجوء إلى القضاء في حال قبلت طلب أحد أطراف التحكيم، و رفض الخصم تقديم مستند تحت يده، أو يعطي الحق لأحد الأطراف باللجوء إلى القضاء بعد موافقة هيئة التحكيم كما جاء بنص المادة (27) من القانون النموذجي للتحكم التجاري الدولي لعام 1985³⁰⁰، و لا نقلل من إمكانية الأخذ بما ذهب إليه جانب من الفقه³⁰¹ من أنه في حال عدم إمتثال الخصم بتقديم المستند، يحق لهيئة التحكيم الأخذ بأقوال الطرف الآخر فيما يتعلق بوجود السند و محتوياته، طبعاً إذا ما ترجح إليها صدق دعواه، و يذهب هذا الجانب إلى أن هيئة التحكيم تقوم بهذا الخيار دون تقييد بالقواعد و الإجراءات المحددة المنصوص عليها في قانون الإثبات.

و أخيراً يبقى السؤال القائم حول صلاحية هيئة التحكيم في إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده، فهل تملك هيئة التحكيم هذه الصلاحية؟

²⁹⁷ أنظر المادة (37) منه.

²⁹⁸ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 136.

²⁹⁹ المحامي ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 108.

³⁰⁰ أنظر بند (334) من الحاشية.

³⁰¹ مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 697.

بالرجوع إلى نصوص قانون التحكيم الفلسطيني نجد أنها لم تتطرق إلى مثل هذه الحالة، و في هذا المقام فقد ذهب جانب من الفقه³⁰² إلى أنه يستشف من هذا السكوت أنه لا يجوز إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده عن طريق إختصامه في التحكيم، و يترتب على ذلك عدم صلاحية هيئة التحكيم الحكم بأية غرامة أو عقوبة، و قد تم تأييد هذا الرأي من بعض الفقه³⁰³، و بحسب هذا الجانب فلا يجوز للطرف الطلب من هيئة التحكيم إجبار الغير بتقديم مستند تحت يده ما لم يكن هذا المستند منتجاً لأثره في مواجهته، و ذهب جانب آخر من الفقه³⁰⁴ إلى التأكيد على أن المحكم لا يملك حق إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، حيث لا سلطان للمحكم على غير أطراف التحكيم.

في المقابل فقد ذهب جانب آخر من الفقه³⁰⁵ إلى أنه يجوز للمحكم أن يطلب من المحكمة المختصة تكليف الغير إبراز مستند تحت يده أو وثيقة في حوزته لها أهمية و ضرورة لإصدار حكم التحكيم. و بالرغم من عدم تطرق كثير من القوانين إلى مسألة إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده، إلى أن بعضها نص صراحةً على ذلك و منها ما جاء بنص الفقرة الثانية / ج من المادة (204) من وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد الإجراءات المدنية - المرافعات - دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، حيث جاء بنصها " أن المحكم يوقف عمله للرجوع إلى رئيس المحكمة المختصة لإجراء ما يلي: ب - الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم³⁰⁶"، و نضيف ما جاء به قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992 حيث يعطي المحكم سلطة الحكم بتكليف الغير إبراز مستنداً في حوزته ضروري للحكم في التحكيم³⁰⁷.

و بين تباين الآراء الفقهية و الإتجاهات التشريعية في معالجة هذه المسألة، فإننا نرى أن المحكم وهو يقوم بعملية التحكيم يكون همه الوحيد إحقاق الحق و الوصول إلى العدالة دون المحاباة أو تفضيل

³⁰² مهذ أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 111.

³⁰³ مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 696.

³⁰⁴ أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإجباري، 2001، مرجع سابق، ص 255.

³⁰⁵ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 287.

³⁰⁶ يمكنك زيارة الموقع التالي <http://www.gcc-sg.org> للاطلاع على هذه الوثيقة.

³⁰⁷ أنظر الفقرة ج من المادة (209) من القانون المذكور، المنشور في الجريدة الرسمية الإماراتية، عدد رقم 235، الصادر بتاريخ 8/2/

طرف على طرف، و إذا كان لهيئة التحكيم الحق في إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده في حال تحققت شروطه، و إذا كان لهيئة التحكيم - في بعض تشريعات التحكيم - الحق في طلب العون القضائي في هذه المسألة، فإننا لا نرى ما يمنع أن تطلب هيئة التحكيم من المحكمة المختصة من الغير تقديم مستند تحت يده يكون ضرورياً و منتجاً في الدعوى، فإذا كنا نتفق بعدم إمكانية إختصاص الغير في التحكيم كون التحكيم إختيارياً و يقتصر أثره على أطرافه، إلا أننا نرى إمكانية إلزام الغير من قبل المحكمة بتقديم مستند تحت يده في حال توافرت الشروط القانونية لذلك المستند ، حيث يمكن أن يكون هذا المستند ضرورياً و منتجاً في الدعوى التحكيمية، إضافة إلى أن إبراز هذا المستند قد يساعد على إيصال الحقوق و تحقيق العدالة المرجوة سواءً أمام قضاء التحكيم أم القضاء العادي في الدولة.

المطلب الثاني

دور المحكمة في شهادة الشهود (أعمال الشهادة)

يقصد بشهادة الشهود "الشهادة: هي الأخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين ويقال للمخبر: شاهد، وللمخبر له: مشهود له، وللمخبر عليه: مشهود عليه، وللحق: مشهود به"³⁰⁸

و تعرف أيضا على أنها " إدلاء الشخص بأقواله حول صحة واقعة حدثت، سمعها و رآها، نشأ عنها حق أو مركز قانوني لغيره"³⁰⁹.

و على كل شخص يدعى إلى الشهادة وهو أهل لها، أن يلبي هذه الدعوة، كون ذلك يشكل واجباً على الشخص المدعو، حيث يجب عليه الحضور أمام القضاء في الوقت و المكان المحددان له، و يترتب عليه أداء اليمين من قبل الشاهد و من ثم الرد على الأسئلة التي توجه إليه³¹⁰.

³⁰⁸ المادة (1684) من مجلة الأحكام العدلية.

³⁰⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 912-913.

³¹⁰ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 700.

و تعتبر مسألة الإستعانة بالشهود من المسائل التي تخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فلها أن تقرر عدم الحاجة إليها و لها أن تستند إلى أدلة إثبات أخرى، إلا أنه يتوجب على هيئة التحكيم التقيد باتفاق الأطراف، فإذا كانوا قد اتفقوا على إستبعاد شهادة الشهود، فيجب عليها إستبعادها³¹¹، لذلك و لوجود هذه السلطة التقديرية فإن الإستعانة بالشهود تعتبر من الأدلة ذات الحجية النسبية حتى أمام القضاء³¹².

وكما ذكر سابقاً فإن المحكم ليس له سلطة الإجبار التي يتمتع بها قاضي الدولة، ولعل هذا يشكل قصور في عمل المحكم فيما لو تعرض إلى حالة عجزه عن إجبار شاهد على الحضور والإجابة على الأسئلة أو أداء اليمين³¹³، ومن هنا يبرز لنا السؤال حول دور المحكمة المساعد في أعمال الشهادة؟ وما موقف المشرع الفلسطيني من تنظيم هذه المسألة؟ هذا ما سنحاول البحث فيه من خلال مطلبنا هذا.

ولتحقيق الفائدة العلمية المرجوة فإننا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتحدث في الفرع الأول في دور المحكمة في عملية التبليغ، ثم نتحدث في فرع ثان في حضور الشهود، و أخيراً سنتحدث في فرع ثالث في مسألة حلف اليمين، كل ذلك مع إستيضاح حول ما إذا كان للقضاء دور مساعد في هذا المجال.

الفرع الأول: دور المحكمة في عملية التبليغ

نصت المادة (25) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه "يجري تبليغ الأوراق إلى المطلوب تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو محل إقامته المعتاد أو عنوانه البريدي المحدد في إتفاق التحكيم أو في العقد المنظم للعلاقة التي يتناولها التحكيم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"³¹⁴.

يلاحظ أن هذه المادة جاءت لتنظيم عملية التبليغ دون أن تشير إلى الجهة صاحبة الصلاحية بالتبليغ، و بالرغم من عدم ذكر القانون لهذه الجهة بشكل واضح و صريح، إلا أن اللائحة التنفيذية قد عالجت هذا النقص، حيث قامت بتنظيم عملية التبليغ بشكل أوسع مع تحديدها للجهة صاحبة الصلاحية في ذلك

³¹¹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 913.

³¹² مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 700.

³¹³ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 268-269.

³¹⁴ تقابلها المادة 360 من اللائحة التنفيذية لذات القانون، مرجع سابق، و تقابلها المادة (6) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (7) من قانون التحكيم المصري.

بشكل واضح و صريح، و في ذلك نصت المادة (40) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على أنه " كل تبليغ أو إخطار يتعلق بخصوصية التحكيم يتم بمعرفة هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، ويكون عن طريق مراسلين أو جهات رسمية، سواء كان الإجراء بناء على طلب أطراف التحكيم أو بمبادرة من هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، وعلى الجهات الرسمية المختصة أن يساعدوا هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم على أداء مهمتها في حدود اختصاصاتها"³¹⁵.

يتضح أن أي عملية للتبليغ في خصومة التحكيم تتم من خلال الجهات الرسمية ولا تتم من خلال أطراف أو هيئة التحكيم، بحيث يكون واجباً على هذه الجهات الرسمية المساعدة في إتمام إجراءات التبليغ حسب الأصول، و يترتب على ذلك أن التبليغ يتم وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 ، بنفس الإجراءات التي تتبع في التبليغات الخاصة بعمل المحاكم³¹⁶.

وبقي أن نقول أن عملية دعوة الشهود تتم أساساً لهيئة التحكيم بطلب من قبل هيئة التحكيم نفسها أو بطلب أي من أطراف التحكيم³¹⁷، مع مراعاة ما ذكر أعلاه فيما يتعلق بعملية التبليغ. ويلاحظ على قانون التحكيم الفلسطيني أنه لم يحدد الجهة الخاصة بعملية التبليغ و هي هنا (الجهات الرسمية ممثلة بالقضاء النظامي) بموجب نص القانون، و إنما تم توضيح ذلك بموجب اللائحة التنفيذية بالرغم من أهمية هذه المسألة بوجهة نظرنا و ما يترتب عليها من إجراءات هامة كما سنلاحظ في الفرع القادم³¹⁸، و الأمر الغريب في ذلك أن المشرع الفلسطيني يضع مواد جديدة في اللائحة التنفيذية دون الإشارة إليها في القانون بشكل واضح، و كأن المشرع يغفل أن اللائحة التنفيذية هي لتفسير و توضيح النصوص القانونية الواردة في متن القانون، لذلك فإننا نرى أنه كان على المشرع الفلسطيني أن

³¹⁵ أنظر أيضاً المواد 41-44 من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق.
³¹⁶ أنظر المواد (7-23) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 و الخاصة بالتبليغات القضائية.
³¹⁷ أنظر المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000.
³¹⁸ أنظر صفحة 74 وما بعد.

ينص على جهة التبليغ بموجب نص قانوني ومن ثم يقوم بتوضيح وتفسير ذلك في اللائحة التنفيذية في حال تطلب الأمر ذلك.

و بالرغم من ذلك، إلا أننا نرى أن المشرع الفلسطيني أحسن صنعاً في عهد مهمة التبليغ إلى القضاء، ذلك أن المنطق العملي يوجب ذلك، بما يترتب ذلك من ضمان فاعلية التحكيم و عدم إعطاء فرص للطرف سيء النية في المماطلة في التبليغ أو التبلغ، و هو بذلك يضمن سرعة الإجراءات، إضافة إلى أن عملية التبليغ قد يترتب عليها جزاءات أو غرامات لا تستطيع هيئة التحكيم الحكم بها كونها تقوم بوظيفة خاصة لا تستطيع بموجبها الحكم بغرامات لصالح خزينة الدولة، كما سبق وذكرنا.

الفرع الثاني: حضور الشهود

الأصل أن عملية دعوة الشهود معقودة أساساً لهيئة التحكيم، و هذا ما نص عليه قانون التحكيم الفلسطيني، حيث نصت المادة (28/1) منه على أنه " يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم أن تدعو أي شاهد للحضور للشهادة أو لإبراز أي مستند".

و بذلك فإن دعوة الشهود تتم من قبل هيئة التحكيم سواءً من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد أطراف التحكيم، و على الشخص المطلوب للشهادة الحضور في المكان و الميعاد المحددين في ورقة التبليغ.

لكن الأمور لا تسير دائماً على النحو السابق ذكره، حيث يمكن أن يرفض الشاهد الحضور لإتمام الشهادة، في الوقت الذي يمكن أن تكون فيه هذه الشهادة هامة و ضرورية في النزاع التحكيمي، فهل تستطيع هيئة التحكيم إجبار هذا الشاهد للحضور وهل لها سلطة اللجوء إلى جهة ما كالقضاء طلباً منه في المساعدة في هذه المسألة؟

لا شك أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار التي يتمتع بها قضاء الدولة، ذلك أن هيئة التحكيم تقوم بوظيفة قضاء خاص بعيدة عن السلطة العامة، و يترتب على ذلك عدم قدرة هيئة التحكيم على إجبار

أحد الأطراف بإحضار شاهده أو الأمر بحضور شاهد³¹⁹، و لعل ذلك في حال حدوثه يشكل قصوراً في عمل هيئة التحكيم في خصومة التحكيم، لا يمكن تلافيه إلا من خلال الدور القضائي المساعد لتكملة هذا القصور، و هو بهذه المثابة يضمن فاعلية نظام التحكيم³²⁰ كما يضمن عدالته.

نصت الفقرة الثانية من المادة (28) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 على أنه "يحق لهيئة التحكيم إذا رفض الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد في الطلب".

يتضح لنا من نص المادة أعلاه أنه في حال رفض الشاهد الحضور و المثل لأداء الشهادة أمام هيئة التحكيم، فإنه يحق للهيئة اللجوء إلى المحكمة المختصة طلباً منها العون القضائي لإجبار هذا الشاهد للحضور والمثل أمامها في التاريخ المحدد لذلك، ومن هذه النقطة يبرز الدور القضائي في سد قصور المحكم فيما يتعلق بسلطة الإجبار التي يتمتع بها القضاء العادي في الدولة.

هذا و قد نصت المادة (68) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني في فقرتها الأولى و الثانية على أنه " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي: 1. اتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يتخلف من الشهود عن الحضور. 2. اتخاذ الإجراءات القانوني بحق الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة"، و قد نصت الفقرة الخامسة من نفس المادة على أن "5. إصدار الأمر بتأمين حضور شاهد للمثل أمام هيئة التحكيم في التاريخ المحدد في الطلب، في حالة ما إذا كان هذا الشاهد قد رفض المثل أمام هيئة التحكيم بناء على دعوة منها".

و بالنظر إلى تشريعات التحكيم المقارنة، نجدها قد عالجت حصول مثل هذه الحالة بالرغم من التفاوت النسبي بينها في الأحكام التي إحتوتها، فمن هذه التشريعات من منح هيئة التحكيم الحق في طلب العون القضائي في حال رفض الشاهد المثل أمامها مع النص على الجزاء المترتب على ذلك و منها على سبيل المثال قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث نصت المادة (37/أ) منه على أنه "

³¹⁹ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 914.

³²⁰ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 268-269.

يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب هيئة التحكيم بما يأتي: أ- الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المادتين 78، 80 من قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية".

يلاحظ على المشرع المصري أنه بالإضافة إلى منحه هيئة التحكيم سلطة اللجوء إلى القضاء، فقد نص على الجزاء الذي يترتب على عدم حضور الشاهد أو إمتناعه من الإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه، حيث تم إحالة ذلك إلى المواد 78، 80 من قانون الإثبات المصري، و بذلك فإن هذه المواد أكدت على عدم حق هيئة التحكيم في توقيع الجزاءات التي تختص بها السلطات العامة و الممثلة هنا بالقضاء.

وبالنسبة إلى هذه النقطة و المتعلقة بتوقيع الجزاءات، فإننا لا نرى قصور من قبل المشرع الفلسطيني فيما يتعلق بعدم ذكر نوع الجزاء كما فعل المشرع المصري، وتبرير ذلك أنه في الوقت الذي تطلب فيه هيئة التحكيم المساعدة من المحكمة المختصة فإن معالجة المسائل المتعلقة بالشهود تدخل حينها في صلاحية هذه المحكمة، ويترتب على ذلك أن توقيع الجزاءات يتم من قبل المحكمة وفق القوانين التي تنطبق على مثل هذه الحالة - هو هنا قانون البينات الفلسطيني³²¹ - و بذلك فإننا نرى عدم وجود أي قصور من قبل المشرع الفلسطيني من عدم النص على الجزاءات المترتبة على عدم مثول الشاهد أمام هيئة التحكيم.

و يبقى السؤال هنا أنه هل يجب تقديم طلب إلى المحكمة المختصة لإيقاع الجزاء على الشاهد الذي يرفض المثول أمام هيئة التحكيم؟ و برأينا فإن الجواب هو لا، حيث أنه ما دامت المسألة قد دخلت في كنف القضاء فإن المحكمة المختصة هي التي تسير في إجراءات دعوة الشاهد وهي التي تختص تلقائياً بتوقيع الجزاءات على الشاهد المتخلف عن الحضور، بمعنى أن الطلب يكون ضرورياً في حالة لجوء

³²¹ نصت المادة (87) من قانون البينات في المواد المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001 تحت عنوان - تخلف الشاهد عن الحضور - على أنه "1- إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً و لم يحضر، حكمت المحكمة عليه بغرامة لا تتجاوز مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، و يثبت القرار في المحضر و لا يكون قابلاً للطعن، 2- إذا تخلف الشاهد بعد تكليفه بالحضور للمرة الثانية جاز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره، 3- للمحكمة في جميع الأحوال إعفاء الشاهد من الغرامة إذا حضر و أبدى عذراً مقبولاً".

هيئة التحكيم إلى المحكمة المختصة طلباً للعون القضائي، وأما توقيع الجزاء فهو يدخل تلقائياً في صلاحية المحكمة ولا حاجة لتقديم طلب بذلك إليها.

لما تقدم يلاحظ أن هنالك دور قضائي مساعد لهيئة التحكيم في حال قامت بدعوة شاهد و رفض هذا الشاهد المثل أمام هيئة التحكيم، و صحيح أن المشرع المصري أضاف مسألة إمتناع الشاهد عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه كسبب إضافي لطلب العون القضائي، وصحيح أن المشرع لفلسطيني غفل عن ذكر مثل هذه الحالة الممكنة الحدوث، إلا أنه يمكن سحب هذه الحالة على حالة رفض الشاهد المثل أمام الهيئة عن طريق القياس -بالرغم من عدم ذكرها صراحةً بموجب قانون التحكيم الفلسطيني- ذلك أنها تحوي نفس مبرر التدخل القضائي المساعد لهيئة التحكيم وهو تعطيل وإعاقة الإجراءات، بالرغم من أننا نرى أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني ذكرها و ذلك لوضع حد لتأويل ممكنة الحدوث من قبل الفقه برأينا لا داعي لها.

و عودة على تشريعات تحكيمية أخرى، بالنظر إلى بعض هذه التشريعات نجد أنها جاءت بأحكام أكثر شمولية فيما يتعلق بأدلة الإثبات ودور المحكمة المساعد فيها، ومنها على سبيل المثال قانون التحكيم التونسي، حيث أعطى لهيئة التحكيم أو لأحد أطراف الخصومة التحكيمية بعد موافقة هيئة التحكيم الحق في طلب المساعدة القضائية من المحكمة للحصول على أدلة دون ذكر هذه الأدلة بشكل حصري³²²، ويشابه هذا الحكم ما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985³²³، كما جاء قانون التحكيم الأردني بحكم مشابه بموجب المادة (8) مع تقديرنا لحسن صياغة هذه المادة³²⁴، ويا حبذا لو تضمن قانون التحكيم الفلسطيني على مثل هذه المواد، خصوصاً ما جاء به قانون التحكيم الأردني بموجب

³²² نص الفصل (72) من قانون التحكيم التونسي عدد 42 لسنة 1993 على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أو لأي طرف بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة للحصول على أدلة، و يجوز لهذه المحكمة الإستجابة للطلب في حدود إختصاصها ووفقاً للقواعد المقبولة لديها في الحصول على الأدلة".
³²³ نصت المادة (27) منه على أنه "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة، و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على أدلة".

³²⁴ حيث نصت على أنه " لا يجوز لأي محكمة ان تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون الا في الاحوال المبينة فيه ، وذلك دون اخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على اجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد او خبير او الامر باحضار مستند او صورة عنه او الاطلاع عليه او غير ذلك .

المادة (8) منه، لأن من شأن ذلك ضمان عدالة و فاعلية التحكيم، كون هذه التشريعات جاءت بنصوص شمولية و المتعلقة بطلب المساعدة القضائية فيما يتعلق بالأدلة بشكل عام دون ذكرها بشكل حصري، بحيث يتم بموجبها معالجة أية مشكلة تواجه هيئة التحكيم أثناء تحقيقها و حصولها على الأدلة، مما يسهل عليها بالنتيجة الوصول إلى الحقيقة و إعطاء الحقوق إلى أصحابها كهدف رئيسي لقضاء التحكيم كما القضاء العادي للدولة.

و أخيراً يمكن القول أن ما ذكر أعلاه ينطبق على الحالات التي تكون عائدة إلى إرادة الشاهد، لكن قد تحصل ظروف معينة تجعل من الصعب على الشاهد الحضور أو المثل أمام هيئة التحكيم، وبتسائل هنا حول الطريقة التي يمكن معها معالجة مثل هذه الحالة؟

الأصل أن تكون شهادة الشهود بشكل شفهي بمثل الشاهد أمام هيئة التحكيم، لكن إذا تعذر حصول ذلك لسبب ما حينها يجب إتباع وسيلة ما للحصول على إفادة هذا الشاهد، و هنا فقد اختلفت التشريعات التحكيمية في وضع حلول لمثل هذه الحالة، و هنا نبدأ بقانون التحكيم الفلسطيني حيث نصت المادة (29) منه على أنه "يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإجابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة إختصاص المحكمة و كان يتعذر مثول هذا الشاهد أمامها"³²⁵، فيما ذهبت الفقرة الخامسة من المادة (25) من قانون الأونستيرال النموذجي لعام 1976 على أنه "يجوز أيضاً تقديم الشهادة في صورة بيانات مكتوبة تحمل توقيعات الشهود"، ولعل ذلك ما دفع بعض الفقهاء³²⁶ إلى القول أنه لا مانع من أن تقدم الشهادة مكتوبة من الشاهد تكون موقعة منه، خاصة إذا تعلقت الشهادة ببيانات جوهرية في وقت يتعذر فيه حضور الشاهد أمام هيئة التحكيم لتأدية الشهادة شفاهةً، و أما قانون التحكيم التونسي و الأردني و قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 فقد أعطت هذه

³²⁵ كما نصت المادة 68/4 اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني على أنه " لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي: 4. إصدار قرار بالإجابة القضائية في سماع أقوال الشاهد الذي يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان متعذراً مثوله أمامها".

³²⁶ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، مرجع سابق، ص 204.

القوانين هيئة التحكيم سلفاً سلطة واسعة في اللجوء إلى المحكمة طلباً منها العون القضائي في أي مسألة تتعلق بالحصول على الأدلة، أو غير ذلك كما جاء في قانون التحكيم الأردني .

الفرع الثالث: حلف الشاهد اليمين

يوجب المشرع الفلسطيني بموجب قانون البيئات على الشاهد حلف اليمين بحيث يكون حلف اليمين إجبارياً ويترتب على ذلك أنه في حال تم إمتناع الشاهد عن حلف اليمين فإن ذلك يعرضه إلى بعض الجزاءات المقررة في القانون وخصوصاً الغرامة³²⁷، وإذا كان الأمر كذلك في قوانين الإثبات أمام القضاء العادي للدولة فإننا نتساءل عن الإثبات أمام قضاء التحكيم فيما يتعلق بهذه المسألة بالتحديد؟ وما هو موقف تشريعات التحكيم المقارنة والمشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم من ذلك؟

إنقسمت تشريعات التحكيم فيما يتعلق بهذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات، فمن هذه التشريعات من أوجب على الشهود حلف اليمين أمام هيئة التحكيم، فيما ذهب إتحاه آخر إلى عدم إلزام الشهود بحلف اليمين من قبل هيئة التحكيم، و أما الإتجاه الثالث من التشريعات فقد ذهب إلى منح هيئة التحكيم سلطة إختيارية تقديرية في تحليف الشاهد اليمين من عدم تحليفه، و سنقوم بشرح سريع لهذه الإتجاهات الثلاث، على النحو الآتي:

أولاً: الإتجاه الذي يوجب على الشهود حلف اليمين

يذهب هذا الإتجاه إلى ضرورة قيام هيئة التحكيم بتحليف الشهود اليمين، ومن التشريعات التي ذهبت في هذا الإتجاه قانون التحكيم الأردني، حيث نصت الفقرة (د) من المادة (32) على أنه "يكون سماع الشهود و الخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم"، و لعل تبرير ذلك يعود إلى أن تكون أقوال الشهود محل إطمئنان أمام هيئة التحكيم³²⁸.

ثانياً: الإتجاه الذي لا يلزم الشهود حلف اليمين

³²⁷ نصت المادة (93) من قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية الفلسطينية رقم (4) لسنة 2001 على أنه "على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق ولا شيء غير الحق و إلا لا تسمع شهادته، و يكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته و معتقداته إن طلب ذلك"، و قد نصت المادة (94) من نفس القانون على أنه "إذا حضر الشاهد و إمتنع بغير عذر قانوني عن أداء اليمين أو الإجابة عن الأسئلة التي توجه إليه يحكم عليه بغرامة لا تتجاوز مائة دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً".

³²⁸ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 918-919.

يشترط هذا الإتجاه عدم تحليف الشهود اليمين أمام هيئة التحكيم، و من التشريعات التي نصت صراحةً على ذلك قانون التحكيم المصري، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (33) على أنه "و يكون سماع الشهود و الخبراء بدون أداء اليمين"، و يذهب جانب من الفقه³²⁹ إلى أن مرد ذلك يرجع إلى أن سلطة الإجبار لا تتعدد إلا لقاضي الدولة، إضافة إلى أن تحليف الشهود اليمين يحتاج إلى سلطة الإجبار و القهر و الأمر و التي تفتقرها هيئة التحكيم، ناهيك عن أن هيئة التحكيم لا تملك توقيع جزاءات و خصوصاً الغرامات على من يشهد شهادة كاذبة أمام هيئة التحكيم³³⁰، كون هيئة التحكيم تقضي بقضاء خاص لا يستطيع المحكم بالحكم بالغرامات لصالح خزينة الدولة العامة كما سبق وأوضحنا.

ثالثاً: الإتجاه الذي يعطي هيئة التحكيم الصلاحية الإختيارية لتحليف الشهود اليمين من عدم تحليفهم يذهب هذا الإتجاه التشريعي إلى إعطاء هيئة التحكيم صلاحية إختيارية في تحليف الشهود اليمين من إعفائهم، حيث يكون لهيئة التحكيم أن تطلب من الشهود حلف اليمين كما لها أن تعفيهم من ذلك، و من التشريعات التي ذهبت إلى تبني هذا الإتجاه قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1994، حيث نصت الفقرة الخامسة من المادة (8) على أن "لهيئة التحكيم سلطة سماع أي طرف أو شاهد بدون أو بعد حلف اليمين، وهي التي تقوم بتحليف اليمين و ليس الخصم"³³¹.

وبين هذه الإتجاهات، فقد ذهب المشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم إلى عدم التطرق إلى مسألة حلف اليمين، في الوقت الذي تطرق إليها بموجب اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني المذكور، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (68) من اللائحة على أنه "لهيئة التحكيم أن ترجع إلى المحكمة المختصة لإجراء ما يلي: 2- إتخاذ الإجراء القانوني بحق الشاهد الذي يتمتع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة"، ويتضح لنا من هذا التقديم عدة جوانب فيما يتعلق بالموقف الفلسطيني ومنها:-

³²⁹ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 700.

³³⁰ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 918.

³³¹ نقلاً عن أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 919.

- أ- أعطى المشرع هيئة التحكيم الحق في تحليف الشاهد اليمين دون أن يعطيها سلطة الإجبار وتوقيع الجزاء، ونحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني في هذا المجال، حيث أنه أولاً: وازن ما بين إطمئنان هيئة التحكيم إلى شهادة الشهود عن طريق حلف اليمين وما بين لجوء هيئة التحكيم إلى المحكمة المختصة في حال رفض الشاهد حلف اليمين كون هيئة التحكيم لا تملك السلطة في توقيع الجزاءات كونها تقوم بوظيفة خاصة وليست عامة، و ثانياً إن الفلسفة من تحليف اليمين سواء أمام القضاء أم أمام هيئة التحكيم هي وضع الشخص تحت ضغط معنوي محاولة لضمان قوله الحقيقة، وكون المشرع الفلسطيني قد سمح لهيئة التحكيم تحليف اليمين فهو برأينا ذهب في المسار الصحيح.
- ب- وبالرغم من تأييدنا إلى موقف المشرع الفلسطيني في هذا الشأن، إلا أننا نرى أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني أن ينص على هذه المسألة في متن القانون ثم يقوم بتفسيرها في اللائحة التنفيذية إن تطلب الأمر وليس كما فعل حين نص عليها بموجب اللائحة دون النص عليها أو التطرق لها في قانون التحكيم الفلسطيني وبرأينا كان الأولى أن يتم معالجة مسألة حلف اليمين في القانون ومن ثم تفسيرها وتوضيحها بموجب اللائحة التنفيذية إن تطلب الأمر ذلك.
- ج- إذا كان لهيئة التحكيم الحق في طلب المساعدة القانونية من القضاء لمن يتخلف من الشهود عن حلف اليمين كما جاء في الفقرة الثانية من المادة (68) من اللائحة التنفيذية أعلاه، فإننا نتساءل فيما إذا كان تحليف اليمين إجبارياً أم إختيارياً لهيئة التحكيم؟
- بالنظر إلى المادة أعلاه نلاحظ أنها بدأت بعبارة "الهيئة التحكيم" و إن دل ذلك فإنه يدل على منح هيئة التحكيم صلاحية إختيارية و سلطة تقديرية في اللجوء إلى القضاء من عدمه في هذه المسألة، و أما مسألة وجوب حلف اليمين من قبل الشاهد أمام هيئة التحكيم فلم يشر قانون التحكيم الفلسطيني أو لائحته التنفيذية على هذه السألة بشكل مباشر، لكن يمكننا و بشكل ضمنى أن نفهم من المادة أعلاه أن على جميع الشهود حلف اليمين قبل أداء الشهادة و يجب على هيئة التحكيم تحليفهم جميعاً دون أن يكون لها صلاحية إختيارية في عدم تحليف بعضهم، و إنما تكون الصلاحية الإختيارية لهيئة التحكيم في اللجوء

إلى القضاء في هذه المسألة من عدمه، و لعل المشرع الأردني كان أكثر وضوحاً من المشرع الفلسطيني في هذه المسألة، حيث نصت الفقرة (د) من المادة (32) على أنه "يكون سماع الشهود و الخبراء بعد أداء اليمين وفق الصيغة التي تقرها هيئة التحكيم"، و برأينا كان الأولى بالمشرع الفلسطيني تحديد هذه الجزئية بشكل واضح لا يدع مجال للشك كما فعل المشرع الأردني، لأن من شأن ذلك ضمان عدم محاباة طرف على حساب طرف مما يضمن عدالة و فاعلية أكثر للتحكيم.

المطلب الثالث

دور المحكمة فيما يتعلق بالمعاينة وأعمال الخبرة

تعد المعاينة و الخبرة من طرق الإثبات الهامة ، و قد نظم المشرع الفلسطيني هاتين الطريقتين بموجب قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية رقم (4) لسنة 2001، حيث وضعها في إطار تفصيلي و تنظيمي بين فيه دور المحكمة و الخصوم في هذه الطرق³³² ، و إذا كان الأمر كذلك بموجب قانون البيئات الفلسطيني، فإننا نتساءل عن تنظيم هذه الطرق بموجب قانون التحكيم الفلسطيني و تشريعات التحكيم المقارنة، كما نتساءل ما إذا كان للقضاء دور في هذه المسائل أم هي حكراً لهيئة التحكيم؟ هذا ما سنحاول إستيضاحه خلال هذا المطلب، حيث سنقوم بتقسيمه إلى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن المعاينة و دورها في الإثبات طبعاً في مجال التحكيم، فيما نتحدث في الفرع الثاني عن الخبرة و دورها في الإثبات في مجال التحكيم.

الفرع الأول: المعاينة و دورها في الإثبات في مجال التحكيم

³³² أنظر المواد 150-191 من قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية رقم (4) لسنة 2001 الفلسطيني.

إذا كان لا يجوز للمحكم كما القاضي أن يحكم بعلمه الشخصي السابق على الخصومة، فله أن يرتب على العلم الشخصي الذي يتوفر له أثناء نظر الخصومة نتيجة في الإثبات، ومنها حتى الفصل في الدعوى، ومن هنا جاز لهيئة التحكيم كما المحكمة إجراء المعاينة³³³، وبالرغم من أن بعض القوانين التحكيمية لم تعالج المعاينة كطريقة من طرق الإثبات بشكل مباشر في متن قوانينها التحكيمية و منها قانون التحكيم الفلسطيني، إلا أن من القوانين التحكيمية من نص عليها بشكل مباشر، و مثال ذلك ما جاءت به المادة (28) من قانون التحكيم المصري حيث أعطت هيئة التحكيم السلطة في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم، و منها إجراء المعاينة³³⁴، كما عالجت إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري مسألة المعاينة، حيث يجوز لهيئة التحكيم أن تجري معاينة للمكان محل النزاع كما لها أن تتخذ ما تراه ملائماً من التحقيقات³³⁵.

وبالرغم من عدم تطرق المشرع الفلسطيني بشكل مباشر إلى إجراء المعاينة، إلا أنه قد تمت معالجة مسألة المعاينة بموجب اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم، حيث نصت المادة (64) على أنه " لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف النزاع أن تقرر الانتقال لمعاينة بعض الوقائع أو المسائل المنتجة في النزاع التي يكون متنازعا عليها، وتحرر هيئة التحكيم محضرا بإجراءات المعاينة". و بالإضافة إلى المادة أعلاه فإنه يمكننا الإستفادة من نص المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث أجازت لأطراف النزاع الحق في الإتفاق على القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبل هيئة التحكيم، و في حال عدم إتفاق الأطراف على ذلك، جاز لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم.

يتضح لنا من المواد أعلاه أنه:

³³³ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 707.
³³⁴ نصت المادة (28) من قانون التحكيم المصري على أنه "الطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى و ملائمة المكان لأطرافها و لا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أم غير ذلك". و تطابق المادة (27) من قانون التحكيم الأرنوي، و تشابه الفصل (65) من قانون التحكيم التونسي.
³³⁵ المادة (25) من إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

1- لهيئة التحكيم السلطة و الصلاحية في إجراءات المعاينة دون القضاء، فيما يتعلق بالتحكيم.
 2- لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في إختيار القواعد الإجرائية الواجب إتباعها من قبلها، في حال عدم وجود إتفاق بين أطرف التحكيم على تلك الإجراءات، و هي بهذه المثابة لها أن تقوم بأعمال المعاينة إن رأت لها أهمية في الإثبات.

3- تقوم هيئة التحكيم بإجراءات المعاينة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد أطراف النزاع.
 يلاحظ مما ذكر أن لهيئة التحكيم الحق في القيام بإجراء المعاينة في حال رأت أهمية هذا الإجراء لما تمتلكه من سلطة تقديرية في إختيار القواعد الإجرائية في حال عدم إتفاق أطراف التحكيم على ذلك، ولما تملكه من الحق في إمكانية الإنتقال لأماكن متعددة تراها الهيئة مناسباً³³⁶.

و على أية حال فإن هيئة التحكيم -كما المحكمة- تنتقل للمعاينة بناءً على طلب من الخصوم أو حتى من تلقاء نفسها³³⁷.

و أخيراً فإنه يلاحظ عدم وجود دور قضائي مساعد لهيئة التحكيم في إجراء المعاينة، و لعل مرد ذلك يرجع إلى قدرة هيئة التحكيم على القيام بعملية المعاينة بحيث لا تحتاج هذه العملية بشكل عام لعملية إلزام أو إجبار، كونها تستطيع الإنتقال من تلقاء نفسها للمعاينة، و في ذلك إشارة إلى إمكانية القيام بعملية المعاينة بسهولة و يسر ولو كان المراد معاينته مال منقول متنازع عليه، ذلك أن من مصلحة الطرفين كما هيئة التحكيم القيام بعملية المعاينة، كون أن كل طرف من الأطراف يمكن أن يعتقد أن إجراء المعاينة يمكن أن يكون في صالحه و كون عملية المعاينة تتم بوجود الأطراف كنوع من الرقابة على إجراء المعاينة³³⁸.

و بقي أن نقول أنه إذا لم يكن للقضاء دور مساعد لهيئة التحكيم في إجراء المعاينة أثناء السير في إجراءات التحكيم، فإنه وبحسب رأينا يكون للقضاء دور في المعاينة قبل إحالة النزاع إلى التحكيم، و

³³⁶ المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني.

³³⁷ المادة (64) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

³³⁸ أنظر المادة (141) من قانون البيئات الفلسطيني المذكور.

يكون ذلك في حال أراد أحد أطراف العقد أن يثبت معالم واقعة يخشى ضياع معالمها و يحتمل أن تصبح محل نزاع في حال تم إحالة النزاع العام إلى التحكيم، و لعل مرد ذلك يرجع إلى إعتقاد أحد الأطراف بأهمية هذه الواقعة في الإثبات في الوقت الذي لا تكون فيه هيئة التحكيم قد تشكلت أو حتى قبل نشوء أي نزاع بين الأطراف بل يكون نزاعاً محتملاً، و يستشف ذلك من نص المادة (154) من قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية الفلسطينية رقم (4) لسنة 2001³³⁹.

الفرع الثاني: الخبرة ودورها في الإثبات في مجال التحكيم

تعرف الخبرة على أنها "طريق من طرق الإثبات المباشر، حيث تتصل مادياً و مباشرة بالواقعة محل الإثبات"³⁴⁰.

تعطي معظم تشريعات التحكيم هيئة التحكيم سلطة تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحدها، و يكون ذلك بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها، و يتم الإستعانة بالخبراء لإستيضاح و استجلاء عناصر النزاع الفنية التي تتجاوز خبرة و معرفة المحكم³⁴¹ و في ذلك نصت المادة (30) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يحق لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحدها، و على كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات متعلقة بهذه المسألة"³⁴².

هذا و نظمت المادة (31) من قانون التحكيم الفلسطيني المذكور مسألة الخبرة بتفصيل أكثر، حيث

نصت على أنه "1- ترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة

لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحدها لهذا الغرض. 2- يجوز لكل طرف أن يقدم خبيراً أو

³³⁹ و نصت هذه المادة على أنه "يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن و بالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الإنتقال للمعاينة، و للقاضي أن يقرر عند الإقتضاء دعوة الخصوم لحضور المعاينة".

³⁴⁰ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، 923.

³⁴¹ مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 115.

³⁴² تقابلها المادة (34) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (36) من قانون التحكيم المصري، و الفصل (71) من قانون التحكيم التونسي، و المادة (26) من قانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985.

أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم". و يلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه لم يعطي للأطراف الحق في الإتفاق على خلاف ما جاء بموجب المواد (30-31) كما فعل المشرع المصري و الأردني و التونسي³⁴³.

ومن جانب آخر فإنه يجب أن تتوفر في الخبير ما يجب توافره في المحكم من حيده و إستقلال، كما يجب عليه الإفصاح عن أية ظروف يمكن أن تثير الشك حول نزاهته و حيده، و في حال كان ذلك جاز رد هذا الخبير³⁴⁴، و من هنا يبرز لنا تساؤل في غاية الأهمية فيما يتعلق برد الخبير، فمن هي الجهة المخولة بتلقي طلب الرد و البت فيه، هل هي هيئة التحكيم أم المحكمة المختصة؟

بإستقراءنا لنصوص القوانين المختلفة نجدها لم تتطرق لمثل هذه الحالة، إلا أن الفقه إنقسم في الإجابة عن هذا التساؤل، فقد ذهب جانب إلى أن طلب الرد يكون من إختصاص هيئة التحكيم، فيما ذهب جانب آخر إلى أن طلب الرد يكون من إختصاص المحكمة المختصة، و فيما يلي عرض موجز لأصحاب هذين الرأيين، حيث سنقوم بعرضهما لنصل في النهاية إلى إستيضاح الجهة المختصة ذات الصلاحية بتلقي طلب الرد و البت فيه.

الإتجاه الأول: طلب الرد يكون من إختصاص هيئة التحكيم

يذهب جانب من الفقه³⁴⁵ إلى أن صلاحية الفصل في طلب الرد تكون لهيئة التحكيم، و برر هذا الإتجاه رأيه على أساس أن المشرع أعطى لهيئة التحكيم صلاحية الأمر بتعيين الخبير و إختياره، و يقتضي هذا بالضرورة - بحسب هذا الجانب من الفقه - تخويل هيئة التحكيم صلاحية الفصل في طلب الرد، و ذهب هذا الفقه إلى تبرير ذلك بالقول أنه لا يغير الرأي أعلاه عدم النص على هذه الصلاحية في إتفاق التحكيم، كون أن صلاحية تعيين الخبير تقوم للهيئة دون الحاجة للنص عليها في إتفاق التحكيم و كذلك

³⁴³ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 115

³⁴⁴ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 924. هذا و يجمع الفقه على إمكانية رد الخبير، بالرغم من الإختلاف النسبي بينهم حول الجهة ذات الصلاحية بتلقي طلب الرد، أنظر مثلاً مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 710، و أنظر أيضاً عبد الهادي عباش و جهاد هوش، التحكيم، التحكيم الإختباري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية، دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1982، ص 222.

³⁴⁵ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 712.

الأمر لعملية رد الخبير فهذه الصلاحية تقوم دون الحاجة للنص عليها في إتفاق التحكيم، و أخيراً فيبرر هذا البعض من الفقه صلاحية الرد لهيئة التحكيم على أساس أن لهذه الهيئة صلاحية النظر بطلب رد المحكم ذاته فكيف لا يكون لها الصلاحية بنظر طلب رد الخبير³⁴⁶.

الإتجاه الثاني: طلب رد الخبير يكون من إختصاص المحكمة المختصة

يذهب هذا الإتجاه إلى منح صلاحية طلب رد الخبير إلى المحكمة المختصة، و قد ذهب جانب من الفقه³⁴⁷، إلى تبرير ذلك على أساس أن خصومة الرد تخرج عن سلطة المحكم و كون الخبير يصبح خصم في الدعوى دون أن يكون طرف في عقد التحكيم، و يقول في ذلك الدكتور أحمد أبو الوفا "أن المحكم لا يختص بنظر دعوى رد الخبير، لأن الخصومة في الرد تخرج عن حدود سلطته المخولة إليه بمقتضى عقد التحكيم و لأن أحد خصوم هذه الدعوى هو الخبير، وهو ليس بطرف في عقد التحكيم، و المختص بها هي المحكمة التي لها ولاية الفصل في النزاع الأصلي"³⁴⁸.

و بين هذين الإتجاهين فإننا نرى أن طلب رد الخبير يقدم إلى هيئة التحكيم في حال ظهر سبب الرد أثناء السير في الإجراءات، نبرر ذلك على النحو الآتي:

1- تعطي معظم التشريعات التحكيمية و منها قانون التحكيم الفلسطيني لهيئة التحكيم صلاحية النظر و الفصل في طلب رد هيئة التحكيم وهو برأينا ذو أهمية أكثر من طلب رد الخبير (كون المحكم يشكل عمود رئيس من أعمدة التحكيم)، فإذا كان الأمر كذلك فمن الأولى أن تفصل هيئة التحكيم بطلب رد خبير هي التي قامت بالأساس بتعيينه.

2- بالنظر إلى دور المحكمة المختصة في القيام بالفصل في طلب رد المحكم، نجده ناتج عن أن المحكم الذي يقضى برده يرفض التتحي ما يسبب في تعطيل السير في التحكيم³⁴⁹، و لا نجد هذا فيما

³⁴⁶ للمزيد حول هذا الإتجاه أنظر مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 712-713.

³⁴⁷ عبد الهادي عباش و جهاد هواش، التحكيم، مرجع سابق ص 222.

³⁴⁸ أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختباري و الإجباري، 2001، مرجع سابق، ص 254.

³⁴⁹ أنظر المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني.

يتعلق برد الخبير حيث يترتب على قرار تحييه تعيين بديل له من قبل هيئة التحكيم دون أي تعطيل في الإجراءات، و دون أن يؤثر ذلك عليها، بمعنى أن هيئة التحكيم تمتلك سلطة رد الخبير دون الحاجة إلى سلطة الإلجبار الموجودة لدى قضاء الدولة كون أن الأمر لا يتطلب ذلك.

كما أنه وبالنسبة إلى إكتشاف سبب الرد في الخبير بعد صدور الحكم الفاصل في النزاع، فإن من البديهي أن يتوجه طالب الرد إلى المحكمة المختصة، حيث تكون هيئة التحكيم قد أنهت ولايتها على النزاع التحكيمي³⁵⁰، بحيث يكون إكتشاف هذا السبب الموجب للرد بعد صدور الحكم الفاصل كما ذكرنا، و يترتب على تقديم طلب الرد إما قبول هذا الطلب و إما رفضه من قبل المحكمة، و في الحالة الأولى فإذا كان حكم هيئة التحكيم مبني على تقرير الخبير المقرر رده فإنه يترتب عليه إلغاء حكم المحكم³⁵¹ باعتبار أنه باطلاً، و أما فيما يتعلق بالحالة الثانية و هي رفض طلب الرد فيتقرر تلقائياً تثبيت حكم هيئة التحكيم بحيث يبقى الحال على ما هو عليه و يتم السير في إجراءات تنفيذ الحكم. و أخيراً فإنه يمكن القول أنه إذا تم تقديم طلب الرد أثناء السير في الدعوى التحكيمية، فإنه يجب على هيئة التحكيم تعيين بديل له ليقوم بالمهمة المطلوبة و ذلك لدواعي السرعة و عدم تعطيل الوقت³⁵².

المطلب الرابع

أدلة إثبات أخرى

لا شك من أن تركيز القوانين التحكيمية على تنظيم أدلة الإثبات المتعلقة بالخبرة و شهادة الشهود و إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده يدل على أهمية هذه الأدلة في إجراءات الإثبات في التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني إستبعاد أدلة الإثبات الأخرى.

وفي هذا المقام فقد سبق و ذكرنا أن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في إختيار أدلة الإثبات، و هي نابعة من سلطتها و صلاحيتها في إختيار القواعد الإجرائية الواجب إتباعها أمامها، طبعاً في حال لم يتفق

³⁵⁰ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 712.

³⁵¹ عبد الهادي عباش و جهاد هواش، التحكيم، مرجع سابق ص 222.

³⁵² أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإلجباري، 2001، مرجع سابق، ص 254.

الأطراف على هذه القواعد الإجرائية³⁵³، و لتحقيق الفائدة العلمية فإننا سنتحدث في بعض أدلة الإثبات الأخرى التي تلجأ إليها هيئة التحكيم و هي بصدد نظر النزاع التحكيمي. سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، نتحدث في الفرع الأول في موضوع إستجواب الخصوم، فيما نتحدث في الفرع الثاني في اليمين، ثم ننتقل بالحديث في الإنابات القضائية كوسيلة مساعدة في الإثبات في الفرع الثالث.

الفرع الأول: إستجواب الخصوم

عالج قانون البيئات الفلسطيني مسألة الإستجواب كطريق يمكن للمحكمة اللجوء إليه في سبيل إظهار الحقيقة، بحيث تلجأ المحكمة إلى هذا الإجراء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، و يكون لكل خصم في الدعوى الحق في أن يطلب استجواب خصمه الحاضر³⁵⁴، و يعطي قانون البيئات المذكور سلطة تقديرية للمحكمة في قبول طلب الإستجواب في حال رأت أن الإستجواب منتج في الدعوى كما لها أن ترفض هذا الطلب إذا تبين لها عكس ذلك أي أنه غير منتج في الدعوى. و أما فيما يتعلق بإستجواب الخصوم في النزاع التحكيمي، فلم يعالج قانون التحكيم الفلسطيني مسألة الإستجواب، إلا أنه يمكننا القول كقاعدة عامة أن لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى إستجواب الخصوم في سبيل الوصول إلى الحقيقة أثناء تحقيقها في النزاع التحكيمي، و يكون ذلك إما من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم³⁵⁵، و يذهب جانب من الفقه³⁵⁶ إلى أن معظم قواعد الإستجواب هي قواعد موضوعية، و بالتالي يجب على هيئة التحكيم أعمال هذه القواعد في جميع الأحوال بتبرير أن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القواعد القانونية الموضوعية المتعلقة بالنظام العام و حتى لو كان التحكيم بالصلح، بحسب هذا الجانب من الفقه.

³⁵³ أنظر المادة (18) من قانون التحكيم الفلسطيني، و أنظر ما قلناه في هذا الصدد ص 96 و ما بعد.
³⁵⁴ أنظر المواد (122-130) من قانون البيئات في المواد المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (4) لسنة 2001.
³⁵⁵ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 928.
³⁵⁶ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 703.

و فيما يتعلق بدور المحكمة في الإستجواب، بالرغم من عدم تنظيم مسألة الإستجواب في غالبية تشريعات التحكيم و بالتالي عدم تطرقها فيما إذا كان للقضاء دور في ذلك، فإنه يمكن القول أن لا دور للقضاء في مسألة إستجواب الخصوم و يبقى الدور لهيئة التحكيم، و لو تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب أو إمتنع عن الإجابة، وفي هذه الحالة يحق لهيئة التحكيم أن تقبل بشهادة الشهود و القرائن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، مع الإبقاء على ما قد يكون الخصوم قد إتفقوا عليه في هذه المسألة، و تبريرنا في ذلك أن قانون البيئات الفلسطينية قد أخذ بهذا الحكم في حال تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب أو إمتنع عن الإجابة³⁵⁷، لذلك فإن الأخذ بهذا القرار يمكن لهيئة التحكيم تقريره دون طلب المساعدة القضائية، و لو أننا فضل لو كان لهيئة التحكيم الإستعانة بالقضاء لإجبار الخصم للحضور كما الشاهد، أو إجباره على الإجابة في حال إمتنع عن الإجابة على الأسئلة، لما في ذلك من ضمان كشف الحقيقة مما يضمن فاعلية التحكيم، و نكرر أنه يا حبذا لو تضمن قانون التحكيم الفلسطيني مادة عامة تجيز لهيئة التحكيم اللجوء إلى القضاء في سبيل تسهيل عملية التحقيق و جمع الأدلة كما فعل المشرع التونسي و غيره كما سبق و ذكر، و برأينا إذا حضر الخصم كشاهد فإنه ينطبق عليه ما قلناه بصدد شهادة الشهود من إمكانية الإستعانة بالقضاء.

الفرع الثاني: اليمين

عالج قانون البيئات الفلسطينية مسألة اليمين كدليل يمكن للمحكمة اللجوء إليه أثناء تحقيقها في الدعوى بناءً على طلب أحد الخصوم، و بالنظر إلى القانون المذكور نجد أن اليمين تقع على نوعين: يمين حاسمة و يمين متممة.

³⁵⁷ تنص المادة (130) من قانون البيئات الفلسطينية على أنه "إذا تخلف الخصم عن الحضور للإستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود و القرائن في الأحوال التي يجوز فيها ذلك".

وأما اليمين الحاسمة فهي " هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه في المسائل المتنازع عليها أو في أية مسألة منها ليحسم النزاع"³⁵⁸، و قد نظم قانون البيئات الفلسطيني مسألة توجيه و حلف اليمين و شروط ذلك في المواد (131-143).

و أما اليمين المتممة فهي " هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به"³⁵⁹، و قد تم تنظيمها بموجب المواد (146-149) من قانون البيئات الفلسطيني.

و تعتبر هذه القواعد المنظمة لحلف اليمين (الحاسمة و المتممة) من القواعد الموضوعية و المتعلقة بالنظام العام بحيث لا يجوز للأطراف الإتفاق على خلافها³⁶⁰.

و في هذا المقام فإننا نلفت الإنتباه إلى أن مسألة حلف اليمين هنا تختلف عن مسألة تحليف الشهود اليمين، حيث يترتب على حلف اليمين الحاسمة أو المتممة نتيجة مباشرة في النزاع أو بعض المسائل بعكس يمين الشهود، لذلك فإننا لا نرى دور للقضاء في مسألة تحليف اليمين الحاسمة أو المتممة، بحيث تستطيع هيئة التحكيم في حال توافرت شروط اليمين تحليفها و ترتيب أثر مباشر لها، و مرد ذلك أن تحليف اليمين الحاسمة أو المتممة لا يحتاج إلى سلطة الإجبار كما في مواضع أخرى، ناهيك عن أن هيئة التحكيم هي التي تتولى نظر النزاع كقاعدة و أن اللجوء إلى القضاء هو إستثناء و كون المشرع الفلسطيني لم ينظم هذه المسألة في قانون التحكيم فإن الولاية تبقى لهيئة التحكيم بشكل تلقائي في تحليف اليمين الحاسمة أو المتممة، و يجب التنويه هنا انه في حال رفض الطرف حلف اليمين كان لهيئة التحكيم تطبيق القواعد العامة خصوصاً ما ورد في قانون اصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني فيما يتعلق بحالة النكول، حيث تحكم للطرف الآخر بموجب هذه الفرضية.

³⁵⁸ المادة (131) من قانون البيئات الفلسطيني المذكور سابقاً.

³⁵⁹ المادة (146) من قانون البيئات الفلسطيني المذكور سابقاً.

³⁶⁰ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 404-407.

و بقي أن نقول أن المشرع الفلسطيني كغيره من المشرعين لم يتطرقوا إلى هذه المسألة و لذلك فإنه و بحسب رأينا يجب تطبيق القواعد العامة في تحليف اليمين.

الفرع الثالث: الإنبات القضائية كوسيلة مساعدة في الإثبات

سبق لنا و أشرنا لهذه المسألة عند الحديث في موضوع شهادة الشهود، إلا أننا سنقوم بتوضيح هذه المسألة بشكل أكثر تفصيلاً و ذلك لتحقيق الفائدة العلمية المرجوة من هذه الدراسة.

تعرف الإنبات القضائية على أنها " عمل بمقتضاه تفوض محكمة محكمة أخرى للقيام مكانها و في دائرة إختصاصها بأحد أو بعض إجراءات التحقيق أو الإجراءات القضائية الأخرى التي يقتضيها الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها و التي تعذر عليها مباشرتها بنفسها بسبب بعد المسافة أو أي مانع آخر"³⁶¹.

و هي بهذه المثابة تعتبر الإنبات القضائية من أوجه التعاون ما بين قضاء التحكيم و قضاء الدولة، حيث أن الناحية العملية أثبتت أهميتها بحيث يمكن أن تقوم بعض الموانع أو العقبات تحول ما بين قدرة القاضي أن يتخذ الإجراء بنفسه، فيقوم بإنتداب محكمة أو قاضي آخر يقع الإجراء ضمن ولايته للقيام به³⁶².

بالنظر إلى تشريعات التحكيم نجدها عالجت موضوع الإنبات القضائية لكن كل بطريقته الخاصة، و على سبيل المثال فقد ذهبت بعض التشريعات إلى النص صراحةً على سلطة هيئة التحكيم في اللجوء إلى القضاء طلباً للعون في هذه المسألة، و منها قانون التحكيم المصري³⁶³، و يلاحظ على المشرع المصري أنه ترك مجال واسع أمام هيئة التحكيم في طلب الإنبات القضائية في سبيل الحصول على أدلة دون تحديد دليل إثبات معين كما فعل المشرع الفلسطيني كما سنرى في هذا الفرع.

³⁶¹ عكاشة عبد العال، الإنبات القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 14.

³⁶² مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 715.

³⁶³ حيث نصت المادة (37) منه على أنه "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون بناءً على طلب هيئة التحكيم بما يأتي: ب- الأمر بالإنبات القضائية".

وأما المشرع التونسي فقد فتح الباب أمام هيئة التحكيم في طلب المساعدة من القضاء للحصول على أدلة³⁶⁴، و يمكن قياساً أن نعتبر الإنابة القضائية جزءاً من هذه المساعدة، و هو بذلك ترك هيئة التحكيم سلطة واسعة لطلب المساعدة القضائية في الحصول على أدلة، و هذا يقارب ما ذهب إليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985³⁶⁵.

و أما المشرع الفلسطيني فقد أعطى لهيئة التحكيم الحق في أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإنابة القضائية، لكن قام بحصرها في موضوع سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة إختصاص المحكمة و كان يتعذر مثل هذا الشاهد أمامها³⁶⁶.

مما تقدم نلاحظ أن هنالك دور قضائي مساعد لهيئة التحكيم في مسألة الإنابة القضائية، و برأينا فإنه يؤخذ على المشرع الفلسطيني حصر طلب الإنابة القضائية في مسألة سماع شاهد، كون أن هيئة التحكيم يمكن أن تطلب إنابة قضائية في مسائل أخرى غير سماع شاهد كاستجواب خصوم أو معاينة مال أو غير ذلك، لذا كان على المشرع الفلسطيني السير على نهج المشرع المصري و يترك المجال مفتوحاً أمام هيئة التحكيم دون تحديد الإنابة بسماع شاهد، لأن من شأن ذلك الحفاظ على سرعة إجراءات التحكيم مما يضمن فاعليته، لكن يمكننا الإعتماد على نص المادة (29) سالفه الذكر عن طريق القياس عليها لحين تعديل هذه المادة.

المبحث الثاني

³⁶⁴ نص الفصل (72) من قانون التحكيم التونسي عدد 42 لسنة 1993 على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أو لأي طرف بموافقتها طلب المساعدة من محكمة مختصة للحصول على أدلة، و يجوز لهذه المحكمة الإستجابة للطلب في حدود إختصاصها ووفقاً للقواعد المقبولة لديها في الحصول على الأدلة".

³⁶⁵ نصت المادة (27) منه على أنه "في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على أدلة، و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على أدلة".

³⁶⁶ نصت المادة (29) منه على أنه " يحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإنابة في سماع أقوال شاهد يقيم خارج دائرة إختصاص المحكمة و كان يتعذر مثل هذا الشاهد أمامها". و تشابه ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة (64) من اللائحة التنفيذية لنفس القانون.

دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية والإجراءات الوقتية والتحفظية

خلال السير في إجراءات التحكيم قد تعترض المحكم بعض المسائل التي تخرج عن ولايته، مما يتوجب عليه اللجوء إلى القضاء طلباً للعون القضائي في حل هذه المسألة، وذلك لضمان سرعة قضاء التحكيم وتحقيق فاعليته و عدالته.

ونظراً للأهمية الكبيرة المتعلقة في هذه المسألة، فقد أولاهها المشرعين في معظم التشريعات التحكيمية أهمية قصوى حيث قاموا بالنص عليها في متن قوانينهم التحكيمية، و من هذه التشريعات قانون التحكيم الفلسطيني، و بالرغم من تطرق المشرع الفلسطيني إلى هذه المسألة إلا أنه يمكننا القول ان هنالك بعض الاختلافات مع قوانين تحكيمية عربية سوف نتضح لنا خلال هذه الدراسة.

وبالإضافة إلى المسائل الأولية فإن هنالك بعض الأوقات التي يخشى فيها الأشخاص حدوث ضرر محتمل من فوات الوقت، يسعون بموجبه الحصول على حماية وقتية أو تحفظية، فإن هذا يدفعنا إلى التساؤل عن الحالات التي يرغب فيها أحد الأطراف بإتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، وإذا كان للطرف الحصول على ذلك، فمن هي الجهة التي تتولى النظر في هذه الطلبات؟

تبعاً لما تقدم فإننا سنتحدث في هذا المبحث في الدور القضائي في موضوعين، الأول في دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية، والثاني نتحدث فيه في دور المحكمة في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، ولتحقيق الفائدة فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول

دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية

يمتد التعاون بين القضاء النظامي وهيئة التحكيم حتى آخر درجات التحكيم ولعل أهم مراحل هذا التعاون هي مرحلة الإجراءات، و في هذه المرحلة يبقى القضاء هو اليد المساعدة لهيئة التحكيم حتى الوصول إلى الحكم الفاصل في القضية التحكيمية، ومن المسائل التي يبرز فيها دور المحكمة المساعد لهيئة التحكيم هي إتخاذ المسائل الأولية.

والمسائل الأولية هي المسائل التي تخرج عن حدود صلاحية المحكم، إما لأنها غير قابلة للتحكيم أو لكون إتفاق التحكيم لا يشملها³⁶⁷.

الفرع الأول: دور المحكمة في إتخاذ المسائل الأولية بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين

المقارنة

نصت المادة (17) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يحق لهيئة التحكيم الإستعانة برأي المحكمة المختصة في أية نقطة قانونية تنشأ خلال نظر النزاع".

فيما نصت المادة (32) من ذات القانون على أنه "1- إذ طعن أمام هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري و مرتبط بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن بإثبات طعنه أمام الجهات المختصة 2- توقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بادعائه إلى الجهات المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك"³⁶⁸.

فيما نصت المادة (43) من قانون التحكيم الأردني على أنه "إذا عرضت خلال اجراءات التحكيم مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم او تم الطعن بالتزوير في ورقة قدمت لها واتخذ اجراءات جزائية بشأن تزويرها او بشأن أي فعل جزائي آخر، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع اذا رأت ان الفصل في هذه المسألة او في تزوير الورقة او في الفعل الجزائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع ، والا وقفت الاجراءات حتى يصدر حكم قطعي في موضع النزاع ، ويترتب على ذلك وقف سريان الموعد المحدد لاصدار حكم التحكيم".

من خلال إستقرائنا للنصوص السابقة نلاحظ أن المسائل الأولية هي مجموع المسائل التي تخرج عن صلاحية المحكم و تدخل في صلاحية القضاء النظامي، و نلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه تطرق إلى مسألة واحدة من المسائل الأولية ألا وهي مسألة الطعن بالتزوير، فيما ذهب المشرع المصري و

³⁶⁷ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 194.

³⁶⁸ يقابلها نص المادة (46) من قانون التحكيم المصري. و قد نص الفصل (27) من قانون التحكيم التونسي على أنه " إذا اثبتت مسألة توقيفية تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم ولها علاقة بالتحكيم أوقفت هيئة التحكيم النظر إلى أن تنتضي المحكمة في الموضوع ويتوقف بموجب ذلك الأجل المحدد للحكم إلى أن يقع إعلام هيئة التحكيم بصدر الحكم البات في المسألة التوقيفية المثارة".

الأردني إلى شمل جميع المسائل التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم و أضاف لها صراحةً الطعن بالتزوير و جميع الإجراءات الجزائية المرتبطة بالقضية التحكيمية، وهو بهذه المثابة يفتح المجال أمام هيئة التحكيم التي يعرض عليها أي مسألة تخرج عن ولايتها باللجوء إلى القضاء، و برأينا كان من الأفضل على المشرع الفلسطيني ألا يحصر المسائل الأولية بمسألة الطعن بالتزوير بل كان عليه أن يبقي المجال مفتوح أمام هيئة التحكيم لتقرير المسائل التي تخرج عن ولايتها، بمعنى أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني ذكر مسألة الطعن بالتزوير على سبيل المثال لا الحصر.

و من جانب آخر يلاحظ على المشرع الفلسطيني كما الأردني و المصري إعطاء سلطة تقديرية لهيئة التحكيم في تقرير ما هو داخل في صلاحيتها من عدمه حيث إشتراط المشرع الفلسطيني أن يكون المستند المطعون به بالتزوير جوهرياً و مرتبطاً بموضوع النزاع (حيث يفهم ضمناً أن لهيئة التحكيم الإستمرار في الإجراءات في حال رأت أن المستند غير جوهري و غير مرتبط بموضوع النزاع)، و برأينا كان المشرع الأردني و المصري أكثر وضوحاً في هذه المسألة حيث جاء في المواد المشار إليها سابقاً³⁶⁹ أنه يجوز لهيئة التحكيم الإستمرار في نظر النزاع إذا رأت أن المسألة ليست لازمة للفصل في موضوع النزاع، و إلا أوقفت الإجراءات لحين الفصل في المسألة من القضاء بحكم قطعي.

وبحسب قانون التحكيم الفلسطيني والأردني والمصري فإن إجراءات التحكيم تتوقف لحين الفصل في المسألة الأولية من قبل القضاء، و يترتب عليه وقف المواعيد المحددة لإصدار حكم التحكيم³⁷⁰. و برأينا فإن منح هيئة التحكيم سلطة تقديرية في تقرير المسائل التي تدخل في صلاحيتها من التي تخرج عنها وبالتالي تقرير الإستمرار من التوقف عن السير بالإجراءات التحكيمية، له ما يبرره حيث أنه و برأينا:

³⁶⁹ المادة (43) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (46) من قانون التحكيم المصري.
³⁷⁰ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 119. و يشار أن الفصل (27) من قانون التحكيم التونسي أشارت بشكل صريح إلى وقف الأجل المحدد للحكم.

1- إنه في حال كان المستند غير جوهري فإن وقف الإجراءات التحكيمية يساهم بشكل كبير في تأخير الفصل في القضية التحكيمية مما يساهم في فقد خصوصية التحكيم و المتمثلة في السرعة، و بالنتيجة فإنه يفتح المجال أمام الطرف سيء النية لتأخير إجراءات التحكيم عن طريق الطعن في أي مستند يتم إيرازه من الطرف الآخر.

2- يعتبر المحكمين أشخاص لا يمثلون مصالح الأطراف المتخاصمة، و إنما يتم تعيينهم بموجب عوامل معينة لعل من أهمها ثقة الأطراف بهم، و بالتالي لا يجوز إفتراض سوء نية من قبل المحكمين في هذه المسألة بل يجب إفتراض حسن نية المحكمين حتى الوصول إلى الحكم. و لهذه الأسباب فإننا نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني كما الأردني والمصري من منح المحكمين سلطة تقديرية في الإستمرار بالإجراءات من عدمها.

و عودة على نص المادة (17) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي جاء بنصها " يحق لهيئة التحكيم الإستعانة برأي المحكمة المختصة في أية نقطة قانونية تنشأ خلال نظر النزاع"، فقد سبق وتطرقنا إلى هذه المادة في السابق ورأينا أنها يمكن أن تسعف المحكم في بعض المسائل التي غفل المشرع الفلسطيني عن معالجتها³⁷¹، لكن بالنظر إلى عمومية هذه المادة نجد أنها تجيز لهيئة التحكيم الإستعانة بالمحكمة ليس فقط فيما يتعلق بأمور إجرائية بل يمتد ذلك إلى أمور قانونية (موضوعية)، وإذا كان ذلك يسهل عمل المحكمين إلا أنه و من وجهة نظرنا يساهم أيضاً في زعزعة إستقلال التحكيم، ويتجسد ذلك في أن فتح المجال أمام المحكمين بهذه الطريقة يؤثر سلباً على إحترام إرادة الأطراف المحتكمة و التي إختارت التحكيم بدلاً عن القضاء، و قد إتضح لنا في مواضع متعددة أن إرادة الأطراف تسموا على القواعد القانونية، فالتحكيم قائم أساساً على إحترام مبدأ سلطان الإرادة، و بموجب هذه المادة فإن الباب يبقى مفتوحاً على مصراعية أمام المحكمين بالقفز عن إرادة الأطراف والذهاب إلى القضاء، و يبرز ذلك جلياً في حال لم يكن المحكمين من ذوي الإختصاص ولم يكونوا من رجال القانون، حيث يكثر اللجوء

³⁷¹ أنظر ما قلناه سابقاً بخصوص هذه المادة.

إلى القضاء على حساب إرادة الأطراف، مما يسبب بنتيجته إضعاف و تقييد إرادة الأطراف التحكيمية، و لكل هذه الإعتبارات، فإننا نرى وجوب ضرورة تقييد هذه المادة بإرادة الأطراف أو حتى عدم النص عليها لإصطدامها بمبدأ إستقلال التحكيم الذي ينتج عن عدم إحترام إرادة الأطراف، وأخيراً فإنه يجب الإشارة إلى عدم وجود مثل هذه المادة في القانون الأردني و المصري على الأقل.

و يمكن أن نضرب مجموعة من الأمثلة على المسائل الأولية منها:

* ما جاء في قانون التحكيم الفلسطيني من الطعن بتزوير مستند مقدم إلى هيئة التحكيم.

* يمكن أن تكون المسائل الأولية من مسائل القانون العام كالطعن بعدم دستورية قانون متصل بالنزاع،

أو إلغاء قرار إداري متصل به³⁷²، هنا يجوز لهيئة التحكيم في حال كان القانون الوطني هو القانون الواجب التطبيق على النزاع أن تقرر وقف الخصومة متى رأت عدم دستورية النص التشريعي أو اللائحة المطلوب تطبيقها على النزاع المعروض عليها³⁷³.

* إذا تعلق التحكيم بمشكلة مالية نشأت عن علاقة و ثار خلاف حول ثبوت الطلاق أو عدم ثبوته أو صفة الطلاق كالطلاق الرجعي أو بائن، فلا يكون لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في ذلك³⁷⁴.

* قد تكون المسائل الأولية من مسائل الأحوال الشخصية، مثل تقرير حالة وجود زواج مستمر وفي مسائل الإرث و النسب و الغيبة و موانع الأهلية، ويمكن أن تكون من المسائل ذات الصلة المباشرة بالمسائل المالية مثل تحديد فترة الريبة في مسائل الإفلاس، كما يدخل بها مسائل الحقوق الذهنية و حقوق الملكية الصناعية، تمهيداً للنظر في الحقوق المالية المترتبة عليها³⁷⁵.

ويبقى التساؤل حول ما إذا كان لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في المسألة الأولية في حال لم يكن الفصل فيها من إختصاص قضاء الدولة التي يجرى فيها التحكيم وإنما من إختصاص قضاء دولة أخرى؟

³⁷² مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 196.

³⁷³ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 132.

³⁷⁴ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 120.

³⁷⁵ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 196.

ذهب جانب من الفقه³⁷⁶ إلى أن "الأمر يختلف بالنسبة لهيئة التحكيم عنه بالنسبة للمحكمة تمام الاختلاف، بالنظر إلى أن ولاية هيئة التحكيم ولاية خاصة محدودة بالنزاع ذاته الذي اتفق على التحكيم فيه، خلافاً للقضاء. و لذلك لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في المسائل الأولية الخارجة عن حدود صلاحياتها حتى ولو كان القضاء المختص بالفصل فيها هو قضاء دولة أجنبية غير دولة مقر التحكيم".

هذا و بعد أن تعرفنا على دور المحكمة في النظر بالمسائل الأولية فإننا سننتقل بالحديث في مسألة هامة وهي فصل هيئة التحكيم باختصاصها وهو ما يطلق عليه (مسألة الإختصاص بالإختصاص).

الفرع الثاني: الجهة ذات الصلاحية بالنظر في مسألة إختصاص هيئة التحكيم (الإختصاص

بالإختصاص)

سبق و تحدثنا في موضوع الدفع بعدم إختصاص المحاكم النظامية بالنظر في قضية متفق على إحالتها إلى التحكيم إعمالاً للأثر السلبي للتحكيم³⁷⁷، إلا أن الوضع هنا مغاير حيث يدفع أحد الأطراف بعدم إختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع المعروض أمامها، و عليه فإن الدفع بعدم الإختصاص هو دفع يقوم بموجبه أحد الأطراف بإثارته أمام هيئة التحكيم يتعلق بعدم إختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع المعروض عليها، و قد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف مبدأ الإختصاص بالإختصاص على أنه "يقصد بهذا المبدأ أن المحكم دون غيره يختص بفحص صحة ونطاق إختصاصه، أي التصدي لكافة الإعتراضات المشاركة إليها بمناسبة التحكيم"³⁷⁸.

ويمكننا القول أن المنظومات القانونية في دول العالم تذهب في إتجاهين فيما يتعلق بالجهة ذات الصلاحية بالنظر في موضوع الإختصاص، الأولى و تعتبر أن سلطة النظر بمسألة إختصاص هيئة التحكيم في النزاع المعروض أمامها معقودة للقضاء الرسمي للدولة و بالتالي فهي تخرج من صلاحية هيئة التحكيم وتعتبر من المسائل الأولية التي يختص بها القضاء الرسمي في الدولة، وأما المنظومة

³⁷⁶ مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 198.

³⁷⁷ أنظر صفحة 16 و ما بعد.

³⁷⁸ أشرف عبد العلي الرفاعي، النظام العام و القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 60.

القانونية الثانية فتقضي إلى أن لهيئة التحكيم المبادرة في فحص مدى إختصاصها بموضوع النزاع، قبل البدء في إجراءات التحكيم و ذلك حتى تتحاشى صدور قرار قضائي بعد إنتهاء الإجراءات يقضي

ببطلان القرار التحكيمي لعدم إختصاص المحكم بموضوع النزاع³⁷⁹.

وبنظرة عامة على تشريعات التحكيم العربية و الإتفاقات الدولية ذات العلاقة نجدها قد إتجهت إلى تبني المنظومة القانونية الثانية و التي تقضي بإعطاء هيئة التحكيم السلطة و الصلاحية بالنظر في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها في حال تم إثارة هذه المسألة أمامها.

فهذا قانون التحكيم الفلسطيني ينص في المادة (16) منه على أنه "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: 1- المسائل المتعلقة بالإختصاص"، وجاء هذا الحكم متوافقاً مع كثير من القوانين التحكيمية مثل القانون الأردني³⁸⁰ والمصري³⁸¹ وقواعد اليونسترال لعام 1976³⁸² و القانون النموذجي للتحكيم التجاري لعام 1985³⁸³. ومن الملفت للإنتباه ما جاء به قانون التحكيم التونسي حيث نص في الفصل (26) على أنه " إذا اثبتت أمام هيئة التحكيم مسألة تتعلق باختصاصها في النزاع المعروض عليها فإن البت فيها يكون من أنظارها بقرار غير قابل للطعن إلا مع الأصل. أما إذا قضت بعدم الإختصاص فإن هذا القرار يكون معطلاً و قابلاً للإستئناف".

نلاحظ من النصوص أعلاه مجموعة من المسائل و منها:

³⁷⁹ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر 2006، ص 232.

³⁸⁰ حيث نصت المادة (21) منه على أنه " أ . تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله لموضوع النزاع.

ب. يجب التمسك بهذه الدفوع لمدة لا تتجاوز موعد تقديم اللائحة الجوابية وفقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة (29) من هذا القانون ، ولا يترتب على قيام احد طرفي التحكيم بتعيين محكم او الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، اما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل اثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً والا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الاحوال ان تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر اذا رأت ان التأخير كان لمعذرة مشروعة او سبب مقبول .

ج. لهيئة التحكيم ان تفصل في الدفوع المشار اليها في الفقرة (أ) من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع او تضمها الى الموضوع لتفصل فيهما معاً، واذا قضت برفض الدفع ، فلا يجوز التمسك به الا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفق احكام بطلان حكم التحكيم الواردة في هذا القانون"

³⁸¹ أنظر المادة (22) التي جاءت بحكم مطابق للحكم الأردني.

³⁸² نصت المادة (21) منه على أنه " 1- هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم إختصاصها ، و تدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الإتفاق"

³⁸³ نصت المادة (16) منه على أنه "1- يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها ، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو بصحته . و لهذا الغرض ، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى . و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"

1- قام المشرع الأردني و المصري بذكر مجموعة من الحالات المتعلقة بالدفع بعدم الإختصاص و ذلك على سبيل المثال، ثم تم وضع سقف زمني للتقدم بهذا الدفع أمام هيئة التحكيم، و بالتالي فإنه يلاحظ أن المشرعين بشكل عام والمشرع الأردني والمصري بشكل خاص قاموا بسرد تفاصيل كاملة لعملية الدفع بعكس المشرع الفلسطيني الذي ترك مجالاً واسعاً لهيئة التحكيم في ذلك.

2- جعل المشرع التونسي الإختصاص مشتركاً ما بين هيئة التحكيم و القضاء النظامي للدولة، حيث فرق بين حالتين: الأولى وهي إعطاء هيئة التحكيم صلاحية الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم إختصاصها في موضوع النزاع المعروف عليها، وفي هذه الحالة يكون قرار هيئة التحكيم غير قابل للطعن فيه إلا مع الأصل، و أما الحالة الثانية إذا كان الطعن يتناول عدم إختصاص هيئة التحكيم، هنا يجب أن يكون القرار معللاً ويخضع للإستئناف.

3- وضعت معظم القوانين التحكيمية سقفاً زمنياً معيناً لتقديم هذا الدفع و إلا سقط الحق بتقديمه و منها قانون التحكيم الأردني الذي وضع السقف الزمني حتى موعد تقديم اللائحة الجوابية وسار على هذا النهج المشرع المصري و كذلك قواعد الأونسستيرال 1976 والقانون النموذجي لعام 1985³⁸⁴، وبالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني نجده قد غفل عن ذكر السقف الزمني الخاص بتقديم هذا الدفع، وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن هذه الدفوع لا تشمل كافة الدفوع التي يجوز إثارتها أمام المحكمة "مثل الدفع بعدم الإختصاص المحلي أو القيمي أو الدفع بالإحالة أو الدفع بعدم الإختصاص النوعي أو لإنتفاء الولاية لأن كل هذه الدفوع لا مجال للتمسك بها أمام هيئة التحكيم بسبب أن إتفاق التحكيم هو الذي تكفل بها برضاء الأطراف"³⁸⁵.

³⁸⁴ أنظر المواد المشار إليها في الحاشية (419 حتى 421).
³⁸⁵ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 66.

وبقي أن نقول أن هنالك من الدفوع التي يجوز التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى مثل الدفع بسبق الفصل في النزاع أو ببطلان الدعوى بسبب مخالفتها للنظام العام في فلسطين و كذلك الدفع ببطلان أي إجراء تم خلال عملية التحكيم³⁸⁶.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني من جعل هذا الإختصاص لهيئة التحكيم و ذلك لأن المحكمين هم أشخاص مستقلين عن الأطراف لا يدافعون مصالح من قام بتعيينهم مما يضمن حيديتهم، كما أن من شأن ذلك تسريع الإجراءات فلو كانت هذه الصلاحية منوطة بالقضاء لوجب على هيئة التحكيم الأمر بوقف الإجراءات مما يسبب في تعطيل الإجراءات، و هي نتيجة لتحقيق التوازن ما بين منح المحكم هذه السلطة مع خضوعه للرقابة اللاحقة من قبل القضاء الوطني في الدولة³⁸⁷، كما أن منح هيئة التحكيم هذه السلطة الواسعة يحد من لجوء الأطراف إلى القضاء خلال عملية التحكيم³⁸⁸، وبقي أن نقول أنه كان الأولى بالمشرع الفلسطيني النص على المواعيد بشكل واضح وصريح لا لبس فيه حتى لا يبقى المجال مفتوحاً أمام الطرف سيء النية في إطالة أمد التحكيم عن طريق الإكثار من هذه الدفوع ولو كانت هيئة التحكيم هي التي تنظرها.

وبالرغم من أن المشرع الفلسطيني أناط هيئة التحكيم صلاحية النظر بهذه الدفوع و بالتالي إخراجها من دائرة المسائل الأولية، إلا أن ذلك لا يحول دون رقابة القضاء على هذه المسألة حيث يراقب القضاء القرار الصادر عن هيئة التحكيم و يمكن إلغائه إذا ما تبين عدم صحته، حيث أن الحق في البطلان من النظام العام و لا يمكن لأحد إنكار هذا الحق³⁸⁹، وهذا ما أكده المشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم³⁹⁰، وأخيراً فإننا لا نرى ما يمنع الأطراف من الإتفاق على إعطاء هذه الصلاحية للقضاء العادي في الدولة و ذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

³⁸⁶ ناظم عويضة، نفس المرجع، ص 66.

³⁸⁷ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 238.

³⁸⁸ ناظم عويضة، مرجع سابق، ص 63.

³⁸⁹ ممدوح عبد العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، ص

274.

³⁹⁰ أنظر المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني.

هذا وبعد أن تعرفنا على الجهة ذات الصلاحية بالنظر في مسألة الإختصاص بالإختصاص و دور المحكمة الرقابي اللاحق على هذه المسألة فإننا سننتقل بالحديث في دور المحكمة في منح مهلة زمنية إضافية لصدور قرار التحكيم و ذلك في الفرع القادم.

الفرع الثالث: دور المحكمة في منح مهلة زمنية إضافية لإصدار قرار التحكيم كمسألة عارضة على هيئة التحكيم.

سبق و ذكرنا أن من أهم الخصائص التي تميز التحكيم هي توفير الوقت و الجهد، فالتحكيم يتميز عن قضاء الدولة العادي في سرعة إجراءاته، حيث تأخذ القضايا المرفوعة أمام المحاكم العادية وقتاً طويلاً نسبياً، و بالرغم من ذلك فقد قام المشرعين في معظم القوانين التحكيمية بوضع سقف أعلى يتم خلاله إصدار قرار التحكيم، وهو بهذه المثابة لا يترك المجال مفتوحاً أمام هيئة التحكيم للإطالة في إصدار القرار التحكيمي المنهي للخصومة.

- وفي ذلك فقد نصت المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "1- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر 2 - إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (1) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.
- 3- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك.
- 4 - يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية".

و بالنظر إلى المشرع المصري فقد عالج هذه المسألة في المادة (45) من قانون التحكيم، حيث نص على إعطاء هيئة التحكيم صلاحية أن تصدر الحكم المنهي للخصومة خلال فترة زمنية معينة التي إتفق عليها الأطراف، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا لم يوجد إتفاق بين الطرفين يتوجب على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدئ إجراءات التحكيم، كما يجوز لها و في جميع الأحوال أن تقرر مد الميعاد بشرط ألا تزيد هذه الفترة عن ستة أشهر، وذلك إذا لم يتفق الأطراف في عقد التحكيم على مدة تزيد عن ذلك.

و أشارت نفس المادة في فقرتها الثانية على أنه في حال لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد أو المواعيد التي أشير إليها في الفقرة الأولى، فإنه يجوز لأحد طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم، حيث يكون لأي من الطرفين حينئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

و بالنسبة للمشرع الأردني فقد جاء بنص يشابه النص المصري بموجب المادة (37) منه، مع وجود إختلاف بسيط، بحيث ذكر المشرع الأردني أنه إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المحدد، جاز لأي من الطرفين أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر ميعاد إضافي أو أكثر، ويبرز هنا الإختلاف، حيث يفهم من النص المصري أن رئيس المحكمة المختصة قد يصدر أمراً بتحديد ميعاد إصدار الحكم لمرة واحدة، أما المشرع الأردني فذكر أن المحكمة تستطيع أن تصدر ميعاد إضافي واحد أو أكثر حسب طبيعة الحال وبموافقة طرفي التحكيم على ذلك.

بالنظر إلى النص المصري والأردني في هذا المجال، فإننا نرى أنهما ذكرا بشكل واضح وصريح أنه يجوز لهيئة التحكيم و بموافقة الأطراف أن يتم تمديد الميعاد الإضافي لمدة ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك، وهو ما لم ينص عليه المشرع الفلسطيني في المادة (38) سالفه الذكر، مما يترك لنا إنطباعات مفاده أن المشرع لا يجيز أن يتم إعطاء ميعاد إضافي يزيد على فترة الستة أشهر التي تقررها هيئة التحكيم بإتفاق الأطراف.

من خلال إستقرائنا للنصوص القانونية أعلاه وإن اختلفت عن بعضها إختلافاً بسيطاً، نلاحظ أنها أعطت للأطراف في إتفاق التحكيم الحق في الإتفاق على المدة الزمنية التي يتوجب أن يصدر قرار التحكيم المنهي للخصومة فيها، لكن قد يكون الأطراف لم يتفقوا أصلاً خلال عقد التحكيم على وضع المدة الزمنية اللازمة لذلك، هنا وجب عليهم التقيد بالأحكام و المدد اللازمة لإصدار الحكم المنهي للخصومة و المنصوص عليه بموجب المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني سالفه الذكر، و كما أن للأطراف الحق في الإتفاق على المدة الزمنية اللازمة لإصدار الحكم المنهي للخصومة، فإن لهم الإتفاق على بداية هذا الميعاد، فإن لم يتفقا على ذلك فإن الميعاد الذي يحدده يبدأ من اليوم الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم³⁹¹.

ويبقى السؤال فيما إذا كان من الممكن أن يكون التمديد بين الأطراف بشكل ضمني؟

برأينا فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون إستخلاص الإتفاق على التمديد بصورة ضمنية، و يكون ذلك في حال إستمرار الأطراف في مواالة إجراءات الخصومة التحكيمية دون تحفظ أو إحتجاج بالرغم من إنقضاء الميعاد³⁹²، كما يكون ذلك في حال حضر المحكّمون جميعاً و تكلموا في الموضوع أو تقدموا بطلبات أو دفعوا أو غير ذلك من الإجراءات دون التمسك بإنقضاء ذلك الميعاد³⁹³

و أما فيما يتعلق في دور المحكمة الرقابي و المساعد في هذه المسألة، فإننا نلاحظ على المشرعين في معظم التشريعات التحكيمية أنهم أعطوا دوراً للقضاء في هذه المسألة، و بموجب المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني الفقرة الثالثة، فإنه في حال لم تصدر هيئة التحكيم قرارها المنهي للخصومة خلال الإثني عشر شهراً مع مراعاة حق الهيئة في تمديد هذه المدة إلى ستة أشهر إضافية لتصبح في مجملها ثمانية عشر شهراً، فإنه يحق لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً

³⁹¹ مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 673.

³⁹² مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 677.

³⁹³ مدوح عبد العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج—دراسة مقارنة—، مرجع سابق، ص 201-202.

لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، و يكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

المطلب الثاني

دور المحكمة بشأن إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية

إن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم، يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء فيما يتعلق بالمنازعات المتفق على تسويتها بطريق التحكيم³⁹⁴، وإذا كان الأمر كذلك، فكيف يكون الحال فيما لو أراد أحد الأطراف الحصول على حماية وقتية لحق أو مركز قانوني، قد يتعرض لخطرٍ داهم يهدده أو ضررٍ محقق يصيبه تقتضي ظروفه الإستعجالية إتخاذ إجراء مستعجل لحمايته إلى حين الفصل في النزاع³⁹⁵، وبعبارة أخرى إرادة أحد الأطراف الحصول على إجراء وقتي أو تحفظي خصوصاً قبل تشكيل هيئة التحكيم وبدء نظر النزاع؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال مطلبنا هذا، حيث سنقوم بدراسة دور المحكمة في إتخاذ هذه الإجراءات الوقتية والتحفظية.

تبعاً لذلك فإننا سنقوم بالبحث والدراسة في دور المحكمة المختصة في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من خلال فرعين نتحدث في الفرع الأول في سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم بوجه عام فيما نخص الفرع الثاني بالحديث في دور

المحكمة المختصة في إتخاذ هذه الإجراءات بموجب قانون التحكيم الفلسطيني

الفرع الأول: سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم بوجه عام

لا شك أن القضاء العام هو صاحب الإختصاص الأصيل بالنظر في في الطلبات المستعجلة (الوقتية والتحفظية)، لما له من سلطة الأمر و الإلزام و التنفيذ³⁹⁶، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا حول ما

³⁹⁴ أنظر ما قلناه بهذا الصدد صفحة 16.

³⁹⁵ أنظر مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 198-199 .

³⁹⁶ أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن و الكويتي و المصري، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ص 77 .

إذا كانت هذه القاعدة تطبق على الدعاوى المنظورة بطريق التحكيم؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال توضيح موقف الفقه والقضاء حول سلطة إتخاذ تلك الإجراءات.

بالنظر إلى تشريعات التحكيم والفقه المقارن فإننا نلاحظ إختلاف واضح حول مسألة الجهة المختصة ذات الصلاحية باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المتفق على حلها بطريق التحكيم، ويمكن تقسيم موقف الفقه والتشريع إلى ثلاث إتجاهات، أما بالنسبة إلى الإتجاه الأول فقد جعل هذه الصلاحية والسلطة معقدة وقاصرة على قضاء الدولة وحده، فيما جعل الإتجاه الثاني هذه السلطة قاصرة لهيئة التحكيم، وأخيراً فقد جعل الإتجاه الثالث هذه السلطة مشتركة ما بين القضاء وهيئة التحكيم، وسنقوم بتوضيح هذه الحالات على النحو الآتي، ولأهمية القانون النموذجي فإننا سنقوم بتناوله في نقطة منفصلة.

أولاً: حصر سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في قضاء الدولة وحده

ذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى منح هذا الإختصاص إلى قضاء الدولة وحده، وذلك بالرغم من كون النظر في النزاع الموضوعي من إختصاص هيئة التحكيم، وقد إستند هذا الإتجاه إلى عدة أسانيد منها أن قضاء الدولة هو صاحب الولاية العامة، ويبقى القضاء صاحب الإختصاص الأصيل بالرغم من وجود إتفاق التحكيم³⁹⁷، ذلك أن الأثر السلبي لإتفاق التحكيم يقتصر على موضوع النزاع ولا يشمل إتخاذ الإجراءات التحفظية والمستعجلة³⁹⁸، وقد استند هذا الإتجاه أيضاً في تبرير موقفه إلى أن معظم الأنظمة القانونية قد عقدت الإختصاص بإتخاذ هذه الإجراءات لقاضي الأمور المستعجلة أثناء عرض النزاع الموضوعي أمام محكمة الموضوع، وعليه يظل هذا القضاء مختصاً بالرغم من عرض النزاع الموضوعي على هيئة التحكيم، ناهيك عن إفتقار المحكمين لسلطة الإجبار التي يتمتع بها قضاء الدولة وحده حيث أن هناك بعض الإجراءات الوقتية أو التحفظية التي تحتاج إل هذه السلطة حتى تتسم

³⁹⁷ باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 388.

³⁹⁸ علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 108.

بالفاعلية³⁹⁹، كما يذهب هذا الإتجاه إلى أن الضرورات العملية التي تتطلب إجراءات سريعة وفعالة لا يستطيع توفيرها التحكيم للخصوم ناهيك عن أنه قد يتعذر اللجوء إلى هيئة التحكيم في أحوال معينة مثل بروز الحاجة إلى إتخاذ مثل هذه التدابير قبل تشكيل هيئة التحكيم، فالقضاء يبقى مختصاً في إتخاذها طالما لا تمس موضوع النزاع⁴⁰⁰، و بالإضافة إلى إفتقار المحكمين إلى سلطة الإيجار فإنه بالنسبة إلى الإجراءات المتعلقة بجمع الأدلة، و نظراً إلى الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، فإن المحكم لا يستطيع إصدار هذه الأوامر إلى الغير لإجباره على تقديم ما يقع تحت يده من مستندات وأوراق، ناهيك عن عدم قدرة المحكم على إيجار من يرفض من الأطراف تقديم مستندات ووثائق تحت يده⁴⁰¹.

وقد وجه الفقه إنتقاداً إلى هذا الرأي على أساس أنه لا يعتد بإرادة الأطراف التي تهدف غالباً إلى منع القضاء الوطني من النظر في المنازعات كلما أمكن ذلك⁴⁰².

من التشريعات العربية التي سارت في هذا الطريق قانون التحكيم الليبي⁴⁰³، حيث نصت المادة (757) منه على أنه " ليس للمحكمين أن يأذنوا بالحجز ولا بأية إجراءات تحفظية. و إذا أذن أي قاضي مختص بالحجز في قضية منظورة بطريق التحكيم فعليه أن يقرر صحة الحجز دون المساس بموضوع القضية، و على هذا القاضي أن يصدر قراراً بإلغاء الحجز حينما يقرر المحكمون ذلك".

و بالإضافة إلى القانون الليبي الذي جعل الإختصاص بنظر الإجراءات الوقتية أو التحفظية قاصراً على قضاء الدولة، فهناك عدد آخر من القوانين سارت على هذا المنوال و من هذه القوانين القانون الإيطالي لعام 1994، و قانون التحكيم السويسري لعام 1969، و قانون التحكيم البرازيلي لعام 1996، كما يأخذ

³⁹⁹ باسمه لطفى دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، مرجع سابق، ص 389 .

⁴⁰⁰ أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، 2005، ص 290.

⁴⁰¹ حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 18- 21 .

⁴⁰² حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 22، و انظر باسمه لطفى دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، مرجع سابق، ص 392 .

⁴⁰³ قانون التحكيم الليبي، قانون المرافعات المدنية و التجارية، موجود على موقع <http://www.books6.com/view-303.html> .

بهذا الإتجاه أحكام غرفة التجارة الدولية بباريس، و نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي لعام 1994⁴⁰⁴.

ثانياً: حصر سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في هيئة التحكيم

يذهب الإتجاه الثاني إلى منح هذا الإختصاص إلى هيئة التحكيم، وقد إستند هذا الإتجاه إلى مجموعة من الأسانيد ومنها، أنه إذا كانت إرادة الأطراف قد خولت هيئة التحكيم صلاحية الفصل في النزاع الموضوعي بطريق التحكيم، فإنها تستطيع أيضاً قصر إتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية على هذه الهيئة، سواء كان ذلك بالتعبير الصريح عن هذه الإرادة بإتفاق التحكيم أو بشكل غير مباشر خلال الإشارة إلى أحد لوائح المنظمة للتحكيم⁴⁰⁵، وإذا كان لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في النزاع أي فرض الحماية الموضوعية، فمن باب أولى أن يكون لها صلاحية فرض الحماية الوقتية التي تهدف إلى حماية الحق الموضوعي⁴⁰⁶.

ومن الأسانيد أيضاً أن إتفاق الأطراف على منح هيئة التحكيم هذا الإختصاص، يعني توجه إرادتهم بشكل طوعي لتنفيذ هذه الإجراءات الصادرة عن هيئة التحكيم، وفي حالة عدم إلتزام طرف بذلك، فليس هناك ما يمنع هيئة التحكيم أن تأخذ بعين الإعتبار مسلك الطرف الذي أمتنع عن التنفيذ عند إصدار الحكم النهائي الفاصل في النزاع المعروض أمامها⁴⁰⁷، إضافة إلى ذلك، فإن إعطاء هيئة التحكيم هذا الإختصاص يؤدي إلى توحيد جهة الفصل في النزاع، حيث تكون هيئة التحكيم ملزمة أكثر من غيرها بكافة العناصر الموضوعية و الوقتية وهي أقدر من غيرها على تقدير ملائمة إتخاذ مثل هذه الإجراءات من عدمه⁴⁰⁸. وقد اشترط بعض الفقهاء لنزع هذا الإختصاص من القضاء أن يكون النزاع

⁴⁰⁴ للمزيد حول هذه القوانين أنظر أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص 293 و ما بعد.

⁴⁰⁵ حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 23.

⁴⁰⁶ علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية و التحفظية في التحكيم الإختباري، مرجع سابق، ص 68.

⁴⁰⁷ حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 24.

⁴⁰⁸ علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية و التحفظية في التحكيم الإختباري، مرجع سابق، ص 68.

مطروحاً أمام هيئة التحكيم⁴⁰⁹، وذهب هذا الإتجاه أيضاً إلى أن منح هذه السلطة لهيئة التحكيم يؤدي إلى احترام النية الحقيقية للخصوم التي أرادت إبعاد قضاء الدولة عن النظر في النزاع مما يترتب عليه تحقيق فاعلية التحكيم وتسوية النزاع بصورة اتفاقية⁴¹⁰.

ولم يسلم هذا الإتجاه من النقد، حيث وبالرغم من إقراره بالدور الكبير الذي تلعبه الإردة، إلا أنه أخذ عليه أنه لم يستطع منح الإختصاص الكامل إلى هيئة التحكيم بإتخاذ تلك الإجراءات، حيث بقي يعترف بوجود بعض الإجراءات التي يلزم إتخاذها من قبل قضاء الدولة، وخصوصاً تلك التي تتعلق بالغير، مثل الحجز على مال موجود لدى الغير، أو التي تعبر عن سلطة الإلزام التي يتمتع بها قضاء الدولة وحده والتي تحتاج إلى سلطة التنفيذ الجبري، إضافة إلى ذلك، فقد أخذ على هذا الإتجاه بأن إتفاق الأطراف في إتفاق التحكيم على قصر إتخاذ هذه الإجراءات على هيئة التحكيم، قد يعد في بعض النظم القانونية مخالفاً للنظام العام، وخصوصاً النظم التي تعتبر الإستعجال من ضوابط الإختصاص الإستثنائية⁴¹¹.

ومن التشريعات التي سارت في هذا الأتجاه القانون الأمريكي، حيث جعل هذا القانون الإختصاص بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية قاصراً على هيئة التحكيم "و استند في ذلك إلى أن الإتفاق على التحكيم يعني إستبعاد موضوع النزاع و ما يتصل به من طلبات حتى لو كانت ذات طبيعة تحفظية، كما أن إتخاذ مثل هذا الإجراء من قبل القضاء يعني مساهمة القضاء في الفصل في النزاع، وهو الأمر الذي يتعارض مع إتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي أصبحت جزء من القانون الفيدرالي الأمريكي، وقد نص قانون التحكيم الأمريكي على سريان أحكام المعاهدة على إتفاق التحكيم في الفصل الأول من القانون، و تنص المادة الثانية الفقرة الثانية على أنه "على محكمة الدول

⁴⁰⁹ باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، مرجع سابق، ص 393 .

⁴¹⁰ أنظر أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص 303 و ما بعد .

⁴¹¹ للمزيد حول ذلك أنظر باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، مرجع سابق، ص 494-495، و أنظر حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 28 .

المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل، لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق"، و استنادا إلى هذه المادة طغى على المحاكم الأمريكية مبدأ عدم قبول الطلبات المقدمة إليها من أجل إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، كون هذا الأمر يتعارض مع معاهدة نيويورك⁴¹².

ثالثاً: الإختصاص المشترك في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية

ذهب هذا الإتجاه إلى القول أن الإختصاص بإتخاذ هذه المسائل يكون مشتركاً بين قضاء الدولة وهيئة التحكيم، حيث أنه في حالة الإستعجال قد لا تستطيع هيئة التحكيم إتخاذ الإجراء المطلوب بالسرعة المناسبة إما لأنها غير مشكلة بعد أو لأي سبب آخر بالتالي لا يمكن الإستغناء عن اللجوء إلى قضاء الدولة، كما أن قرار القاضي المستعجل سينفذ نفاذ معجل وجبري، لذلك فإن تخويل المحكم سلطة الإختصاص بإتخاذ هذه الإجراءات لا يمنع أطراف النزاع من اللجوء إلى قضاء الدولة لإتخاذ مثل هذه الإجراءات، وبذلك يكون الإختصاص مشتركاً ولو تم الإتفاق بين الأطراف على منحه لهيئة التحكيم لوحدها، فذلك لا ينفي اختصاص القضاء بنظرها في حالات معينة كالفترة قبل تمام تشكيل هيئة التحكيم أو في حالة رفض الطرف الذي صدر الأمر في مواجهته تنفيذه، فيتقدم الطرف طالب الإجراء إلى قضاء الدولة من أجل تنفيذه⁴¹³، ويذهب مؤيدو هذا الإتجاه أنه لا يوجد أي تعارض ما بين إختصاص القضاء العادي وهيئة التحكيم في إتخاذ هذه المسائل، ذلك أن القضاء يوفر حماية مستعجلة بينما توفر هيئة التحكيم حماية موضوعية للحقوق المتنازع عليها⁴¹⁴، وبحسب هذا الإتجاه فإن التعبير عن مبدأ الإختصاص المشترك يتخذ ثلاث وجوه⁴¹⁵ الأول يعترف بإختصاص قضاء الدولة بإتخاذ تلك

⁴¹² حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 64-66.

⁴¹³ علي الشحات الحديدي، التدابير الوقتية و التحفظية في التحكيم الإختياري، مرجع سابق، ص 135-138 .
⁴¹⁴ أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقتية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، مرجع سابق، ص 325 .

⁴¹⁵ حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 29 .

الإجراءات، والثاني يعتبر الإعراف لقضاء الدولة في إتخاذ هذه الإجراءات لا يعني التنازل عن شرط التحكيم، وأما الثالث فهو يعترف بإختصاص المحكم في إتخاذ مثل هذه المسائل.

وقد أخذ على هذا الإتجاه عجزه عن تفسير فكرة الإختصاص الحصري للقضاء بإتخاذ بعض الإجراءات الوقتية و التحفظية مثل الإجراءات التي يطلب إتخاذها قبل تشكيل هيئة التحكيم والإجراءات التي تمهد لتنفيذ حكم التحكيم⁴¹⁶، إلا أن بعض الفقهاء فسروه على أساس أي الجهتين يحقق الفاعلية والنفاز وبناءً عليه ينعقد الإختصاص للقضاء بشكل قصري في بعض الحالات⁴¹⁷.

لعل من أبرز التشريعات العربية التي ذهبت إلى تبني هذا الإتجاه قانون التحكيم الأردني و قانون التحكيم المصري، وأما قانون التحكيم الأردني فقد نص إبتداءً على إختصاص القضاء بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المتفق بشأن تسويتها بطريق التحكيم، سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم أم أثنائها، و في ذلك نصت المادة (13) منه على أنه "لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف الطلب من قاضي الامور المستعجلة سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم او اثناء سيرها ، اتخاذ أي اجراء وقتي او تحفظي وفقا للاحكام المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات المدنية ويجوز الرجوع عن تلك الاجراءات بالطريقة ذاتها". و في ذلك نصت المادة (23) من ذات القانون على صلاحية هيئة التحكيم باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في المنازعات المنظورة أمامها في حال اتفاق أطراف النزاع على ذلك، و يجوز لها الأمر بإتخاذ تلك الإجراءات من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد أطراف النزاع، حيث جاء بنصها: " أ . مع مراعاة احكام المادة (13) من هذا القانون ، يجوز لطرفي التحكيم الاتفاق على ان يكون لهيئة التحكيم ، سواء من تلقاء نفسها او بناء على طلب أي من طرفي التحكيم ، ان تأمر ايا منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة او تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع ، وان تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير.ب. و اذا تخلف من صدر اليه الامر عن تنفيذه،

⁴¹⁶ باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، مرجع سابق، ص 402-403 .
⁴¹⁷ حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، مرجع سابق، ص 46 .

يجوز لهيئة التحكيم بناء على طلب الطرف الاخر ان تاذن لهذه الطرف في اتخاذ الاجراءات اللازمة لتنفيذه بما في ذلك حقه في الطلب من المحكمة المختصة اصدار امرها في التنفيذ".

وأما بالنسبة إلى قانون التحكيم المصري فقد ذهب أيضاً إلى تبني هذا الإتجاه حيث نصت المادة (14) من على أنه " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواءً قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

فيما نصت المادة (24) منه على أنه "1- يجوز لطرفي التحكيم الإتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناءً على طلب أحدهما أن تأمر أياً منهما بإتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدابير الذي تأمر به . 2- وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في إتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه وذلك دون إخلال بحق هذا الطرف في أن يطلب رئيس المحكمة المشار إليها في المادة(9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".⁴¹⁸

نلاحظ أن كلاً من القانونين الأردني و المصري قد أخذاً بمبدأ الإختصاص المشترك، حيث اعترفا للقضاء العادي في الدولة بالإختصاص بإتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقئية أو التحفظية، في الوقت الذي اعترفا فيه لهيئة التحكيم بالإختصاص باتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقئية أو التحفظية.

وأما فيما يتعلق بالإنتقادات التي وجهت إلى الإتجاهات الثلاث فإنه وبرأينا وبالرغم من المبررات المنطقية التي ساقها الإتجاه الأول من الفقه، إلا أنه لم يترك للأطراف أي دور في منح هيئة التحكيم سلطة إتخاذ مثل هذه الإجراءات، فمبدأ سلطان الإرادة يفترض قدرة الأطراف على منح هيئة التحكيم سلطة في إتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقئية أو التحفظية، وأما بالنسبة إلى الإتجاه الثاني فإنه و بالرغم

⁴¹⁸ يشار أن هنالك قوانين عربية أخذت بالإختصاص المشترك و منها على سبيل المثال قانون التحكيم الجزائري لعام 1993، أنظر المادة 458 منه.

من المبررات المنطقية التي ساقها أصحاب هذا الإتجاه، إلا أننا نتفق أيضاً مع الإنتقادات التي وجهت إليه لعل من أهمها إفتقار هيئة التحكيم سلطة الإيجار التي يتمتع بها القضاء العادي في الدولة خصوصاً إذا امتنع الطرف الذي اتخذت هيئة التحكيم بحقه إجراء وقتي أو تحفظي عن تنفيذه، هنا لا بد لقضاء الدولة التدخل لحماية الطرف حسن النية بالإضافة إلى حماية قضاء التحكيم وضمان فاعليته ما لم يكن تشريع يعالج ذلك.

وأما فيما يتعلق بالإتجاه الثالث فإنه وبحسب رأينا فإن هذا الإتجاه هو الأقرب إلى الصواب و نحن نتفق معه، ذلك أنه يوازن ما بين الحفاظ على مبدأ سلطان الإرادة بحيث يعطي دوراً لهيئة التحكيم في إتخاذ مثل هذه الإجراءات الوقتية أو التحفظية، وما بين منح القضاء السلطة أيضاً في إتخاذ مثل هذه الإجراءات على حد سواء، كون القضاء يمتلك سلطة الإيجار التي تفتقرها هيئة التحكيم، وأما بالنسبة إلى الإنتقاد الموجه إلى هذا الإتجاه والمتعلق بفكرة الإختصاص الحصري السابق الإشارة إليه أعلاه، فإنه يمكن الرد على ذلك بالقول بأن فكرة الإختصاص المشترك برأينا لا تفترض أن يكون كلاً من هيئة التحكيم و القضاء يستعملون هذه السلطة في آن واحد، فلا يوجد ما يمنع أن ينعقد الإختصاص قبل تشكيل هيئة التحكيم للقضاء على سبيل المثال، ومن ثم ينعقد لهيئة التحكيم في آن آخر، وينعقد للقضاء ولهيئة التحكيم بالتزامن في بعض الأوقات الأخرى، لهذا فنحن نتفق مع هذا الإتجاه من الفقه الذي ينادي بفكرة الإختصاص المشترك.

رابعاً: موقف قانون التحكيم النموذجي (الاونسترال) لعام 1985 و قواعد التحكيم لعام 1976

عبرت لجنة الأمم المتحدة عن توجهها فيما يتعلق بالجهة ذات الصلاحية بالنظر في الإجراءات الوقتية أو التحفظية في كل من قانون التحكيم النموذجي لعام 1985 وقواعد التحكيم لعام 1976، و بالنظر إلى القانون النموذجي لعام 1985 نلاحظ أنه أبقى الإختصاص الأصيل بنظر تلك الإجراءات لهيئة التحكيم، حيث اعتبر أن هذا الإختصاص معقوداً بشكل أساسي لها و لا يلزم إتفاق الأطراف على ذلك، لكن مع

إمكانية إتفاق الأطراف على سلب هيئة التحكيم هذا الإختصاص، و في ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (17) منه على أنه "يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب أحد الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". و في ذلك نصت المادة (17 / ح) من نفس القانون تحت عنوان الإعتراف و الإنفاذ على أنه "1- يتعين الإعتراف بالتدبير المؤقت الصادر عن هيئة التحكيم كتدبير ملزم و يتعين إنفاذه بناء على طلب يقدم إلى المحكمة المختصة، بصرف النظر عن البلد الذي أصدر فيه، رهناً بأحكام المادة 17 / ط ، ما لم تنص هيئة التحكيم على خلاف ذلك، 2- على الطرف الذي يلتمس الإعتراف بتدبير مؤقت أو إنفاذه، أو حصل على ذلك الإعتراف أو الإنفاذ، أن يبلغ المحكمة على الفور بأي إنهاء أو تعليق أو تعديل لذلك التدبير المؤقت، 3- يجوز لمحكمة الدولة التي يلتمس لديها الإعتراف أو الإنفاذ أن تأمر الطرف الطالب بتقديم ضمانات مناسبة، متى رأت ذلك ملائماً، إذا لم يكن قد سبق لهيئة التحكيم أن اتخذت قراراً بشأن الضمانة أو حيثما يكون إتخاذ قرار من هذا القبيل ضرورياً لحماية حقوق أطراف ثالثة". و أخيراً فقد نصت المادة (9) من ذات القانون على أنه "لا يعتبر مناقضاً لإتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين، قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها، من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقائياً مؤقتاً، و أن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب"⁴¹⁹.

نلاحظ من النصوص أعلاه أن القانون النموذجي سار بإتجاه تبني مبدأ الإختصاص المشترك، حيث يبقى هذه الصلاحية معقودة أساساً لهيئة التحكيم، مع منح الطرف الحق في سلبها هذه الصلاحية، كما أعطى للأطراف الحق في اللجوء إلى المحكمة طلباً لإجراء و قتي أو تحفظي سواء قبل بدء الإجراءات أم أثناء السير بها.

و بالذهاب إلى قواعد التحكيم لعام 1976 نلاحظ أنه سار على نفس الدرب، حيث إعتد مبدأ الإختصاص المشترك، و في ذلك نصت المادة (26) منه على أنه "1- هيئة التحكيم أن تتخذ بناءً على

⁴¹⁹ تجدر الإشارة إلى أننا إعتدنا هذا القانون وفق الصيغة التي اعتمدها اللجنة في دورتها التاسعة و الثلاثين، في عام 2006.

طلب أحد الطرفين، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف،
2- يجوز أن تتخذ التدابير المؤقتة في صورة قرار تحكيم مؤقت، و لهيئة التحكيم أن تشترط تقديم كفالة لتغطية نفقات التدبير المؤقت، 3- الطلب الذي يقدمه أحد الطرفين إلى سلطة قضائية باتخاذ تدابير مؤقتة لا يعتبر مناقضاً لإتفاق التحكيم و نزولاً عن الحق في التمسك به".

هذا وبعد أن تعرفنا على هذه الإتجاهات التشريعية والفقهية، فإننا سننتقل بالحديث في دور المحكمة في إتخاذ هذه الإجراءات بموجب قانون التحكيم الفلسطيني وذلك في الفرع القادم.

الفرع الثاني: دور المحكمة المختصة في إتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية بموجب قانون التحكيم

الفلسطيني

بالرغم من أن المبدأ العام يقضي بأن الحماية القضائية يملكها القضاء العادي في الدولة ممثلاً بالقضاء المستعجل المختص باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، بحيث يستمد سلطته من السلطة العامة التي يمثلها، كونه ممثلاً للدولة، وهو الذي يمنحها لأطراف الخصومة القضائية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع أطراف التحكيم على منح هذه السلطة إلى هيئة التحكيم⁴²⁰.

وبالرغم من ذلك، إلا أن الناحية العملية تحول في بعض الأحيان من تمكن هيئة التحكيم من ممارسة هذه السلطة، و مثال ذلك إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تجاه الغير، حيث لا يملك المحكمون سلطة فعلية أو قانونية تجاهه، كما لا يملكون إدخال الغير في إجراءات هو ليس طرف فيها⁴²¹، كما يمكن أن

⁴²⁰ ممدوح عبد العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 275-276.

⁴²¹ محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين و قيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص 73.

يكون الإجراء المطلوب تنفيذه يخرج من نطاق ولاية المحكمين، أو يكن هذا الإجراء مخالفاً للنظام العام⁴²²، ناهيك عن أن هيئة التحكيم تفتقد سلطة الجبر التي تلزم لتنفيذ الإجراء الوقي أو التحفظي سواء الإكراه تجاه الأشخاص أم تنفيذ جبري على الأموال⁴²³.

و في هذا المقام يثور تساؤل على درجة كبيرة من الأهمية، وهو هل يجوز للأطراف الإتفاق على منح سلطة إتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية على نحو قاصر على هيئة التحكيم أو على نحو قاصر على المحكمة المختصة؟

مما لا شك فيه أن للأطراف التحكيمية الحق في قصر سلطة إتخاذ مثل هذه الإجراءات على نحو قاصر على هيئة التحكيم، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وبالرغم من ذلك إلا أنه يبقى للقضاء دور في إتخاذ مثل هذه الإجراءات، حيث يمكن أن يكون الإجراء المطلوب تنفيذه يخرج من نطاق ولاية المحكمين، أو يكن هذا الإجراء مخالفاً للنظام العام⁴²⁴، كذلك وبالرغم من وجوب إحترام إرادة الأطراف على هذا الإتفاق، إلا أنه في حال المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت لسبب يتعلق بتشكيلها أو تلافياً لأضرار محذقة به أو لأي سبب آخر، فإن هذه السلطة تتعدد للقضاء العادي في الدولة⁴²⁵، و بالتالي فإنه إذا كان الأمر كذلك، فإنه يمكننا القول أن للأطراف الحق في الإتفاق على جعل هذه السلطة قاصرة على قضاء الدولة⁴²⁶، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، و بقي أن نقول أن سلطة القضاء في إتخاذ مثل هذه الإجراءات تبقى منوطة و مشروطة بعدم مساس موضوع الحق أو بسلطة المحكمين إزاء النزاع التحكيمي⁴²⁷.

⁴²² مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 205.
⁴²³ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي تنظيم و تطبيق مقارن، مرجع سابق، ص 940. و أنظر محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين و قيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص 73.
⁴²⁴ مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، مرجع سابق، ص 205.
⁴²⁵ أحمد أبو الوفا عقد التحكيم و إجراءاته، مرجع سابق، ص 141-142. و أنظر ما قلناه في الفقرتين السابقتين.
⁴²⁶ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 156.
⁴²⁷ ممدوح عبد العززي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 277، عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 119.

وعودة إلى قانون التحكيم الفلسطيني، فقد أخذ المشرع الفلسطيني بالإختصاص المشترك في تحديده لمسألة الإختصاص بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، و قد بدى لنا أن هذا هو الإتجاه السائد بين أوساط الفقه و بين التشريعات التحكيمية المقارنة⁴²⁸، وبالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني فإنه يلاحظ عدم تطرق المشرع الفلسطيني بشكل صريح إلى سلطة إتخاذ هذه الإجراءات قبل تشكيل هيئة التحكيم، بل اكتفى بمعالجة هذه الإجراءات أثناء نظر النزاع بموجب المادة (33) سالفه الذكر، في المقابل فقد ذهبت بعض القوانين إلى النص بشكل صريح على ذلك خصوصاً قبل تشكيل هيئة التحكيم⁴²⁹.

و يبقى السؤال عن كيفية توزيع قانون التحكيم الفلسطيني الإختصاص بين القضاء و هيئة التحكيم؟ و ما هي حدود إختصاص كل منهم؟ و هل أصاب المشرع الفلسطيني في جعل لإختصاص مشتركاً؟ للإجابة عن هذه التساؤلات، فإننا سنقوم بالحديث أولاً في إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بموجب قانون التحكيم الفلسطيني، ثم ننتقل بالحديث إلى إختصاص القضاء بإتخاذ مثل هذه الإجراءات لنخلص في النهاية إلى تقييم هذا الإتجاه الذي سار فيه المشرع الفلسطيني.

أولاً: إختصاص هيئة التحكيم بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بموجب قانون التحكيم الفلسطيني

منح قانون التحكيم الفلسطيني هيئة التحكيم الحق في إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية في المنازعات المنظورة أمامها، في الأحوال التي يتم النص على ذلك في إتفاق التحكيم، و على ذلك نصت المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث جاء بنصها "يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً بإتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص في إتفاق

⁴²⁸ أنظر المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني والمادة (66) من اللائحة التنفيذية لذات القانون.

⁴²⁹ أنظر المادة (14) من قانون التحكيم المصري، و المادة (13) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (9) من قواعد الأونسترال. "ويبدو أن هنالك إجماع ما بين الفقه والتشريع المقارنين حول عهد هذه السلطة إلى القضاء قبل تشكيل هيئة التحكيم" عن سيد أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن و الكويتي و المصري، كلية الحقوق جامعة الكويت، مجلة الحقوق، ص 92-94.

التحكيم على ذلك و يكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، و يجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام و القرارات".

بنظرة سريعة على المادة أعلاه، نلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه أعطى لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع، الصلاحية في إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بحق أحد الأطراف التحكيمية، بشرط أن ينص إتفاق التحكيم على منحها هذه الصلاحية، و جاء هذا الحكم مغايراً لما ذهب اليه بعض التشريعات و منها قانون التحكيم الأردني كما المصري حيث لم يشترط وجوب أن يكون هذا الشرط في متن الإتفاق التحكيمي و لعل هذا الخيار أكثر فاعلية مما جاء به النص الفلسطيني، بالإضافة إلى ذلك فإننا نلاحظ على المشرع الفلسطيني عدة أمور منها:

1- بالرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على حق أحد أطراف النزاع الطلب من هيئة التحكيم إتخاذ مثل هذه الإجراءات، كما فعل مشرعون آخرون مثل المشرع الأردني و المصري، إلا أنه يمكننا القول أن هذا النص جاء على العموم، بحيث يشمل حالة قيام هيئة التحكيم من تلقاء نفسها بإتخاذ مثل هذه الإجراءات أو بناءً على طلب أي من الطرفين.

2- نص المشرع الأردني و المصري على حق هيئة التحكيم ان تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات هذه التدابير، في حين غفل المشرع الفلسطيني عن النص على هذه النقطة الهامة بحسب رأينا حيث يترتب على ذلك حماية لحقوق الطرف المتخذ الإجراء ضده، كما يضيفي جدية أكثر لعمل هيئة التحكيم⁴³⁰.

3- نحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني حين نص على أنه يجري تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم فيما يتعلق بالأمر بإتخاذ تلك الإجراءات بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام و القرارات، و هو

⁴³⁰ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 121.

بذلك منح الحماية القانونية والفعلية لهذه القرارات حيث ادرك مسألة إفتقار المحكم لسلطة الإيجاب، كما نؤيد المشرع في ذلك كون الهدف من هذه الإجراءات هو حماية الحق موضوع النزاع و الحفاظ عليه، و برأينا فإن ذلك لا يتحقق في حال شاب القرار بطء نتج عن رفض الطرف المتخذ الإجراء بحقه تنفيذ، مما يستوجب الحصول على أمر من المحكمة المختصة للتنفيذ، كما يمكن أن يكون سبب ذلك إدراك المشرع الفلسطيني ضرورة سرعة تنفيذ مثل هذه الإجراءات، و إدراكه أن نظام القضاء المستعجل لم يكن قد عمل به في فلسطين وقت صياغة هذا القانون⁴³¹.

ثانياً: إختصاص القضاء بإتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية بموجب قانون التحكيم الفلسطيني

بالرغم من أن المشرع الفلسطيني لم يشر بصورة صريحة بموجب مواده على إختصاص القضاء بإتخاذ مثل هذه الإجراءات، إلا أنه يمكننا القول أن القضاء يبقى صاحب الإختصاص الأصيل بإتخاذ مثل هذه الإجراءات، و يستشف ذلك ضمناً من نص المادة (33) سالفه الذكر، حيث أن المشرع أشار بصورة ضمنية إلى بقاء الولاية العامة في إتخاذ مثل هذه الإجراءات معقودة للقضاء العادي و يبدو ذلك جلياً حين اشترط المشرع النص على صلاحية هيئة التحكيم في إتخاذ مثل هذه الإجراءات في إتفاق التحكيم. وكما أشرنا سابقاً، فإن الناحية العملية تتطلب تدخل القضاء في بعض المواضع التي تعجز عنها هيئة التحكيم، كما أنه و بالرجوع إلى نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001 فإننا نلاحظ بقاء الإختصاص الأصيل للقضاء العادي في شأن إتخاذ مثل هذه الإجراءات التي ستنفذ في فلسطين بالرغم من عدم إختصاصه بالدعوى الأصلية، حيث ورد في الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان الإختصاص الدولي بموجب الفقرة الثالثة من المادة (29) على أنه "تختص المحاكم بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي ستنفذ في فلسطين رغم عدم اختصاصها بالدعوى

⁴³¹ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 121.

الأصلية"، كما نص في المادة (102) منه على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة باتخاذ مثل هذه الإجراءات.

كما يمكننا القول في هذه الحالة، بإمكانية تطبيق المواد الخاصة بتلك الإجراءات والمنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية⁴³² كونه صاحب الولاية العامة على الإجراءات، ناهيك عن أن قضاء الدولة هو صاحب الولاية العامة بالنظر في تلك الطلبات والإجراءات، وبرأينا كان الأولى بالمشرع الفلسطيني أن ينص صراحةً على بسط تلك السلطة للقضاء ، كما فعل المشرع الأردني والمصري وقانون الأونسترال، وبالإضافة إلى خصوصية إتخاذ تلك الإجراءات والتي ذكرناها أعلاه، فإنه يحسم بهذه الطريقة الجهة صاحبة الصلاحية باتخاذ تلك المسائل ويقطع المجال أمام الدخول في إجتهادات فقهية قد يسبب الأخذ بها على إختلافها إلى عرقلة مسير التحكيم والتي كما قلنا سابقاً قد تؤثر على فاعليته كنظام قانوني قائم.

ولعل المادة (66) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني تؤكد هذه النتيجة، حيث نصت على أنه " إذا أذنت المحكمة المختصة باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة في قضية منظورة بطريق التحكيم، فلها أن تقرر إيقاع الحجز أو اتخاذ الإجراء المستعجل دون المساس بموضوع النزاع، وعليها أن تقرر إلغاء الحجز حينما تقرر هيئة التحكيم ذلك"، و يفهم من سياق هذه المادة و في اطار دور اللائحة التكميلي و التفسيري للقانون، أن الإختصاص الأصيل باتخاذ الإجراءات الوقائية أو التحفظية يبقى معقوداً للقضاء العادي في الدولة.

وبقي أن نقول أنه يلاحظ على المادة (66) أعلاه مسألة في غاية الأهمية ألا وهي إشتراط المشرع أن تأذن المحكمة المختصة بإتخاذ أية إجراءات وقتية أو تحفظية في قضية منظورة بطريق التحكيم

⁴³² قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد الثامن و الثلاثون، منشور بتاريخ 5/9/2001.

خصوصاً أن مسألة الإذن هذه لم يتطرق لها قانون التحكيم الفلسطيني، ومن هنا فإننا نتساءل عن الجهة التي ستأذن لها المحكمة بإتخاذ تلك الإجراءات هل هي هيئة التحكيم أم الأطراف التحكيمية؟ فهل هذه المادة تتطلب من هيئة التحكيم تقديم طلب إلى المحكمة المختصة من أجل إتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية وهل تنتظر المحكمة لإتخاذ تلك الإجراءات إذن المحكمة؟ ومن جهة أخرى فلو ربطنا هذه المادة (المادة 66 من اللائحة التنفيذية) بنص المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني لوجدنا تعارض بين المادتين، فهل يتطلب القانون حصول هيئة التحكيم بموجب المادة 33 من قانون التحكيم على إذن من المحكمة لإصدار أي من الإجراءات؟ إن مسألة الإذن هذه تسلب اختصاص هيئة التحكيم في إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية أو يجعله مقيداً في الوقت الذي منح القانون هيئة التحكيم صلاحية في إتخاذ تلك الإجراءات، ناهيك إلى أن المادة (66) من اللائحة التنفيذية جاء بنصها " وعليها أن تقرر إلغاء الحجز حينما تقرر هيئة التحكيم ذلك " وهذا أيضاً يقيد عمل هيئة التحكيم في إتخاذ تلك الإجراءات حيث اعطت تلك المادة صلاحية إلغاء الحجز للقضاء بعدما تقرر هيئة التحكيم ذلك. ويلاحظ أن هذا النص منتقداً للإعتبرات التي قلناها أعلاه و لا بد من المشرع الفلسطيني إعادة النظر في هذه المادة وذلك لتوضيح دور كل من المحكمة وهيئة التحكيم في إتخاذ تلك الإجراءات دون أن يكون هنالك أي تداخل سلبي أو تعارض ما بين دور كل منهما.

بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه لا بد هنا من الإشارة إلى المادة (103) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني السابق ذكره، حيث تنص على أنه يتم تقديم الطلبات المتعلقة بالمسائل المستعجلة إلى قاضي الأمور المستعجلة بشكل مستقل أو إلى المحكمة التي تنتظر موضوع الدعوى بالتبعية للدعوى الأصلية، فهل ينطبق ذلك على المنازعات المنظورة بطريق التحكيم؟

برأينا فإن ذلك لا ينطبق على المنازعات المنظورة بطريق التحكيم، كون التحكيم له طبيعة خاصة و اعتراف القانون لها بهذه الطبيعة، فإما أن تنتظر هذه الطلبات من قبل هيئة التحكيم أو من قبل المحكمة

المختصة بحسب المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني، و قد أشار إلى ذلك في المادة (33) عندما نصت على أنه يكون للأمر الصادر من هيئة التحكيم قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، وبحسب المادة الأولى من قانون التحكيم فإن المحكمة المختصة هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروف على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، فإن كان التحكيم دولياً و يجري في فلسطين، فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن إختصاصها المكاني.

و خلاصة القول أنه في حال عدم منح الأطراف هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ اجراءات وقتية أو تحفظية بموجب المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني فإن الأطراف لهم الصلاحية في تقديم الطلب سواء لهيئة التحكيم أو المحكمة خصوصا بعد تشكيل هيئة التحكيم، بينما يبقى هذا الإختصاص معقود للمحكمة في حال عدم تشكيل هيئة التحكيم.

كما أننا نتفق مع ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني في تنظيمه لهذه المسألة و جعل الإختصاص مشتركاً ما بين القضاء و هيئة التحكيم، حيث حقق توازن ما بين منح هيئة التحكيم سلطة إتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية و ما بين منح القضاء هذه السلطة، فمن جهة أولى أبقى المشرع الفلسطيني على مبدأ سلطان الإرادة للأطراف، و من جهة ثانية و بسبب وجود بعض الحالات التي لا تدخل في سلطة و صلاحية هيئة التحكيم و السابق الإشارة إليها، فقد أعطى القضاء دور مساعد لهيئة التحكيم لإتخاذ هذه الإجراءات، و هو بهذه المثابة يضمن سرعة التحكيم مما يضمن عدالته وفاعليته.

ومن جهة أخرى فإن المشرع الفلسطيني يبقي على سلطان الإرادة للأطراف، بحيث لا يتناول القضاء في حال نظره مثل هذه الإجراءات موضوع الحق و لا يمسه، كما تخطى المشرع الفلسطيني الإنتقادات المتعلقة بسلطة الجبر التي يفترق إليها المحكم، عن طريق جعل الأمر الصادر بمثابة سند تنفيذي يتم تنفيذه بنفس الطريقة التي تنفذ بها الأحكام، بالإضافة إلى الدور القضائي المساعد و السابق شرحه .

هذا وبعد أن تعرفنا على دور المحكمة بشأن إتفاق التحكيم، فيما يتعلق بموضوع الدفع بوجود إتفاق التحكيم، وفيما يتعلق أيضاً بالدفع ببطلان إتفاق التحكيم و دوره في النظر في تفسير و تكييف إتفاق التحكيم، وأخيراً دور المحكمة بشأن إتخاذ إجراءات وقتية و تحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم، فقد تبين لنا أن هنالك دور واسع للقضاء في هذه المسائل المطروحة، وذلك كنتيجة لدور المحكمة المساعد والإشرافي والرقابي على عملية التحكيم وصولاً لحكم فاصل ونافذ في النزاع المعروض.

وإذا كان إتفاق التحكيم مبنياً على مبدأ سلطان الإرادة كأصل عام، فإن هذا يدفعنا إلى التساؤل فيما إذا كان للقضاء دور في مسألة تشكيل هيئة التحكيم، وإذا كان للقضاء دور في ذلك وما هو موقف المشرع الفلسطيني من هذه المسألة، وهل إستطاع المشرع الفلسطيني الإحاطة بكافة الحالات الموجبة للتدخل القضائي؟ هذا ما سنحاول البحث فيه والإجابة عليه من خلال مبحثنا القادم.

المبحث الثالث

دور المحكمة المختصة الرقابي على قرار التحكيم

سبق و ذكرنا أن الدور القضائي الرقابي و المساعد لهيئة التحكيم يمتد من أول مراحل التحكيم حتى آخر مراحلها، و بهذه المثابة فإنه يمكن القول أن هذا الدور الرقابي و المساعد من قبل القضاء لا يقف عند صدور قرار التحكيم و إنما يمتد إلى أبعد من ذلك.

و من خلال إستقرائنا لتشريعات التحكيم المختلفة و منها قانون التحكيم الفلسطيني، فإننا نلاحظ هذا الدور القضائي اللاحق على إصدار قرار التحكيم، و يتجلى هذا الدور في مجموعة من المحاور منها الطعن بقرار التحكيم و الأمر بتنفيذه.

ومن جانب آخر فإن الأصل أن قرار التحكيم يخرج النزاع من ولاية مصدره بعد صدوره، فلا يجوز له في الأصل إعادة النظر في ذلك النزاع بأية طريقة كانت، لكن يرد على هذا المبدأ إستثناء عندما يتعلق الأمر بالتفسير أو بالتصحيح، عندها يجوز لهيئة التحكيم أو للمحكمة في ظروف معينة - كما سنلاحظ لاحقاً - إعادة النظر في ذلك القرار.

تبعاً لما تقدم فإننا سنقوم بدراسة و توضيح الدور القضائي اللاحق لإصدار قرار التحكيم في هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى ثلاث مطالب و ذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: دور المحكمة في تفسير وتصحيح قرار التحكيم

المطلب الثاني: دور المحكمة في الطعن بقرار التحكيم

المطلب الثالث: دور المحكمة في الإعتراف وإصدار أمر بتنفيذ قرار التحكيم

المطلب الأول

دور المحكمة في تفسير وتصحيح قرار التحكيم

أفرد قانون التحكيم الفلسطيني المادة الثانية و الأربعون منه لمسألة تصحيح الأحكام التحكيمية و تفسيرها، و مثل هذا النص لا يثير برأينا أيّاً من المشاكل حوله، ذلك أن تفسير قرار التحكيم و تصحيح الأخطاء المادية التي قد ترد على الحكم لا يترتب عليها أي مساس بالحكم نفسه، أي أن القرار الأصلي لا يتأثر من حيث المضمون بالتفسير أو بالتصحيح.

لكن ما هو مفهوم تفسير القرارات و تصحيحها؟ و على من تقع مسؤولية تفسير قرار التحكيم و تصحيحه؟ و ما هي الحالات التي يجوز معها تدخل المحكمة؟ ما هي أوجه التشابه و الإختلاف بين قانون التحكيم الفلسطيني و التشريعات التحكيمية المقارنة فيما يتعلق بهذه المسألة؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه خلال مطلبنا هذا، من خلال تقسيمه إلى فرعين رئيسيين، نتحدث في الفرع الأول حول مفهوم تفسير قرار التحكيم و تصحيحه، فيما نتحدث في الفرع الثاني حول دور المحكمة في تفسير قرار التحكيم و تصحيحه.

الفرع الأول: تفسير قرار التحكيم وتصحيحه

سنقوم بالحديث في هذا الفرع حول نقطتين رئيسيتين، نتحدث في النقطة الأولى حول مفهوم تفسير قرار التحكيم وتفسيره والجهة ذات الصلاحية بالتفسير، ثم نتحدث في النقطة الثانية حول التفسير والتصحيح بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنة وذلك على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم تفسير قرار التحكيم و تفسيره و الجهة ذات الصلاحية بالتفسير

تنتهي مراحل التحكيم بصدور القرار⁴³³، لكن هنالك حالات معينة يكون فيها هذا القرار غير واضح الدلالة، بسبب لبس في منطوق هذا القرار أو أحد أسباب الحكم، و نتيجة لهذا الخلل الذي يصيب قرار التحكيم تبرز الحاجة إلى تفسيره، فعندها يستطيع أي من أطراف التحكيم اللجوء إلى هيئة التحكيم لإزالة هذا اللبس الواقع عليه حتى يتمكن من العمل بما جاء فيه.

⁴³³ جاء بنص الفقرة الثانية من المادة (48) من قانون التحكيم المصري على أنه "مع مراعاة أحكام المواد 49 و 50 و 51 تنتهي مهمة هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم".

نصت الفقرة الثالثة من المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "3- يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب يتقدم به أحد الأطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه قرار التحكيم وبشرط إعلان الطرف الآخر تفسير نقطة معينة وردت في قرار التحكيم أو جزء منه، فإذا اقتنعت هيئة التحكيم بطلب التفسير تصدر قرارها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، ويعتبر قرار التفسير متمماً لقرار التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه"⁴³⁴.

و يلاحظ على التشريع الفلسطيني بالمقارنة بالتشريعات التحكيمية الأخرى أنه جعل أمر التفسير من قبل الهيئة أمراً جوازياً بحيث إذا لم تقتنع هيئة التحكيم بطلب التفسير فهي غير مجبرة بالإجابة عليه، و هذا النص لم نجد له مثيل على الأقل في قانون التحكيم الأردني و المصري و قانون الأونستيرال لعام 1976، و يبدو لنا أن هذا النص جاء متوافقاً على ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، و من جانب آخر فإنه يلاحظ أن قانون التحكيم الأردني و المصري نص على أن التفسير يقع على ما وقع من منطوق حكم التحكيم من غموض، فيما جاء في قانون التحكيم الفلسطيني أن التفسير يقع على تفسير نقطة معينة وردت في قرار التحكيم أو جزء منه، و جاء متوافقاً أيضاً على ما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، و برينا أنه كان الأجدر على المشرع الفلسطيني أن يحذو حذو المشرع الأردني و المصري في ذلك حيث أن ذلك يفتح المجال أمام الأطراف للتوسع في مفهوم هذه المادة حيث يمكن أن يتعدوا نقطة في طلب تفسير منطوق القرار وصولاً إلى تفسير أسبابه مما يشق بنتيجته على القاضي.

و أما فيما يتعلق بالتصحيح فهو يقع على الأخطاء حسابية أو كتابية أو أية أخطاء مادية، حيث يجري التصحيح على نسخة القرار الأصلية و يوقع عليه بواسطة هيئة التحكيم، و في ذلك نصت الفقرة الأولى و الثانية من المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " 1- يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها

⁴³⁴ يقابلها الفقرة الأولى من المادة (49) من قانون التحكيم المصري، الفقرة أ من المادة (45) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة الأولى من المادة (33) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985، و الفقرة الأولى من المادة (35) من قانون الأونستيرال لعام 1976.

أو بناءً على طلب من أحد الأطراف شريطة أن يقدم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه قرار التحكيم أو إعلان الطرف الآخر أن تصحح ما يكون قد وقع في قرارها من أخطاء حسابية أو كتابية أو أية أخطاء مادية، ويجري هذا التصحيح على نسخة القرار الأصلية ويوقع عليها بواسطة هيئة التحكيم. 2- يجب إجراء التصحيح خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم إذا كان التصحيح من تلقاء ذات الهيئة، وخلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب التصحيح إذا كان التصحيح بناءً على طلب أحد الأطراف⁴³⁵.

و يلاحظ على التشريع الفلسطيني بالمقارنة بالتشريعات التحكيمية الأخرى أنه:

* بالرغم من اتفاق القانون الفلسطيني مع المصري و الأردني و القانون النموذجي في جعل المدة التي يجوز خلالها لهيئة التحكيم التصحيح خلال ثلاثين يوماً، إلا أنه لم يعط لهيئة التحكيم السلطة في مد تلك المدة كما فعل قانون التحكيم النموذجي 1985 و المشرع المصري في حال رأت هيئة التحكيم ضرورة لذلك، و برأينا كان على المشرع الفلسطيني منح هيئة التحكيم صلاحية مد تلك الفترة لإمكانية توافر ظروف و أسباب قد تدعو هيئة التحكيم مد تلك المدة الموجبة للتصحيح.

* تبدأ المدة المتعلقة بالتصحيح خلال الثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ طالبه أو إعلان الطرف الآخر، هذا بموجب قانون التحكيم الفلسطيني و قانون الأونستيرال لعام 1976، و أما المشرع المصري و الأردني فجعلها خلال الثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم أو أيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، و في كل الأحوال فإذا إنقضت هذه المدة فإنه يسقط الحق في تقديم هذا الطلب.

* يلاحظ على المشرع الأردني و المصري أنه أفرد لكل من التصحيح و التفسير مادة مستقلة، و لعل مرد ذلك يعود أن إلى أن المشرع الأردني و المصري قد رتبوا البطلان على قرار التحكيم في حال تجاوزت الهيئة سلطتها في التصحيح و هذا ما لم ينص عليه المشرع الفلسطيني⁴³⁶.

⁴³⁵ يقابلها الفقرة الأولى من المادة (50) من قانون التحكيم المصري، الفقرة أ من المادة (46) من قانون التحكيم الأردني، و الفقرة الثانية من المادة (33) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985، و الفقرة الأولى من المادة (36) من قانون الأونستيرال لعام 1976. ⁴³⁶ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 145.

* من حيث قرار التحكيم الإضافي أو التكميلي: يلاحظ على القوانين التحكيمية العربية و الدولية مسألة الحكم التكميلي أو الإضافي⁴³⁷ حيث يحق لهيئة التحكيم في المسائل أو الطلبات التي غفلت عنها إصدار قرار فيها عن طريق قرار إضافي أو تكميلي، و يلاحظ أن المشرع الفلسطيني أغفل النص على هذه النقطة، و بالتالي لا يكون لهيئة التحكيم إصدار حكم تكميلي، و بالتالي لا تكون تلك الصلاحية معقودة للقاضي أيضاً.

و برأينا فإنه إذا كان المشرع الفلسطيني قد إستقى هذا النص من مشروع القانون العربي الموحد للإجراءات المدنية، فإنه كان الأجدر به أيضاً أن يأخذ هذا النص المتعلق بالقرار التكميلي، لما في ذلك من تسهيل على الأفراد و الإتيان بالحلول الناجمة للعديد من المشاكل التي قد تنور في معرض الحديث عن إجراءات التحكيم، أو كان عليه على الأقل حصر هذه المهمة بجهة معينة دون غيرها كهيئة التحكيم أو بالقاضي صاحب الإختصاص الأصيل، و ذلك إستكمالاً للنص، و لمدى إرتباط التفسير و التصحيح بالقرار الإضافي، كما فعل على مستوى قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني، و الذي نص على تلك الصلاحية⁴³⁸.

* من حيث فوات ميعاد التصحيح أو التفسير: نص قانون التحكيم الفلسطيني على وجوب اللجوء إلى هيئة التحكيم أو إلى القضاء في حال تعذر إجتماع هيئة التحكيم لسبب ما، خلال مدة محددة يسقط بعدها الحق في تقديم طلب التصحيح أو التفسير⁴³⁹، بينما أورد مشروع القانون العربي الموحد للإجراءات المدنية بموجب المادة (550) منه نصاً صريحاً يبين الحل في حال فوات تلك المدة، حيث تنتقل تلك الصلاحية للمحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً وحدها دون هيئة التحكيم، و برأينا فإن الخيار الذي تبناه المشروع هو الأكثر صواباً حيث يستطيع معه الأطراف في حال فات ميعاد طلب التصحيح اللجوء

⁴³⁷ أنظر مثلاً المادة (27) من قانون التحكيم الأردني، و المادة (51) من قانون التحكيم المصري، و الفقرة الثانية / ج من المادة (77) من مجلة التحكيم التونسية، و المادة (33) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985.

⁴³⁸ أنظر المادة (185) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، و أنظر المحامي ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 147.

⁴³⁹ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، مرجع سابق، ص 144.

إلى القضاء، فمن غير المنطقي أن يبقى قرار التحكيم مبهماً دون تفسير، أو يحتوي على أخطاء مادية يمكن معالجتها بدون اللجوء إلى الطعن بالقرار بالطرق العادية، كما أن القرارات التحكيمية و تصحيح الأخطاء التي ترد فيه و كذلك تفسيرها، يعود في الأصل لهيئة التحكيم و من ثم إلى المحكمة المختصة، و ذلك إعتباراً من تاريخ صدور القرار التحكيمي، و حتى تاريخ اللجوء إلى القضاء، عندها تنتقل جميع هذه الصلاحيات إلى القاضي⁴⁴⁰

وأخيراً و فيما يتعلق بالجهة ذات الصلاحية بالتفسير و التصحيح فإن الشرع الفلسطيني ترك أمر تفسير الأحكام و تصحيحها لهيئة التحكيم التي أصدرته، بصفتها صاحبة الإختصاص الأصيل، و بصفتها الأقدر على الكشف عن إرادتها لسبق نظرها في الموضوع، على إعتبار أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع⁴⁴¹، فتختص الهيئة بتفسير قرارات التحكيم و تصحيحها بحسب الإجراءات المذكورة في متن المادة (42) السابق ذكرها، لكن لم تجعل هذه المادة تلك الصلاحية محصورة في هيئة التحكيم بل جعلت للمحكمة المختصة هذه الصلاحية في ظروف إستثنائية سترجئ الحديث عنها عند الحديث في الدور القضائي في عملية التفسير و التصحيح.

ثانياً: التفسير والتصحيح بموجب قانون التحكيم الفلسطيني والقوانين المقارنه

بالنظر إلى تشريعات التحكيم المختلفة، نلاحظ أن هنالك إختلافات بين هذه القوانين فيما يتعلق بدور المحكمة في التفسير و التصحيح، فمن هذه القوانين من لا يعطي للقضاء أية سلطة في موضوع التفسير و التصحيح و منها من منح القضاء هذه السلطة تحت تسلسل إجرائي معين.

⁴⁴⁰ عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه و مصادره، مرجع سابق، ص 88.
⁴⁴¹ عادل محمد خير، حجية و نفاذ أحكام المحكمين و إشكالاتها محلياً و دولياً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص

و باستقرائنا لمجموع من التشريعات التحكيمية، فإننا نلاحظ و للوهلة الأولى عدم وجود أي إختصاص للقضاء بالنظر في موضوع التفسير أو التصحيح، فلم يرد هذا الدور للمحاكم إلا من خلال قانون التحكي الفلسطيني و مشروع القانون الموحد للإجراءات المدنية، و قانون المرافعات الفرنسي.

و من الأمثلة على تلك القوانين، قانون التحكيم المصري، حيث لم يورد المشرع المصري أي دور للقضاء في عملية التفسير و التصحيح، مكتفياً بدور هيئة التحكيم في القيام بهذه المهمة⁴⁴²، و إن كان قد سمح للقاضي التدخل في تعيين لجنة تحكيم أخرى بموجب نص المادة (9) من قانون التحكيم⁴⁴³، على أن القانون المصري لم يبين الحل في حالة تعذر إجتماع هيئة التحكيم للنظر في تفسير قرارها أو تصحيحه، و قد سار المشرع الأردني على خطى نظيره المصري في معرض حديثه عن ذات الموضوع، حيث لم يعط أية سلطة للقضاء في موضوع التفسير و التصحيح⁴⁴⁴، و لم يكن الحال كذلك في القوانين العربية فقط، حيث إتخذت معظم القوانين الأجنبية نفس الموقف، بحيث لم تعط أية صلاحية للقضاء بالنظر في مسألة التفسير و التصحيح⁴⁴⁵، فهذه القوانين لم تعط أي إختصاص للقضاء في التفسير أو التصحيح⁴⁴⁶.

كما رأينا من خلال القوانين السابق ذكرها، فلم تترك أية سلطة للقاضي للنظر في موضوعي التفسير أو التصحيح، بل تركت لهيئة التحكيم صدارة القرار وحدها الحق في إصدار قرار تفسيري أو تصحيحي، و ذلك دون أن تبين ما هو الحال في حالة تعذر إجتماع هيئة التحكيم لأي سبب كان، و إلى من تنتقل تلك الصلاحية في هذه الحالة.

⁴⁴² أنظر المواد (49-50) من قانون التحكيم المصري.
⁴⁴³ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 184.
⁴⁴⁴ أنظر المواد (45-46) من قانون التحكيم الأردني، و هذا نفس الحكم الذي جاء به المشرع التونسي بموجب قانون التحكيم، أنظر الفصل (77).
⁴⁴⁵ راجع المادة (33) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985، و المواد (35-36) من قانون الأونستيرال 1976.
⁴⁴⁶ عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 154.

و أما القانون الفرنسي فقد إفترض حدوث هذه الحالة، فأورد في سياق المادة (1475) من قانون المرافعات صلاحية المحكمة ذات الإختصاص الأصيل بنظر النزاع في هذه الحالة، حيث جاء فيها "... إذا لم يكن إجتماع الهيئة التحكيمية ممكناً، فإن الصلاحية تعود إلى المحكمة التي كانت مختصة أصلاً بنظر النزاع في غياب التحكيم"⁴⁴⁷، بينما وضعت إتفاقية واشنطن حلاً آخر لهذه الحالة و ذلك بتعيين لجنة تحكيم أخرى تنظر في هذه المنازعة⁴⁴⁸.

و أما المشرع لفلسطيني فقد تنبه إلى إمكانية حدوث مثل هذه الحالة، فعالجها بأن ترك للمحكمة المختصة بنظر النزاع صلاحية تفسير قرار التحكيم و تصحيحه، لكن هذا الخيار يكون في حال عدم إتفاق أطراف التحكيم على طرق بديلة لحل مثل هذا الإشكال، كما سنرى في خضم الفرع القادم، و قد سار على هذه الخطى مشروع القانون العربي الموحد للإجراءات المدنية، في بابه العاشر و المتعلق بالتحكيم، و ذلك من حيث المضمون مع وجود بعض الإختلافات⁴⁴⁹.

الفرع الثاني: دور المحكمة في تفسير قرار التحكيم و تصحيحه

صحيح أنه تختص هيئة التحكيم بنظر طلب تفسير و تصحيح قرار التحكيم بصفتها صاحبة الإختصاص الأصيل، فالأصل أنه عندما يتفق الأطراف على حل النزاع بطريق التحكيم، فإن نيتهم تتجه إلى إبعاد القضاء عن نظر النزاع كما، لكن و في حالات معينة تختص المحاكم العادية بنظر هذا النوع من الطلبات بصفتها هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

⁴⁴⁷ عن مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 185.

⁴⁴⁸ عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 154.

⁴⁴⁹ أنظر المواد (549-553) من مشروع القانون العربي الموحد للإجراءات المدنية،

http://arabic.mjjustice.dz/liguearabe/loi_alg_proc_civile/loi_alg_proc_civile.htm

تبعاً لما تقدم فإننا سنحاول دراسة الدور القضائي فيما يتعلق بمسألة التفسير و التصحيح من خلال نقطتين رئيسيتين، الأولى و نتحدث فيها حول الحالات الموجبة لتدخل القضاء في التفسير و التصحيح، ثم نتحدث في الدور القضائي المفسر و المصحح لقرار التحكيم

أولاً: الحالات الموجبة لتدخل القضاء في التفسير و التصحيح

حدد قانون التحكيم الفلسطيني الحالات التي يجوز معها اللجوء إلى المحكمة المختصة لإستصدار قرار تفسيري أو تصحيحي لقرار التحكيم، و هذه الحالات الواردة فيه⁴⁵⁰ و أيضاً في لائحته التنفيذية⁴⁵¹ ليست على سبيل الحصر و إنما جاءت على سبيل المثال حيث يمكن القياس عليها حالات أخرى تيرر التدخل القضائي في موضوع التفسير و التصحيح، و ينتج عن هذه الحالات تعذر إجتماع هيئة التحكيم مرة أخرى، حتى يصبح بالإمكان للقاضي التدخل في إجراءات التحكيم كوسيلة للتسهيل على أطراف النزاع، و بالمجمل فإن هذه الحالات تتركز في:

1- و فاة أحد المحكمين، أو وفاة المحكم في حالة المحكم الفرد

2- إصابة المحكم بمرض يعيقه عن أداء مهامه، و هذه الأمراض قد تكون عضوية أو نفسية، كإصابة المحكم بالشلل على سبيل المثال، أو أحد عوارض الأهلية كالجنون.

و مثل هذه الحالات تعتبر منطقية للغاية، فمن الضروري إيجاد بدائل للمتحاكمين يستطيعون اللجوء إليها في حال عدم قدرة المحكم على تفسير قرار التحكيم الصادر عنه أو تصحيحه، و كما ذكر سابقاً فإن هذه

⁴⁵⁰ أنظر المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني .

⁴⁵¹ نصت المادة (74) منها على أنه " إذا تعذر اجتماع هيئة التحكيم بسبب وفاة أحد أعضائها أو وفاة المحكم إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من محكم منفرد، أو إصابته، أو أي من أعضاء هيئة التحكيم بمرض يعيقه عن أداء مهمته، فللمحكمة المختصة أن تحل محل هيئة التحكيم بإجراء التصحيح أو إصدار القرار المتعلق بتفسير قرار التحكيم التي كانت تلك الهيئة قد أصدرته إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك".

الحالات وردت على سبيل المثال لا الحصر، فمثلاً لو هاجر المحكم أو لم يستدل على مكان إقامته الجديدة، برأينا فإن مثل هذه الحالات فيما لو تحققت فإنها تصلح لإعمال هذا النص.

في مثل هذه الحالات فإن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تحل مكان هيئة التحكيم، بشرط عدم إتفاق الأطراف على خلف ذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن أن يتفقوا على اللجوء إلى وسائل بديلة غير المحكمة المختصة، هذا في حال صدور قرار التحكيم عن هيئة تحكيم محلية، لكن ماذا لو صدر قرار التحكيم عن هيئة تحكيم أجنبية و أعطى صيغة التنفيذ من محكمة فلسطينية، فمن هي المحكمة المختصة بالتفسير أو التصحيح؟

يمكننا القول أن هنالك رأيان حوال المحكمة المختصة بالتفسير أو التصحيح، و هذان الرأيان هما⁴⁵²:

1- الرأي الأول و يقول بأن حق التفسير أو التصحيح يعود للمحكمة التي أكسبت قرار التحكيم الأجنبي الصبغة التنفيذية.

2- الرأي الثاني و يترك هذه المهمة لهيئة التحكيم التي أصدرت القرار.

يمكننا القول أن كلا الرأيين يمكن الإعتماد بهما لمواجهة مثل هذه الحالة حسب الظروف المحيطة بكل حالة على حدى، أي أنه لكل حالة ظروفها التي يمكن معها الأخذ بأحد هذين الرأيين.

ثانياً: دور المحكمة المختصة الإجرائي بنظر طلب التفسير أو التصحيح

إذا تحققت إحدى الحالات الموجبة لتدخل القضاء في عملية التفسير أو التصحيح، فإن القاضي يحل مكان المحكم في إتمام التفسير أو التصحيح المتعلق بالقرار التحكيمي، لكن كيف يكون ذلك؟ هذا ما

⁴⁵² فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، مرجع سابق، ص 428.

سنقوم بتوضيحه، و لتحقيق الفائدة فإننا سنقوم بدراسة دور المحكمة في عملية التفسير ثم ننتقل بالحديث في دور القاضي في عملية التصحيح، و ذلك على النحو الآتي:

أ- دور المحكمة في عملية التفسير

بعد أن تنتقل ولاية نظر هذا الطلب إلى القاضي، بمعنى أن يحل القاضي مكان المحكم في نظر النزاع، فإن عليه و للطبيعة الخاصة للتحكيم أن يتبع إجراءات أكثر ملائمة مع هذه الطبيعة، بمعنى أن القاضي محكوم في مثل هذه الحالات بقانون التحكيم و الإجراءات المتبعة فيه و ليس قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الذي إعتاد على تطبيقه.

لتحقيق فائدة أكبر فإننا سنقوم بدراسة الآلية التي يلجأ إليها القاضي للنظر في موضوع تفسير قرار التحكيم عن طريق قانون التحكيم، كما سنحاول البحث عن القواعد التي يجب على المفسر إتباعها سواء كان هذا المفسر هو المحكم أو القاضي، و التي يجب مراعاتها لضمان عدم خروجه عن حدود المهمة الملقاة على عاتقه:

1- إجراءات التفسير:

يحل القاضي مكان هيئة التحكيم في النظر بتفسير قرار التحكيم، و لتقديم الطلب يجب أولاً و قبل كل شيء التأكد من سلطة القاضي بالنظر في هذا الطلب، و ذلك بتحقق الشروط التي تم ذكرها سابقاً، من تعذر إجتماع هيئة التحكيم و عدم وجود خيار آخر أمام المحكّمين إتفقوا على اللجوء إليه، و في هذه الحالة يستطيع القاضي النظر في هذا الموضوع وفق الإجراءات التالية⁴⁵³:

⁴⁵³ راجع المادة (42/3) من قانون التحكيم الفلسطيني، و المادة (184) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية.

* يتقدم أحد الخصوم إلى المحكمة بطلب لتفسير جانب من جوانب قرار التحكيم خلال فترة الثلاثين يوم من تاريخ تبليغه لقرار التحكيم.

* يبلغ طالب التفسير بقية أطراف النزاع بهذا الطلب.

* يكون هذا الطلب على شكل إستدعاء يقدم إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، على أن يكون هذا الإستدعاء مستوفياً لكافة الشروط القانونية اللازم توافرها في لائحة الدعوى⁴⁵⁴.

* يصدر قرار التفسير كتابة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم طلب التفسير، وبالرغم من أن المشرع الفلسطيني لم يذكر فيما لو كان بإمكان هيئة التحكيم أو المحكمة مد هذه المدة، إلا أننا نرى إمكانية أن تقوم المحكمة المختصة بمد هذه الفترة كونها أصبحت ذات الصلاحية و السلطة في نظر هذا الطلب طبعاً في حال لم يتفق الأطراف على خلف ذلك.

2- القواعد العامة في تفسير القرارات

إذا كان للقاضي دور في تفسير قرارات التحكيم في حال تحققت شروط معينة كما سبق و ذكرنا، إلا أن حريته في ذلك ليست حرية مطلقة، ذلك أن التحكيم أحد الإستثناءات القليلة التي يجوز للقاضي التدخل خلالها⁴⁵⁵، و تسمى هذه القواعد بقواعد التفسير، و إن إلزام القاضي بتلك القواعد يضمن عدم خروجه عن حدود مهمته.

فعلى المفسر عند القيام بتفسير قرار التحكيم أن يأخذ جوانب الحيطة، و أن يستمد قراره المفسر من مختلف أجزاء الحكم ذاته و بخاصة منطوقه و أسبابه و لوائح الطرفين، و يجب أن يقتصر عمل المفسر

⁴⁵⁴ فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، مرجع سابق، ص 229، و أنظر ما قلناه بهذا الصدد ص 56 و ما بعد .

⁴⁵⁵ أحمد أبو الوفا عقد التحكيم و إجراءاته، مرجع سابق، ص 152.

في تفسيره على إزالة الإبهام أو الغموض من الحكم المفسر، مع الإلتزام بالمعاني و عدم تأويلها إلا بما تتطابق معها من معاني⁴⁵⁶، كما ليس له أن يعدل في هذا الحكم سواء بالزيادة أو النقصان⁴⁵⁷.

أما عن القواعد الواجبة الإتباع فيمكن إستخراجها من مجلة الأحكام العدلية⁴⁵⁸، و من الأمثلة عليها ما ورد في المواد (60، 61، 64) و هذه القواعد هي: "إعمال الكلام أولى من أهمله"، و "إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز"، و "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يرد دليل على التقييد أو دلالة"، و هنالك الكثير من القواعد التي ورد النص عليها في مجلة الأحكام العدلية و التي يجب على المفسر التقيد بها.

أما المشرع الأردني فقد عالج هذه المسألة في القانون المدني في معرض حديثه عن وضوح عبارة الإتفاق، و يمكن إستخلاص هذه القواعد من المواد 230-240 و هذه القواعد في مجملها تتناول عدم جواز الإنحراف بتفسير قرار التحكيم للتعرف على إرادة المحكّمين عن طريق التفسير، و بخاصة إذا كان قرار التحكيم واضحاً في مجمله، ووضوح الدلالة يكون عن طريق وضوح ما جاء في الحكم من عبارات⁴⁵⁹.

أما التفسير نفسه فيكون في حالة غموض عبارات التحكيم، فيكون على القاضي عندها أن يستخلص المعنى المقصود من الحكم دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ⁴⁶⁰.

3- آثار الحكم الصادر بالتفسير

⁴⁵⁶ أحمد أبو الوفا ، نفس المرجع، ص 152.
⁴⁵⁷ فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001، مرجع سابق، ص 429.

⁴⁵⁸ لافي محمد موسى داركة، إتفاق التحكيم في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1997، ص 49.

⁴⁵⁹ لافي محمد موسى داركة، نفس المرجع، ص 49.

⁴⁶⁰ الرجاء الرجوع إلى ما قلناه في دور المحكمة في تفسير إتفاق التحكيم بشكل مفصل، ص 24 و ما بعد.

لا يوجد للقرار المفسر إستقلالية عن الحكم المفسر، وإنما يعتبر متمماً له، و تسري عليه أحكامه⁴⁶¹، و يسري على هذا الحكم القواعد الخاصة بطرق الطعن⁴⁶²، و هذا الحكم أكد عليه كل من المشرع الفلسطيني في المادة (42/3) من قانون التحكيم، و المشرع المصري في المادة (50) من قانون التحكيم، و المشرع الأردني في المادة (45/ج) من قانون التحكيم، و أيضاً المادة (35/2) من قواعد الأونسترال.

فالحكم التفسيري جزء لا يتجزء من الحكم المفسر، يرتبط وجوداً و عدماً بالقرار الأصلي، فهي بمثابة الأصل للفرع، يسقط بسقوط الأصل، و لكن السؤال الذي يثور في معرض الحديث عن الأحكام اللاحقة لصدور القرار، حول ماذا لو طعن بقرار التحكيم النهائي بالبطان، و صدر بعد ذلك قراراً بالتفسير؟ و هل يعتبر مطعون فيه بالتبعية؟

عرضت هذه المسألة على محكمة إستئناف باريس⁴⁶³، و في حيثيات هذه القضية إعتبر الطاعن بأن طعنه يشمل الأحكام اللاحقة، بينما دفع الطرف الآخر عكس ذلك، و قد رأت محكمة الإستئناف بأن التفسير لا يعتبر حكماً جديداً مستقلاً عن القرار الأصلي، و بالتالي قضت بشمول الطعن لقرار التفسير من دون الحاجة إلى الطعن فيه بشكل مستقل، و هو نفس الحكم الذي أخذ به المشرع الفلسطيني و القوانين المقارنة الأخرى كالقانون المصري و الأردني.

ب- دور القاضي في عملية التصحيح

الأصل بأن مصدر القرار هو المختص بتصحيحه، أي أن هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بتصحيح قرار التحكيم الصادر عنها بصفقتها الاكفاً على فعل ذلك عن سواها، ولكن المشرع الفلسطيني إفترض حدوث ظروف معينة لا تستطيع هيئة التحكيم أن تجتمع بعدها، لذلك وضع المشرع الفلسطيني حلاً لهذه

⁴⁶¹ أنظر المادة (42/3) من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴⁶² أنظر المادة (184) من قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني سالف الذكر.

⁴⁶³ نقلاً عن محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، ص 224-226.

المسألة بأن جعل المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي المختصة بنظر الطلب، إلا إذا إتفق الأطراف بالطبع على خلاف ذلك.

وبعد تحقق السبب، المانع لإنعقاد هيئة التحكيم، تحل المحكمة العادية محل هيئة التحكيم بنظر الطلب المقدم بالتصحيح، و كما ذكرنا سابقاً فإن القاضي يطبق قانون التحكيم و ليس قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الذي يطبقه في العادة.

و فيما يلي فإننا سنقوم ببيان الإجراءات المتبعة أمام القاضي حسب قانون التحكيم، من خلال محورين رئيسيين يتحدث الأول عن الإجراءات المتبعة أمام القاضي لتصحيح قرار التحكيم، و نتحدث في الثاني عن الآثار الناتجة عن تصحيح قرار التحكيم، و ذلك على النحو الآتي:

1- إجراءات تصحيح قرار التحكيم

تسير إجراءات التصحيح من قبل القاضي وفق التسلسل و الإجراءات التالية:

* تقوم المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من الأطراف بتصحيح قرار التحكيم، و ذلك خلال مدة أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ الحكم في الحالة الأولى، و من تاريخ التبليغ في الحالة الثانية⁴⁶⁴.

* يتقدم أي من الأطراف إلى المحكمة المختصة، بطلب لتصحيح الأخطاء المادية الواردة في قرار التحكيم، و لا يشترط أن يبلغ طالب التصحيح طلبه هذا لبقية الأطراف.

⁴⁶⁴ أنظر المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني.

* تقوم المحكمة بتصحيح الأخطاء من دون مراعاة، ولا يشترط حضور المتحاكمين، فلا دور لهم في تصحيح الحكم⁴⁶⁵، و يتم ذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور القرار، أو من تاريخ طلب التصحيح.

* يجري التصحيح على نسخة القرار الأصلي و يوقع عليه كل من القاضي و الكاتب، و يتم تبليغ الأطراف خلال ثلاثين يوماً من تاريخ طلب التصحيح.

* بما أن المشرع الفلسطيني نص على أنه يكون قرار التفسير متمماً لقرار التحكيم الذي يفسره و تسري عليه أحكامه، فإن الطعن يسري على قرار التفسير بالتبعية.

2- الآثار الناتجة عن تجاوز القاضي صلاحياته في تصحيح قرار التحكيم:

ينتج عن تجاوز القاضي صلاحياته في تصحيح قرار التحكيم جواز تمسك الطرف صاحب المصلحة ببطلان هذا القرار، عن طريق دعوى بطلان تسري عليها أحكام البطلان الواردة في قانون التحكيم، و لكن المشرع الفلسطيني لم ينص على ذلك صراحة كما فعل المشرعين المصري و الأردني على سبيل المثال، لا من خلال قانون التحكيم أو قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية.

هذا و بعد أن تعرفنا على دور المحكمة في تفسير و تصحيح قرار التحكيم، فإننا سننتقل بالحديث في موضوع على درجة من الأهمية ألا وهو دور المحكمة في الطعن بقرار التحكيم و ذلك في المطلب القادم.

المطلب الثاني

دور المحكمة في الطعن بقرار التحكيم

⁴⁶⁵ فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001، مرجع سابق، ص 198.

بعد أن تنتهي إجراءات التحكيم تقوم هيئة التحكيم بإصدار القرار المنهي للخصومة و الذي يجب أن يحتوي على جميع العناصر المطلوبة لصحته، و من ثم يقدم هذا القرار إلى المحكمة المختصة طلباً للمصادقة عليه و ذلك لإعطاء الصيغة التنفيذية⁴⁶⁶، و في هذه الفترة يبقى للأطراف المتحاكمة الحق في الطعن بقرار التحكيم.

و بالرغم من الإنتقادات التي تم توجيهها من قبل الفقه لإعطاء هذا الدور للقضاء كونه بحسب رأيهم يسبب فقدان نظام التحكيم محاسنه كما يفقده سبب وجوده و قيمته، إلا أنه ليس من المعقول الإعتراف بقرار تحكيمي مشوب بخطأ ما⁴⁶⁷.

و بشكل عام فإنه يمكننا القول أن الهدف و الوظيفة من وراء طرق الطعن بالحكم التحكيمي تتركز في جانبين، الأول و يتعلق بالتأكد من قيام المحكم بوظيفته و المهمة المناط له القيام بها، و الثاني و يتعلق بالتحقق من الشروط التي وفقها قام المحكم بأداء مهمته و إصدار القرار التحكيمي، و بالتالي فإنه يمكننا القول أن غايات طرق الطعن على القرار التحكيمي ليست في تعديل هذا القرار التحكيمي و إنما منازعة ببطالته⁴⁶⁸.

و في ذلك أعطى المشرع الفلسطيني بموجب أحكام قانون التحكيم الأطراف الحق في الطعن بقرار التحكيم لدى المحكمة المختصة في حال توفرت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (43) منه، و يشكل الطعن بقرار التحكيم إحدى الطرق المباشرة و الواضحة لإعمال الرقابة القضائية على هيئة التحكيم، و لعل المبرر من وراء إعطاء الأطراف الحق في الطعن بقرار التحكيم في التشريع الفلسطيني و التشريعات التحكيمية المقارنة يكمن في أن تلك الأسباب التي أدرجتها القوانين التحكيمية بشكل عام

⁴⁶⁶ جورج حزبون، معوقات التحكيم و دور الرقابة القضائية التالية على إنتهاء إجراءاته، بحث منشور في مجلة دراسات العلوم الإنسانية، المجلد (21) أ، العدد (2)، 1994.

⁴⁶⁷ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 323.

⁴⁶⁸ حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 323-324.

فيما يتعلق بالطعن بقرار التحكيم ينعدم بتوافرها جوهر الحكم و مضمونه، مما يبرر إبطال القرار و إلغاء وجوده أو الحكم بفسخه⁴⁶⁹ كما قرر المشرع الفلسطيني كما سنرى في هذا المطلب.

نصت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناءً على أحد الأسباب الآتية: 1- إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلاً تمثيلاً قانونياً صحيحاً. 2- إذا كان قد أصاب هيئة التحكيم أو أحد أعضائها عارض من عوارض الأهلية قبل صدور قرار التحكيم. 3- مخالفته للنظام العام في فلسطين. 4- بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته. 5- إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم 7- إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع ".

يلاحظ أن المشرع الفلسطيني قد عدد مجموعة من الحالات التي يجوز بموجبها لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار الهيئة لدى المحكمة المختصة، هذا و يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه، و في حال بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني المذكور، فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع⁴⁷⁰.

و أما فيما يتعلق في القوانين المقارنة فإننا نلاحظ أنها جاءت بأحكام تتعلق بالبطلان لم يتطرق إليها قانون التحكيم الفلسطيني، و منها على سبيل المثال ما نص عليه المشرع المصري و الأردني بموجب

⁴⁶⁹ أنظر في ذلك عامر فتحي البطينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 147.

⁴⁷⁰ أنظر المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني.

قوانين التحكيم على أنه لا تقبل احكام التحكيم التي تصدر طبقا لاحكام قوانين التحكيم الطعن فيها باي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون اصول المحاكمات المدنية أو قوانين المرافعات⁴⁷¹، و أما قانون التحكيم النموذجي 1985 فقد نص على أنه "لا يجوز الطعن في قرار تحكيم أمام إحدى المحاكم، إلا بطلب إلغاء يقدم وفقاً للفقرتين (2) و (3) من هذه المادة"⁴⁷²، هذا و قد إعتبر المشرع الكويتي كقاعدة عامة حكم المحكم غير قابل للإستئناف إلا إذا إتفق الخصوم قبل صدور الحكم على خلاف ذلك، إلا أنه أجاز للخصوم الطعن في القرار النهائي بالبطلان، هذا و قد أشار المشرع الكويتي إلى طريقة إلتماس إعادة النظر فيما يتعلق بالطعن بقرار هيئة التحكيم⁴⁷³، و أما المشرع التونسي فقد أخذ أحكام مختلفة فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي و الدولي، حيث نص على إمكانية الطعن بالإستئناف كطريق من طرق الطعن في التحكيم الداخلي، ثم نص على طريق الإعتراض من الغير كطريق من طرق الطعن⁴⁷⁴، و أما التحكيم الدولي فقد حدد طريق الطعن بالإبطال⁴⁷⁵.

إن هذا التباين بين قوانين التحكيم العربية فيما يتعلق بتحديد طرق الطعن المتعلقة بقرار التحكيم، يدفعنا إلى التساؤل حول السبب وراء عدم تحديد المشرع الفلسطيني لطرق الطعن، فهل أصاب المشرع في عدم التطرق إلى مثل هذه الطرق أم كان ذلك في غير محله؟

بالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني فإنه يمكن القول أن الطعن الرئيسي الذي يستطيع به المحكّمون اللجوء إليه هو الطعن بالبطلان، غير أن المشرع الفلسطيني قد أحال بعدها طرق الطعن إلى تلك الطرق المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية السالف ذكره، حيث نصت المادة (46) منه على أنه " مع مراعاة أحكام المادة (44) من هذا القانون بشأن المواعيد تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الإستئناف المعمول بها أمام المحكمة

⁴⁷¹ أنظر المادة (48) من قانون التحكيم الأردني و المادة (52) من قانون التحكيم المصري.

⁴⁷² المادة (34) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري 1985.

⁴⁷³ أنظر المادة (186) من قانون التحكيم الكويتي، قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم 38 لسنة 1980.

⁴⁷⁴ أنظر الفصل (39) و (40) و (41) من قانون التحكيم التونسي.

⁴⁷⁵ أنظر الفصل (78) من قانون التحكيم التونسي.

المستأنف إليها". و نحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع الفلسطيني كون سلوك الأطراف لطرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني يساعد على إحقاق العدالة بالرغم من السلبية الممكن حدوثها و المتعلقة بإمكانية قيام طرف سيء النية باستخدام طرق الطعن للمماطلة مما يسبب إهدار و إسراف للوقت.

و أما فيما يتعلق بمجموع الحالات التي يجوز فيها للأطراف الطعن في قرار التحكيم أمام المحكمة المختصة، فقد حددها المشرع الفلسطيني بموجب المادة (43) منه و السابق الإشارة إليها، و أما المشرع الأردني فقد حددها بموجب المادة (49)⁴⁷⁶، و حددها المشرع المصري بموجب المادة (53)⁴⁷⁷، و حددتها المادة (34) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985⁴⁷⁸، و بإستقراءنا لنصوص تشريعات التحكيم المقارنه فإننا نلاحظ وجود تشابه إلى حد ما فيما بينها حول تلك الحالات التي يجوز للأطراف في حال توفرها أو توفر أحدها الطعن في قرار هيئة التحكيم، و مع ذلك فإننا نلاحظ وجود إختلاف بسيط فيما بينها في تحديد تلك الحالات، و من هذه الإختلافات:

⁴⁷⁶ نصت الفقرة أ من المادة (49) من قانون التحكيم الأردني على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية :
1- اذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحا ومكتوبا او كان هذا الاتفاق باطلا او سقط بانتهاء مدته 2- اذا كان احد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقدا للاهلية او ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم اهليته 3- اذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب اخر خارج عن ارادته 4- اذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع 5- اذا تم تشكيل هيئة التحكيم او تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون او اتفاق الطرفين 6- اذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم او تجاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك اذا امكن فصل اجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن اجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الاجزاء الاخيرة وحده 7- اذا لم تراعى هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو اثر في مضمونه او استند الحكم على اجراءات تحكيم باطلة اثر فيه".

⁴⁷⁷ و هي تطابق نص الفقرة أ من المادة (49) من قانون التحكيم الأردني السابق ذكرها.
⁴⁷⁸ نصت الفقرة الثانية من المادة (34) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 على أنه "لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا: (أ) قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت: 1- أن أحد طرفي التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفقر إلى الأهلية، أو أن الإلتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفين للإتفاق له أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك أو 2- أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب آخر أن يعرض قضيته، أو 3- أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمل إتفاق العرض على التحكيم، أو أنه يشتمل على قرارات بشأن مسائل خارجة عن نطاق هذا الإتفاق، على أنه، إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم، فلا يجوز أن يلغى من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، أو 4- أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لإتفق الطرفين، ما لم يكن هذا الإتفاق منافياً لحكم من أحكام القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو ، في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق، مخالفاً لهذا القانون ...".

* نص القانون الأردني و المصري و قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي صراحة على حالة اذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم او باجراءات التحكيم او لاي سبب اخر خارج عن ارادته، و هذا ما لم يتطرق له المشرع الفلسطيني بشكل صريح، و في الواقع فإن هنالك إمكانية لحدوث مثل هذه الحالة و التي برأينا فإنها تشكل حالة طبيعية لطلب تقديم طعن في قرار التحكيم في حال حدثت، و يا حبذا لو تطرق إليها المشرع الفلسطيني بموجب الحالات التي نص عليها في الفقرة أ من المادة (43) السالفة الذكر.

* نص قانون التحكيم الفلسطيني على إمكانية الطعن في قرار التحكيم من قبل الأطراف في حالة إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع، و هذه حالة جديدة لم يتم النص عليها بموجب القوانين المقارنة المذكورة أعلاه، و برأينا فإنه بالرغم من النص على هذه الحالة من قبل المشرع الفلسطيني إلا أن هذه الحالة تلحق بالحالات السابقة بالتبعية، بمعنى أنه لو لم يتم النص عليها فيمكن قياسها في حالة حدوثها على ما جاء في الحالات السابقة خصوصاً الحالة السادسة و التي جاء بنصها " إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم"، لكن ما هو السبب وراء تعليق المشرع الفلسطيني هذه الحالة (الحالة السابعة) على ألا يكون قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع؟ ذهب جانب من الفقه⁴⁷⁹ إلى القول أنه "إذ لو تم تنفيذه فعلاً فلا يقضي بفسخ قرار التحكيم لأن الموضوع يصبح بلا جدوى و هذا لا يمنع المتضرر من المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق من الطرف المتسبب بذلك".

* يلاحظ على المشرع الفلسطيني أنه منح حق تقديم الطعن للأطراف التحكيمية دون أن يكون للمحكمة دور في أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها و لو تعلق الأمر بالنظام العام في فلسطين، في الوقت الذي كان المشرع الأردني و المصري و قانون التحكيم النموذجي 1985 أكثر صواباً في هذه المسألة، حيث

⁴⁷⁹ ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، المرجع السابق، 158.

أعطوا المشرعين المذكورين الحق للمحكمة المختصة من تلقاء نفسها أن تقضي بالبطلان في حال تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام في الدولة، هذا وقد أضاف المشرع الأردني و القانون النموذجي للتحكيم التجاري 1985 على ذلك حالة وجدت المحكمة أن موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، و برأينا فإنه كان على المشرع الفلسطيني أن يسلك نفس الطريق الذي سلكه المشرعون المذكورين بحيث يعطي المحكمة المختصة نفس السلطة التي منحها المشرع المصري و الأردني و القانون النموذجي، و برأينا فإن منح هذه السلطة للمحكمة هو أمر منطقي حيث تمس هذه الحالة سيادة الدولة و أمنها، ناهيك عن أن النظام العام لا يمس الأطراف و حدهم بل يمس العامة الذين لا تربطهم صلة بالأطراف المتحاكمة أو هيئة التحكيم، و نضيف إلى ذلك أن القضاء هو الأقدر على تحديد مفهوم النظام العام و مدلوله و تطبيقاته⁴⁸⁰.

وأما عن الإجراءات التي تتبع في الطعن، فقد سبق و ذكرنا أنه يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه، و في حال بني الطعن في قرار التحكيم على الفقرة السابعة من المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني المذكور، فيبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع.

وأما فيما يتعلق بالنتيجة المترتبة على تقديم طلب الطعن فقد نص عليها المشرع الفلسطيني بشكل صريح، حيث يكون للمحكمة المختصة أن تقضي بفسخ قرار التحكيم⁴⁸¹، وذلك على خلاف المشرعين الأردني و المصري الذي حدداها بالبطلان⁴⁸²، و أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري فقد حددها بالإلغاء⁴⁸³.

⁴⁸⁰ تجدر الإشارة إلى أن القوانين المذكورة أفردت فقرات خاصة تتعلق بمنح المحكمة تلك الصلاحية، أنظر الفقرة الثانية من المادة (53) مصري، و الفقرة ب من المادة (49) أردني، و الفقرة الثانية / ب من المادة (34) من القانون النموذجي 1985.

⁴⁸¹ أنظر الفقرة الثالثة من المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴⁸² أنظر المادة (53) و (54) من قانون التحكيم المصري. و المادة (49) و (50) من قانون التحكيم الأردني.

⁴⁸³ أنظر المادة (34) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري 1985.

ويلاحظ على قانون التحكيم النموذجي أنه جاء بحكم على غاية من الصواب، حيث نصت الفقرة الرابعة من المادة (34) منه على أنه "يجوز للمحكمة، عندما يطلب منها إلغاء قرار التحكيم، أن توقف إجراءات الإلغاء، إن رأت أن الأمر يقتضي ذلك و طلبه أحد الطرفين، لمدة تحددها هي كي تتيح لهيئة التحكيم فرصة لإستئناف إجراءات التحكيم أو إتخاذ أي إجراء آخر من شأنه، في رأيها، أن يزيل الأسباب التي بني عليها طلب الإلغاء"، و نحن نؤيد ما ذهب إليه هذا القانون خصوصاً أنه منح هذه السلطة للمحكمة بصورة جوازية، بمعنى أنه يجب توافر فناعة المحكمة في هذا الطلب حتى تقوم بالإجابة عليه.

وتجدر الإشارة أن قانون التحكيم الفلسطيني قد جاء بحكم مشابه نسبياً، ومرد ذلك يرجع إلى كون المشرع الفلسطيني بموجب المادة 45 أجاز للمحكمة إعادة النزاع إلى هيئة التحكيم بعد فسخ القرار، فمن باب أولى أنه يجوز ذلك قبل فسخ القرار، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (45) منه على أنه "إذا قضت المحكمة المختصة بفسخ قرار التحكيم يجوز لها إذا رأت ذلك ملائماً أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة"، و نحن نؤيد ما ذهب إليه القانونين في هذا المجال كون ذلك يساعد على الحفاظ على وقت و جهد هيئة التحكيم الذي تم بذله في سبيل الوصول إلى القرار التحكيمي، كما أن من شأن ذلك الحفاظ على فاعلية و عدالة قضاء التحكيم بصورة تساعد في الحفاظ على حقوق الأطراف .

و يبقى السؤال حول أثر تقديم الطعن في قرار التحكيم على تنفيذ الحكم، فهل يوقف التنفيذ بقوة القانون أم يحتاج إلى طلب من الطرف الطاعن لذلك؟

ذهب جانب من الفقه⁴⁸⁴ إلى أن تقديم طلب الطعن في قرار التحكيم يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم، و مرد ذلك أن المقصود من تقديم هذا الطلب هو إنكار ما للمحكم من سلطة فيما تم الفصل فيه، و بالتالي

⁴⁸⁴ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم و إجراءاته، مرجع سابق، ص 334-335.

فإنه ينعدم الحكم في حال صحت الإعتبارات التي بني عليه القرار، و تبعاً لذلك فإنه يكون من الأفضل ألا يعد قرار التحكيم صالحاً للتنفيذ في حال رفع طلب بإنكاره أو بطلانه.

بالنظر إلى قانون التحكيم الفلسطيني فإننا نلاحظ عدم تحديد هذه المسألة بشكل صريح في الوقت الذي تم تحديدها من قبل مشرعين آخرين، فعلى سبيل المثال نصت المادة (57) من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر"، و هذا الحكم نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري 1985⁴⁸⁵.

هذا و يتفق الفقه المصري⁴⁸⁶ مع ما جاء به المشرع المصري من أحكام بموجب المادة (57) حيث يتمشى ذلك مع الهدف من اللجوء إلى التحكيم من تقرير إحترام حكم التحكيم و فاعليته و سرعة تنفيذه، و حيث أن مجرد القول بأن تقديم طلب الطعن يؤدي إلى وقف تنفيذ القرار التحكيمي فإن ذلك قد يدفع الطرف سيء النية في أن يبقي تقديم هذا الطعن حتى آخر لحظة من ميعاد تقديم الطعن ثم يمتد هذا الأثر أيضاً بمجرد رفع الطعن و هذا ما حرص المشرع المصري على تفاديه بموجب الفقه المصري. و بالرغم من عدم نص المشرع الفلسطيني على أن تقديم طلب الطعن يوقف التنفيذ بقوة القانون، إلا أنه يمكننا القول أن ذلك يفهم ضمناً من نص المادة (45) فقرة 2 حيث جاء فيها "إذا قضت المحكمة

⁴⁸⁵ نصت الفقرة الثانية من المادة (36) منه على أنه "إذا قدم طلب بإلغاء قرار التحكيم أو بإيقافه إلى محكمة مشار إليها في الفقرة (5/1) من هذه المادة جاز للمحكمة المقدم إليها طلب الإعتراف أو التنفيذ أن توّجل قرارها إذا رأت ذلك مناسباً، و يجوز لها أيضاً، بناء على طلب الطرف طالب الإعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه، أن تأمر الطرف طالب الإعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه، أن تأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان المناسب".

⁴⁸⁶ أنظر المراجع المشار إليها في كتاب د عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 207 بند (1) من الحاشية.

المختصة برفض طلب الطعن فإنها تقرر صحته و إكتسابه الصيغة التنفيذية"، و نحن نؤيد ما ذهب إليه المشرع المصري و القانون النموذجي في تقريره للأحكام السابق ذكرها أعلاه، لأن من شأن ذلك تحقيق السرعة في تنفيذ القرارات التحكيمية من جهة، مع وجود ضمانات لذلك بإمكانية قيام المحكمة بالأمر بوقف التنفيذ في حال كان هنالك مبرراً جيداً لتقرير ذلك و بتقديم كفالة مناسبة من قبل الطرف طالب وقف التنفيذ⁴⁸⁷، و نحن نقترح إضافة نص يشابه ما ذهب إليه المشرع المصري و القانون النموذجي في ذلك.

و أخيراً فإنه يمكننا القول أن الحالات التي جاءت بها المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني تم النص عليها على سبيل المثال لا الحصر، و هذا يفهم ضمناً حيث لم يقل المشرع "إلا في الحالات التالية" كما فعل المشرع الأردني، بل جاء فيها "بناءً على الأسباب التالية"، كما أنه من الناحية المنطقية و الواقعية فإنه قد تقع حالات غير تلك المنصوص عليها في المادة (43) و يمكن أن تصلح هذه الحالات لتقديم طلب الطعن، و ما يدعوا للإطمئنان أن القرار الأول و الأخير يرجع إلى المحكمة المختصة في تقرير قبول من رفض تلك الحالات، و لا يقلل ذلك من شأن إمكانية توسع طرف سيء النية في تقرير حالات جديدة لتقديم طلب الطعن و ذلك لمد أمد التحكيم، خصوصاً أن المشرع الفلسطيني لم يحدد مدة معينة للمحكمة المختصة لإصدار قرار بقبول أو رفض طلب الطعن، و برأينا فإن هذا يشكل قصوراً كان يجب على المشرع الفلسطيني تلافيه بالنص على مدة معينة تصدر خلالها المحكمة المختصة قرارها المتعلق بالطعن، و يجد هذا الرأي صده عند جانب من الفقه⁴⁸⁸ حيث تم توجيه إنتقادات شديدة للمشرعين الذين حددوا هذه الحالات على سبيل الحصر، بدعوى أنها لا تتسع لجميع الحالات التي يمكن أن تلحق قرار التحكيم من أسباب الأخطاء المرتكبة و التي تؤدي إلى بطلانه، كما أن هنالك حالات تسمح في حال حدوثها إلى الطعن بالقرار التحكيمي عن طريق إعادة المحاكمة و على سبيل المثال "إذا

⁴⁸⁷ أنظر في ذلك عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 209.
⁴⁸⁸ أنظر مجموع الإنتقادات ممدوح عبد العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج -دراسة مقارنة-، مرجع سابق، ص 239-240.

بني الحكم على غش أو على ورقة ثبت تزويرها بعد الحكم"، و بالإضافة إلى ذلك فإن تلك الحالات لا تتسع لحالات الخطأ في تطبيق القانون التي كان يمكن أن يتم تصحيحها عن طريق الطعن بقرار التحكيم.

هذا و بعد أن تعرفنا على الدور القضائي فيما يتعلق بالطعن بقرار التحكيم، فإننا سننتقل بالحديث في موضوع على درجة من الأهمية ألا وهو دور المحكمة في إصدار أمر بتنفيذ قرار التحكيم و ذلك من خلال المطلب القادم .

المطلب الثالث

دور المحكمة في الإعراف وإصدار أمر بتنفيذ قرار التحكيم

إن الدور القضائي الرقابي المباشر و اللاحق على قرار التحكيم لا ينتهي بمجرد نظر القضاء في الطعن بقرار التحكيم على النحو السالف الذكر، و إنما يمتد إلى مراحل أبعد من ذلك، ولعل المرحلة التالية للطعن تتمثل في الدور الرقابي اللاحق على قرار التحكيم والمتمثلة في الأمر بتنفيذ القرار التحكيمي. ولعل الهدف من وراء الرقابة القضائية فيما يتعلق بهذه الجزئية، يكمن في التأكد من أن قرار التحكيم قد راعى الشروط التي يتطلبها القانون الوطني من أجل الإعراف بهذا القرار التحكيمي وتنفيذه والذي يبني على تقديم الطلب بالتنفيذ من قبل المحكوم له لإصدار أمر بتنفيذه⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ حفيفة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 321.

إن مبدأ حسن النية يقتضي أن يقوم الأطراف بتنفيذ قرار التحكيم بطريقة إختيارية كونهم ذهبوا إلى التحكيم بصورة إختيارية ناهيك عن إرتباط الأطراف بإتفاق التحكيم⁴⁹⁰، إلا أن هذه الصورة المشرقة لا تتوافر دائماً عند تنفيذ قرار التحكيم، حيث أنه من الممكن رفض الطرف الصادر ضده قرار التحكيم، وفي حال حدث ذلك لا بد من القيام بعملية التنفيذ الجبري والذي يتم عن طريق القضاء العادي في الدولة، ومن هنا يبدأ الدور القضائي الرقابي والمتعلق بالأمر بالتنفيذ.

وبالرغم من الدور القضائي الهام و الفعال في مسألة التنفيذ، إلا أنه يمكننا القول أن هذا الدور يبقى منقوصاً و ذلك كون المشرع الفلسطيني لم ينص صراحة على الحالات التي يمكن للمحكمة في حال وجودها أن تقضي ببطلان قرار التحكيم من تلقاء نفسها كما فعل مشرعون آخرون سبق الإشارة إليهم، بل نص قانون التحكيم الفلسطيني بموجب المادة (43) سالفه الذكر بشكل واضح أن هذا الطلب يقدم من قبل الطرف دون الإشارة إلى أي دور للمحكمة من تلقاء نفسها.

تبعاً لما ذكر أعلاه فإنه يمكننا القول أن الصيغة التنفيذية ما هي إلا دليل على صلاحية قرار التحكيم للتنفيذ، ولعل معظم التشريعات التحكيمية قد أوجبت صدور الأمر بالتنفيذ من قبل المحكمة المختصة وذلك قبل تذييل القرار التحكيمي بهذه الصيغة، وبهذه المثابة فإنه يمكننا القول أن قرار المحكم لا يقبل التنفيذ الجبري ما لم تصدر المحكمة المختصة الأمر بتنفيذه، إستناداً إلى سلطة القاضي الولائية⁴⁹¹.

عالج قانون التحكيم الفلسطيني موضوع دور المحكمة في تصديق قرار التحكيم و تنفيذه بموجب المواد (45- 53) منه، خص المواد (48-49) بقرارات التحكيم الأجنبية. تبعاً لذلك فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخص الفرع الأول فيما يتعلق برقابة المحكمة لتنفيذ قرارات التحكيم الوطنية، فيما نخص الفرع الثاني في رقابة المحكمة لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

⁴⁹⁰ عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 215.

⁴⁹¹ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مرجع سابق، ص 291.

الفرع الأول: رقابة المحكمة لتنفيذ قرارات التحكيم الوطنية

نصت الفقرة الأولى من المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " إذا انقضت المدة المنصوص عليها في المادة (44) من هذا القانون دون الطعن في قرار التحكيم تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف قراراً بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية، ويكون قرار المحكمة نهائياً، وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم"⁴⁹²، و بذلك فإذا صدر قرار التحكيم من قبل الهيئة، يبقى للأطراف الحق في الطعن في هذا القرار خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه⁴⁹³، و في حال انقضت هذه المدة دون تقديم أي طعن في قرار التحكيم من قبل الأطراف فإن المحكمة المختصة تصدر قراراً بتصديقه وإكسابه الصيغة التنفيذية في حال طلب منها أحد الأطراف ذلك، و يكون قرار المحكمة نهائياً، و هو بهذه المثابة يتمتع بطريق التنفيذ الجبري كونه سنداً تنفيذياً كما لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن كما يكون حائزاً على حجية الأمر المقضي به، و ينفذ قرار المحكمة المختصة بنفس الطريقة التي تنفذ بها قرارات المحاكم، و يفهم من ذلك أن هذا الحكم سينفذ عن طريق دائرة التنفيذ (دائرة الإجراء سابقاً) و يخضع لتلك الإجراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ الفلسطيني⁴⁹⁴.

وأما في حال تقديم طلب الطعن خلال المدة القانونية السابق ذكرها فإن يكون قرار المحكمة على إحدى فرضين، إما أن ترفض المحكمة هذا الطلب بعد دراسته، وإما قبوله.

و أما في حال رفضت المحكمة المختصة طلب الطعن فإنها تقرر صحة القرار التحكيمي و إكسابه الصيغة التنفيذية⁴⁹⁵، و ينفذ بنفس الطريق الذي تنفذ بها قرارات المحاكم، و أما الصورة الثانية و هي

⁴⁹² تقابلها المادة (51) من قانون التحكيم الأردني، حيث جاء فيها " اذا قضت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها ان تامر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعياً , و اذا قضت ببطلان حكم التحكيم فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القطعي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم"

⁴⁹³ الفقرة الأولى من المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴⁹⁴ أنظر على وجه الخصوص المواد (36-38) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.

⁴⁹⁵ الفقرة الثانية من المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني.

قبول الطعن في حال وجدت المحكمة المختصة إحدى الحالات الموجبة للطعن و السابق ذكرها، فإنها تقرر فسخ القرار التحكيمي، و يكون لها جوازيماً أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم في النقاط التي تحددها المحكمة⁴⁹⁶، ونحن نؤيد هذا التوجه فيما يحققه من إنقاذ المسيرة التحكيمية وإحقاق الحق لأصحابه.

و بالنظر إلى تشريعات التحكيم القارئة وخصوصاً القانون المصري والأردني فإننا نلاحظ إختلاف فيما بينها و بين قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق بإمكانية الطعن بالقرار الصادر عن المحكمة المختصة و المتعلق بالتنفيذ من رفض التنفيذ، و بموجب قانون التحكيم الأردني فإنه لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم أما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز⁴⁹⁷، و أما قانون التحكيم المصري فنص على أنه "لا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره"⁴⁹⁸، و أما المشرع الفلسطيني فقد جاء بحكم مغاير حيث سمح للأطراف الحق في إستئناف القرار الصادر عن المحكمة المختصة، حيث نصت المادة (46) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه " مع مراعاة أحكام المادة (44) من هذا القانون بشأن المواعيد تسري على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة قواعد وإجراءات الإستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها"، وبالتالي لم يفرق المشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم بين الأمر بالتنفيذ أو رفض التنفيذ، حيث يفهم ضمناً من المادة (46) سالفه الذكر أنه يحق للأطراف إستئناف القرار الصادر عن المحكمة المختصة بغض النظر عما إذا كان بالقبول أو الرفض، و برأينا فإن المشرع الفلسطيني قد أصاب في ذلك، كون أن قرار المحكمة المختصة سواءً بالقبول أو الرفض يمس مصالح الأطراف على حد سواء، وبالتالي فإن السماح للأطراف إستئناف قرار المحكمة سواء كان

⁴⁹⁶ الفقرة الثالثة من المادة (45) من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁴⁹⁷ حيث نصت المادة (54 / ب) من قانون التحكيم الأردني على أنه " لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم اما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه امام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ ويترب على تصديق القرار الصادر برفض الامر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم".

⁴⁹⁸ الفقرة الثالثة من المادة (58) من قانون التحكيم المصري.

بالقبول أو الرفض فإنه يكون أكثر عدالة وأكثر حماية لمصالح الأطراف، ولا نقل هنا من السلبية المتعلقة بإطالة أمد التحكيم عن طريق سلوك أكثر طريق من طرق الطعن خصوصاً إذا تم إستعمال هذا الحق من طرف سيء النية.

الفرع الثاني: رقابة المحكمة لتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية

فيما يتعلق بقرارات التحكيم الأجنبية التي يطلب تنفيذها أمام المحاكم الفلسطينية، فقد أعطى المشرع الفلسطيني للمحكمة المختصة رفض تنفيذ هذا القرار من تلقاء نفسها في حالتين⁴⁹⁹: الأولى إذا ما كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين، و الثانية إذا كان القرار لا يتفق و المعاهدات و الإتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين.

كما أجاز قانون التحكيم الفلسطيني للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة عدم التنفيذ في حال توافر أحد الأسباب التالية⁵⁰⁰: 1- إذا أثبت للمحكمة توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة (43) من هذا القانون. 2- إذا أثبت أن القرار قد أطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه. 3- إذا أثبت المحكوم عليه أن القرار المراد تنفيذه قد استؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه بعد فعلى المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف. 4- إذا كانت إحدى محاكم فلسطين قد أصدرت حكماً يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

وأخيراً فمن النقاط الهامة الملفتة للنظر فيما يتعلق بدور القضاء في المصادقة على قرار التحكيم وتذييله بالصيغة التنفيذية هي ما يتعلق بتحديد حدود صلاحية القاضي أثناء نظره لطلب المصادقة على قرار التحكيم خاصة فيما يتعلق بالمسائل التي يجوز للقاضي إثارتها والإعترض عليها، فغياب نص واضح

⁴⁹⁹ المادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني.

⁵⁰⁰ المادة (49) من قانون التحكيم الفلسطيني.

وصريح لدور القاضي في ذلك فتح ويفتح الباب لتفسيرات وتأويلات مختلفة تؤدي وأدت إلى إختلاف قرارات المحاكم المتعلقة باكساب قرارات التحكيم الصيغة التنفيذية.

الخاتمة

تناولت هذه الدراسة أحد الوسائل الإستثنائية الهامة لحل النزاعات خارج إطار القضاء النظامي الا وهو التحكيم من حيث دور المحكمة المختصة في هذه العملية، وقد تم تناول هذه الجزئية من التحكيم من خلال محورين رئيسيين، تحدثنا في المحور الأول في دور المحكمة السابق على تشكيل هيئة التحكيم، فيما ناقشنا في المحور الثاني دور المحكمة اللاحق على تشكيل هيئة التحكيم. وقد خلصت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج والتوصيات كان من أهمها:

أ- النتائج

أولاً: أهمية التحكيم كطريق إستثنائي لفض المنازعات خارج إطار القضاء النظامي، ويعد التحكيم على علاقة طردية مع التطورات الإقتصادية بحيث كلما زادت التطورات الإقتصادية زاد تطور نظام التحكيم وزاد اللجوء إليه، وإن هذا الدور الهام للمحكمة المختصة جعل منها حالة جديرة بالبحث والدراسة.

ثانياً: إن للمحكمة المختصة دور كبير فاعل مساعد ورقابي في جميع مراحل العملية التحكيمية، بحيث يشكل تدخل المحكمة حلقة كاملة يدور في فلكها التحكيم -ان صح القول- بحيث يكون للمحكمة المختصة هذا الدور الإشرافي والرقابي المساعد لحماية فاعلية التحكيم، في الوقت الذي يحترم فيه مبدأ سلطان الإرادة ويغطي جميع آثاره. ومن هنا نستطيع القول أن العلاقة ما بين القضاء والتحكيم بالإضافة لما ذكر أعلاه، هي علاقة تكاملية بامتياز

ثالثاً: بالرغم من أن قانون التحكيم الفلسطيني هو قانون حديث ومتقدم بالنسبة لغيره من القوانين التحكيمية المقارنة، إلا أنه بدى لنا أن المشرع الفلسطيني قد وقع في مجموعة من النواقص التشريعية وبعض القصور الذي لا بد له من إعادة النظر فيه وتعديله.

رابعاً: يؤخذ على المشرع الفلسطيني أنه لم يكن يلتفت في بعض المواضع إلى مواد هامة مذكورة في القوانين التي استقى منها مواده والتي هي على درجة كبيرة من الأهمية، والتي هي في الغالب تم وضعها لتلائم التطور الإقتصادي العالمي الحديث.

كانت تلك أهم النتائج التي خلصت إليها هذه الدراسة، والتي تبين لنا الحجم الكبير لأهمية التحكيم والذي يعكس بأهميته على الجزئية المتعلقة بدور المحكمة في عملية التحكيم، وإذا كانت هذه النتائج تثري دراستنا هذه، فلا بد من إتباع هذه النتائج بمجموعة التوصيات التي خلصت بها هذه الدراسة ومن أهمها:

أولاً: إعادة النظر في المادة 20 من قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، بحيث يعطي دور للأطراف في الإتفاق على تحديد موعد بدء الإجراءات عملاً بمبدأ سلطان الإرادة كون الأفراد أدرى بمصالحهم، كما يجب عليه تحديد موعد انتهاء الإجراءات بشكل صريح لضمان ميزة السرعة في التحكيم إضافة إلى جزئيته الخاصة بالمدد خصوصاً تلك المتعلقة بالطعن في قرار التحكيم.

ثانياً: ضرورة أن يقوم المشرع الفلسطيني بمنح هيئة التحكيم صلاحية إنهاء اجراءات التحكيم في حال رأت عدم جدوى استمرار اجراءات التحكيم او استحالتها، حينها يستطيع الطرف المتضرر اللجوء الى القضاء وهو بذلك يحقق التوازن ما بين ميزة سرعة التحكيم وما بين عدم منح الطرف سيء النية مجال لاستغلال هذه العملية.

ثالثاً: يجب على المشرع الفلسطيني تدارك الخطأ الشكلي بموجب المادة (5/1) من قانون التحكيم الفلسطيني بحيث يقوم بالنص على الجهة المحال اليها المنازعات وهي هنا (هيئة التحكيم) حيث نص على تلك الإحالة دون تحديد الجهة المحال إليها.

رابعاً: إعادة النظر في نص المادة (5/5) بحيث تضاف عليها عبارة "إذا كان الشرط صحيح في ذاته" بحيث تصبح على النحو الآتي "يعتبر شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو إنتهائه إذا كان الشرط صحيح في ذاته".

خامساً: ضرورة أن ينص المشرع الفلسطيني صراحة على بسط سلطة اتخاذ الاجراءات الوقتية او التحفظية للقضاء قبل تشكيل هيئة التحكيم كما فعل المشرع المصري والأردني.

سادساً: إعادة النظر فيما يتعلق أولاً بطبيعة الطلب الذي يقدم إلى المحكمة المختصة وثانياً قاعدة الشفع التي أخذ بها في تشكيل هيئة التحكيم وثالثاً موضوع تحديده للمحكمة المختصة، بحيث يقوم بشكل واضح وصريح بتحديد طبيعة هذا الطلب المقدم إلى المحكمة المختصة هل يكون على شكل استدعاء أم لائحة دعوى أم غير ذلك، بالإضافة إلى ضرورة إعتداد المشرع الفلسطيني لقاعدة الوترية في تشكيل هيئة التحكيم وذلك للأسباب السابق ذكرها في هذه الرسالة، وأخيراً لا بد من المشرع الفلسطيني أن يقوم بإعادة النظر في الجزئية المتعلقة بالمحكمة المختصة، بحيث بتحديدتها في محكمة واحدة تكون صاحبة الصلاحية بنظر قضايا التحكيم وذلك للأسباب والمبررات التي سقناها في خضم هذا البحث، ونضيف

إلى ذلك ضرورة إعادة النظر في الجزئية المتعلقة بالمحكمة المختصة في حال كان التحكيم أجنبي لمنطقة الضفة الغربية حيث يجب إعادة صياغة المادة لتتلائم مع الواقع العملي بعيداً عن البعد السياسي لمراعاة مصالح المواطنين كما تم ذكره خلال هذه الدراسة.

سابعاً: ضرورة وضع سقف زمني لعملية تعيين المحكم من قبل أحد الأطراف في حال كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من طرفه وذلك بعد تسلمه طلب بذلك كما فعل الشرع الأردني والمصري والتونسي، وباعتقادنا أن في ذلك اضافة لجدية التحكيم ونوع من تنظيم عملية التحكيم، ناهيك عن كون ذلك يشكل حماية مباشرة للطرف حسن النية من الطرف سيء النية لضمان عدم تبديد واسراف الوقت في عملية التعيين والتي يمكن استكمالها بقصد المماثلة من الطرف سيء النية.

كما يجب على المشرع الفلسطيني ان يضع سقف زمني للمحكمن في حال كان عليهم تعيين مرجح وان ينص على ان يكون هذا المرجح رئيساً لهيئة التحكيم.

ثامناً: ضرورة اضافة حالة جديدة على مجموع الحالات التي ذكرها المشرع الفلسطيني بموجب المادة (11) من قانون التحكيم بحيث يتم منح الاطراف الحق باللجوء الى القضاء طلباً للمساعدة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم في حال رفض الشخص او المؤسسة المتفق عليها في اتفاق التحكيم لتقوم بهذه المهمة او اغلاق هذه المؤسسة على سبيل المثال او وفاة شخص المحكم المتفق على تسميته في اتفاق التحكيم.

تاسعاً: ضرورة إعادة النظر في المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم في الجزئية المتعلقة بوجود أن يكون المحكم المقيد في قوائم وزارة العدل هو فلسطيني الجنسية، كون أن التحكيم في فلسطين يمكن أن يكون دولياً، وفي هذه الحالة فإن أطراف العلاقة غالباً ما يحرصوا على أن لا يكون المحكم من جنسية أحد الخصوم وذلك ضماناً لحيدته وإستقلاله وبموجب النص الفلسطيني، فإنه حتماً

سيكون المحكم في حال تم إختياره من قبل المحكمة هو فلسطيني الجنسية، ونحن برأينا كان من الأفضل عدم النص على هذا الشرط أو إستثناء حالة التحكيم التجاري الدولي، طبقاً للإعتبار أعلاه.

عاشراً: ضرورة إضافة مادة هامة غفل المشرع الفلسطيني عن ذكرها توجب القضائي في عملية تشكيل هيئة التحكيم اثناء السير في الخصومة التحكيمية وهي حالة اذا ما تعذر على المحكم اداء مهمته او لم يباشرها أو إنقطع عن أدائها مما يؤدي إلى تأخير غير مبرر في إجراءات التحكيم، وتضفي هذه الحالة حماية جديدة لإتفاق وعملية التحكيم ويا حبذا لو نص المشرع الفلسطيني على هذه الحالة.

إحدى عشر: ضرورة أن يمنح المشرع الفلسطيني بموجب قانون التحكيم بشكل واضح ومباشر الحق لهيئة التحكيم في طلب العون القضائي لإجبار الخصم بتقديم مستند تحت يده في حال رفض قرار هيئة التحكيم في ذلك، وهذا ما نص عليه المشرع التونسي أو يعطي الحق لأحد الأطراف باللجوء إلى القضاء بعد موافقة هيئة التحكيم كما جاء في القانون النموذجي.

إثني عشر: لا بد من إضافة حالة إمتناع الشاهد عن الإجابة على الأسئلة الموجهة إليه كسبب إضافي لطلب العون القضائي بشكل صريح وذلك بالاضافة إلى حالة رفض الشاهد دعوة هيئة التحكيم في المثل أمامها، وهذا ما تنبه إليه المشرع المصري.

ثالث عشر: ضرورة عدم حصر طلب الإنابة القضائية في مسألة سماع الشاهد، حيث كان الأجدر به إضافة حالات اخرى يمكن لهيئة التحكيم ان تطلبها غير سماع الشاهد كاستجواب الخصوم او اعمال المعاينة لمال او غير ذلك، (بمعنى انه كان الاجدر به ان يترك المجال مفتوح امام هيئة التحكيم دون تحديد ذلك بالإنابة القضائية).

وأخيراً لا بد لنا من التنويه إلى ضرورة أن يتنبه المشرع الفلسطيني من أن اللائحة التنفيذية هي لتفسير القانون وتوضيحه حيث تبين لنا في أكثر من موضع أن المشرع الفلسطيني قد جاء بمواد جديدة في اللائحة التنفيذية لا وجود لها في متن القانون وذلك في عدة مواضع.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر:

- 1- القانون الأساسي الفلسطيني المعدل، الوقائع الفاسطينية، العدد الممتاز 2، بتاريخ 19/3/2003.
- 2- قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000، منشور في العدد الثالث و الثلاثون من الوقائع الفلسطينية، الصفحة 5.
- 3- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، الجريدة الرسمية "الوقائع"، رقم 16، الصادر في 10 ذي القعدة سنة 1414 هـ ، بتاريخ 21 أبريل سنة 1994، صفحة 3-20.
- 4- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، الجريدة الرسمية، عدد 4496، صفحة 2821، بتاريخ 16/7/2001.
- 5- قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993، مجلة التحكيم، الرائد الرسمي عدد 33، 4 مايو 1993، صفحة 580، بتاريخ 26/4/1993.
- 6- قانون التحكيم الكويتي (قانون المرافعات المدنية و التجارية رقم 38 لسنة 1980) بتاريخ 4/6/1980.
- 7- قانون التحكيم القطري (قانون المرافعات المدنية و التجارية) رقم 13 لسنة 1990، الجريدة الرسمية القطرية، العدد الثالث عشر، بتاريخ 1/9/1990.
- 8- قانون التحكيم السوري (قانون أصول المحاكمات المدنية)، المرسوم الإشتراعي رقم 84 بتاريخ 28/9/1952.

- 9- قانون التحكيم العراقي رقم 83 لسنة 1969 (قانون المرافعات المدنية و التنفيذ)، الوقائع العراقية عدد 1766، بتاريخ 10/8/1969.
- 10- نظام التحكيم السعودي
- 11- قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992 ، المنشور في الجريدة الرسمية الإماراتية، عدد رقم 235، الصادر بتاريخ 8/3/1992.
- 12- وثيقة المنامة للنظام (القانون) الموحد للإجراءات المدنية - المرافعات - دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، موجودة على رابط <http://www.gcc-sg.org> .
- 13- قانون التحكيم الليبي، قانون المرافعات المدنية و التجارية، موجود على موقع <http://www.books6.com/view-303.html> .
- 14- قانون التحكيم الجزائري لعام 1993، مرسوم تشريعي رقم 9/93، صادر بتاريخ 25/4/1993.
- 15- مشروع القانون العربي الموحد للإجراءات المدنية، موجود على رابط http://arabic.mjjustice.dz/liguearabe/loi_alg_proc_civile/loi_alg_proc_civile.htm
- 16- مجلة الأحكام العدلية العثمانية.
- 17- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 بالتعديلات التي أعتمدت عام 2006.
- 18- إتفاقية واشنطن 1965.
- 19- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.
- 20- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 1998.
- 21- قواعد لجنة الأمم المتحدة (يونسترال) لعام 1976.
- 22- قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000، الوقائع الفلسطينية، عدد 50، بتاريخ 29/8/2004.
- 23- قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد الثامن و الثلاثون، منشور بتاريخ 5/9/2001.
- 24- قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني رقم (3) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية، العدد الثامن و الثلاثون، بتاريخ 12/5/2001.
- 25- قانون البيئات رقم (4) لسنة 2007، الوقائع الفلسطينية، العدد الثامن و الثلاثون، بتاريخ 5/9/2001.
- 26- المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى و التشريع، 2003، الكتاب الأول، ص 183.
- 27- قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005.

- 1- آدم وهيب النداوي، شرح القانون المدني- العقود المسماة في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 1999.
- 2- أبو العلا علي أبو العلا النمر، النظام القانوني للتدابير الوقائية و التحفظية في مجال التحكيم، دراسة عملية لأهم الصيغ التحكيمية طلبات الأوامر على عرائض - مذكرات الدفاع - أحكام التحكيم الداخلية و الدولية، دار النهضة العربية، 2005.
- 3- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء و بالصلح، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية،
- 4- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم و إجراءاته، الطبعة الثانية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1974
- 5- أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، الطبعة الأولى، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 6- أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 7- أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية، 2004.
- 8- أشرف عبد العلي الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
- 9- أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2003.
- 10- أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دراسة في قضاء التحكيم، دار الكتب القانونية، 2006.
- 11- أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد و الإرادة المنفردة)، الجزء الأول، دار الشروق للنشر، رام الله 2004.
- 12- أمين دواس، دور المحكمة المختصة في تعيين المحكم و رده، مادة تدريبية مقدمة في ورشة تدريبية لنقابة المحامين الفلسطينيين، شباط - نيسان 2007.
- 13- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، الطبعة الثانية، المكتب القانوني، 1998.
- 14- إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث.
- 15- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006.
- 16- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- 17- حفيظة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، 1996.
- 18- حفيظة السيد حداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996،

- 19- رضا المزغني، وعبد المجيد عيوذه، التفسير القضائي في القانون المدني، معهد الادارة العامة ادارة البحوث، المملكة العربية السعودية، 1989.
- 20- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، الدار الجامعية، الإسكندرية، دون طبعة، 1999.
- 21- سيد أحمد محمود، نظام التحكيم " دراسة مقارنة بين التشريعات الإسلامية و القانون الوضعي الكويتي "، دون دار نشر.
- 22- شفيق طعمة، التحكيم في قانون أصول المحاكمات السوري، دار الصفدي للنشر، دمشق، دون سنة نشر.
- 23- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 1997.
- 24- عادل محمد خير، حجية و نفاذ أحكام المحكمين و إشكالاتها محلياً و دولياً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 25- عاطف النقيب، نظرية العقد، عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، 1988.
- 26- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، 2002.
- 27- عبد الحميد الأحذب، التحكيم في البلاد العربية، الجزء الثاني، نوفل للنشر، دون سنة نشر.
- 28- عبد الحميد الأحذب، التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول، نوفل للنشر، دون سنة نشر.
- 29- عبد الحميد الشواربي، التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و القضاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية 2000.
- 30- عبد الباقي، عبد الفتاح ، دروس في مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، دون سنة نشر.
- 31- عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم الداخلي و الدولي، دون دار نشر، جمهورية مصر العربية، 2000.
- 32- عبد الله غزلان، مجموعة الأحكام القضائية و المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله في الدعاوى المدنية منذ نشأتها حتى تاريخ 31/12/2006، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 2007.
- 33- عبد الهادي عباس و جهاد هواش، التحكيم، التحكيم الإختياري - التحكيم الإلزامي - التحكيم في المنازعات الدولية - التحكيم في التجارة الدولية، دون دار نشر، الطبعة الأولى، 1982.
- 34- عثمان التكروري، الوجيز في أسس التحكيم المحلي و الدولي، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2001.
- 35- علي الشحات الحديدي، التدابير الوقئية و التحفظية في التحكيم الإختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- 36- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية 32 عبد الخالق ثروت، القاهرة 1997.
- 37- علي سيد قاسم، نسبية إتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء و قرارات المحكمين، دار النهضة العربية للنشر، 2000.
- 38- فاروق يونس أبو الرب، المدخل في شرح قانون أصول المحاكمات المدنية و التجارية الفلسطينية رقم 2 لسنة 2001 ، الطبعة الأولى ، رام الله ، 2002 .
- 39- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاء في القواعد و الإتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية مع الإشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2006.
- 40- محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 41- محمد نور شحاتة، الرقابة على أحكام المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 42- محمود عمر السيد التحتوي، التحكيم بالقضاء و التحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف بالأسكندرية، 2002.
- 43- محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين و قيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية للنشر، 1999.
- 44- مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 1999.
- 45- مصطفى محمد الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 1998.
- 46- عكاشة عبد العال، الإنابة القضائية في نطاق العلاقات الخاصة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994.
- 47- ممدوح عبد العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي الأسباب و النتائج -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية.
- 48- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1996.
- 49- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، الطبعة الأولى، دون دار نشر، القاهرة، 2005.
- 50- مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2005.

- 51- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.
- 52- ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، دون دار نشر، غزة/ فلسطين، 2001.
- 53- هشام خالد، جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (مزاياه و أضراره)، من دون دار نشر، 2004.
- 54- هشام خالد، أولويات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، 2004.

الدوريات

- 1- محمد سليم العوا، بحث بعنوان إجراءات التحكيم في القانون المصري، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001.
- 2- د.أحمد محمود أحمد، سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية و الأوامر في القانون المقارن و الكويتي و المصري، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت.
- 3- جورج حزبون، معوقات التحكيم ودور الرقابة القضائية التالية على إنتهاء إجراءاته، بحث منشور في مجلة دراسات العلوم الإنسانية، المجلد (21) أ، العدد (2)، 1994.

الرسائل والأطروحات الجامعية

- 1- باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم و آثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
- 2- لافي محمد موسى داركة، إتفاق التحكيم في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 1997.
- 3- عبد الله خليل الفراء، الدفع بالقضية المحكمة و أثره على الدعوى القضائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، 2001.
- 4- أنس محمود محمد ارفاعية، تنازع القوانين في إجراءات التحكيم "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2004.

قرارات قضائية

- 1- قرارات محكمة النقض مجلة نقابة المحامين مجموعة أحكام محكمة النقض، المكتب الفني، ج 1 س 37.
- 2- قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، منشورات مركز عدالة، منشورات مركز عدالة، برنامج كمبيوتر متوفر في مكتبة معهد الحقوق - جامعة بيرزيت.
- 3- قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية، عدد مجلة نقابة المحامين الأردنيين رقم 9 بتاريخ 1/1/1994 .

مواقع و روابط على شبكة الإنترنت

- www.arablawinfo.com -1
 www.unidroit.org -2
 www.droitcivil.over-blog.com -3
 www.aleqt.com -4
 www.llrx.com/features/Arbitration -5
 http://www.durbah.com/vb/t53646.html ، -6
 http://www.lawjo.net/vb/showthread.php?t=2808 -7
 . ___/http://www.4shared.com/file/49232546/6b8d78d6 -8
 www.adaleh.com -9
 http://www.gcc-sg.org -10
 http://www.books6.com/view-303.html -11
 http://arabic.mjjustice.dz/liguearabe/loi_alg_proc_civile/loi_alg_proc_civile.htm-12

مراجع باللغة الانجليزية

- 1- Jean M. Wenger, Update to International Arbitration: Locating The Resources, No 1 Introduction 17 September 2001.
- 2- Bernardo, M. Cremades The Impact of International Arbitration on the Development of Business Law. The American Journal Of Comparative Law, Vol. 31, November, 3. Summer 1983.
- 3- Issak Dore. The UNCITRAL Framework For Arbitration In Contemporary Perspective. Graham & Trotman. London 1993.
- 4- Broches, A. Commentary on the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration, Kluwer Law and Taxation Publisher, Deventer. Boston, 1990.
- 5- Huleatt-James, M. & Gould, N., International Commerical Arbitration: A Handbook 2nd ed., LLP-London . Hong Kong 1999.
- 6- Fraser. Davidson. Arbitration, Sctotish Universities Law Institute. LTD. Edinburgh W. Green 2000.

