



# التدكيم الداخلي والدولي

في ظل قانون التدكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000  
"دراسة مقارنة"

المحامي الدكتور

يوسف محمد شندي

الطبعة الثانية (كتاب محكم علمياً)



BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration



❖

# التحكيم الداخلي والدولي

المحامي الدكتور

يوسف محمد شندي





BIRZEIT UNIVERSITY

كلية الحقوق والإدارة العامة

Faculty of Law and Public Administration

سلسلة المناهج الدراسية (1)

التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 (دراسة مقارنة)

يوسف محمد شندي

شباط/ فبراير 2015

الطبعة الثانية

© جميع حقوق الطبع محفوظة

ISBN: 978-9950-318-48-9

وحدة البحث العلمي والنشر

كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت

ص.ب: 14، بيرزيت - فلسطين

هاتف: +972(2)2982050

فاكس: +972(2)2982048

بريد إلكتروني: flpa@birzeit.edu

الصفحة الإلكترونية: www.birzeit.edu

إن محتويات هذا الكتاب، والآراء الواردة فيه، هي من مسؤولية المؤلف، ولا تعبر بحال من الأحوال عن اتجاهات تبناها كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت (الناشر) أو الإتحاد الأوروبي (الممول)



292877

# التحكيم الداخلي والدولي

في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000

«دراسة مقارنة»



يوسف محمد شندي

أستاذ القانون الخاص في جامعة بيرزيت

والمحكم المعتمد وعضو «تاج» للمحاماة والدراسات القانونية

2015

(الكتاب علمي ومحكم، تنطبق عليه معايير البحث المنشور والمقيم)

11/1/2015

أهل من شؤون أكاديمية

KMM

682.9

A312

S45

2015

## شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى كلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، ممثلة بعميدها السابق الدكتور صالح عبد الجواد وعميدها الحالي الدكتور عاصم خليل، وإلى لجنة البحث العلمي على كل ما قدموه لي من دعم مالي ومعنوي طوال فترة إعداد هذا الكتاب. والشكر موصول للمشروع الفرنسي الذي مول إعداد هذا الكتاب.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء «تاج» للمحاماة والدراسات القانونية، على مساهمتهم في مراجعة هذا الكتاب، وللزميل الأستاذ رشاد توام، منسق وحدة البحث العلمي والنشر، لإشرافه على إخراج هذا الكتاب.

## قائمة المحتويات

13.....	المقدمة
15.....	<b>الفصل التمهيدي: ماهية التحكيم</b>
16.....	المبحث الأول: مفهوم التحكيم
16.....	المطلب الأول: تعريف التحكيم
17.....	الفرع الأول: التحكيم وسيلة بديلة لحسم المنازعات
19.....	الفرع الثاني: التحكيم وسيلة اتفاقية لحسم المنازعات
19.....	الفرع الثالث: التحكيم نظام قانوني
19.....	الفرع الرابع: التحكيم نظام قضائي
21.....	الفرع الخامس: التحكيم نظام آني أو مؤقت
21.....	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم
21.....	الفرع الأول: النظرية العقدية
23.....	الفرع الثاني: النظرية القضائية
23.....	الفرع الثالث: النظرية المختلطة
23.....	الفرع الرابع: النظرية الذاتية أو المستقلة
25.....	المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن غيره
25.....	الفرع الأول: التفريق بين التحكيم والخبرة
28.....	الفرع الثاني: التفريق بين التحكيم والصلح
30.....	الفرع الثالث: التفريق بين التحكيم والتوفيق والوساطة
32.....	الفرع الرابع: التفريق بين التحكيم والمحاكمة المصغرة والرأي المحايد
34.....	المبحث الثاني: أهمية التحكيم ومبررات وجوده
34.....	المطلب الأول: أهمية التحكيم
36.....	المطلب الثاني: المبررات العملية للتحكيم
37.....	الفرع الأول: الفاعلية
38.....	الفرع الثاني: التخصص والكفاءة الفنية
41.....	الفرع الثالث: السرعة وسهولة ومرونة الإجراءات
41.....	الفرع الرابع: السرية
42.....	الفرع الخامس: المحافظة على العلاقات المستقبلية بين الأطراف
44.....	الفرع السادس: تكاليف التحكيم



45	المبحث الثالث: أنواع التحكيم.....
45	المطلب الأول: التحكيم المحلي والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي .....
45	الفرع الأول: التحكيم المحلي .....
45	الفرع الثاني: التحكيم الأجنبي .....
47	الفرع الثالث: التحكيم الدولي.....
53	المطلب الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي .....
55	<b>الفصل الأول: اتفاق التحكيم .....</b>
56	المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم.....
56	المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم .....
57	الفرع الأول: اتفاق التحكيم عقد .....
57	الفرع الثاني: اتفاق التحكيم يبتغي حسم نزاع .....
58	الفرع الثالث: اتفاق التحكيم قد يأتي سابقا أو لاحقا على نشوء النزاع .....
60	الفرع الرابع: اتجاه نية الاطراف لحسم النزاع عن طريق التحكيم .....
60	المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم .....
61	الفرع الأول: شرط التحكيم .....
72	الفرع الثاني: مشاركة التحكيم.....
76	المطلب الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم .....
77	الفرع الأول: الشروط الشكلية (الكتابة).....
79	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم .....
111	المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم .....
111	المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم .....
111	الفرع الأول: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدین .....
113	الفرع الثاني: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير .....
118	الفرع الثالث: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع (الطلبات العارضة) .....
120	المطلب الثاني: انقضاء اتفاق التحكيم .....
120	الفرع الأول: بطلان اتفاق التحكيم .....



121	الفرع الثاني: فسخ اتفاق التحكيم والتنازل عنه.....
122	الفرع الثالث: سقوط اتفاق التحكيم لعدم إمكانية إعماله .....
125	المبحث الثالث: استقلال اتفاق التحكيم.....
125	المطلب الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.....
126	الفرع الأول: ترسيخ قاعدة الاستقلال.....
132	الفرع الثاني: نطاق تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.....
135	الفرع الثالث: الشروط اللازمة لإعمال قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ..
139	المطلب الثاني: استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني.....
139	الفرع الأول: تطبيق قواعد التنازع على اتفاق التحكيم .....
142	الفرع الثاني: تأكيد وجود قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم.....
145	الفرع الثالث: تحديد نطاق القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم .....
151	<b>الفصل الثاني: هيئة التحكيم.....</b>
153	المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم .....
153	المطلب الأول: الإطار العام للشروط الواجب توافرها في المحكم.....
155	المطلب الثاني: الإطار التفصيلي للشروط الواجب توافرها في المحكم .....
155	الفرع الأول: أهلية المحكم .....
156	الفرع الثاني: كفاءة المحكم واختصاصه .....
157	الفرع الثالث: المحكم شخص طبيعي.....
158	الفرع الرابع: جنسية المحكم وديانته ولفته .....
160	الفرع الخامس: عدد المحكمين.....
164	المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم.....
165	المطلب الأول: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم .....
173	المطلب الثاني: التشكيل القضائي لهيئة التحكيم.....
174	الفرع الأول: شروط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم .....
177	الفرع الثاني: إجراءات التعيين القضائي.....



183	المبحث الثالث: مهمة التحكيم
183	المطلب الأول: قبول مهمة التحكيم
184	الفرع الأول: شرط الكتابة لقبول مهمة التحكيم
187	الفرع الثاني: القيمة القانونية لمستند مهمة التحكيم
188	المطلب الثاني: حياد واستقلال المحكم
193	المطلب الثالث: رد المحكمين وانتهاء مهمتهم
193	الفرع الأول: رد المحكمين
200	الفرع الثاني: انتهاء مهمة المحكم
203	المطلب الرابع: مسؤولية المحكم
204	الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمحكم
205	الفرع الثاني: المسؤولية التصديرية للمحكم
206	المبحث الرابع: اختصاص هيئة التحكيم
207	المطلب الأول: اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها
211	المطلب الثاني: إعمال قاعدة الاختصاص بالاختصاص
213	الفرع الأول: طبيعة الدفع بالتحكيم
218	الفرع الثاني: كيفية إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص
222	المطلب الثالث: الاستثناءات على قاعدة الاختصاص بالاختصاص
	الفرع الأول: استثناء متعلق بحالتي البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وعدم قابلية هذا الاتفاق للتطبيق
223	
225	الفرع الثاني: استثناء متعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية
227	<b>الفصل الثالث: إجراءات التحكيم</b>
229	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم
229	المطلب الأول: تحديد إجراءات التحكيم باتفاق الأطراف
231	المطلب الثاني: تحديد إجراءات التحكيم من قبل هيئة التحكيم
234	المطلب الثالث: تحديد إجراءات التحكيم في التحكيم المؤسسي
236	المبحث الثاني: تعيين مكان التحكيم



237	المطلب الأول: تعيين مكان التحكيم في التحكيم الحر أو العارض.....
237	الفرع الأول: تعيين مكان التحكيم باتفاق الأطراف .....
240	الفرع الثاني: تعيين مكان التحكيم من قبل هيئة التحكيم .....
240	المطلب الثاني: تعيين مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي أو المنتظم.....
243	المبحث الثالث: إجراءات خصومة التحكيم .....
243	المطلب الأول: بدء وسير إجراءات التحكيم .....
243	الفرع الأول: تقديم الطلبات واللوائح .....
244	الفرع الثاني: التبليغات والإخطارات.....
245	الفرع الثالث: مصاريف التحكيم.....
246	الفرع الرابع: جلسات التحكيم وحضور الأطراف وتغيبهم .....
247	المطلب الثاني: إجراءات التحقيق في خصومة التحكيم .....
249	الفرع الأول: لغة التحكيم.....
249	الفرع الثاني: طلب الشهود.....
250	الفرع الثالث: الخبرة والمعاينة.....
251	الفرع الرابع: الإجراءات التحفظية أو المستعجلة.....
252	الفرع الخامس: سلطة هيئة التحكيم في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات ..
252	الفرع السادس: إمكانية استعانة هيئة التحكيم بالمحكمة المختصة.....
253	المطلب الثالث: احترام المبادئ الأساسية للتقاضي .....
258	المطلب الرابع: مدى التزام هيئة التحكيم بمراعاة إجراءات التحكيم .....
261	<b>الفصل الرابع: قرار التحكيم .....</b>
263	المبحث الأول: صدور قرار التحكيم .....
263	المطلب الأول: القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع .....
264	الفرع الأول: تحديد القواعد الموضوعية باتفاق الأطراف .....
270	الفرع الثاني: تحديد القواعد الموضوعية من قبل هيئة التحكيم .....
274	الفرع الثالث: كيفية الفصل في موضوع النزاع في التحكيم بالصلح .....

282	المطلب الثاني: شروط صدور قرار التحكيم
282	الفرع الأول: شروط متعلقة بإصدار قرار التحكيم
287	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بشكل قرار التحكيم
302	الفرع الثالث: إعلان قرار التحكيم وتسليمه للأطراف وايداعه لدى المحكمة
305	المطلب الثاني: آثار قرار التحكيم
305	الفرع الأول: استنفاد ولاية هيئة التحكيم
312	الفرع الثاني: حجية قرار التحكيم
314	الفرع الثالث: القيمة القانونية لقرار التحكيم في الإثبات
315	الفرع الرابع: انعدام القوة التنفيذية لقرار التحكيم
316	المبحث الثاني: الطعن بقرار التحكيم
317	المطلب الأول: ماهية دعوى البطلان أو الفسخ
317	الفرع الأول: الطعن بالبطلان هو طعن من نوع خاص
319	الفرع الثاني: أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم محددة على سبيل الحصر
319	الفرع الثالث: إلزام الطاعن بالبطلان ببيان أسباب الطعن بالبطلان
320	الفرع الرابع: حكم التنازل عن الطعن بالبطلان
321	المطلب الثاني: أسباب الطعن ببطلان قرار التحكيم
322	الفرع الأول: فقدان أحد أطراف التحكيم أهليته أو نقصانها
323	الفرع الثاني: إصابة احد اعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الاهلية
323	الفرع الثالث: مخالفة قرار التحكيم للنظام العام
325	الفرع الرابع: بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته
	الفرع الخامس: إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه
326	الفرع السادس: إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم
333	الفرع السابع: إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع
337	المطلب الثالث: إجراءات الطعن بفسخ قرار التحكيم
338	الفرع الأول: الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الفسخ
338	



- الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم وكيفية تقديمه وميعاده ..... 340
- الفرع الثالث: الآثار المترتبة على صدور الحكم بطلب فسخ حكم التحكيم ..... 341
- الفرع الرابع: استئناف الحكم الصادر عن المحكمة المختصة بشأن الطعن بفسخ قرار التحكيم ..... 343
- المبحث الثالث: تنفيذ قرار التحكيم ..... 345
- المطلب الأول: شروط تنفيذ قرار التحكيم ..... 347
- الفرع الأول: شرط المعاملة بالمثل وعدم التناقض مع القوانين الفلسطينية وعدم إلحاق ضرر بالصلحة الوطنية العليا ..... 348
- الفرع الثاني: أن يكون قرار التحكيم نهائي حائزا لقوة الأمر المقضي به ..... 349
- الفرع الثالث: عدم تعارض قرار التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية ..... 350
- الفرع الرابع: عدم تعارض القرار مع النظام العام ..... 350
- الفرع الخامس: اختصاص محكمة التحكيم التي أصدرته وعدم اختصاص المحاكم الفلسطينية ..... 353
- الفرع السادس: أن يكون النزاع الصادر فيه قرار التحكيم قابلا للتسوية بطريق التحكيم ..... 354
- المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ قرار التحكيم ..... 355
- المطلب الثالث: رفض تنفيذ قرار التحكيم ..... 359
- الفرع الأول: انعدام أهلية الأطراف ..... 360
- الفرع الثاني: عدم صحة اتفاق التحكيم ..... 361
- الفرع الثالث: عدم احترام حقوق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم .. 361
- الفرع الرابع: مخالفة أو خلل في تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم ... 364
- الفرع الخامس: تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم ..... 364
- الفرع السادس: إذا كان قرار التحكيم غير نهائي أو أبطل أو أوقف تنفيذه ..... 365
- الفرع السابع: تعارض قرار التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية ..... 366
- 367



لقد جاءت فكرة إعداد هذا الكتاب من واقع تدريسي لمساقات التحكيم الداخلي والدولي لطلاب القانون في برنامجي البكالوريوس والماجستير في جامعتي بيرزيت والقدس. فعلى الرغم من صدور قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، إلا أنه لم يحظ حتى الآن بأية دراسة مستفيضة وشاملة لأحكامه، سوى عدد قليل جدا من الرسائل الجامعية التي تناولته بصورة جزئية، والتي لا تفي بالغرض لغايات التدريس لطلاب القانون في الجامعات الفلسطينية. هذا بالإضافة إلى الحاجة العملية لدراسة هذا القانون من جميع جوانبه، من أجل تزويد القاضي والمحكم والمحامي والباحث القانوني بمادة علمية متكاملة ومترابطة تحيط بمعظم الجوانب النظرية والعملية التي تطرح بمجال التحكيم الداخلي والدولي، خاصة في ظل شيوع التحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات، إلى جانب كل من الوساطة والتوفيق، بين أشخاص القانون العام والخاص على حد سواء.

ولتحقيق ذلك، سنتناول في هذا الكتاب التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، من خلال عرض المفاهيم الأساسية للموضوع، وتحليل نصوص قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، ومقارنتها بالنصوص الواردة في عدد من الاتفاقيات الدولية والاقليمية، كالقانون النموذجي لسنة 1985 وتعديلاته لسنة 2006، وقواعد الأونسترال لعام 1976، واتفاقية الرياض لسنة 1982، واتفاقية نيويورك لسنة 1958، ومقارنتها كذلك مع قوانين التحكيم في كل من مصر والأردن وفرنسا، وعدد من لوائح وأنظمة التحكيم المطبقة لدى عدد من مراكز التحكيم الدائمة، خصوصا غرفة التجارة الدولية بباريس، ومركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي. وسنولي في كل جزئية نتناولها عناية خاصة للتطبيقات القضائية، مستقاة ليس فقط من واقع القضاء الفلسطيني، إنما أيضا من القضاء الفرنسي والمصري والأردني ودول أخرى حسب الحاجة، إضافة إلى قرارات تحكيم صادرة عن مراكز تحكيم دائمة لا سيما الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، ومركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي.

وقد تم تقسيم هذا الكتاب إلى فصل تمهيدي خصص لبيان ماهية التحكيم، وأربعة فصول خصصت على التوالي لدراسة: اتفاق التحكيم، وهيئة التحكيم، وإجراءات التحكيم، وقرار التحكيم.



الفصل التمهيدي

# ماهية التحكيم





نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: نتناول في الأول مفهوم التحكيم، ونتناول في الثاني أهمية التحكيم ومبررات وجوده، ونتناول في الثالث أنواع التحكيم.

## المبحث الأول: مفهوم التحكيم

نتناول في هذا المبحث تعريف التحكيم في التشريع والفقهاء ونستخلص منها السمات الأساسية للتحكيم، ثم نتناول الطبيعة القانونية للتحكيم، وتمييز التحكيم عن غيره من المصطلحات المشابهة وذلك في ثلاثة مطالب متتالية.

### المطلب الأول: تعريف التحكيم

عرفت المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، "التحكيم" على أنه: "وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه". في حين عرفت المادة (5/1) من ذات القانون "اتفاق التحكيم" على 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 اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل"<sup>(1)</sup>. في المقابل فإن كثير من القوانين لم تعرف التحكيم، إنما اقتصر على تعريف اتفاق التحكيم، وهو الاتجاه الذي سار فيه قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994<sup>(2)</sup>.

أما الفقهاء، فقد تعددت تعريفاته للتحكيم، تبعاً للزاويا المتعددة التي ينظر منها إلى عملية التحكيم، ولكنها جميعاً تتقاطع فيما بينها. فقد عرف الدكتور أحمد سلامة "التحكيم" على أنه: "نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"<sup>(3)</sup>. في حين يعرفه روني دافيد René David على أنه: "آلية تبتغي حسم نزاع، يتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر، من قبل شخص أو أكثر من الأغيار - المحكم أو

(1) جاء في المادة (1/2) من القانون النموذجي لعام 1985 أن لفظ "التحكيم" يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا.

(2) لم يعرف هذا القانون التحكيم إنما اقتصر على تعريف اتفاق التحكيم في المادة (10/1) على أنه: "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

(3) أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - تنظير وتطبيق مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، البند 4، ص 18 و 19.

المحكّمين - ويستمد هؤلاء سلطتهم من اتفاق خاص، ويحكمون فيه استناداً إلى هذا الاتفاق، دون أن يكونوا مكلفين من قبل الدولة للقيام بهذه المهمة<sup>(4)</sup>.

يمكن من قراءة التعريفات السابقة، استخلاص السمات الأساسية التي يقوم عليها التحكيم، نعرضها على النحو الآتي:

## «خصائص الدّكّيم»

### الفرع الأول: التحكيم وسيلة بديلة لحسم المنازعات

يتميز التحكيم عن القضاء العادي بأنه قضاء خاص؛ إذ بموجب اتفاق خاص (اتفاق تحكيم) بين الأطراف، يتم نزع سلطة القضاء العادي في الفصل في النزاع وتخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فيه. ومن هذه الناحية، يشترك التحكيم مع كل من الوساطة والتوفيق في أنها تشكل جميعاً الوسائل البديلة لحل المنازعات، ويعد التحكيم أهم وأقوى هذه الوسائل البديلة؛ لأن المحكم يفصل في النزاع بقرار نهائي فاصل في الموضوع تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي الصادر من المحكمة، من حيث أنه ملزم للأطراف وواجب التنفيذ ويحوز قوة الأمر المقضي به، في حين يقتصر دور الموفق أو الوسيط على تقريب وجهات النظر بين الأطراف، مع إمكانية عرض مشروع أو مقترح حل للنزاع من جانبه، ولكن لا توجد لهذا المقترح أية قوة إلزامية تجاه الأطراف، إذ يحتفظ هؤلاء بكامل الحرية في قبوله أو رفضه؛ فالحل في التوفيق والوساطة يجب أن يأتي من الخصوم أنفسهم<sup>(5)</sup>، وذلك على عكس التحكيم حيث يصدر قرار

(4) « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat »: René David, L'Arbitrage dans le commerce international, éd. Economica, 1982, P. 7.

وعرفه الدكتور حسني المصري على أنه: "نظام قانوني يجيز للأفراد، أو يوجب عليهم، إخضاع ما يثور بينهم من نزاع نشأ فعلاً أو لم ينشأ بعد لحكم تحكيم يصدره شخص أو أكثر ينتمي إلى هيئة نظامية معينة وتلعب إرادة الأفراد - بدرجات متفاوتة - دوراً في تسميته"، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، 1996 ص 5. وعرفه الدكتور مختار بريري على أنه: "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقديّة أو غير عقديّة، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكّمين"، التحكيم التجاري الدولي - دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، بند 1، ص 5.

(5) Jean-Michel Jacquet, La loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale, Rev. Arb. 2004, 63.

تأخذ كل من الوساطة والتوفيق دوراً متزايداً في حسم المنازعات، خصوصاً في مجال اتفاقيات الإستثمار وعقود التجارة الدولية. وتنظم عدد من التشريعات موضوع الوساطة والتوفيق قبل اللجوء إلى التحكيم، وهو ما أخذت به المادة (13/1) من قواعد الأونسترال Uncitral بشأن التوفيق، حيث جاء فيها: "عندما يبدو للموفق أن ثمة عناصر للتسوية يمكن قبولها من الطرفين يقوم بصياغة شروط لتسوية ممكنة ويقدمها إلى الطرفين لإبداء ملاحظاتها عليها. وللموفق بعد استلامه ملاحظات الطرفين أن يعيد صياغة شروط تسوية ممكنة على ضوء

التحكيم النهائي من المحكم نفسه ويفرض على الأطراف. وفي التحكيم، يتولى شخص عادي مهمة الفصل في النزاع ويصدر الحكم باسمه هو، وذلك على عكس الحكم القضائي الصادر من المحكمة المختصة، الذي يقوم به قاضي تعينه الدولة للقيام بمهمة الفصل في المنازعات، ويصدر حكمه باسم الشعب أو السلطان. وعلى هذا الأساس، يرى جانب من الفقه<sup>(6)</sup> يؤيده القضاء<sup>(7)</sup> أن التحكيم باعتباره وسيلة بديلة لحسم المنازعات، يعد قضاء استثنائياً، على اعتبار أن قضاء الدولة هو الأصل وهو صاحب الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات، وأن اللجوء إلى التحكيم هو استثناء من هذا الأصل العام. في هذا الصدد قضت محكمة استئناف رام الله أن: "التحكيم هو طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن التقاضي وما كفله من ضمانات، لذلك يكون مقصوراً على ما تتصرف إليه إرادة الخصمين من عرضه على هيئة التحكيم، فإذا لم يبين في مشارطة التحكيم موضوع التحكيم كان التحكيم باطلاً... إن مشارطة التحكيم التي تقضي بأن الطرفين قد حكموا المحكمين في حل النزاعات التي بينهما والمرفوعة أمام المحاكم إنما هو نص عمومي لا تحديد فيه يجعل مشارطة التحكيم باطلة"<sup>(8)</sup>. وفي ذات النهج قضت محكمة النقض المصرية أن: "ولاية الفصل في المنازعات تتعد في الأصل للمحاكم، والاستثناء هو جواز اتفاق الخصوم على إحالة ما بينهم من نزاع إلى محكمين يختارونهم للفصل فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم..."<sup>(9)</sup>.

تلك الملاحظات. كما تضمن العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة لوائحها بمجموعة قواعد خاصة بالتوفيق، فقد جاء على سبيل المثال في المادة (44) من نظام التوفيق والتحكيم لعرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم في أي مرحلة من مراحل التحكيم وحتى قفل باب المرافعة أن تدعو الأطراف للتفاوض لإجراء تسوية نزاعهم. فإذا استجاب الأطراف لذلك لا تتوقف إجراءات التحكيم إلا باتفاقهم على إيقافها. إذا توصل الأطراف فيما بينهم إلى تسوية نزاعهم تصدر الهيئة - إذا طلبوا منها ذلك - حكماً بنتيجة التسوية التي اتفقوا عليها". وجاء أيضاً في المادة (24) من لائحة إجراءات التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي الصادر عام 1994: "يجوز لطرفي النزاع تفويض الهيئة بالصلح بينهما، كما يجوز لهما أن يطلبتا منها في أية مرحلة إثبات ما اتفقا عليه من صلح أو تسوية وتصدر الهيئة حكماً بذلك". انظر أيضاً المادة (26) من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

(6) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، ط 5، منشأة المعارف بالإسكندرية، البند 61، ص 145. ويعترض د. أحمد سلامة على اعتبار التحكيم قضاء استثنائياً، على أساس أن التحكيم هو أصل القضاء وقد أصبح الطريق الأول لحسم المنازعات في مجال التجارة الدولية، وأن التحكيم قد أصبح طريقاً موازياً لقضاء الدولة على الأقل في منازعات التجارة الدولية: المرجع السابق، البند 18، ص 52 وما بعدها.

(7) سار في هذا الإتجاه قضاء محكمة تمييز دبي، حيث قضت في قرارها الصادر بتاريخ 16 مارس 1997 على أنه: "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويكون مقصوراً على ما تتصرف إليه إرادة المحكمين إلى عرضه على المحكم دون غيرها من المنازعات": تمييز دبي، الطعن رقم 173، لسنة 1996 (حقوق)، مجلة القضاء والتشريع، الجزء الأول (حقوق)، العدد 18 أبريل 1999، ص 181، بالذات ص 188: مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق. هامش رقم 2، ص 53. وقضت ذات المحكمة أيضاً في قرار آخر صادر بتاريخ 4 يونيو 1994 بأنه: "لما كان التحكيم طريقاً استثنائياً لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويترتب على الاتفاق على التحكيم سلب جهة القضاء من نظر المنازعة محل التحكيم...": الطعن رقم 279، لسنة 1993 (حقوق)، منشور في مجلة القضاء والتشريع، العدد 5 فبراير 1997، ص 448، بالذات ص 450: مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 53.

(8) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 21/2003، بتاريخ 13/6/2005، المقضي.

(9) نقض مدني، 15 فبراير 1978، طعن رقم 521 لسنة 44 قضائية، منشور في الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، لحسن الفكاهاني وعبد المنعم حسني، الجزء الرابع، الدار العربية للموسوعات، رقم 1076، ص 560 وما بعدها.

## الفرع الثاني: التحكيم وسيلة اتفاقية لحسم المنازعات

إن الطابع الإختياري للتحكيم، يقتضي وجود اتفاق بين الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم العقدية أو غير العقدية عن طريق التحكيم، ما دام القانون يسمح بتسوية النزاع عن طريق التحكيم. ولا يهم بعد ذلك الصورة التي يأتي فيها هذا الاتفاق، فقد يأتي على شكل شرط تحكيم سابق على نشوء النزاع يرد في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، أو على شكل مشاركة تحكيم منفصلة لاحقة على نشوء النزاع بين الأطراف. ويترتب على الطابع الاتفاقي للتحكيم أن الأطراف أحرار في اختيار ولوج طريق التحكيم من عدمه لحسم المنازعات الناشئة بينهم، ولكن بمجرد الاتفاق على التحكيم تصبح له قوة ملزمة تمنع استقلال أحدهم بالرجوع عنه أو تعديله أو التصل منه بإرادته المنفردة، أو تجاهل اتفاق التحكيم واللجوء إلى القضاء العادي.

## الفرع الثالث: التحكيم نظام قانوني

التحكيم وإن كان قضاء خاصا، إلا أنه يعد نظاما قانونيا. فالقانون هو الذي يرسم معظم قواعده وإجراءاته؛ بالتالي فإن إرادة الأطراف لا تكفي وحدها لولوج طريق التحكيم، إنما يلزم اعتراف القانون بتلك الإرادة، وأن يتم اتفاق التحكيم وفق القواعد الموضوعية والشكلية التي يفرضها القانون؛ فالقانون يمنع التحكيم في بعض المسائل، كمسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجزائية والمسائل المتعلقة بالنظام العام، ويفرض كتابة اتفاق التحكيم، ويلزم الأطراف والمحكم باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي كاحترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم وحقوق الدفاع، وغيرها من المسائل. فإرادة الأطراف ليست مطلقة، إنما مقيدة باحترام تلك القواعد التي يفرضها القانون<sup>(10)</sup>. فالسماح للأطراف بسلوك طريق التحكيم إنما جاء بإجازة من المشرع، وبدون هذه الإجازة لا يكون بالإمكان ولوج طريق التحكيم.

## الفرع الرابع: التحكيم نظام قضائي

يهدف التحكيم إلى الفصل في المنازعات عن طريق محكمين يتم اختيارهم خصيصا لهذا الغرض دون قضاة الدولة. فالتحكيم يفترض إبتداء وجود نزاع بين الأطراف يراد حسمه بطريق التحكيم، ولا يهم بعد ذلك أن يكون هذا النزاع متعلقا بمسألة مدنية أو تجارية، عقدية أو غير عقدية، أو كون النزاع قد نشأ فعلا أو يمكن أن ينشأ في المستقبل، ما دام أن القانون يجيز تسويته بطريق التحكيم. بناء عليه، لا يجوز اللجوء إلى التحكيم إلا بشأن مسألة هي محل نزاع

(10) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 1، ص 9 و10.

بين الأطراف<sup>(11)</sup>، أما إذا انتفت فكرة النزاع أو المنازعة انتفت معه فكرة اللجوء إلى التحكيم؛ فإذا كانت المسألة لا تكيف على أنها نزاع، فلا يمكن ولوج قضاء التحكيم، وإن حصل ذلك فعلا، فلا نكون بصدد تحكيم، إنما نكون بصدد إجراء آخر غير التحكيم. لذا، يخرج من إطار التحكيم بالمعنى القانوني، ما يسمى بالتحكيم العقدي، والذي يلجأ فيه الأطراف إلى شخص ثالث لتكملة أو سد ثغرات في العقد أو تفسير عباراته أو مراجعة صياغته أو شروطه، ولا يعتبر ذلك تحكيما بالمعنى القانوني لأنه المسائل المراد البت فيها لا تكيف فعليا على أنها نزاع. كما أن الطابع القضائي للتحكيم يظهر من خلال الدور الذي يؤديه المحكم، وهو الفصل في النزاع المعروض عليه بقرار ملزم للأطراف، ويلزم هؤلاء بتنفيذه اختيارا أو جبرا عند الإقتضاء. ويلزم المحكم في إصدار هذا القرار باتباع قواعد وإجراءات و ضمانات مشابهة لتلك المطبقة أمام المحاكم، ويحوز قرار التحكيم النهائي قوة الأمر المقضي به شأنه في ذلك شأن أحكام القضاء عموما. وتسير المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني في هذا الاتجاه، من حيث افتراض وجود "نزاع قائم بين أطرافه وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه". ولكن الأمر قد يختلط أحيانا في بعض المسائل التي يصعب تكييفها على أنها نزاع أم مجرد خلاف لم يصل إلى درجة النزاع، كتعيين شخص ثالث للقيام بتحديد المقابل المالي للسفينة التي قامت بإنقاذ سفينة أخرى كانت موشكة على الغرق، أو تحديد مدى مطابقة الأعمال التي تم إنجازها أو السلعة أو الخدمة المقدمة لشروط العقد، أو تحديد المقابل المالي لسلعة أو خدمة معينة، أو تقدير قيمة الأضرار التي أصابت بضاعة أثناء النقل أو الأضرار المترتبة على حريق أو فعل ضار. ويتوقف تكييف المسألة على أنها تحكيم أم لا، استنادا إلى الدور الذي يؤديه الشخص الثالث، فإن كان دوره يقتصر على تحديد هذه المسائل من الناحية الفنية فيكون خبيرا، أما إذا كان قراره ملزما للأطراف بشأن الأعمال التي يعاينها فإنه يكون محكما، وبصرف النظر عن التسمية التي يطلقها عليه الأطراف؛ فطبيعة المهمة التي يؤديها هذا الشخص الثالث هي التي تحدد ما إذا كنا بصدد تحكيم أم خبرة أم إجراء آخر.

بناء عليه، يمكن القول أن التحكيم هو نظام ذو طبيعة مزدوجة، فهو من جانب يقوم على اتفاق بين الأطراف مما يظهر الطبيعة العقدية لهذا الاتفاق، وفي نفس الوقت هو ذو طبيعة قضائية من حيث الغاية التي يبتغيها وهي حسم النزاع بقرار نهائي ملزم للأطراف يكون قابلا للتنفيذ.

(11) يرى جانب من الفقه أن دور التحكيم لا ينحصر فقط في الفصل في نزاع أو تسوية خلاف بين الأطراف، بل إن مجاله أوسع من ذلك، بحيث يشمل أيضا، تقديم حلول في بعض المسائل المتعلقة بالروابط والمعاملات التي تربط الأطراف ببعضهم البعض، دون أن يصل الأمر إلى درجة النزاع، كتولية شخص معين تحديد سعر صنف معين من البضائع، أو تحديد مقدار المقابل المادي الذي يستحقه أحد الأطراف عن تقديم خدمة معينة، كتقدير قيمة المقابل المادي الذي تستحقه السفينة التي تقدم خدمة لسفينة أخرى تعرضت لخطر الغرق. وكذلك امتداد دور التحكيم في حسم مسألة معينة ليست مثار نزاع حقيقي بين الأطراف، في مسألة متعلقة مثلا بتفسير عقد معين أو تفسير عباراته أو مراجعة صياغته أو تحديد مستلزماته. والواقع أن هذا التوسع في غير مكانه نظرا لصراحة النصوص القانونية والقرارات القضائية التي تشترط وجود نزاع بين الأطراف لقيام التحكيم:

René David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982, n° 2, p. 9.

## الفرع الخامس: التحكيم نظام آني أو مؤقت

تقتصر مهمة المحكم على الفصل في نزاع محدد، ويتم اختياره على هذا الأساس، وتنتهي مهمته بمجرد صدور قرار التحكيم، عندئذ تزول عنه صفة المحكم، ويصدق ذلك على التحكيم الفردي والتحكيم المؤسسي على حد سواء. ففي التحكيم المؤسسي، يتم تشكيل هيئة التحكيم في كل قضية على حده من ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لدى مركز أو مؤسسة التحكيم الدائمة، وتزول عنهم بعد ذلك صفة المحكم بمجرد أداء المهمة، وهذا يسمى باستنفاد ولاية هيئة التحكيم. وبذلك تكون مهمة المحكم مؤقتة، خلافا للقاضي الذي يقعد للقضاء بشكل دائم، فوظيفته لا ترتبط بنزاع محدد ولا بمهمة معينة أو بمدة محددة. وترتب على الطبيعة المؤقتة للتحكيم عدة نتائج إجرائية هامة، منها: عدم إمكانية أعمال فكرة الرجوع أمام نفس هيئة التحكيم لتدارك بعض الأمور أو الخطأ في فهم بعض الوقائع والتي يمكن أن يترتب عليها تغيير وجه الحكم في الدعوى، وعدم إمكانية أعمال فكرة الإحالة إلى الهيئة التي أصدرت قرار التحكيم بعد قضاء المحكمة المختصة ببطلانه لإعادة فحص النزاع وإصدار الحكم مجدداً<sup>(12)</sup>.

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ويعود مناط هذا الاختلاف إلى أن التحكيم يبدأ باتفاق بين الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض منازعاتهم، وينتهي بقرار يصدره المحكم تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي. وقد أدى هذا الاختلاف إلى ظهور أربع نظريات: النظرية العقدية أو الشخصية، والنظرية القضائية أو الموضوعية، والنظرية المختلطة أو المزدوجة، والنظرية الذاتية أو المستقلة.

### الفرع الأول: النظرية العقدية

تقوم هذه النظرية على أساس أن التحكيم هو نظام تعاقدية قلبا وقالبا<sup>(13)</sup>، قوامه اتجاه إرادة الأطراف إلى اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم منازعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة. فاتفق التحكيم (12) أحمد سلامة، المرجع السابق، بند 17، ص 51.

(13) حول هذا الموضوع، انظر: أشجان داوود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية، 2008، ص 14 وما بعدها. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، دون دار نشر، 1998، ص 38. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 31. عيد القصاص، حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 75. محمود التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 43. رضوان أبو زيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 24. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري - دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، 2004، ص 52. شمس الدين الخزاولة، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001 - دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجديد سنة 1996، دار الكتاب الثقافي، إربد، 2005، ص 37.

يعتبر مركز الثقل في عملية التحكيم، ويشكل أساس نظام التحكيم بأكمله ومصدر قوته الملزمة؛ فإرادة الأطراف هي التي تقرر مبدأ اللجوء إلى التحكيم، وتحدد معظم قواعده وإجراءاته، وأن المحكم ليس قاضيا إنما شخصا عاديا يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، وأن قرار التحكيم لا يعدو عن كونه مجرد أثر لاتفاق التحكيم وجزءا منه. فاتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم بأكملها ويصلح أساسا لتبرير وتفسير سائر مراحلها بما فيها صدور قرار التحكيم. بل أكثر من ذلك، فإن قرار التحكيم ذاته يعد عقدا كسائر العقود، ويلزم الأطراف بتنفيذه بنفس الطريقة التي تنفذ بها العقود<sup>(14)</sup>، فقرار التحكيم لا يعدو عن كونه عنصرا تابعا لاتفاق التحكيم على أساس أنه مجرد تنفيذ لمضمون العقد. كما أن حجية قرار التحكيم تأتي من اتفاق التحكيم ذاته، لكونها تنفيذا لاتفاق التحكيم، والتزام الأطراف بالخضوع لقرار التحكيم<sup>(15)</sup>.

وقد وجه الفقه العديد من الانتقادات لهذا النظرية<sup>(16)</sup>، لأنها تبالغ من جهة في دور إرادة الأطراف في عملية التحكيم، وتتجاهل من جهة أخرى الطبيعة القضائية للمهمة التي يؤديها المحكم والمتمثلة في الفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف، دون أن يتقيد بما اتجهت إليه إرادة الخصوم؛ فالمحكم ليس وكيل عنهم، بل قاضيا بينهم<sup>(17)</sup>. كما أنها تتجاهل حقيقة أن قرار التحكيم هو عمل قضائي، إذ كيف يمكن تبرير حيازة قرار التحكيم قوة الأمر المقضي به، وإمكانية الطعن به، وضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي، فهذه لا تكون لعقد إنما لحكم قضائي<sup>(18)</sup>. كما أن إرادة الأطراف لا تكفي وحدها لقيام عملية التحكيم، إنما يجب أن يقر القانون بتلك الإرادة، وأن يجيز القانون تسوية النزاع بطريق التحكيم، وأن يضمن القانون تنفيذ قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع<sup>(19)</sup>. وبالتالي، يظهر جليا أن النظرية العقدية تخلط بين مصدر التحكيم المبني فعلا على اتفاق تحكيم، وبين الوظيفة التي يؤديها المحكم والتي هي عمل قضائي<sup>(20)</sup>.

(14) Laine, L'exécution en France des sentences arbitrales étrangères, Clunet, 1899, p. 649 et s.

(15) كان القضاء المصري قديما يسير في هذا الإتجاه، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 6 ابريل 1941 على أن: "أحكام المحكمين لا تقبل الإستئناف بتاتا لأنها من قبيل العقود ولا سبيل للطعن عليها إلا بالبطالان...": مجلة المحاماة، 1941، السنة 21، ص 1019.

(16) انظر حول هذه الإنتقادات: أشجان داوود، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها.

(17) أحمد الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994، ص 24.

(18) ممدوح العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي : الأسباب والنتائج دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 18.

(19) محمود التحيوي، المرجع السابق، ص 305.

(20) عزمي عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990، ص 32.

## الفرع الثاني: النظرية القضائية

تعتبر هذه النظرية التحكيم طريقاً قضائياً لحسم المنازعات، وهو قضاء بديل وموازي لقضاء الدولة. فالمحكم وإن كان شخصاً عادياً يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، إلا أنه يقوم بدور قضائي مشابه للدور الذي يقوم به القاضي العادي. فثمرة عملية التحكيم تتمثل في صدور قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، وهو قرار تتوافر فيه جميع عناصر وصفات الحكم القضائي؛ من اشتراط كتابة القرار وتسببه واشتماله على ادعاءات الخصوم وطلباتهم ودفعهم والقواعد القانونية المطبقة، وهو يبتغي حسم نزاع، ويصدر قرار التحكيم بعد مداولة مشابهة للمداولة المتعلقة بصدور الأحكام القضائية، ويحوز قوة الأمر المقضي به، ويكون واجب التنفيذ وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، ويقتضي احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة وغيرها، وهذه جميعاً هي سمات للحكم القضائي وليس للعقد. مع ذلك، فإن التحكيم وإن كان ينتهي بحكم قضائي، إلا أنه يغفل دور الإرادة في التحكيم؛ فالتحكيم يبدأ بعقد وينتهي بحكم قضائي فاصل في موضوع النزاع، وهذا يظهر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة.

## الفرع الثالث: النظرية المختلطة

تحاول هذه النظرية الجمع بين النظريتين السابقتين ومحاولة التوفيق بين الطابع الإرادي والطابع القضائي للتحكيم؛ فالتحكيم يحتل مرتبة وسطى بين العقد والقضاء، فالتحكيم يبدأ بعقد وينتهي بقضاء، وهذا يبرر الطبيعة المختلطة للتحكيم.

لا يمكن إنكار دور الإرادة في عملية التحكيم من حيث ضرورة وجود اتفاق بين الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم النزاع، ودورها في تحديد قواعده وإجراءاته، وفي نفس الوقت عدم إنكار الدور القضائي لعملية التحكيم، فثمرة عملية التحكيم تتمثل في صدور حكم نهائي فاصل في موضوع النزاع يحوز قوة الأمر المقضي به. بالتالي فإن التحكيم يبدأ بعقد وينتهي بحكم قضائي، وعليه فالتحكيم ذو طبيعة مختلطة أو مزدوجة وليس منفردة.

## الفرع الرابع: النظرية الذاتية أو المستقلة

تقوم هذه النظرية على أساس أن التحكيم ذو طبيعة ذاتية أو مستقلة تميزه عن اتفاق التحكيم وعن الحكم القضائي معاً<sup>(21)</sup>؛ فالتحكيم يتفق معهما في جوانب ويختلف معهما في جوانب

(21) انظر على سبيل المثال: محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 604 وما بعدها؛ مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط 1، 1998، ص 46 وما بعدها. فهمي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، مارس-يونيو 1993، ص 133 وما بعدها. أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 15، ص 45 وما بعدها. أشجان داوود، المرجع السابق، ص 49 وما بعدها.



أخرى. فإذا كان اتفاق التحكيم عقد، فإنه يختلف عن باقي العقود، في أنه يبتغي حسم نزاع، وهي مسألة إجرائية، ولا ينصب كباقي العقود على تحديد الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، وهي مسألة موضوعية. كما أن التحكيم وإن كان ينتهي بحكم فاصل في النزاع، ويحوز قوة الأمر المقضي به، ويفترض صدوره احترام الضمانات الأساسية للتقاضي، ويخضع للرقابة القضائية، وينفذ بطريقة مشابهة لتنفيذ الأحكام القضائية، فإنه مع ذلك يختلف عن باقي الأحكام القضائية، في أنه يصدر عن محكمة يستمد مهمته من اتفاق الأطراف ويصدر حكم التحكيم باسمه، وليس عن قاضي عينته الدولة ويصدر حكمه باسم الشعب أو الملك أو السلطان، وإن كان القاضي يلزم بالفصل في النزاع وفقا لأحكام القانون، فإن المحكمة يمكنه الفصل في النزاع المعروض عليه، ليس وفق أحكام القانون إنما وفقا لقواعد العدالة عندما يكون مفوضا بالصلح من قبل الأطراف.

والواقع أن النظرية الذاتية أو المستقلة لها ما يبررها؛ لأن التحكيم يبدأ فعلا باتفاق - بموجب شرط أو مشاركة تحكيم - يقضي بولوج طريق التحكيم، وينتهي بحكم تتوافر فيه سمات الأحكام القضائية عموما، خصوصا من حيث فصله في النزاع الخاضع للتحكيم بحكم ملزم للأطراف، ووجوب صدور الحكم في شكل معين ووفق إجراءات تقارب تلك المتبعة في إصدار الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم، ويحوز قوة الأمر المقضي به، ويمكن الطعن به بالبطلان، ويقتضي صدوره احترام المبادئ الأساسية في التقاضي، فهذه جميعا مسائل ترتبط بالأحكام القضائية وليس بالعقود. مع ذلك فإنه لا يمكن إغفال دور الإرادة في ولوج طريق التحكيم واتخاذ سبيلا لحسم المنازعات، ودورها في تشكيل هيئة التحكيم، واختيار لغة ومكان التحكيم، وتحديد معظم القواعد الموضوعية والإجرائية واجبة التطبيق على التحكيم، وإمكانية حسم النزاع بشكل ودي أو وفقا لقواعد العدالة، أو الرجوع عن التحكيم وولوج طريق القضاء العادي، فهذه جميعا يحددها الأطراف، ضمن الحدود التي يسمح بها القانون. وترتبط على ذلك، فإنه يصعب تغليب الطابع العقدي أو الطابع القضائي للتحكيم؛ لأن التحكيم يشتمل فعليا على شقين: شق عقدي وشق قضائي. كما يظهر، أن جوهر الاختلاف بين المحكم والقاضي لا يتمثل في طبيعة المهمة التي يؤديها كل منهما؛ فكلاهما يقوم بعمل قضائي، إنما يتمثل في اختلاف مصدر سلطة كل منهما للفصل في النزاع؛ فالقاضي يستمد تلك السلطة من الدولة ويستمر في أدائها طوال حياته الوظيفية، أما المحكم فيستمد سلطته من اتفاق الأطراف، وتنتهي مهمته بمجرد إصدار حكم التحكيم<sup>(22)</sup>.

(22) يؤيد هذا الإتجاه:

D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gaulino éditeur, Paris, 2004, n° 6, p. 23 : « La différence entre l'arbitre et le juge n'est pas dans leur fonction (juridictionnelle) mais dans la source de leur pouvoir : dans un cas c'est une source étatique, dans l'autre c'est une source contractuelle ».

ويترتب على الطبيعة الذاتية أو المستقلة للتحكيم نتيجتان هامتان: الأولى، منع تكييف التحكيم على أنه مجرد عقد، يخضع في إبرامه وترتيب أحكامه وتنفيذه للقواعد الخاصة بالعقود عموماً، لأنه يختلف عن باقي العقود في أنه يبتغي حسم نزاع، وهي مسألة إجرائية، وهذا يضمن عدم إهدار المبادئ الأساسية للتقاضي عموماً، كمبدأ المساواة وحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، لأنها مسائل تخرج عن إطار العقود<sup>(23)</sup>. الثانية، عدم جواز اعتبار التحكيم مجرد عمل قضائي خالص؛ لأن من شأن ذلك أن يجعل التحكيم يواجه العديد من العوارض الإجرائية، مما قد يقلل من حالات اللجوء إلى التحكيم، بل وقد يهدد القيمة القانونية لقرار التحكيم ذاته، ويجعله عرضة للزوال<sup>(24)</sup>.

خلاصة القول أن التحكيم يجمع بين فكرة العقد وفكرة القضاء، فهو مزيج من الإثنين معاً، ويقول الدكتور حسني المصري في هذا الصدد: "لا يعتبر التحكيم عملاً إرادياً بحتاً كالصلح كما لا يعتبر عملاً قضائياً بحتاً كالقضاء العام الذي ينزل حكم القانون على النزاع بحكم مفروض على الأطراف وإنما يعتبر التحكيم عملاً ذاتياً مستقلاً لأنه ينطلق من اعتبارات خاصة تلزم مراعاتها بقدر الإمكان لتحقيق مصالح الخصوم، هي اعتبارات السرعة والفعالية في حسم النزاع مع مراعاة حاجة الخصوم إلى العودة مرة أخرى لتنفيذ ما بينهم من تعهدات دون عائق عملاً على استقرار واستمرار المعاملات والمحافظة على سريتها كلما لزم الأمر، وهو يلائم التجارة الدولية ويشجع على نموها وتقدمها"<sup>(25)</sup>.

### المطلب الثالث: تمييز التحكيم عن غيره

يتداخل التحكيم في بعض الجوانب مع بعض المصطلحات والمفاهيم القريبة، خصوصاً مع الخبرة، والصلح، والوساطة والتوفيق، والمحاكمة المصغرة والرأي المحايد. وعليه نتناول دراسة جميع هذه المفاهيم وإبراز مدى تقاطعها مع التحكيم على التوالي.

#### الفرع الأول: التفريق بين التحكيم والخبرة

الخبرة هي "نظام بمقتضاه يعهد الأطراف أو جهة ذات اختصاص قضائي، إلى شخص من الغير متخصص لإبداء رأيه الفني في مسألة معينة تدخل في مجال اختصاصه، الهندسي أو الطبي أو التكنولوجي... دون أن يكونوا مقيدين بما انتهى إليه"<sup>(26)</sup>.

(23) D. Vidal, précitée, n° 10, p. 27.

(24) Ibid.

(25) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، 1996، ص 16.

(26) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 63.

والخبرة نوعان: خبرة قضائية وخبرة اتفافية. فالخبرة القضائية هي التي يأمر القاضي باجرائها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، ولا يمكن لهذا النوع من الخبرة أن يختلط مع التحكيم، لأن دور الخبير يقتصر فيها على إبداء رأيه في مسألة فنية أو تقنية، يستأنس به القاضي دون أن يكون ملزماً برأي الخبير، ودون أن يكون لهذا الرأي أية قيمة إلزامية تجاه الخصوم. أما الخبرة الإتفافية فتتم بطلب من الخصوم، ويمكن لهذا النوع من الخبرة أن يلتبس مع التحكيم، نظراً للتشابه الكبير بينهما، فكلاهما يستند إلى اتفاق بين الأطراف، ويشتمل كلاهما على تخويل شخص من الغير لإبداء رأيه في مسألة محل خلاف بين الأطراف. ولكن رغم هذا التشابه الكبير بين الخبرة الإتفافية والتحكيم، توجد العديد من الفروقات بينهما<sup>(27)</sup>:

- من حيث الطبيعة: الخبرة وسيلة من وسائل الإثبات، أما التحكيم فهو طريقة بديلة لحسم المنازعات. فالخبير تقتصر مهمته على التحقق من عنصر من عناصر الواقع، أما المحكم فتقوم مهمته على حسم النزاع بحكم قضائي فاصل في الموضوع<sup>(28)</sup>، بإسقاط حكم القانون على وقائع النزاع.
- من حيث الموضوع: تقوم الخبرة على تقدير مسائل واقعية متعلقة بموضوع النزاع، ومعاينة الأشياء وتقدير حالتها، وإبداء رأي فني بشأنها، استناداً إلى الخبرة الشخصية للخبير وتقديراته، بناء على المعلومات المقدمة إليه بشأن المسألة المطلوب إبداء رأيه الفني فيها، فرأي الخبير هو مجرد عنصر مساعد للمحكم لغايات الفصل في النزاع، ولا يجوز أن يشتمل رأي الخبير على المسائل القانونية لأن ذلك يدخل ضمن مهمة المحكم<sup>(29)</sup>. أما التحكيم فيقوم على الفصل في مسائل قانونية بموجب قرار نهائي فاصل في موضوع النزاع<sup>(30)</sup>، وتتوافر في هذا القرار جميع مقومات الحكم القضائي.
- من حيث قوة الالتزام: فدور الخبير يقتصر على إبداء رأي استشاري في مسألة فنية أو تقنية، وهذا الرأي غير ملزم للجهة التي تطلبه. أما المحكم فهو كالقاضي يفصل في النزاع بحكم قضائي ملزم للأطراف ويحوز قوة الأمر المقضي به، ولا يعطي رأياً استشارياً أو فنياً في مسألة ما<sup>(31)</sup>.

(27) انظر في بعض هذه الإختلافات، أحمد سلامة، ص 63 وما بعدها. للتمييز بين التحكيم والخبرة انظر قرار محكمة استئناف ليون الفرنسية:

CA Lyon, 12 oct. 1953: D 1953, 709; Jarrosson C., La notion d'arbitrage, 1987, LGDJ, p. 112 s.

(28) « L'expert n'ayant que pour mission d'établir un élément de fait et non trancher un litige »: Com. 16 févr. 2010, n° 09-11586.

(29) المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي 172، بتاريخ 31/3/1998، عدد 20، ص 380.

(30) المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، 198، بتاريخ 18/5/1993، عدد 15، ص 960.

(31) "التحكيم يختلف عن أعمال الخبرة ذلك أن قوامهما ليس قراراً ملزماً بل مناطها آراء يجوز اطراحها أو تجزئتها والتعديل فيها...": المحكمة الدستورية العليا المصرية، في القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، جلسة 17/12/1994.

- من حيث أساس المهمة: يستمد الخبير مهمته في إبداء رأيه الفني من التكليف الموجه إليه من هيئة التحكيم سواء أمرت به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم إذا كانت الخبرة قضائية، أو من اتفاق الأطراف إذا كانت الخبرة اتفافية، أما المحكم فيستمد مهمته للفصل في النزاع دائماً من اتفاق الأطراف.
- من حيث الإجراءات: المحكم يلزم بمراعاة الإجراءات التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو التي حددها القانون، أما الخبير فلا يلزم بمراعاة مثل هذه الإجراءات إنما يتبع في أداء مهمته خبرته وأسلوب عمله الذي يراه مناسباً دون حاجة لاتفاق الأطراف أو تحديد القانون لإجراءات معينة. وتقرير الخبير لا يشترط فيه شروط معينة، أما قرار التحكيم فيجب أن تتوافر فيه شروط شكلية وموضوعية معينة يفرضها القانون. كما أن الطعن بالبطلان وطلب التنفيذ لا يكون إلا لقرار تحكيم وليس لتقرير خبير.

ويوجد معياران للتمييز بين التحكيم والخبرة:

المعيار الأول: يعتمد على وجود نزاع بين الأطراف من عدمه<sup>(32)</sup>: فإذا كانت المسألة المعروضة تتعلق بحقوق أو اتفاقات لم تنشأ بعد، فلا نكون بصدد تحكيم إنما مجرد خبرة، أما إذا كانت المسألة تتعلق بنزاع بين الأطراف حول تلك الحقوق، فنكون بصدد تحكيم، ولكن ذلك لا يمنع الاستعانة بخبير لإبداء رأيه في مسألة فنية أو تقنية تساهم في حل النزاع.

المعيار الثاني: يعتمد على إرادة الخصوم<sup>(33)</sup>: فقد يتفق الأطراف على إحالة مسألة معينة لشخص ثالث لبيان رأيه الفني فيها، كأن يتعلق الأمر بعقد مقاوله لإقامة بناء مع تقديم المواد، فيثور خلاف حول تحديد (كميات المواد المستخدمة، أو تقدير قيمة الأشغال المنجزة، أو التحقق من مدى مطابقة الأعمال المنجزة لشروط العقد...)، فإذا كانت المهمة الموكلة لهذا الشخص الثالث هي الفصل في تلك المسألة بقرار ملزم للأطراف، فإن ذلك يعد تحكيماً وليس خبرة<sup>(34)</sup>. وكذلك الأمر لو قام الأطراف بإدراج شرط في العقد يقضي بقبول الأطراف لتقديرات الخبير مع الاتفاق على عدم جواز الطعن فيه بالاستئناف، فإن ذلك يعد تحكيماً وليس خبرة. ويلحق بذلك أيضاً، الحالة التي يعطي فيها الأطراف الخبير سلطة تقدير الضرر الناجم عن الحريق بشكل مستقل، مع التزام الأطراف بقبول هذا التقدير، فإن ذلك يعد تحكيماً أيضاً<sup>(35)</sup>. في المقابل، لو اتفق المؤمن والمؤمن له على اختيار شخص ثالث لتقدير قيمة الأضرار الناشئة عن الحادث، دون أن يكونوا ملزمين بهذا الرأي، فإن ذلك يعد خبرة وليس تحكيماً.

(32) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 nov. 1974: Rev. Arb. 1975, 302, note Loquin.

(33) Cass. Req., 12 dec. 1932: DH 1933, 1.

(34) CA Paris, 5 fevr. 1976: Rev. Arb. 1976, 25.

(35) TGI Paris, 25 janv. 1984: Rev. Arb. 1984, 376.

## الفرع الثاني: التفريق بين التحكيم والصلح

الصلح "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً مستقبلاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"<sup>(36)</sup>. فالصلح يقوم على مقومات ثلاث هي: وجود نزاع قائم أو محتمل بين الأطراف، واتجاه نية الأطراف المشتركة لحسمه، ونزول كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه<sup>(37)</sup>.

ويظهر من ذلك وجود ثمة تشابه بين التحكيم والصلح: فكلاهما يقوم على اتفاق بين الأطراف، وكلاهما قد يأتي سابقاً أو لاحقاً على نشوء النزاع، وكلاهما يبتغي حسم نزاع بين الأطراف، وأخيراً فإنهما يتحدان من حيث نطاق تطبيقهما، فلا يجوز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح، فليست جميع المسائل قابلة للصلح وبالتالي غير قابلة للتحكيم.

لكن رغم هذا التشابه بين التحكيم والصلح، إلا أنهما يختلفان عن بعضهما في عدة جوانب:

- من حيث مصدر الإلزام: فالصلح عقد، يتولى فيه الأطراف أنفسهم حل النزاع من خلال التفاوض المباشر بينهم ودون أي تدخل من شخص ثالث، فإذا وصلوا إلى اتفاق فإنهم يتولون بأنفسهم إبرام عقد الصلح. فحتى لو تدخل شخص ثالث في تسهيل عملية التصالح أو صياغة عقد الصلح، فلن يكون لهذا الصلح أية قيمة قانونية إلا إذا وافق عليه الأطراف، على اعتبار أن الصلح هو عقد ملزم للجانبين. أما التحكيم، فهو ليس بعقد وإنما وسيلة بديلة لحل المنازعات، يتولى فيها شخص ثالث من الغير هو المحكم، عملية الفصل في النزاع ويصدر قرار تحكيم فاصل في الموضوع ملزم للأطراف، وتتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي<sup>(38)</sup>. ويتخذ المحكم هذا القرار بشكل مستقل عن إرادة الأطراف وبدون أي تدخل من طرفهم، فمصدر القوة الملزمة للقرار تعد العنصر الجوهرية والحاسم في التمييز بين التحكيم والصلح<sup>(39)</sup>.

- من حيث التنازل عن بعض الطلبات: يقوم الصلح على أساس تنازل متبادل من كل طرف عن بعض طلباته وادعائه وبدون ذلك لن يحصل الصلح. فكل طرف يعلم مقدماً بنتيجة الصلح، لأنه يعلم إلى أي حد يمكنه التنازل، لهذا يأتي عقد الصلح فقط كاشفاً لهذا

(36) المادة (549) من القانون المدني المصري. وعرفت المادة (589) من مشروع القانون المدني الفلسطيني الصلح على أنه: "الصلح عقد ينهي الطرفان بمقتضاه نزاعاً قائماً بينهما أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً فيما يجوز التصالح فيه، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

(37) المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، تحت المادة (589).

(38) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 oct. 1981, Rev. Arb. 1984, 361.

(39) CA Rennes, 26 sept. 1984, Rev. Arb. 1986, 441, note Ancel.

CA Paris, 21 mai 1954, Gaz. Pal. 1954, 2, 146.

الاتفاق. أما التحكيم، فلا يقتضي مثل هذا التنازل، فهو يتحد من هذه الناحية مع الحكم القضائي، فقد يحكم المحكم لطرف بجميع طلباته إذا كان لها سند قانوني ويرفض جميع طلبات الطرف الآخر، وتبقى نتيجة الحكم مجهولة بالنسبة للأطراف إلى حين صدور قرار التحكيم.

■ من حيث القابلية للتنفيذ: فالصلح باعتباره عقداً، لا يكون قابلاً للتنفيذ مباشرة، إنما يجب أن يصادق عليه القضاء ويصدر أمراً بتنفيذه، حتى يصبح قابلاً للتنفيذ. أما قرار التحكيم، فله طابع قضائي، وبالتالي فإنه ينفذ مباشرة بعد وسمة بصيغة التنفيذ. وقد عبرت عن هذا الاختلاف بين التحكيم والصلح، محكمة استئناف القاهرة بقولها: "ينتهي التحكيم بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية دون أن تمتد سلطة قاضي التنفيذ للنظر في موضوع النزاع، أما الصلح فلا يقبل التنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله صالحاً لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية"<sup>(40)</sup>.

وقد أجملت محكمة استئناف القاهرة جميع أوجه الاختلاف بين التحكيم والصلح بقولها: "يجب أن يشتمل حكم التحكيم على العناصر الجوهرية للأحكام بصفة عامة - فيجب أن يتضمن فصلاً في خصومة محددة على نحو يحسم به النزاع بصفة نهائية، بحكم يقضي لطرف بكامل طلباته أو بعضها - دون تنازلات متبادلة - وفي نفس الوقت يقبل التنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية، ويتمتع بحجية الشيء المحكوم به. خلو المحرر المطعون فيه من تحديد أشخاص الخصوم، وأسباب ما انتهى إليه من إلتزامات كل من الطرفين، واشتماله على تنازلات متبادلة منهما، وتعهدهما بشرط جزائي في حالة إعتداء أحدهما على الآخر يخرج بالمحرر عن وصف حكم التحكيم ويقرب به من عقد الصلح، وبذلك لا يخضع الطعن فيه لقانون التحكيم ولا تختص بنظرة المحكمة المشار إليها في المادة التاسعة من القانون المذكور"<sup>(41)</sup>.

وتجدر الملاحظة أن التحكيم والصلح رغم اختلافهما عن بعضهما البعض قد يجتمعان. فقد جاء في المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه: "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقاً لقواعد العدالة، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعرض بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تسوية ودية للنزاع". كما جاء في المادة (37) من ذات القانون أنه: "إذا اتفق الأطراف قبل صدور قرار التحكيم على تسوية النزاع فعندئذ على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها".

(40) استئناف القاهرة في الدعوى رقم 84 لسنة 116 ق جلسة 21/3/2002.

(41) استئناف القاهرة - د 91 تجاري - طعن رقم 84 / 116 ق جلسة 27/3/2002.

وإذا حسم النزاع صلحاً فلا يجوز لأي من طرفيه تجديد النزاع بدعوى جديدة أو المضي في الدعوى التي انتهت صلحاً (الطعن رقم 4579 و 4886 سنة 74 ق جلسة 12/6/2005).

### الفرع الثالث: التفریق بين التحكيم والتوفيق والوساطة

يمكن تعريف التوفيق على أنه: "نظام بمقتضاه تقوم هيئة، أو فرد، يتم اختيارها من قبل الأطراف بمهمة دراسة موضوع الخلاف بالتشاور المستمر مع الأطراف والتعرف على مختلف وجهات النظر، والعمل على الحد من اتساع الخلاف بينهما وتقريبها واقتراح أفضل الحلول الودية لتسوية الخلاف بما يكفل استمرار التعامل بينهم، والتي تعرض عليهم ليأخذوا بها أو يرفضوها"<sup>(42)</sup>. ويمكن تعريف "الوساطة" على أنها: وسيلة ودية لحل المنازعات، بمقتضاها يقوم أطراف النزاع بمحاولة حسم النزاع بأنفسهم بمساعدة شخص ثالث من الغير يسمى "الوسيط".

وتقوم كل من الوساطة والتوفيق على وجود وسيط بين الأطراف، وهو شخص ثالث من الغير تتوافر فيه صفات الحياد والاستقلال، يتولى مهمة سماع الأطراف وتقريب وجهات نظرهم، ثم محاولة اقتراح حل ودي للنزاع بين الأطراف<sup>(43)</sup>. وتوجد صعوبة حقيقية في التمييز بين الوساطة والتوفيق، فالتفريق الفقهي بين مفهوم كل من الوساطة والتوفيق، غير دقيق ويسومه الغموض، على الأقل في إطار الوساطة الاتفاقية نظرا لاستناده في التفريق بينهما على معيار طبيعة المهمة التي يقوم بها الشخص الثالث من الغير؛ فهذا الشخص يعد وسيطا إذا انحصر دوره في تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتخاصمين، ولا يدخل ضمن مهمته اقتراح مشروع لحل النزاع. في حين أن دور الموفق لا يقوم فقط على تقريب وجهات النظر بين الأطراف، إنما يلتزم أيضا باقتراح مشروع لحل النزاع. فهذا المعيار للتفريق بين الوساطة الاتفاقية والتوفيق غير مقنع ولا يمكن التسليم به، والواقع العملي في مجال الوساطة والتوفيق يسير بإتجاه مغاير تماما لهذا التمييز الفقهي، فما المانع من أن يقترح الوسيط حلا للنزاع، إذا وجد الظروف مواتية لذلك، وهي النتيجة التي يبتغيها الأطراف والمتمثلة في الوصول إلى حل ودي للنزاع من خلال تدخل هذا الشخص الثالث سواء سميناه وسيطا أو موقفا. وفي هذا الإتجاه يسير التطبيق العملي في مجال الوساطة الاتفاقية والتوفيق، فلا يميز بينهما على أساس المهمة التي يقوم بها الشخص الثالث، إنما يستند إلى معيار الغاية والوسيلة للتفريق بينهما، ويظهر من ذلك:

(42) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 56 و 57. عرفت المادة (18/1) من لائحة اجراءات التوفيق والتحكيم لمركز أبو ظبي لعام 1993 التوفيق على أنه: "وسيلة من وسائل حل المنازعات التجارية وديا بموجبها تقوم هيئة التوفيق بمساعدة أطراف النزاع على الحد من اتساعه واقتراح أفضل السبل لحله وديا بما يكفل تجنب المنازعة التحكيمية أو القضائية، وبما يحقق للأطراف استمرار مصالحهم القائمة والمستقبلية". وتقول المحكمة الدستورية العليا المصرية في بشأن التوفيق أن: "التحكيم يختلف ... عن مهام التوفيق بين وجهات نظر يعارض بعضها البعض إذ هو تسوية ودية لا تحوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي بل يكون معلقا إنفاذها على قبول أطرافها فلا تنفذ تنقيد بها إلا بشرط إنضمامها طواعية إليها ومن ثم يؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع محدد مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته إتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة"، المحكمة الدستورية العليا المصرية، في القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، جلسة 17/12/1994.

(43) Oppetit B. Arbitrage, mediation et conciliation, Rev. Arb. 1984, 307; TGI Paris, 25 janv. 1984, Rev. Arb. 1984, 376.

■ أن الوساطة والتوفيق لا فرق بينهما من الناحية العملية ويدخلان ضمن مصطلح واحد هو الوساطة (Mediation) والذي يمثل الوسيلة لحسم النزاع بين الأطراف.

■ وأن التسوية (conciliation) تمثل النتيجة أو الغاية المراد الوصول إليها من الوساطة والتوفيق، وهي حسم النزاع بشكل ودي بين الأطراف.

بناء عليه، لا نرى داعياً للتفريق بين مصطلحي الوساطة والتوفيق في إطار الوساطة الاتفاقية، لأن استخدام أي منهما لا يترتب عليه أية آثار قانونية، وذلك على عكس الوساطة القضائية، حيث يعطي القانون لكل منهما مدلولاً مختلفاً ويرتب على كل منهما آثاراً مختلفة، بحيث يبقى التفريق بين الوساطة والتوفيق ضرورياً.

وفي جميع الأحوال، فإن الوسيط أو الموفق لا يلزم بتحقيق نتيجة وهي حل النزاع، إنما يلتزم فقط ببذل عناية معقولة في محاولته لإيجاد حل ودي للنزاع، لأن حل النزاع يبقى في نهاية المطاف مرهوناً بيد الأطراف أنفسهم، بالتوصل إلى حل ودي من عدمه. فإذا تم التوصل إلى تسوية، فتكون تسوية ودية متفق عليها بين الأطراف وليست مفروضة عليهم كما في التحكيم. فالتسوية تقوم على أساس تقديم كل طرف تنازلات متبادلة على وجه التقابل، وبدونه لا يكون هناك تسوية.

ويظهر مما سبق أن الوساطة والتوفيق يتفقان مع التحكيم في أنها تمثل جميعاً وسائل بديلة لحل المنازعات، وتتطلب كذلك وجود نزاع بين الأطراف، مما يبرر تدخل شخص ثالث من الغير، بل وقد يسبق التحكيم لجوء الأطراف للوساطة والتوفيق كإجراء سابق على عرض النزاع على التحكيم. لكن رغم هذا التشابه بين التحكيم وكل من الوساطة والتوفيق، توجد اختلافات جوهرية بينها نعرضها على النحو الآتي:

■ من حيث طبيعة المهمة: ينحصر دور الوسيط في تقريب وجهات النظر بين الأطراف وتضييق هوة الخلاف بينهم، واقتراح حل ودي للنزاع، وللأطراف حرية الأخذ بهذا الاقتراح أو رفضه، فإن وافقوا عليه تكون تسوية ودية للنزاع تشتمل على تنازلات متبادلة من قبل كل طرف، إلا أن الوسيط مجرد من سلطة الفصل في النزاع، وذلك كله على خلاف المحكم الذي يفصل في النزاع بحكم فاصل في الموضوع بقرار تحكيم تتوافر فيه صفات الحكم القضائي، فالحل الذي يقترحه الموفق أو الوسيط لن يكون له قيمة قانونية إلا إذا وافق عليه الأطراف، بحيث لا تكون له أية قوة ملزمة بدون هذه الموافقة، أما قرار التحكيم فتكون له قوة ملزمة بذاته، فهو يفرض على الأطراف دون حاجة لقبولهم به<sup>(44)</sup>. إضافة إلى ذلك، فإن مهمة

(44) حول تكييف التحكيم والتوفيق، انظر:

CA Paris, 20 nov. 2003: D 2004, somm. 3179, obs. Clay.



الوسيط تنحصر في التعامل مع وقائع النزاع ولا تبحث في المسائل القانونية، فدور الوسيط ينحصر في وزن وتقييم تلك الوقائع وصولاً إلى آلية لحل النزاع ودياً، ولا ينزل حكم القانون عليها. كما أن الوسيط لا يملك أية سلطة في مواجهة المتنازعين، كل ذلك على عكس المحكم. ويلاحظ أنه إذا فوض الشخص الثالث بحسم النزاع، فيكون محكماً وليس وسيطاً. فطبيعة المهمة المعطاة للشخص الثالث هي التي تبين طبيعة المهمة: أهي وساطة أم تحكيم.

■ من حيث احترام الإجراءات: لا يلزم الموفق أو الوسيط باتباع إجراءات معينة في إتمام مهمته، فالموفق أو الوسيط يمكنه التواصل مع أي من الطرفين ليستمع لوجهة نظره بصورة منفردة أو بحضور الطرف الآخر وفق ما يراه مناسباً، كما يجوز لكل طرف الإنسحاب من إجراءات التوفيق دون أن تقع على عاتقه أية مسؤولية، ولا يستطيع الموفق إجباره على الحضور أمامه ولا إصدار قرار ملزم له، وذلك كله على خلاف المحكم. في حين يلزم المحكم باحترام قواعد إجرائية معينة عند نظره في النزاع، خصوصاً المبادئ الأساسية في التقاضي، كحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم<sup>(45)</sup>.

■ من حيث النتيجة: لا يلزم الوسيط بتحقيق نتيجة وهي التوصل إلى حل للنزاع، إنما يقتصر دوره على بذل العناية المطلوبة للتوفيق بين الأطراف واقتراح حل ودي للنزاع، لهذا قد ينتهي دور الوسيط أو الموفق دون نتيجة وعندها تنتهي مهمته، ويكون للأطراف حق اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، وقد يتوج مجهوده بالنجاح من خلال التوصل إلى حل ودي يقبله الأطراف، فيحرر به محضر أو اتفاق يوقعه الأطراف على أنه اتفاق تسوية. والتوفيق لا يعد قراراً تحكيمياً ولا تكون له حجية الأمر المقضي به، ومجرد من القوة التنفيذية<sup>(46)</sup>، لأن التسوية الودية هي عقد، والعقود لا تحوز قوة الأمر المقضي به؛ لأن هذه الصفة تتوافر في الأحكام القضائية وليس في العقود. بالتالي فإن التسوية الودية تكون واجبة التنفيذ على أساس القوة الملزمة للعقود.

## الفرع الرابع: التفريق بين التحكيم والمحاكمة المصغرة والرأي المحايد

تأخذ بعض الأنظمة القانونية خصوصاً في الولايات المتحدة الأمريكية بما يعرف بنظام المحاكمة المصغرة، فقد يرى الأطراف أن مصالحهم تقتضي عرض النزاع على لجنة خاصة

(45) استئناف القاهرة، 27/2/2005، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 48.

(46) نصت صراحة على ذلك المادة (1/3) من ملحق التوفيق والتحكيم في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 من أنه: "لا يكون لتقرير الموفق أية حجية أمام القضاء فيما لو عرض عليه نزاع".

مكونة من عدة أشخاص ذوي خبرة واختصاص في مجال النزاع، من المحكمين المعروفين أو القضاة المتقاعدين، وتتعدّد هذه اللجنة على شكل محاكمة مصغرة مشابهة للمحاكمة العادية. وتؤلف اللجنة في العادة من ثلاثة أشخاص، يختار كل طرف عضواً ويعين العضوان المختاران رئيساً للجنة. ويقوم كل طرف بتقديم طلباته ودفعه وأقواله وحججه ومستنداته إلى لجنة المحاكمة المصغرة، وبعد دراستها بصورة موجزة وسريعة، تقوم اللجنة بإعداد مشروع تسوية لعرضه على الأطراف، ويبقى للأطراف مطلق الحرية في قبول هذا المشروع أو رفضه دون أن تقع عليهم أية مسؤولية جراء رفض التوقيع عليه، على أساس أن لجنة المحاكمة المصغرة مجردة من سلطة إصدار حكم ملزم للأطراف. بالتالي فإن المحاكمة المصغرة لا تعدو عن كونها أحد أنواع الوساطة، حيث يقتصر دورها على بيان الموقف القانوني للأطراف في النزاع لو عرض على القضاء أو التحكيم.

ويقرب من نظام المحاكمة المصغرة نظام آخر يعرف بالرأي المحايد، ويقوم على اتفاق أطراف النزاع على إحالة النزاع إلى شخص ثالث من الغير يتفقون على تعيينه تتوافر فيه صفات الحياد والاستقلال، من أجل بيان رأيه القانوني في النزاع قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، وذلك بعد دراسة ملف القضية والوثائق المقدمة إليه والإحاطة ببيانات وحجج كل طرف. ولا شيء يمنع الأطراف من عرض موضوع النزاع على أكثر من شخص محايد لأخذ عدة آراء ومقارنتها مع بعضها، ليتبين كل طرف موقفه من القضية، وبناء عليها تقرير ما يراه مناسباً بشأنه إما باللجوء إلى التحكيم أو القضاء. ورأي الشخص المحايد هو مجرد رأي استرشادي غير ملزم للأطراف، بالتالي فإن الأطراف لا يلزمون بالمثل أمام هذا الشخص أو التعاون معه بل يستطيع كل منهم الإنسحاب دون ترتيب أية مسؤولية على عاتقه.

يتضح من ذلك أن المحاكمة المصغرة والرأي المحايد يختلفان عن التحكيم، ليس فقط من حيث طبيعة المهمة التي يؤديها الشخص الثالث، إنما أيضاً من حيث النتيجة وقوة الإلزام لكل منها، فمهمة المحكم تتمثل في الفصل في النزاع بقرار نهائي ملزم للأطراف تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي، في حين أن الشخص الثالث في المحاكمة المصغرة والرأي المحايد يقتصر دوره على إعطاء رأي أو موقف يمكن للأطراف الإسترشاد به دون أن يكون ملزماً لهم.

## المبحث الثاني: أهمية التحكيم ومبررات وجوده

لا أحد ينكر اليوم الدور الأساسي الذي يؤديه التحكيم في حسم المنازعات خصوصا في إطار التجارة الدولية، بل إن اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات في تزايد مستمر على الصعيدين الداخلي والدولي، ويعود ذلك إلى مجموعة من المبررات والمزايا التي يحققها التحكيم أكثر من القضاء العادي. وبناء عليه، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول أهمية التحكيم، ونتناول في الثاني مبررات وجوده.

### المطلب الأول: أهمية التحكيم

أدى تطور التجارة الدولية، وظهور العولمة، وعدم وجود قضاء عالمي لحسم منازعات التجارة الدولية التي تدخل ضمن إطار القانون الخاص، وعدم ملاءمة النظام القضائي الوطني لحسم هذا النوع من المنازعات، وسعي الدول إلى جذب الاستثمارات الأجنبية لتحقيق خططها التنموية الاقتصادية والاجتماعية والبنوية، إلى تطور نظام التحكيم على نحو عالمي واسع<sup>(47)</sup>. وقد أضحت التحكيم اليوم الوسيلة الأولى والمفضلة لحسم منازعات التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو أي عقد دولي حاليا من اتفاق تحكيم.

ويعود اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الدولية إلى عدة أسباب، أهمها: الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، والتي يعجز عن توفيرها أي نظام قانوني وطني مهما بلغت درجة حدائه وتطوره، ويظهر ذلك جليا من خلال حرية الأطراف في تحديد نوع التحكيم بأن يكون فرديا أو مؤسسيا، وفي تعيين هيئة التحكيم، وفي تحديد معظم القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم عملية التحكيم منذ بدايتها وحتى نهايتها. هذا بالإضافة إلى رغبة المتعاملين بمجال التجارة الدولية في تكوين بيئة خاصة بهم تتناسب مع مصالحهم، بعيدا عن تعقيدات القوانين والأنظمة القضائية للدول، ومحاولة ترسيخ واتباع قواعد خاصة بهم تتناسب بشكل أفضل مع متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وما تقتضيه من سرعة ومرونة وتخصص في إبرام العقود وتنفيذها، ويتبع ذلك أن التحكيم يأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية، أكثر من القضاء الوطني للدول.

ونظرا لهذا الدور الهام الذي يؤديه التحكيم في حسم منازعات التجارة الدولية، فقد عمدت الدول إلى مضاعفة جهودها على المستوى العالمي، لتنظيم التحكيم التجاري الدولي، فظهرت

(47) وعلى هذا الأساس، صدرت اتفاقية واشنطن الموقعة بتاريخ 15/3/1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وتمخض عنها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى. وكذلك صدرت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المبرمة عام 1980، وفي فلسطين صدور قانون تشجيع الاستثمار لسنة 1998.

عدة اتفاقيات دولية وإقليمية في هذا المجال<sup>(48)</sup>. كما بذلت جهود دولية للعمل على توحيد القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، حيث تمخض عنها إصدار:

■ قواعد الأونسترال (Uncitral) الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>(49)</sup>، والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 31/98 بتاريخ 15 ديسمبر 1976، والمعروفة باسم "قواعد التحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي" (الأونسترال)<sup>(50)</sup>. وتتألف هذه القواعد من 41 مادة، ولا يوجد لتلك القواعد أي طابع إلزامي إنما هي ذات طابع إسترشادي، تحتذي به الدول عند إعداد تشريعاتها الخاصة بالتحكيم. وكان الهدف من وضعها هو العمل على توحيد قواعد التحكيم التجاري الدولي على مستوى العالم، ومحاولة تضييق الاختلاف بين التشريعات الوطنية للدول والحد من ظاهرة تنازع القوانين في إطار منازعات التجارة الدولية. وقد روعي في إعداد هذه القواعد وصياغتها، المواءمة بين مختلف الاتجاهات الرئيسية السائدة في العالم في مجال التحكيم.

■ القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006: فبعد النجاح الكبير الذي حققته قواعد الأونسترال لعام 1976، ولدفع الدول نحو الإعراف بقرارات التحكيم والحرص على تنفيذها وإزالة المعوقات من قوانينها الوطنية التي تحول دون ذلك، والرغبة في الأخذ بعين الاعتبار

(48) من هذه الاتفاقيات:

- بروتوكول جنيف الموقع بتاريخ 24 سبتمبر 1923 والنافذ منذ 28 يوليو 1924 بشأن شروط التحكيم، والذي ما زال ساريا في الدول التي لم تنضم لاتفاقية نيويورك لسنة 1958.

- اتفاقية نيويورك الموقع في 10 يونيو 1958 المتعلقة بالإعراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، والنافذة منذ 7 يونيو 1959.

- اتفاقية واشنطن الموقع بتاريخ 18 مارس 1965 بخصوص تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والنافذة منذ 14 أكتوبر 1966.

- ومن الاتفاقيات الإقليمية: الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي الموقع في جنيف في 21 أبريل 1961 النافذة منذ 7 يناير 1964.

- اتفاقية بنما بشأن التحكيم التجاري الدولي بين دول أمريكا اللاتينية الموقع في 30 نوفمبر 1975.

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، والتي أقرت من مجلس وزراء العدل في دورته الخامسة المنعقدة في عمان في المملكة الأردنية الهاشمية بالقرار رقم 80/د/5 في 16 شعبان 1407 هـ الموافق 14 أبريل 1987.

- اتفاقية عمان العربية المبرمة في 14 أبريل 1987 بشأن التحكيم التجاري فيما بين دول الجامعة العربية.

- اتفاقية موريشيوس الموقع في 17 أكتوبر 1993 بشأن التحكيم التجاري بين الدول الإفريقية الناطقة بالفرنسية.

(49) تم إنشاء هذه اللجنة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2205 بتاريخ 17 ديسمبر 1966. راجع بهذا الشأن:

John Carey: Uncitral, its origin and prospects, in Am. Jour. Comp. Law 1966-1967, p. 606 et s.

(50) A. Broches : Commentary on the Uncitral Model Law on international commercial arbitration, Kluwer 1990.

الممارسات العملية في مجال التحكيم المؤسسي وتحكيم الحالات الخاصة، رأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ضرورة الذهاب إلى الأمام في عملية توحيد القواعد والأحكام الخاصة بالتحكيم، فقامت بإعداد مشروع قانون نموذجي للتحكيم التجاري الدولي بمشاركة عدد كبير من خيرة خبراء العالم في مجال التحكيم الدولي والتجارة الدولية، واعتمده اللجنة في دور انعقادها الثاني عشر بتاريخ 21 يونيو 1985، وحصل على موافقة الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم (40/72) الصادر بتاريخ 4 ديسمبر 1985. وناشدت الدول الأعضاء أن تحتذي به عند إعداد تشريعاتها في مجال التحكيم<sup>(51)</sup>. وقد أجريت تعديلات على هذا القانون النموذجي في العام 2006.

### المطلب الثاني: المبررات العملية للتحكيم

تتعدد الأسباب والمبررات التي تدفع الأطراف لسلوك طريق التحكيم لحسم منازعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة. ويرى الفقيه رونييه دافيد (René David) وجود أربع مبررات على الأقل تقف وراء اختيار أطراف نزاع التحكيم لفض منازعاتهم<sup>(52)</sup>، ويصنف تلك المبررات في أربع فئات:

الفئة الأولى: يعلم الأطراف مسبقا في هذه الفئة أن قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع الذي سيصدره المحكم، قد يكون مطابقا تماما للحكم الذي سيصدره القاضي العادي لو عرض عليه ذات النزاع، إلا أن الأطراف يفضلون مع ذلك اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع القائم بينهم، رغبة منهم في أن تجري عملية التحكيم في ظروف وضمن شروط أفضل مما لو جرى نظر النزاع أمام القضاء العادي: تكاليف ونفقات أقل، إجراءات أكثر مرونة من تلك المطبقة أمام القضاء العادي، الفصل في النزاع من قبل أشخاص يوليهم الأطراف درجة كبيرة من الثقة، أو أنهم على درجة كبيرة من التخصص الفني في مجال النزاع لا تتوافر عادة لدى القاضي العادي.

الفئة الثانية: يرغب الأطراف بحسم موضوع النزاع بطريقة مختلفة عن القضاء العادي، فإذا كان القاضي ملزما بتطبيق أحكام قانونه الوطني كونه يستمد سلطته من الدولة التي عينته للقيام بمهمة القضاء، فإن الأطراف يرغبون في حسم النزاع ليس بموجب القانون الوطني لدولة القاضي، إنما بموجب قانون آخر أو بالاستناد إلى أعراف التجارة الدولية (Lex mercatoria) استقلالا عن تطبيق أي قانون وطني، وهذا يمكن تحقيقه في التحكيم كون المحكم يستمد مهمته ليس من الدولة إنما من اتفاق التحكيم ذاته، فالمحكم ليس له قانون وطني حتى يدافع عنه.

(51) انظر حول هذا الموضوع:

Ph. Fouchard, La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Clunet, 1987, p. 861.

(52) Ibid, n° 8, p. 15 et s.

الفئة الثالثة: يرغب الأطراف بحسم النزاع بطريقة تكون إلى حد ما مقبولة ومرضية للطرفين، بما يؤدي إلى حسم النزاع بطريقة تحفظ مصالحهم المشتركة، ودون تأثير على علاقاتهم المستقبلية، فرغم وجود النزاع، قد تكون لديهم الرغبة في الاستمرار في علاقاتهم التعاقدية بالنسبة للمستقبل، وهذا ما يمكن تحقيقه عن طريق التحكيم.

الفئة الرابعة: رغبة الأطراف بحسم الخلاف الذي ثار بينهم دون أن يصل هذا الخلاف إلى حد النزاع، وبالتالي لا يمكن عرضه على القضاء، كالطلب المتعلق بمراجعة عقد أو تكملته بما يتناسب مع بعض الظروف المستجدة، أو رغبة الأطراف بتعديل العقد استنادا إلى ظروف استجدت بعد إبرامه.

ويضيف الدكتور أحمد أبو الوفا إلى المبررات السابقة، أن "الإعتبرات العملية تدعو دائما إلى الاتفاق على التحكيم، لطرح المنازعات على أشخاص محل ثقة الخصوم - بدلا من طرحها على المحاكم المختصة - إما للإفادة من خبرتهم الفنية، وإما لتجنب مشاكل التنازع الدولي للقوانين، وإما لتجنب علانية جلسات القضاء، مع الاقتصاد في الوقت والجهد والنفقات في كل الأحوال"<sup>(53)</sup>.

وسنتناول أهم المبررات والميزات التي تدفع الأطراف لاختيار طريق التحكيم لحسم منازعاتهم، وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول: الفاعلية

تظهر فاعلية التحكيم من خلال الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم، خصوصا في مجال التحكيم التجاري الدولي. وتطال هذه الحرية جميع مراحل التحكيم: حرية اختيار نوع التحكيم بأن يكون مؤسسيا أو فرديا، وحرية اختيار إجراء التحكيم بالقانون أو بالصلح، وحرية اختيار المحكمين وعددهم واختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم، وتحديد مدة التحكيم وغيرها من المسائل. هذه الحرية الواسعة تسمح للأطراف على سبيل المثال، باختيار محكمين على أساس خبرتهم وتخصصهم الفني في موضوع النزاع، مما يحقق فاعلية في حسم النزاع، وذلك على عكس القضاء العادي حيث لا يكون لإرادة الأطراف أي دور في اختيار القاضي، وقد لا تكون لديه الخبرة الكافية والتخصص في موضوع النزاع لا سيما إذا كان النزاع يتعلق بمسائل التجارة الدولية، والتي تتطلب خبرات ومعارف خاصة بهذا النوع من المنازعات.

(53) أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، ط 5، منشأة دار المعارف بالإسكندرية، البند 1، ص 11.

كما أن الطابع الاتفاقي للتحكيم، يجعل الطرف المحكوم ضده يعمد في الغالب إلى تنفيذ قرار التحكيم من تلقاء نفسه دون حاجة لاتباع إجراءات التنفيذ الجبري، وذلك لاعتبارات متعددة خصوصا للمحافظة على علاقاته التجارية وسمعته في أوساط التجار.

ولكن تظهر فاعلية التحكيم بشكل أساسي في عقود الاستثمار، بالنسبة للمستثمر الأجنبي وبالنسبة للدولة مستقبلية الاستثمار على حد سواء. فمن جهة المستثمر، فإنه يخشى الخضوع لقضاء الدولة مستقبلية الاستثمار، ويجد في التحكيم بديلا مناسباً لضمان استثماره والمحافظة على حقوقه، على اعتبار أن المحكم هو شخص عادي يختاره الأطراف بإرادتهم المشتركة ويستمد مهمته من اتفاق التحكيم وليس قاضيا تابعا للدولة مستقبلية الاستثمار، وهذا يوفر درجة كبيرة من الثقة والإطمئنان لديه، ويرفع عنه هاجس التخوف من الخضوع للقضاء الوطني للدولة مستقبلية الاستثمار. لهذا يبادر المستثمر الأجنبي في العادة إلى تضمين اتفاقية الاستثمار اتفاق تحكيم، ويوقف إبرام اتفاقية الاستثمار على موافقة الدولة مستقبلية الاستثمار على اتفاق التحكيم، فإذا رفضت ذلك فإنه يمتنع عن توقيع هذه الاتفاقية. ومن جهة الدولة مستقبلية الاستثمار، فإنها ترفض الخضوع لقضاء دولة أخرى على أساس أن ذلك يمس بسيادتها، وأن القاضي يعبر عن سيادة الدولة التابع لها ويلتزم باحترام قوانينها والدفاع عن نظامها العام وآدابها. في حين أن الدول تقبل الخضوع للتحكيم، لأن المحكم شخص عادي يستمد مهمته من اتفاق التحكيم ذاته، ولا يعبر عن سيادة دولة معينة، وليس لديه قانون وطني معين يلزم بالدفاع عنه. ويبرر قبول الدول خضوعها للتحكيم، هو تشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار على أراضيها لتحقيق خططها التنموية الاقتصادية والاجتماعية والبنى التحتية. وبمجرد موافقة الدولة على اتفاق التحكيم، فإنها تصبح ملزمة بهذا الاتفاق وتلتزم بتنفيذه، ويعد ذلك نزولا ضمنيا عن حقها في التمسك بحصانها القضائية، وإذا خالفت ذلك تكون قد انتهكت مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

### الفرع الثاني: التخصص والكفاءة الفنية

يعد التخصص والكفاءة الفنية أهم ميزات التحكيم، فحرية الأطراف في اختيار المحكمين يسمح لهم باختيار محكمين ذوي تخصص وكفاءة عالية في موضوع النزاع قد لا تتوافر لدى القاضي بحكم تأهيله القانوني وقلة خبرته المتخصصة في موضوع النزاع. إضافة إلى أن اختيار المحكمين من ذوي الخبرة والتخصص قد يجنب الأطراف دفع تكاليف الخبرة الفنية في كثير من جوانب النزاع، ويسمح للمحكمين بالنقاش والتحاور المباشر في الجانب الفني لموضوع النزاع مع الأطراف والشهود والخبراء وغيرهم بحكم خبرتهم وتخصصهم الفني، كما يسمح للأطراف باختيار محكمين من نفس لغة الأطراف أو لغة العقد.

ويبدو التخصص والكفاءة الفنية أكثر أهمية خصوصا في منازعات التجارة الدولية، نظرا للتطور الهائل في فنون وممارسات هذا النوع من التجارة، والذي أدى إلى ظهور أنواع جديدة من المعاملات والعقود التجارية الدولية والتي تتصف في العادة بطولها وتعقيدها في جوانبها القانونية والفنية وقيمتها المالية العالية، وتأتي في كثير من الأحيان على شكل عقود مركبة ومعقدة، وتخرج في تنظيمها القانوني والفني في كثير من الجوانب عن القواعد التقليدية المعروفة في إطار القانون الوطني.

كما أن بعض المنازعات تتعلق بمسائل فنية متخصصة لا يستطيع الفصل فيها إلا أشخاص متخصصون وخبراء فنيون في هذا النوع من المنازعات (كالتحقق من مدى مطابقة مواصفات البضائع والخدمات أو العمل الذي تم إنجازه لشروط العقد، أو تقدير قيمة الأعمال المنجزة والتعويضات التي يستحقها أحد الأطراف نتيجة الإخلال بتنفيذ أحد العقود المركبة أو المعقدة، أو كانت المسألة محل النزاع متعلقة بعقود فنية بالغة التخصص، كعقود نقل التكنولوجيا، أو بناء محطات الإرسال اللاسلكية أو الأقمار الصناعية أو مصافي البترول أو عقود التنقيب عن النفط، أو الأشغال العامة أو التوريدات الدولية أو عقود الإمتياز الدولية....). فاللجوء إلى القضاء العادي قد لا يكون مجديا في هذا النوع من المنازعات، ليس فقط لأن القاضي سيجد نفسه مضطرا للإستعانة بخبراء، إنما أيضا لعدم إلمامه وقلة خبرته بهذا النوع من المنازعات. لهذا قد يكون من الأفضل في هذا النوع من المنازعات اختيار محكمين ذوي تخصص وخبرة واسعة في مجال النزاع، حيث يطلب منه ليس فقط المعاينة الفنية لموضوع النزاع إنما أيضا الفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف. هذا بالإضافة إلى أن القاضي الوطني لا يكون لديه في العادة إلمام كافي بالقواعد والأعراف والممارسات الدولية التي تحكم أنواع معينة من المنازعات، وقد يكون اللجوء إلى التحكيم هو البديل الملائم لحسم هذه المنازعات، بحيث يتم اختيار محكمين ذوي كفاءة وخبرة وتخصص وخبرة واسعة في مجال النزاع، ولديهم معرفة واسعة بقواعد وأعراف وممارسات التجارة الدولية، وبالبادئ التي رسخها قضاء التحكيم في مجال النزاع المطلوب منهم حسمه بطريق التحكيم، مما يكفل حسم النزاع بطريقة مناسبة وبكفاءة عالية أكثر من القاضي العادي.

ولا يقتصر هذا الدور للتحكيم على منازعات التجارة الدولية فحسب، بل توجد بعض المنازعات الداخلية تكون على درجة كبيرة من التعقيد خصوصا في مجال الأعمال والتجارة، ويفضل أن يقوم محكم وليس قاض بحسمها، نظرا لتشعب عناصر النزاع ووجود مصالح متعارضة لأطراف متعددة (شركاء، زبائن، موردين، مدراء، ممولين، ...). ففي مثل هذا النوع من المنازعات يدخل النزاع في أكثر من مجال قانوني ويتزاوج الجانب القانوني مع الجانب الفني (قانون مدني، قانون تجاري، ضرائب وجمارك، قانون عمل، قانون البيئة، ومسائل محاسبية وفنية وتكنولوجية....).



ومن الأمثلة على هذا النوع من المنازعات، المنازعات بين الشركاء أو المساهمين ومجلس الإدارة، والصعوبات المتعلقة باستغلال علامات تجارية أو براءات اختراع، والمنازعات التي تثور بين المؤسسات المالية والمصرفية.

فإذا كان القانون يشترط في القاضي بأن يكون مؤهلاً تأهيلاً قانونياً، ولا يتصور تعيين مهندس أو طبيب أو فني قاضياً ما دام لا يحمل شهادة في القانون، وقد تقتصر خبرة القاضي على بعض المنازعات الداخلية البسيطة، وقد يعجز عن الفصل في بعض المنازعات المعقدة التي يغلب عليها الطابع الفني المتخصص، أو منازعات التجارة الدولية وعقودها والاستثمارات وما تثيره من تعقيدات في القطاعات المختلفة، ، بطريقة ملائمة، نظراً لقلته خبرته وتخصصه في بعض المجالات. أما المحكم فلا يشترط فيه التأهيل القانوني، ويمكن اختيار أي شخص محكماً بحكم خبرته العالية وتخصصه الفني في مجال معين من مجالات التجارة والمال والطب والهندسة والبتروول والاتصالات والتقنيات الحديثة، يتفق مع طبيعة النزاع وما يحتاجه ذلك من خبرات فنية وتخصص دقيق. لهذا تسمح القوانين الوطنية للأطراف باختيار المحكمين من ذوي الخبرة العالية في مجالات المال والتجارة والأعمال ودون حصر اختيارهم من أشخاص ذوي تأهيل قانوني مراعاة لاعتبارات الواقع التجاري والصناعي خصوصاً الدولي. كما تحرص مؤسسات ومراكز التحكيم الدائمة على التنوع في التخصصات والخبرة الفنية للمحكمين المعتمدين لديها، والمرشحين لاختيارهم أعضاء في هيئات التحكيم لديها. فمثلاً جاء في المادة (11/2) من نظام مركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1993 على أنه: "يشترط في المحكم أن يكون من رجال القانون أو القضاء أو من ذوي الخبرة العالية والإطلاع الواسع في التجارة أو الصناعة أو المال .....". وكذلك المادة (14) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 حيث فرضت أن يكون الأشخاص الذي يعينون للخدمة في الهيئة معترفاً بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والصناعة والمال.

ولكن رغم ذلك، فإن التأهيل القانوني يبقى على درجة كبيرة من الأهمية، خصوصاً إذا كانت هيئة التحكيم متعددة الأعضاء، وكان موضوع النزاع عالي القيمة، بحيث يفضل أن يكون من بينهم أحد القانونيين، لأن المحكم يفصل في موضوع النزاع بقرار تحكيم نهائي تتوافر فيه جميع مواصفات الحكم القضائي، ويتعرض بالتالي للحقوق والالتزامات والمراكز القانونية للأطراف، ويلزم بتطبيق القواعد الموضوعية والإجرائية التي اختارها الأطراف أو حددها القانون، واحترام حقوق الدفاع والنظام العام، ويلزم مراعاة الشروط الشكلية والموضوعية لقرار التحكيم، ومنها تسبب قرار التحكيم وغيرها من المسائل، وهذه مسائل يصعب مراعاتها من قبل شخص ليس لديه تأهيل قانوني.

### الفرع الثالث: السرعة وسهولة ومرونة الإجراءات

السرعة هي إحدى الميزات الأساسية للتحكيم، فالقضاء العادي عندما ينظر في النزاع، يجب عليه مراعاة مجموعة من الإجراءات الشكلية والإجرائية بهدف حماية الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، وهذا الأمر يطيل في العادة أمد الفصل في المنازعات بشكل كبير، وقد تستمر المحكمة في نظر النزاع عدة سنوات، وهذا الوضع لا يتلاءم مع طبيعة المعاملات والصفقات التجارية التي تتطلب السرعة ودرجة عالية من الثقة والبساطة والسهولة في عقد الصفقات، من أجل اقتناص الفرص وتحقيق الأرباح. ومن هذه الناحية قد يبدو التحكيم هو البديل الملائم لحسم المنازعات التجارية، الداخلية والدولية على حد سواء، وذلك على أساس السرعة التي يؤديها في حسم المنازعات، لأن إصدار قرار التحكيم مقيد بمدة محددة يجب أن يصدر خلالها، وهذه المدة تحدد كأصل عام باتفاق الأطراف، وفي حال تخلف هذا الاتفاق يتولى القانون ذاته تحديدها. يضاف إلى ذلك أن التحكيم لا يأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين المطبق أمام القضاء العادي، ما يؤدي إلى كسب الوقت أيضا. وأخيرا، فإن معظم القوانين تمنع الطعن بقرارات التحكيم بالطرق المعتادة للطعن بالأحكام القضائية عموما، ولا تجيز الطعن بقرارات التحكيم سوى بدعوى البطلان الأصلية، وذلك إذا شابها أحد أسباب البطلان التي حددها القانون على سبيل الحصر. فجميع هذه الأسباب مجتمعة، تجعل التحكيم أسرع بالفعل من القضاء العادي. ولكن وفي جميع الأحوال، فإن سرعة الفصل في النزاع لا تعني التسرع في إصدار الأحكام، كما أن السرعة لا تجيز انتهاك بعض المبادئ الأساسية في التقاضي، لا سيما احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة.

ويتميز التحكيم أيضا عن القضاء العادي بسهولة وبساطة إجراءاته، واستبعاد الشكليات غير الهامة أو الثانوية، مما يحقق السرعة والفاعلية في حسم النزاع. فالمحكم يتبع الإجراءات التي يحددها الأطراف، وفي حال تخلف هذا الاتفاق، فإنه يختار تطبيق قواعد إجرائية مرنة تتناسب مع طبيعة النزاع، ويظهر ذلك بشكل خاص في تحكيم الحالات الخاصة وفي التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم باجراء الصلح بين الأطراف، ولكن يلزم المحكم في جميع الأحوال باحترام القواعد الآمرة والنظام العام والضمانات الأساسية للتقاضي.

### الفرع الرابع: السرية

تعد السرية أحد أهم ميزات التحكيم، فالتحكيم ابتداء وانتهاء هو قضاء سري، وذلك على عكس القضاء العادي الذي هو قضاء علني. فجلسات المحاكمة التي تعقدتها المحكمة يجب كأصل عام أن تكون علنية، وهو ما يعبر عنه بمبدأ العلنية أو علنية القضاء أو الجلسات، فحتى وإن سمحت القوانين الإجرائية للقاضي في حالات معينة أن يقرر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم عقد جلسة أو أكثر من جلسات المحاكمة بشكل سري لاعتبارات حماية الأسرة أو

المحافظة على النظام العام أو الآداب<sup>(54)</sup>، فإن الحكم القضائي يجب أن يصدر دائما في جلسة علنية<sup>(55)</sup>.

ولكن الأمر مختلف تماما في مجال التحكيم، فلا يطبق عليه مبدأ العلنية إنما مبدأ السرية، ويبرر ذلك الطابع الاتفاقي للتحكيم، وقد أشار قانون التحكيم الفلسطيني ومذكرته الإيضاحية إلى مبدأ السرية في جميع مراحل التحكيم، فقد جاء في المادة (50) من اللائحة التنفيذية على أنه: "تتظر هيئة التحكيم النزاع المعروض أمامها بصفة سرية على أنه يجوز بناء على اتفاق الأطراف جعل الجلسة علنية"، وتتص المادة (41) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "...لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة".

يتبين من هذين النصين أن المبدأ العام في مجال التحكيم هو السرية في جميع مراحلها وإجراءاته والإستثناء هو العلنية، في حين أن المبدأ العام في القضاء هو العلنية والإستثناء هو السرية.

وتطبق السرية على نطاق واسع في مجال التحكيم، وتشمل السرية تجاه الغير الذي لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم، وتجاه الرأي العام ووسائل الإعلام، وخصوصا تجاه المنافسين. فالعلنية قد تكون ضارة جدا بالأطراف، فقد تؤدي إلى كشف أسرارهم التجارية والصناعية وطرق التصنيع وأسرارهم، خصوصا إذا كانت غير محمية بموجب براءات اختراع، وكشف المعرفة التي تمتلكها في مجال معين كما في عقود نقل المعرفة الفنية وعقود التكنولوجيا وتصنيع الاقمار الصناعية والحاسبات الالكترونية ومعالجة البيانات وبنوك المعلومات، والكشف عن معلومات متعلقة بحجم الأعمال، والخطط المستقبلية، والمركز المالي للمشروع، والصعوبات المالية والضرائبية. فنشر هذه التفاصيل للمنافسين والزيائن المحتملين والرأي العام ووسائل الإعلام، قد يؤدي إلى إنهاء المشروع أو يلحق ضررا بالغا بالأطراف ومصالحهم المالية.

لهذا قد تكون السرية هي إحدى أهم ميزات التحكيم، وقد تكون الدافع الأول من وراء لجوء الأطراف للتحكيم.

### الفرع الخامس: المحافظة على العلاقات المستقبلية بين الأطراف

إن اللجوء إلى القضاء قد لا يكون طريقا مناسباً لحسم عدد كبير من المنازعات، فالتطبيق الصارم للقانون واستتاد القاضي في حكمه إلى الماضي وإلى وقائع النزاع وبينات الأطراف،

(54) تتص المادة (115) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001 على أنه: "تكون جلسات المحاكمة علنية إلا أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إجرائها سرا محافظة على النظام العام أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة".

(55) تتص المادة (171) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني على أنه: "ينطق القاضي بالحكم، بتلاوة منطوقه، أو بتلاوة منطوقه مع أسبابه، ويكون النطق بالحكم في جلسة علنية وإلا كان الحكم باطلاً".

ودون الإلتفات إلى طبيعة العلاقات الحالية والمستقبلية التي تربط الأطراف ببعضهم البعض، قد تؤدي إلى القطيعة وتؤجج روح الشقاق والنزاع بين الأطراف، وتلحق أبلغ الضرر بمصالحهم المشتركة، لا سيما إذا استمر نظر النزاع أمام القضاء لمدة طويلة. فالحكم القضائي قد يكون عادلا من الناحية القانونية ولكنه قد لا يكون حلا مناسباً في الواقع، في العديد من المنازعات التي تكون للأطراف فيها مصالح مشتركة تربطهم ببعضهم البعض، كالنزاعات التي تثور بين الشركاء خصوصا في شركات الأشخاص والمشاريع العائلية، أو بين الموردين والموزعين، أو بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. ففي جميع هذه الحالات، قد يؤدي اللجوء إلى القضاء إلى التأثير سلباً على علاقة الأطراف ببعضهم البعض بل وتوقفها أحيانا.

بالتالي فإن اللجوء إلى التحكيم قد يكون بديلاً مناسباً عن اللجوء إلى القضاء، لأن التحكيم يسير في العادة في جو أطف من القضاء العادي، ويأخذ بعين الاعتبار العلاقات المستقبلية للأطراف، فمصلحة الأطراف قد تقتضي حسم النزاع ولكن بطريقة تضمن استمرار علاقاتهم الحالية والمستقبلية تحقيقاً لمصالحهم المشتركة (سواء لاستحالة إيجاد شريك أو عميل آخر، أو لأن الأطراف يجدون أن علاقاتهم التجارية ما زالت مرضية ومربحة رغم وجود النزاع بينهم، أو لأن الحكم القضائي غير فاعل، فالحصول على تعويض قد لا يكون مناسباً دائماً)، خصوصاً إذا كان المحكم مفوضاً بالصلح.

فمثلاً، المنازعات التي تثور بين الشركاء في شركات الأشخاص والمشاريع العائلية، فإن حسم النزاع عن طريق التحكيم خصوصاً مع التفويض بالصلح هو أفضل طريقة لاستمرار علاقات الأطراف قائمة، لأن الحلول العادلة من الناحية القانونية قد لا تكون هي الأفضل في بعض الأحيان، عندما يكون استمرار العلاقات هو أمر شبه حتمي ومفضل. فالجو العام الذي يسود سير عملية التحكيم يبقى أكثر ودا من القضاء العادي ويغلب عليه الطابع التوفيقى، والحل الذي يصدره المحكم يكون أكثر قبولا لدى الأطراف من الحكم القضائي، مما يؤدي في الغالب إلى قبول المحكوم ضده بقرار التحكيم وبيادر إلى تنفيذه تنفيذا طوعياً دون حاجة لاتباع إجراءات التنفيذ الجبري. فالمحكم خصوصاً إذا كان مفوضاً بالصلح، يجب عليه أن يأخذ بعين الاعتبار استمرار العلاقات المستقبلية بين الأطراف، وهذا يحقق درجة من الراحة النفسية لدى الأطراف والحرص على استمرار علاقاتهم المستقبلية. هذا بالإضافة إلى الثقة التي يوليها الأطراف للمحكم، خصوصاً إذا قام هؤلاء باختياره، وذلك على عكس القاضي الذي يفرض على الأطراف ولا دخل لإرادتهم في اختياره.

## الفرع السادس: تكاليف التحكيم

هل التحكيم أقل كلفة من القضاء العادي؟

يورد جانب كبير من الفقه من ضمن ميزات التحكيم، بأنه أقل تكلفة من القضاء العادي، وهذا قول غير صحيح دائماً، فالواقع أن التحكيم هو أكثر تكلفة من القضاء العادي، لأن القضاء العادي هو قضاء مجاني في معظم الدول، أما التحكيم فهو قضاء مأجور وليس مجاني. ففي التحكيم يلزم الأطراف بدفع نفقات التحكيم ودفع مقابل مالي لمركز التحكيم الدائم الذي يتم في ظله حسم النزاع، ويقدر هذا المقابل المالي في العادة بنسبة مئوية من قيمة النزاع المعروف على هيئة التحكيم، ودفع أتعاب المحكمين، يضاف إلى ذلك نفقات السفر والإقامة والمصروفات الأخرى لا سيما إذا تم التحكيم بالخارج وغيرها النفقات، في حين أن أطراف الدعوى لا يدفعون أجوراً للقضاة لأن روايتهم تأتي من الدولة، ولا يدفعون مقابل مالي للمحكمة التي تنظر النزاع إنما يلزمون فقط بدفع الرسوم القضائية والتي لا تسخ الصفة المجانية للقضاء، إضافة إلى أن المحكمة قريبة مما يقلل نفقات السفر والإقامة وغيرها.

والمسألة الوحيدة التي يمكن القول أنها ميزة للتحكيم فيما يتعلق بالتكاليف، هي أن حرية الأطراف في اختيار المحكمين تجعلهم في العادة يختارون أشخاصاً من ذوي الخبرة والاختصاص في مجال النزاع المتفق على حسمه بطريق التحكيم، ما يعني الأطراف أحياناً عن دفع نفقات الخبرة الفنية في كثير من الجوانب المتعلقة بالنزاع، على اعتبار أن المحكم يمكن أن يؤديها بحكم خبرته وتخصصه، ولكن يجب أن يتم ذلك بحذر كبير، لأنه لا يجوز للمحكم أن يقضي بناء على معلوماته الشخصية.

إن ارتفاع تكاليف التحكيم، كأحدى مساوئ وليس ميزات التحكيم، جعلت كثير من مراكز التحكيم الدائمة كغرفة التجارة بباريس، تقوم بمراجعة وتخفيض أسعار خدماتها في مجال التحكيم.

## المبحث الثالث: أنواع التحكيم

تناولت المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني أنواع التحكيم؛ حيث ميزت من جهة بين التحكيم المحلي والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي؛ ثم ميزت من جهة أخرى بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي. وعليه نتناول دراسة هذين التقسيمين على التوالي.

### المطلب الأول: التحكيم المحلي والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي

#### الفرع الأول: التحكيم المحلي

يكون التحكيم "محليا" استنادا للفقرة الأولى من المادة (3) من قانون التحكيم "إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين". فالتحكيم يكون محليا إذا توافر فيه شرطان مجتمعان: عدم تعلقه بالتجارة الدولية، وأن يجري في فلسطين. فلا يكفي أن يجري التحكيم في فلسطين (معيار جغرافي)، إنما يجب أيضا أن لا يتعلق بالتجارة الدولية (معيار اقتصادي)؛ فإذا تخلف أحد هذين الشرطين، فلا يكون التحكيم محليا إنما تحكيما دوليا أو أجنبيا حسب مقتضى الحال. ويلاحظ على هذا النص أنه لا يعبر أي إهتمام لجنسية الأطراف ومكان إقامتهم وجنسية المحكم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وغيرها من العناصر لاعتبار التحكيم محليا.

#### الفرع الثاني: التحكيم الأجنبي

يكون التحكيم "أجنبيا" استنادا للفقرة الثالثة من المادة (3) من قانون التحكيم: "إذا جرى خارج فلسطين". ويظهر من ذلك أن القانون الفلسطيني قد اعتمد معيارا واحدا لاعتبار التحكيم أجنبيا، وهو المعيار الجغرافي المتمثل بمكان التحكيم، فإذا جرى التحكيم خارج فلسطين فإنه يكون أجنبيا، بصرف النظر عن تعلقه بالتجارة الدولية من عدمه، وعن جنسية الأطراف ومحل إقامتهم، وجنسية المحكم، وموضوع النزاع، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو على إجراءات التحكيم؛ بل إن التحكيم يحتفظ بالصفة الأجنبية حتى لو كان القانون الواجب التطبيق على النزاع هو القانون الفلسطيني، أو كان أطراف التحكيم أشخاصا يحملون الجنسية الفلسطينية، أو كان النزاع يتعلق بعقد أو بعلاقة قانونية محلية صرفة. وعلى سبيل المقارنة، فقد اشترطت المادة (9) من قانون الحكيم المصري لعام 1994 توافر شرطين مجتمعين لاعتبار التحكيم أجنبيا: أن يصدر حكم التحكيم خارج مصر، وأن يطبق على النزاع قانون أجنبي.

وقد أخذت المادة (1/1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب، بمكان صدور قرار التحكيم لاعتبار التحكيم أجنبياً دون النظر فيما إذا كان النزاع يتعلق بمصالح التجارة الدولية من عدمه<sup>(56)</sup>.

ويلاحظ أن التعريفات السابقة للتحكيم الأجنبي والتي تستند إلى مكان التحكيم أو مكان صدور قرار التحكيم، لا تتفق مع رأي معظم الفقه في هذا الصدد، حيث يرى البعض أن التحكيم يكون أجنبياً إذا كان يشتمل على عنصر أجنبي، كاختلاف جنسية الخصوم، أو بالنظر إلى مكان التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع أو إجراءات التحكيم<sup>(57)</sup>. في حين يرى جانب آخر أن التحكيم يكون أجنبياً حتى لو صدر داخل الدولة نفسها التي يراد تنفيذ قرار التحكيم فيها، ما دام أن القانون الذي طبق على النزاع هو قانون أجنبي<sup>(58)</sup>.

ومهما يكن من أمر، فإنه يترتب على تحديد طبيعة التحكيم بأنه محلي أو أجنبي نتائج هامة، تتمثل في اختلاف القواعد القانونية الناظمة لكل منهما، خصوصاً من حيث كيفية صدور قرار التحكيم وتحديد مشتملاته وطرق الطعن فيه وآلية تنفيذه. فعلى سبيل المثال، يجيز قانون التحكيم الفلسطيني وسيلة واحدة للطعن بقرارات التحكيم الصادرة في فلسطين، هي الطعن بالفسخ أو بالبطلان، استناداً لأسباب حددها القانون على سبيل الحصر. في حين أن قرار التحكيم الأجنبي لا يخضع لقواعد الطعن المعمول بها في فلسطين، إنما يخضع لقواعد الطعن السارية في قانون بلد صدوره، وقد يجيز هذا القانون وسائل أخرى للطعن بقرار التحكيم تختلف عن القانون الفلسطيني، كأن يسمح بالطعن باستئناف قرار التحكيم إضافة إلى الطعن بالبطلان. كما أن قرارات التحكيم المحلية الصادرة في فلسطين، تنفذ مباشرة بنفس طريقة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم بعد التصديق عليها من المحكمة المختصة، في حين أن إجراءات تنفيذ الأحكام الأجنبية في فلسطين تخضع لقواعد مختلفة، ويتطلب تنفيذها اتباع إجراءات معقدة حددها قانون التحكيم وقانون التنفيذ، ولا يعطى قرار التحكيم الأجنبي الصيغة التنفيذية إلا إذا تحققت شروط موضوعية وإجرائية محددة، وهو ما سنوضحه بالتفصيل في الفصول اللاحقة.

(56) انظر، منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 45.

(57) محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 26.

(58) نادية معوض، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 178 و179.

## الفرع الثالث: التحكيم الدولي

يكون التحكيم "دولياً" استناداً للفقرة الثانية من المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني: "إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية وذلك في الأحوال الآتية:

1. إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.
2. إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.
3. إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن الآتية في دولة أخرى:
  - أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.
  - ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف.
  - ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع."

وبهذا التعريف يكون المشرع الفلسطيني قد أخذ بالمفهوم الواسع للتحكيم الدولي، والذي استقاه في معظمه عن المادة (3) من القانون النموذجي للأمم المتحدة لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006<sup>(59)</sup>.

وتعتمد التشريعات والفقهاء أحد ثلاثة معايير لتكييف التحكيم على أنه دولي: معيار جغرافي ومعيار قانوني ومعيار اقتصادي.

(59) تنص المادة (3) من هذا القانون على أنه: "يكون التحكيم دولياً:

- أ- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين؛ أو
- ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:
  - 1- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له؛
  - 2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به؛ أو
  - 3- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.
  - 4- لأغراض الفقرة (3) من هذه المادة:
- أ- إذا كان أحد الطرفين أكثر من مقر عمل، تكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم؛
- ب- إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل، تكون العبرة بمحل إقامته المعتاد."



## أولاً: المعيار الجغرافي

يعتمد هذا المعيار على عناصر جغرافية أو مكانية لتحديد الصفة الدولية للتحكيم<sup>(60)</sup>، كالاتتماد على مكان التحكيم، أو مكان صدور قرار التحكيم، أو مركز أعمال أطراف التحكيم، أو محل إقامتهم المعتادة. وقد أخذت بهذا المعيار المادة (1/1) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، حيث نصت على أنه: "تطبق هذه الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية. كما تطبق على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام". وأخذت به أيضاً المادة (2) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني لسنة 1952 حيث نصت على أنه: "تعني عبارة (الحكم الأجنبي) الواردة في هذا القانون كل حكم صدر من محكمة خارج المملكة الأردنية الهاشمية".

## ثانياً: المعيار القانوني

يعتمد هذا المعيار في تكييف التحكيم على أنه دولي أو وطني، بنفس المعيار الذي يستخدم في القانون الدولي الخاص، والمتمثل في التحقق من مدى اشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي من عدمه. فإذا كانت العلاقة القانونية تشتمل على عنصر أجنبي فيكون التحكيم دولياً، أما إذا تخلف هذا العنصر فيكون التحكيم وطنياً. ويتم النظر في تطبيق هذا المعيار إلى عناصر التحكيم المختلفة للتحقق من مدى توافر العنصر الأجنبي فيها: جنسية الأطراف، وموطنهم ومحل إقامتهم المعتادة، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم، وجنسية المحكم، ولغة ومكان التحكيم، وغيرها من العناصر. بناءً عليه، يكون التحكيم دولياً إذا توزعت هذه العناصر على أكثر من نظام قانوني وطني، ويكون وطنياً إذا ارتبطت جميع هذه العناصر بالنظام القانوني لدولة واحدة<sup>(61)</sup>.

ويقتضي تطبيق هذا المعيار، أن يقوم القاضي بحصر جميع العناصر الأجنبية المتعلقة بعلاقة قانونية معينة، والعمل على فصل العناصر المؤثرة أو الحاسمة فيها عن العناصر الثانوية غير المؤثرة<sup>(62)</sup>. ويعتمد القاضي في تحديد الصفة الدولية للتحكيم على العناصر المؤثرة فقط دون العناصر الثانوية، بحسب درجة ارتباطها بنظام قانوني واحد أو بعدة أنظمة قانونية. بناءً عليه، فإن مجرد اشتمال العلاقة القانونية على عنصر أجنبي، لا يعتبر بحد ذاته كافياً لاعتبار التحكيم دولياً، إنما يجب أن يكون العنصر الأجنبي مؤثراً ومنتجاً<sup>(63)</sup>.

(60) حول الانتقادات الموجهة للمعيار الجغرافي، انظر حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 49.

(61) انظر في هذا الصدد، نادر إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص 84؛ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 44.

(62) منير عبد المجيد، نفس المرجع، ص 34.

(63) انظر محمد الزعبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 62؛ منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 33.

ويُتبع في تطبيق المعيار القانوني أحد اتجاهين في البحث عن الصفة الدولية للتحكيم: إتجاه يستند إلى عناصر التحكيم ذاته؛ واتجاه آخر يستند إلى موضوع النزاع.

فبموجب الاتجاه الأول، يتم النظر إلى عناصر التحكيم ذاته، مع الإغفال الكلي لموضوع النزاع، للبحث عن العنصر الأجنبي: جنسية الأطراف وموطنهم ومكان إقامتهم، ومكان التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وعلى إجراءات التحكيم وغيرها من العناصر. فإذا كانت جميع هذه العناصر تتصل بنظام قانوني واحد فيكون التحكيم وطنياً، أما إذا اتصلت هذه العناصر بأكثر من نظام قانوني فيكون التحكيم دولياً. كما يعتبر التحكيم دولياً وفق هذا الإتجاه إذا كان يجري في ظل مؤسسة تحكيم تمارس التحكيم على نطاق دولي<sup>(64)</sup>. وفي انتقاد هذا الاتجاه، يرى البعض أنه من غير المنطقي عزل مسألة دولية التحكيم عن دولية موضوع النزاع لأن التحكيم يقوم بدور حسم المنازعات. فالتحكيم وجد لحسم نزاع وليس حسم النزاع هو الذي وجد من أجل التحكيم فإن "دولية التحكيم هي القاطرة التي تتكفل بجر الطابع الدولي إلى التحكيم"<sup>(65)</sup>.

وبموجب الاتجاه الثاني، يتم النظر إلى موضوع النزاع وإهمال عناصر التحكيم الأخرى للبحث عن الصفة الدولية للتحكيم، ويجد ذلك تبريره في أن التحكيم وجد لحسم نزاع، ولا تحكيم بدون وجود هذا النزاع. بناء عليه، يكون التحكيم دولياً إذا كان النزاع دولياً أو تعلق النزاع بعقد دولي. ويكون العقد دولياً إذا اشتمل على عنصر أجنبي سواء تعلق الأمر بإبرامه أو بتنفيذه أو بجنسية أطرافه أو بموطنهم. فالعقد الذي يبرم بين شركة فلسطينية وشركة أخرى فرنسية، يعد عقداً دولياً لإختلاف جنسية الشركتين، إضافة إلى أن مكان التحكيم سيكون حتماً في إحدى هاتين الدولتين أو في دولة ثالثة. فإذا توافرت الصفة الأجنبية في أحد عناصر العقد، يكون العقد دولياً.

وقد أخذت بالمعيار القانوني اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب في المادة (1/1) المشار إليها أعلاه، وكذلك المادة (176) من القانون الدولي الخاص السويسري، والتي أوردت أن أحكام هذا القانون تطبق على كل تحكيم إذا كان مقر محكمة التحكيم يقع سويسرا، أو لم يكن لأحد أطراف التحكيم على الأقل، لحظة إبرام اتفاق التحكيم، موطن أو محل إقامة معتاد في سويسرا. كما أخذت به أيضاً الفقرة الثالثة من المادة (1) من القانون النموذجي لعام 1985، وكذلك المادة (2) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بنصها على أنه: "تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقار رئيسية فيها".

(64) انظر حول هذا المعيار، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 93-90.

(65) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 109 وما بعدها. ويقول البعض أنه: "من غير المنطقي عزل مسألة دولية التحكيم عن دولية موضوع النزاع، ذلك أن التحكيم وسيلة لفض نزاع، ما وجد إلا ليقدم حلاً لتوافق مع معطيات وازدهار المعاملات الدولية بين الأشخاص عبر الحدود، وبهذا المعنى فهو وسيلة تخدم غاية، وهي حسم منازعات المعاملات المشار إليها على نحو يبقي على الاتصال بين أطرافها، وأي محاولة للعزل بين الوسيلة والغاية تعد تضليلاً وتناسياً للعلاقة العضوية بينهما". محمد الزعبي، المرجع السابق، ص 69 و 70.

## ثالثا: المعيار الاقتصادي

يكفي وفق هذا المعيار لاعتبار التحكيم دوليا أن يتعلق موضوعه بنزاع يتعلق بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كانت العلاقة القانونية أو العقد دوليا فإن التحكيم يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية.

وقد أخذت بالمعيار الاقتصادي المادة (1504) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي وذلك بنصها على أنه: "يكون دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية"<sup>(66)</sup>. وبذلك يكون هذا النص قد رسخ قاعدة مادية مفادها اعتبار التحكيم دوليا بمجرد أنه يتعلق بمصالح التجارة الدولية<sup>(67)</sup>. وتؤدي هذه القاعدة المادية دورها بشكل مستقل وبمعزل تام عن إرادة الأطراف بل وعن إرادة الدولة ذاتها. فالصفة الدولية للتحكيم تتحدد فقط على أساس طبيعة العملية الاقتصادية التي نشأ عنها النزاع<sup>(68)</sup>؛ إذ يكفي أن تؤدي العملية الاقتصادية إلى انتقال بضائع أو خدمات أو أموال عبر الحدود لاعتبار التحكيم دوليا. وتجسيدا لذلك، قضت محكمة استئناف باريس بأن: "الصفة الداخلية أو الدولية للتحكيم تستتج حصريا من الطبيعة الاقتصادية للعملية التي أدت إلى التحكيم، استقلالاً عن مكان انعقاده، وعن القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو جنسية الأطراف. وبتطبيق هذا المبدأ، يعد دوليا التحكيم المتعلق بعملية اقتصادية تتضمن حركة أو انتقال بضائع، خدمات أو وفاء عابر للحدود ويتصل، من هذا المنطلق، بمصالح التجارة الدولية"<sup>(69)</sup>. وقضت ذات المحكمة في قرار آخر أنه: "تطبيقا للمادة (1492) من قانون المرافعات المدنية، يعد دوليا التحكيم الذي يتصل بمصالح التجارة الدولية. هذا النص يطبق، استقلالاً عن صفة أو جنسية الأطراف، عن القانون الواجب التطبيق على الموضوع أو على التحكيم، أو حتى عن مكان محكمة التحكيم، ويؤخذ حصريا بمفهوم اقتصادي للتحكيم الدولي بمقتضاه يكفي أن يكون النزاع الخاضع للتحكيم يتعلق بعملية اقتصادية لا تتصل اقتصاديا بدولة واحدة"<sup>(70)</sup>.

فالمعيار الاقتصادي لا يترك أي دور لإرادة الأطراف في تكييف التحكيم على أنه دولي؛ فلا يجوز لهؤلاء بموجب اتفاق بينهم إصباغ الصفة الدولية على تحكيم داخلي أو محلي، أو

(66) وقد تم تعديل رقم هذه المادة لتصبح المادة (1504) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي بدلا من المادة (1492) من نفس القانون، وذلك بموجب المرسوم الفرنسي رقم 48-2011 بتاريخ 13/1/2011 بشأن تعديل التحكيم.

(67) ظهر المعيار الاقتصادي لأول مرة في مرافعات المحامي العام الفرنسي P. Matter أمام محكمة النقض الفرنسية بمناسبة حكمها الصادر بتاريخ 17 أيار 1927.

(68) CA Paris, 24 avr. 1992, Rev. Arb. 1992, 598, Ch. Jarrosson ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 avr. 1994, Rev. Arb. 1995, 263, 1<sup>re</sup> esp. P. Level ; CA Paris, 20 juin 1996, Rev. Arb. 1996, 657, D. Bureau ; CA Paris, 29 mars 2001, Rev. Arb. 2001, 543, D. Bureau.

(69) CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 1997, Rev. Arb. 1998, p. 131, note Dominique Hascher.

(70) CA Paris, 17 janv. 2002, Rev. Arb. 2002, p. 391, J.-B. Recine. Dans le meme sens CA Paris, 11 avril 2002, Rev. Arb. 2002, 781.

إصباغ الصفة الدولية بشكل مصطنع على التحكيم. كما أن جنسية الأطراف لا تؤخذ أيضا بالاعتبار عند تكييف التحكيم على أنه دولي؛ فالجنسية الأجنبية للأطراف لا تمنع من تكييف التحكيم على أنه محلي أو داخلي؛ كإبرام عقد بين مجموعتين من الشركات الأجنبية لإدارة فندق واقع في فرنسا<sup>(71)</sup>. بالمقابل، فإن حمل الأطراف نفس الجنسية لا يمنع من اعتبار التحكيم دوليا؛ كالتحكيم بشأن نزاع ثار بين شركتين إيطاليتين حول ملكية عقارات واقعة في فرنسا وحول الاتفاق الذي يقضي بأن يتم الوفاء بالعملة السويسرية<sup>(72)</sup>.

ولتحديد الصفة الدولية للتحكيم، يجب الأخذ بالمعنى الواسع للعملية الاقتصادية؛ بحيث تشمل العمل التجاري وغير التجاري؛ ويقول E. Loquin بهذا الصدد أنه: "في مجال التجارة الدولية، فإن مفهوم التجارية لا يختلط مع العمل التجاري بالمفهوم الضيق والفني الدارج في القانون الداخلي"<sup>(73)</sup>. وهو ذات التوجه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية، حيث قضت بأن: "شرط التحكيم المبرم بين غير تاجر وتاجر يعد صحيحا طالما أن العمليات ذات العلاقة تحمل الصفة الدولية"<sup>(74)</sup>؛ وبناء عليه، اعتبرت التحكيم دوليا بشأن عقد شراء سيارة قام بإبرامه شخص عادي يحمل الجنسية الفرنسية مع شركة بريطانية لتصنيع السيارات ما دام أن العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية ويشتمل على انتقال بضائع وأموال بين فرنسا وبريطانيا، بصرف النظر عما إذا كان الشراء مخصص للاستعمال الخاص<sup>(75)</sup>.

ولكن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، ما موقف المشرع الفلسطيني من الصفة الدولية للتحكيم، وبأي معيار من المعايير السابقة أخذ به؟

(71) CA Paris, 26 nov. 1996, Rev. Arb. 1997, p. 380, E. Loquin ; CA Paris, 26 mai 1992, Rev. Arb. 1993, 624, L. Aynès.

انظر في ذات الاتجاه أيضا، محكمة استئناف باريس بتاريخ 21 شباط 1984، حيث اعتبرت التحكيم وطنيا في نزاع بين شركة ألمانية وشركة فرنسية بشأن نزاع يتعلق بالتنازل عن أسهم في الشركة الفرنسية، نظرا لعدم تعلقها بمصالح التجارة الدولية: مذكور في أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 105.

(72) CA Paris, 19 janv. 1990, Rev. Arb. 1991, 125, 1<sup>er</sup> esp. ; CA Paris, 26 janv. 1990, Rev. Arb. 1991, 125, 2<sup>e</sup> esp.

(73) E. Loquin, note sous CA Paris, 13 juin 1996, JDI 1997, 151.

وتجدر الملاحظة أنه قد جاء في هامش الفقرة الأولى من المادة (1) من القانون النموذجي لعام 1985 بشأن تفسير التحكيم التجاري، بأنه: "ينبغي تفسير مصطلح "التجاري" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل، دون حصر، المعاملات التالية: أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها؛ اتفاقات التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ إدارة الحقوق لدى الغير؛ التأجير الشرائي؛ تشييد المصانع؛ الخدمات الاستشارية؛ الأعمال الهندسية؛ إصدار التراخيص؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية".

(74) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2003, JDI 2003, 473, Ph. Khan.

(75) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1997, arrêt Jaguar : Rev. Arb. 1997, 537, E. Gaillard.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني، نجد أنها أخذت بمعيار مركب أو مختلط يجمع بين المعيارين الجغرافي والقانوني، في حين أنها استبعدت المعيار الاقتصادي عند تعريفها للتحكيم الدولي، على الرغم من الإشارة إليه ضمناً عند تعريفها للتحكيم المحلي بإيرادها عبارة: "إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية"<sup>(76)</sup>، ويؤكد ذلك ما أورده الفقرة السابقة ذاتها، من أن التحكيم يكون دولياً "إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية"، فمصطلح "المدنية" يستبعد وبشكل مؤكد الأخذ بالمعيار الاقتصادي.

وتطبيقاً لهذا المعيار المركب، فإن الفقرة السابقة تشترط وجود عنصر أجنبي في التحكيم ذاته لاعتبار التحكيم دولياً (معيار قانوني)، ولكنها جعلت المعيار دائماً هو معيار جغرافي: اختلاف المراكز الرئيسية للأطراف، أو محل إقامتهم المعتادة، أو ارتباط موضوع النزاع بأكثر من دولة.

ونحن نؤيد توجه المشرع الفلسطيني باعتماده هذا المعيار المركب لتحديد الصفة الدولية للتحكيم، واستبعاده المعيار الاقتصادي<sup>(77)</sup>، ونكتفي في هذا الصدد بإيراد ما أورده الفقه في هذا الشأن، حيث يقول الدكتور أحمد سلامة في تأييده للأخذ بالمعيار القانوني: "فالتحكيم الدولي هو التحكيم الذي يكون موضوعه حسم نزاع مشتتلاً على عنصر أجنبي، سواء اتصل هذا العنصر بالأعمال المتعلقة بنشأة العلاقة القانونية مصدر النزاع، أو بتنفيذها، أو بموطن أو مقر نشاط أطرافها. وهذا المعيار هو القادر، في رأينا، على تأكيد عالمية التحكيم، إذ يكفي أن تتصل العلاقة القانونية الناشئة عنها النزاع المطروح على التحكيم في أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني كي يكون التحكيم دولياً. وهذا المعيار القانوني يستغرق، في رأينا، ما يسمى بالمعيار الاقتصادي، لأنه غالباً ما تتصل المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة القانونية بعمليات التجارة الدولية. إن الاعتماد على ما يسمى بالمعيار الاقتصادي وحده لوصف التحكيم بالدولية، فيه مصادرة على المطلوب، ووضع للأمور في غير موضعها وتدرجها المنطقي، فلا يتصور أن يتعلق نزاع معين بمصالح التجارة الدولية دون أن يكون ناشئاً عن علاقة على صلة بالنظام القانوني لأكثر من دولة"<sup>(78)</sup>.

(76) الفقرة الأولى من المادة (3) من قانون التحكيم.

(77) حول الانتقادات الموجهة للمعيار الاقتصادي، انظر حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 78، وتقول: ويذكر إزاء الانتقادات التي وجهت للمعيار الاقتصادي للدولية ان اتفاقية جنيف والقانون النموذجي والقانون المصري قد أخذت بمعيار مختلط يتكون من المعيار القانوني والاقتصادي معاً، لذلك يرى جانب من الفقه أن قانون التحكيم المصري قد اعتنق في تحديده لدولية التحكيم معياراً مركباً من عناصر قانونية وأخرى اقتصادية وأنه يلزم بالتالي لاعتبار التحكيم دولياً ارتباطه بنقاط ارتباط بأكثر من قانون وطني، هذا فضلاً عن اتصال موضوع النزاع بالتجارة الدولية، أما اتفاقية جنيف فهي تنص في المادة الأولى على أنه تطبق على أحكام التحكيم التي تبرم من أجل الفصل في المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية بين الأطراف الطبيعية أو المعنوية التي لهم محل إقامة معتاد أو لها مركز أعمال في دولتين مختلفتين، وهو يعني الجمع بين كل من المعيار القانوني والاقتصادي.

(78) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 109 و 110؛ وفي ذات الإتجاه يرى البعض أنه إذا كان المعيار القانوني الحديث في شأن دولية العلاقات الخاصة هو بمثابة المعيار العام في تحديد متى يعتبر التحكيم دولياً في مجال العلاقات الخاصة، فتكون العلاقة خاصة إذا دخل فيها عنصر أجنبي مؤثر، فإن المعيار الاقتصادي للدولية يعد

في حين أن جانبا آخر من الفقه يؤيد الأخذ بالمعيار الاقتصادي ويرفض الأخذ بالمعيار القانوني، ويرى أن المعيار القانوني المبني على أساس الجنسية وموطن الأطراف لم يعد يتناسب مع علاقات التجارة الدولية، وعصر العولمة، لأن كلاهما يرتبط بشكل أو بآخر بأنظمة قانونية وطنية، وهذا لا يتناسب مع التجارة الدولية وقواعدها ذات النشأة التلقائية والتي تنفصل أكثر فأكثر عن الأنظمة القانونية للدول، ولا يوجد للدول وسيادتها في مسائل التجارة الدولية إلا دور ثانوي. فالإحالة إلى نظام قانوني وطني لم تعد تتناسب مع مصالح التجارة الدولية ولا تراعي المصالح المشروعة للأطراف المتعاملين بها<sup>(79)</sup>.

## المطلب الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

ميزت المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني بين التحكيم "الخاص" والتحكيم "المؤسسي"<sup>(80)</sup>، وجعلت أحدهما نقيضا للآخر؛ حيث اعتبرت التحكيم خاصا<sup>(81)</sup> "إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة تحكيم مختصة بالتحكيم"، ويكون مؤسسيا في المقابل "إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها"<sup>(82)</sup>.

بناء عليه، فإن التحكيم يوصف بأنه خاص، إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة تحكيم دائمة، إنما تشكل هيئة تحكيم وتتعدّد خصيصا لغرض الفصل في نزاع محدد ثم تختفي هذه الهيئة عن الوجود بمجرد إتمام مهمتها. ويوصف التحكيم بأنه مؤسسي إذا نُظِم تحت مظلة مؤسسة تحكيم دائمة؛ بحيث تشكل هيئة تحكيم للفصل في نزاع محدد من ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لديها، ثم تنتهي مهمتها بمجرد فصلها في النزاع، ولكن مؤسسة التحكيم ذاتها تبقى قائمة وتستمر في نظر منازعات أخرى؛ لهذا يمكن القول أن مؤسسة التحكيم تكون في حالة انعقاد دائم.

بمثابة الجواب على التساؤل متى يكون العنصر الأجنبي مؤثرا في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية: محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، ص 20. انظر في ذات الاتجاه أيضا، محمد الزعبي، المرجع السابق، ص 70، وهو يؤيد المعيار القانوني بقوله: "وهذا المعيار هو القادر على تأكيد عالمية وسيلة التحكيم، إذ يكفي أن تتصل العلاقة القانونية الناشئة عنها النزاع المطروح للتحكيم في أحد عناصرها بأكثر من نظام قانوني كي يكون التحكيم دوليا، وهذا المعيار يستغرق في رأينا ما يسمى بالمعيار الاقتصادي، لأنه غالبا ما تتصل المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة بعمليات التجارة الدولية".

(79) D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gaulino éditeur, Paris, 2004, p 55.

(80) يعطي الفقه عدة تسميات للتحكيم الخاص منها، التحكيم العارض أو الحر أو الفردي وتحكيم الحالات الخاصة والتحكيم غير المنظم أو غير المنتظم؛ كما يسمى التحكيم المؤسسي أيضا بالتحكيم المنظم أو التحكيم المنتظم. كما يلاحظ عدم وجود ارتباط بين اعتبار التحكيم بأنه خاص أو مؤسسي، وبين كونه تحكيم محلي أو دولي؛ فقد يكون التحكيم الخاص محليا أو دوليا؛ قد يكون التحكيم المؤسسي أيضا محليا أو دوليا.

(81) الفقرة الرابعة من المادة (3) من قانون التحكيم.

(82) الفقرة الخامسة من المادة (3) من قانون التحكيم.

ويترتب على التمييز بين التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي نتائج هامة؛ ففي التحكيم الخاص، يتمتع الأطراف بحرية كبيرة في تنظيم عملية التحكيم في جميع مراحلها من اختيار المحكمين وتحديد عددهم وكيفية ردهم، وتحديد مدة ولغة ومكان التحكيم، واختيار القواعد الموضوعية والإجرائية الواجبة التطبيق على النزاع وغيرها من المسائل. في المقابل، فإن حرية الأطراف تضيق في التحكيم المؤسسي؛ نظرا لوجود لوائح وأنظمة تحكيم لدى كل مؤسسة تحكيم دائمة، تتولى تنظيم جميع جوانب عملية التحكيم؛ بدءا من صياغة اتفاق التحكيم، وبيان آلية عرض النزاع على مؤسسة التحكيم، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم والتي تتم في الغالب من ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لديها والذين يغطون في الغالب جميع التخصصات ومن جنسيات ولغات مختلفة، وبيان عدد المحكمين وكيفية ردهم وكيفية استبدالهم وإحلال غيرهم في حال شغور مكان أحدهم، مروراً بتنظيم جلسات التحكيم والمرافعة وإجراءات التحكيم، وكيفية صدور قرار التحكيم وسير المداولة وبيانات الحكم وغيرها.

وعلى الرغم من الحرية الواسعة التي يتمتع بها الأطراف في التحكيم الخاص، إلا أن التحكيم المؤسسي يبقى أفضل، نظرا للمميزات التي يحققها، ومن ضمنها السمعة العالية التي تتمتع بها مؤسسات التحكيم الدائمة، وإمتلاكها إمكانيات مادية ضخمة وأجهزة إدارية متخصصة من سكرتاريا وترجمة واتصالات، تسهل عملية التحكيم، هذا بالإضافة إلى التخصص في مجالات التجارة الدولية المتعددة والخبرة الطويلة والواسعة لهذه المؤسسات بالممارسات العملية في مجال التجارة الدولية، إضافة إلى السوابق القضائية التي تراكمت لديها على مر السنين، ومعرفتها بقواعد وأعراف التجارة الدولية، ما يجعلها أقدر على حسم المنازعات خصوصا المتعلقة بمسائل التجارة الدولية ومنازعات الاستثمار بفاعلية أكبر بكثير من تلك التي يؤديها التحكيم الخاص، هذا بالإضافة إلى السهولة التي توفرها للأطراف طوال سير عملية التحكيم.

وتعتبر من أهم مؤسسات التحكيم الدائمة على مستوى العالم: غرفة التجارة الدولية في باريس (ICC) وهي المؤسسة الأولى على مستوى العالم من حيث عدد ونوعية القضايا التي تنظرها، ويليهما عدد من مؤسسات التحكيم منها: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (ICSID)، وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA)، ومحكمة لندن للتحكيم (LCIA)، والجمعية السويسرية للتحكيم بزيورخ. وفي المنطقة العربية: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بالبحرين، ومركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري، ولجنة التوفيق والتحكيم التجاري لدى غرفة تجارة وصناعة دبي، وغيرها.

الفصل الأول

# اتفاق التحكيم





التحكيم نظام اختياري، يتطلب وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بحسم المنازعات الناشئة فعلا بينهم أو التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل عن طريق التحكيم، ويطلق على هذا الاتفاق مسمى "اتفاق التحكيم". وهذا الاتفاق هو في حقيقة الأمر عقد، أي تصرف قانوني؛ ومن هذه الناحية، فهو يخضع للقواعد العامة الناظمة للعقود عموماً، من حيث أركانه وشروط انعقاده وتفسيره وترتيب آثاره، إلا أنه يخضع أيضاً لشروط خاصة من حيث انعقاده، ويرتب بعض الآثار الخاصة المختلفة عن باقي العقود، بحيث تتناسب مع الطابع الإجرائي لاتفاق التحكيم؛ فالتحكيم كما يقول البعض يمثل نقطة الالتقاء بين العقد والإجراءات<sup>(83)</sup>.

بناءً عليه، فإننا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: نتناول في الأول ماهية اتفاق التحكيم، ونتناول في الثاني آثار اتفاق التحكيم، ونتناول في الثالث استقلال اتفاق التحكيم.

## المبحث الأول: ماهية اتفاق التحكيم

يمثل اتفاق التحكيم نقطة البداية وحجر الأساس لنظام التحكيم بأكمله؛ فالتحكيم يدور وجوداً وعدمًا مع وجود اتفاق التحكيم، وهذا يعطي أهمية خاصة لدراسة ماهية اتفاق التحكيم. وعليه، فإننا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب: نتناول في الأول مفهوم اتفاق التحكيم، ونتناول في الثاني صور اتفاق التحكيم، ونتناول في الثالث شروط صحة اتفاق التحكيم.

## المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم

عرفت المادة (5/1) من قانون التحكيم الفلسطيني "اتفاق التحكيم" على 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 اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في اتفاق منفصل". ويجد هذا التعريف أساسه في الفقرة الأولى من المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 والتي عرفت اتفاق التحكيم على أنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق تحكيم منفصل". أما اتفاقية نيويورك لعام 1958 فقد عرفت اتفاق التحكيم على أنه: "الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

(83) « L'arbitrage et le point de rencontre du contrat et de la procédure », H.-J. Nougéin et d'autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, n° 1, p. 3.

من قراءة هذه النصوص، يمكن استخلاص السمات الأساسية لاتفاق التحكيم، نعرضها على النحو الآتي:

### الفرع الأول: اتفاق التحكيم عقد

ما دام اتفاق التحكيم عقد، فإنه ينعقد بإيجاب وقبول أطرافه، ويتحقق ذلك بتوافق إرادتهم على حسم النزاع بطريق التحكيم، وأن تكون هذه الإرادة خالية من عيوب الرضا. كما يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر لدى الأطراف أهلية الأداء عند إبرامه، وأن يكون لهذا الاتفاق محل وسبب مشروعين. كما أن اتفاق التحكيم يرتب آثاراً مماثلة لباقي العقود، خصوصاً مبدأ القوة الملزمة للعقود، ومبدأ نسبية أثر العقود. وهذه الشروط والآثار ما هي إلا تطبيقاً للقواعد العامة في نظرية العقد.

غير أن الطابع الإجرائي لاتفاق التحكيم، المتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع، تجعله يخضع في انعقاده لبعض الشروط الخاصة التي تختلف عن باقي العقود، ومن ضمنها وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وأن تكون المسألة المراد حسمها قابلة للتسوية بطريق التحكيم، وأن يملك الأطراف حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها والمتفق على إحالتها للتحكيم. كما أنه يرتب بعض الآثار الخاصة المختلفة عن باقي العقود، خصوصاً منع القضاء العادي من نظر النزاع المتفق على حسمه بطريق التحكيم وتحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل فيه، والاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة البت في مسألة اختصاصها، وكذلك الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو المرتبط به اتفاق التحكيم في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي.

### الفرع الثاني: اتفاق التحكيم يبتغي حسم نزاع

يعد اتفاق التحكيم اتفاقاً إجرائياً؛ لأنه يهدف إلى حسم النزاع بطريق التحكيم دون قضاء الدولة بقرار ملزم للأطراف تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي. ومن هذه الناحية، فهو يختلف عن باقي العقود كونها تنصب على المسائل الموضوعية والمتمثلة في تحديد الحقوق والمراكز القانونية للأطراف. ولا يتناول اتفاق التحكيم هذه الحقوق إلا بطريق غير مباشر؛ فعندما يثور نزاع بشأن هذه الحقوق، يأتي دور اتفاق التحكيم لحسمه بطريق التحكيم.

بناءً عليه، فإن التحكيم يفترض وجود رابطتين: رابطة موضوعية محل نزاع بين الأطراف يراد حسمها بطريق التحكيم، ورابطة إجرائية تخول هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذا النزاع. فاتفاق التحكيم لا يأتي أبداً مجرداً، بل يرتبط دائماً بعلاقة قانونية معينة، وبالتالي فهو يدور وجوداً وعدمًا مع وجود هذه الرابطة الموضوعية؛ فإذا لم يوجد نزاع موضوعي أصلاً، أو وجد

نزاع ولكن تم حسمه، فلا جدوى من اتفاق التحكيم، وإن وجد مثل هذا الاتفاق فيكون باطلا لانعدام محله. ولتوضيح المسألة، لو اتفق الأطراف على إحالة المنازعات الناشئة بينهم حول تفسير أو تنفيذ عقد معين إلى التحكيم، فإن اتفاق التحكيم يخول هيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه المنازعات، أما لو فسخ هذا العقد باتفاق الأطراف أو عن طريق القضاء أو انفسخ بقوة القانون، أو كان باطلا، فإن اتفاق التحكيم يصبح بدون محل، ولا فائدة عندها من اللجوء إلى التحكيم؛ لعدم وجود نزاع يراد حسمه بطريق التحكيم.

ويؤخذ لغايات التحكيم، بالمعنى الواسع للنزاع؛ فلا يقتصر ذلك على المنازعات العقدية، إنما يشمل جميع المنازعات والمطالبات المالية مهما كان أساسها القانوني أو نوع العلاقة القانونية، سواء كانت عقدية أو غير عقدية؛ كالمطالبة بالتعويض عن فعل ضار أو عن فعل نافع، أو كان القانون هو مصدرها المباشر، وبصرف النظر عن كون تلك العلاقة مدنية أو تجارية أو إدارية، طالما كانت تقبل التسوية بطريق التحكيم.

يتبين لنا من هذا العرض، أن تعريف "اتفاق التحكيم" الوارد في قانون التحكيم الفلسطيني، يشوبه النقص والغموض من ناحيتين: الأولى، أنه تضمن إحالة النزاع دون ذكر الجهة التي يحال إليها هذا النزاع، إذ كان المفروض بيان أن إحالة النزاع تكون للتحكيم، مع ذلك فإن تعبير اتفاق التحكيم يجعل هذا الأمر سهل الفهم. الثانية، أنه لم يبين أن إحالة النزاع للتحكيم هي بهدف حسم النزاع. وعلى سبيل المقارنة، فقد تجاوزت مثلا المادة (10/1) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 هذين الانتقادين، عندما عرفت اتفاق التحكيم على أنه: "هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". بناء عليه، فإننا نرى ضرورة تعديل نص المادة (5/1) من قانون التحكيم لإزالة هذا النقص، ويمكن الأخذ بهذا الصدد بتعريف اتفاق التحكيم الذي أورده المادة (7/1) من القانون النموذجي لسنة 1985، أو الاستفادة من التعريف الوارد في قانون التحكيم المصري.

### الفرع الثالث: اتفاق التحكيم قد يأتي سابقا أو لاحقا على نشوء النزاع

تميز معظم القوانين، إما صراحة أو ضمنا<sup>(84)</sup>، بين صورتين لاتفاق التحكيم هما: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. وقد ميزت المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني ضمنا بين

(84) تنص بعض القوانين صراحة على أن اتفاق التحكيم قد يتخذ شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، ومثالها المادة (3) من قانون التحكيم الموريتاني رقم 6 لسنة 2000، والمادة (7) من قانون التحكيم اليوناني لعام 1999. وقد نصت على ذلك أيضا لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، منها المادة الأولى من لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 بنصها على أنه يكون: "اتفاق الأطراف كتابة على الالتجاء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع (شرط التحكيم) أو بعده (مشاركة التحكيم)".

هاتين الصورتين: فاتفاق التحكيم إما أن يأتي على شكل شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، أو على شكل مشاركة تحكيم. ويؤخذ بالمعيار الزمني من أجل تكييف اتفاق التحكيم على أنه شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم؛ حيث يتم الاستناد في ذلك إلى اللحظة التي تم فيها إبرام اتفاق التحكيم؛ فإذا أبرم اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع فإنه يسمى "شرط تحكيم" حتى لو أعطاه الأطراف مسمى مشاركة تحكيم، أما إذا أبرم اتفاق التحكيم بعد نشوء النزاع، فإنه يسمى "مشاركة تحكيم" حتى لو أسماه الأطراف شرط تحكيم. فاللحظة التي يتم فيها إبرام اتفاق التحكيم بالنسبة لوقت نشوء النزاع تعتبر المعيار والعنصر الحاسم في تكييف اتفاق التحكيم على أنه شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، وليس استنادا لإرادة الأطراف. وعليه، لا يعد مثلا مشاركة تحكيم، الاتفاق الذي يأتي قبل نشوء النزاع ويعطي الاختصاص لهيئة التحكيم للفصل فيه<sup>(85)</sup>، إنما هو شرط تحكيم.

وإذا كان تكييف اتفاق التحكيم على أنه شرط أو مشاركة تحكيم يتم بمعزل عن إرادة الأطراف، إلا أن للأطراف مطلق الحرية في اختيار وتقدير الوقت الذي يتم فيه إبرام اتفاق التحكيم، قبل وقوع النزاع أو بعده.

ويترتب على التفريق بين شرط ومشاركة التحكيم بعض الآثار القانونية الهامة، من بينها؛ أنه يجب ذكر موضوع النزاع في مشاركة التحكيم وإلا كانت باطلة<sup>(86)</sup>؛ لأن موضوع النزاع تكون معالمه في هذا الوقت قد اتضحت، فكان لا بد من تحديد موضوع النزاع حتى تعرف هيئة التحكيم حدود النزاع المطلوب منها حسمه. في حين لا يلزم مثل هذا التحديد لموضوع النزاع في شرط التحكيم؛ لأن الأمر يتعلق بنزاع مستقبلي قد يقع فعلا وقد لا يقع أبدا، فالأطراف عند إبرام شرط التحكيم لا يعلمون مقدما ما إذا كان سيقع فعلا أم لا، ولا يمكنهم العلم بحدود ذلك النزاع إلا إذا وقع فعلا، وبالتالي لا يتصور والحالة هذه اشتراط تحديد موضوع النزاع<sup>(87)</sup>.

(85) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 sept. 1998, n° 96-22526.

(86) في هذا الصدد قضت محكمة استئناف رام الله أن: "التحكيم هو طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن التقاضي وما كفله من ضمانات، لذلك يكون مقصورا على ما تنصرف إليه إرادة الخصمين من عرضه على هيئة التحكيم، فإذا لم يبين في مشاركة التحكيم موضوع التحكيم كان التحكيم باطلا... إن مشاركة التحكيم التي تقضي بأن الطرفين قد حكموا المحكمين في حل النزاعات التي بينهما والمرفوعة أمام المحاكم إنما هو نص عمومي لا تحديد فيه يجعل مشاركة التحكيم باطلة"، استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 21/2003، بتاريخ 2005/6/13، المقتضي؛ وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الإطار أيضا أنه: "يجب تحديد موضوع النزاع بوثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم، ولكن يمكن أن يتم هذا التحديد أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم"، نقض مصري، الطعن 4173 لسنة 61 ق، جلسة 1997/6/21، مجموعة الأحكام س 48.

(87) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أنه: "إذا كان الاتفاق على التحكيم قد جاء قبل وقوع النزاع، فإن المشرع لم يشترط في هذه الحالة أن يكون موضوع النزاع محدد سلفا في اتفاق التحكيم، واستعاض عن تحديده سلفا بوجوب النص عليه في بيان الدعوى والذي يتطابق مع بيان صحيفة افتتاح الدعوى"، نقض مصري، طعن رقم 291 لسنة 70 ق، جلسة 2001/6/17.

وينتقد البعض بشدة التمييز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، خصوصاً في إطار التحكيم التجاري الدولي، على أساس أن التحكيم قد أصبح هو الأصل في حسم هذا النوع من المنازعات وليس الاستثناء<sup>(88)</sup>. ويرى أنه كان من الأفضل عدم التمييز بينهما وإعطائهما حكماً واحداً من ناحية إجازة مشاركة التحكيم حتى لو لم تشتمل على تحديد لموضوع النزاع، "إذ لا يوجد مبرر عملي للقول ببطلان الاتفاق على التحكيم لأنه لم يتحدد موضوعه، في حين يجوز ذلك بصورة مطلقة في شرط التحكيم"<sup>(89)</sup>.

### الفرع الرابع: اتجاه نية الأطراف لحسم النزاع عن طريق التحكيم

يجب أن يعبر اتفاق التحكيم عن اتجاه إرادة الأطراف ونيتهم بصورة واضحة وجازمة إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم<sup>(90)</sup>، أما إذا كانت هذه الإرادة غير واضحة أو غير جازمة، فلا يعد ذلك اتفاق تحكيم. ولكن لا يلزم للتعبير عن تلك الإرادة في اللجوء إلى التحكيم، أن يستخدم بالضرورة مصطلح أو لفظ التحكيم للقول بوجود اتفاق تحكيم، كاستخدام ألفاظ مثل (تحكيم، محكمة، محكمين، هيئة تحكيم)، إنما يمكن استخدام أي لفظ أو أية عبارة أخرى، بشرط أن تدل بوضوح على قصد الأطراف واتجاه نيتهم لفض النزاع عن طريق التحكيم. وعلى هذا الأساس، اعتبرت محكمة استئناف قطر أنه، إذا كان اتفاق التحكيم ينص على تعيين خبير لإثبات حقوق الطرفين، ويكون قراره ملزماً، وليس لأي منهما الطعن بهذا القرار أو الاعتراض عليه، فإن ذلك الاتفاق يعد تحكيمياً<sup>(91)</sup>. في المقابل، قد يرد لفظ أو إشارة أو مصطلح التحكيم، ولكن لا يقصد منه سوى القيام بأعمال الخبرة أو التوفيق أو الوساطة، وليس التحكيم. ففي جميع هذه الأحوال، يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، ومحاولة الوقوف على مقصدهم الحقيقي، وليس الوقوف عند المصطلحات المستخدمة؛ إذ أن العبرة في تفسير العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

### المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم

تميز معظم القوانين والفقه والقضاء بين صورتين لاتفاق التحكيم: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. ولم يتناول قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، صراحة صور اتفاق التحكيم، ولكنه شمل ضمن تعريفه لاتفاق التحكيم، المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ

(88) حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، البند 135، ص 116.

(89) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 135/1، ص 117.

(90) استئناف القاهرة، طعن 121/29 ق تحكيم، جلسة 2004/3/17.

(91) استئناف قطر، 2002/799، بتاريخ 2002/5/6، مذكور في حمزة حداد، بند 28، ص 47.

بشأن علاقة قانونية معينة، بالتالي، فإنه يكون قد فرق ضمنا بين صورتَي اتفاق التحكيم: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، ونتناول كل منهما في فرع مستقل.

## الفرع الأول: شرط التحكيم

بعد بيان ماهية شرط التحكيم، سنقوم باستعراض عدد من الصور التي يمكن أن يأتي فيها هذا الشرط، والتي تثير كل منها إشكاليات خاصة سنحاول تلمسها تباعا.

### أولا: ماهية شرط التحكيم

على عكس قانون التحكيم الفلسطيني الذي لم يعرف صراحة كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، فإن بعض القوانين قد ميزت بينهما، كقانون المرافعات المدنية الفرنسي، والذي عرف اتفاق التحكيم في إطار التحكيم الداخلي<sup>(92)</sup>، وميز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم؛ حيث نصت المادة (1442) على أنه: "يأخذ الاتفاق على التحكيم إما شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم. شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف في عقد أو مجموعة عقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد أو هذه العقود للتحكيم. المشاركة هي الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه أطراف النزاع الذي نشأ بإخضاعه للتحكيم"<sup>(93)</sup>.

إن الصورة الغالبة والأكثر استخداما في الحياة العملية، هو أن يرد اتفاق التحكيم على شكل شرط أو بند مدرج في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد للتحكيم. فشرط التحكيم يتعلق دائما وأبدا بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع، ولا يعرف إن كان سيقع فعلا أم لا في المستقبل، حيث يتفق الأطراف مقدما على حسم النزاع إذا وقع فعلا بطريق التحكيم. وبذلك فإن شرط التحكيم يختلف عن مشاركة التحكيم والتي تبرم بعد نشوء النزاع، فهي تتعلق بنزاع حال وقائم ويرغب الأطراف بحسمه عن طريق التحكيم. بالتالي، فإن العلامة الفارقة التي تميز شرط التحكيم عن مشاركة التحكيم، هو

(92) على العكس من ذلك، لم يميز قانون المرافعات المدنية الفرنسي بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في إطار التحكيم الدولي، حيث أخذ بتسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم"، في المادة (1507) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، وذلك على عكس التحكيم الداخلي حيث فرق بينهما.

(93) Article 1442 du code de procédure civile:

«La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.»

أن الأول يبرم قبل وقوع أي نزاع بين الأطراف، في حين أن الثاني يبرم بعد وقوع النزاع. ولا يغير من الأمر شيئاً ورود شرط التحكيم في صلب العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، أو إطلاق الأطراف خطأ تسمية مشاركة تحكيم بدلا من شرط التحكيم، أو العكس.

ولا يشترط تضمين شرط التحكيم أحكاما خاصة، كأسماء المحكمين أو تعيين موضوع النزاع، إنما يكفي تحديد موضوع النزاع بوجه عام في العقد الأصلي<sup>(94)</sup>، ويفترض أن جميع المنازعات الناشئة عن العقد تكون مشمولة بشرط التحكيم، إلا إذا عبر الأطراف صراحة أو ضمنا عن إرادتهم في قصرها على بعض هذه المنازعات دون غيرها، كحصر التحكيم على تفسير أو تنفيذ العقد أو فسخه، في هذه الحالة يختص التحكيم بنظر المسائل المشمولة بشرط التحكيم، ويختص القضاء العادي بنظر جميع المنازعات الأخرى غير المشمولة بهذا الشرط.

ولا يؤثر المكان الذي يرد فيه شرط التحكيم، فقد يرد في مقدمة أو وسط أو مؤخرة العقد الأصلي أو المحرر؛ غير أن العادة قد جرت على إدراجه في مؤخرة العقد الأصلي بعد تناول الحقوق والالتزامات الموضوعية للأطراف. ويأتي شرط التحكيم الذي يرد في العقد الأصلي في العادة مقتضبا دون تفصيل؛ وهذا جائز من حيث المبدأ، حيث يمكن الاتفاق على باقي المسائل لاحقا عن نشوب النزاع بين الأطراف<sup>(95)</sup>. لهذا قد يفضل الأطراف في بعض الأحيان إيراد شرط التحكيم في مستند مستقل عن العقد الأصلي أي في مستند منفصل ماديا عن هذا العقد، ويكون الدافع في الغالب من اختيار هذه الطريقة هي التأكيد من جهة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير، تجنبا لأية منازعات مستقبلية بين الأطراف بهذا الخصوص<sup>(96)</sup>؛ والرغبة من جهة أخرى بإيراد بعض التفصيلات الهامة المتعلقة مثلا بنوع التحكيم وعدد المحكمين وكيفية اختيارهم، ومكان التحكيم وإجراءات التحكيم والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم وعلى موضوع وإجراءات التحكيم وغيرها من المسائل ذات العلاقة، وذلك تجنبا لأية صعوبات قد تثور بشأنها في المستقبل.

وسواء ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، فلا شيء يمنع الأطراف من تضمينه ما شاؤوا من شروط وتفصيلات ما دامت لا تخالف القواعد الآمرة والنظام العام والآداب العامة؛ كتحديد كيفية بدء إجراءات التحكيم وكيفية تشكيل هيئة التحكيم، وتحديد مكان ولغة ومدة التحكيم وغيرها من المسائل، بل يمكنهم تضمينه أيضا شرطا جزائيا لضمان فاعليته وحث الأطراف على تنفيذه إذا تحققت شروط إعماله.

(94) المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، طعن 22 لسنة 22 ق، 2002/3/3، ص 539.

(95) طعن دبي، 92/91، 1992/11/21، عدد 3، ص 778.

(96) هذا مع العلم أن معظم القوانين تأخذ حاليا باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حال بطلان هذا الأخير أو فسخه أو انقضائه. انظر تفصيلا حول هذا الموضوع، المبحث الثالث من هذا الفصل.

ويشترط دائما في شرط التحكيم أن يكون مكتوبا ومفهوما ومقروءا، يدل على حقيقة المقصود منه، فلا يمكن الاعتداد به إذا كان غير مكتوب أو غير مقروء أو مطبوع بخط دقيق تعجز عيون الإنسان العادي عن قراءته<sup>(97)</sup>.

ويكفي شرط التحكيم بحد ذاته لإحالة النزاع للتحكيم إذا وقع فعلا دون حاجة لإبرام مشاركة تحكيم<sup>(98)</sup>. ولكن تفعيل شرط التحكيم ووضع موضع التنفيذ قد يقتضي قيام الأطراف بإعداد وتوقيع ما يطلق عليه "مستند أو محرر المهمة"، وهو عقد يبرم بين أطراف التحكيم والمحكمين قبل بدء إجراءات التحكيم تمهيدا لبدء تلك الإجراءات. وفي العادة يشتمل مستند المهمة على بيانات متعددة، منها: تحديد موضوع النزاع المراد حسمه بطريق التحكيم، عند وقوعه فعلا واتضاح معالمه وحدوده، وأسماء المحكمين وتحديد اتعابهم، وصفات وعناوين الأطراف لغايات مراسلتهم وإعلانهم وإخطارهم، وعنوان المحكم أو المحكمين، ومكان التحكيم، والقواعد واجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وغيرها من المسائل ذات العلاقة بالتحكيم. ومستند المهمة لا يعني أبدا عن اتفاق التحكيم، شرطا كان أم مشاركة، ولا يحل مكانه ولا يسد مسده؛ حيث أن الأصل هو اتفاق التحكيم، ومستند المهمة هو مستند تابع له، فإن انعدم الأصل انعدم التابع، أما إذا انعدم مستند المهمة فلا يؤثر ذلك على صحة اتفاق التحكيم<sup>(99)</sup>. وأكثر من ذلك، فحتى لو لم يوقع الأطراف على مستند المهمة، فإن اتفاق التحكيم يبقى صحيحا منتجا لآثاره، ويمكن السير في إجراءات التحكيم وإصدار الحكم بشأن النزاع المعروف على هيئة التحكيم، بل يمكن الاستغناء عن مستند المهمة ابتداء، حيث أن العديد من مراكز التحكيم الدائمة لا تستلزمه، كمحكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) وجمعية التحكيم الأمريكية (AAA) ومركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية<sup>(100)</sup>.

(97) تمييز مدني دبي، طعن 2003/87، بتاريخ 2003/5/10، عدد 14، ص 567.

(98) تمييز دبي، 2003/403، 2004/3/13.

(99) وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية الأهرام المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 6 يناير 1987: مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، هامش رقم 2، ص 253. ويرى الدكتور أحمد سلامة أن التوقيع على مستند المهمة لا يعد كافيا للقول بوجود مشاركة تحكيم، المرجع السابق، البند 79، ص 258. على العكس من ذلك، قضت محكمة استئناف باريس أنه: "في غياب شرط التحكيم، فإن توقيع الأطراف على مستند المهمة... ولجوئهم للتحكيم يعد بمثابة مشاركة تحكيم".  
CA Paris, 19 mars 1987, D. 1987, IR, 105.

أما إذا خلا مستند المهمة من توقيع الأطراف، فلا يعد مشاركة تحكيم.  
Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1993, Gaz. Pal. 1994, 1, Pan. 51 ; JCP 1994, IV, 129 ; Rev. Arb. 1995, 78, note Fouchard.

(100) انظر حول تفاصيل ذلك، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 253-254.



## ثانياً: شرط التحكيم بالإحالة

يحدث كثيراً في الحياة العملية، أن يخلو العقد الأصلي من شرط تحكيم، ولكن يكفي الأطراف بالإحالة إلى عقد سابق كان مبرماً بينهم أو الإحالة إلى شروط عامة أو عقد نموذجي في مجال تجارة سلعة أو خدمة معينة، وكان هذا العقد أو الشروط العامة أو العقد النموذجي يتضمن بين شروطه شرط تحكيم. ومثال ذلك، أن يخلو عقد المقاوله من الباطن من شرط تحكيم، ويكتفي الأطراف بالإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في عقد المقاوله الأصلي، أو أن يخلو عقد الشحن البحري من شرط تحكيم، فتتم الإحالة في هذا العقد إلى عقد إيجار السفينة الذي يتضمن شرط تحكيم<sup>(101)</sup>، أو أن تتم الإحالة في العقد إلى الشروط العامة في عقد الفيديك في مجال عقود الإنشاءات لتسوية النزاع<sup>(102)</sup>. فهل تكفي هذه الإحالة إلى عقد سابق أو إلى الشروط العامة أو العقد النموذجي لاعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، ويلزمهم بإخضاع المنازعات الناشئة عن هذا العقد للتحكيم؟

إن الإجابة على هذا السؤال هي على درجة كبيرة من الأهمية في الحياة العملية، خصوصاً في مجال التجارة الدولية، والتي تقتضي السرعة والمرونة في إبرام العقود وتنفيذها؛ ويظهر ذلك جلياً في حال إبرام عقود لعدة مرات متتالية لنفس السلعة أو الخدمة، بحيث يكفي الأطراف بالإحالة إلى العقد السابق بينهم وكان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم، أو إبرام العقد لأول مرة بين الأطراف وجهاً لوجه ومن ثم استمرار علاقاتهم التجارية بالمراسلة أو عبر الفاكس أو الإنترنت. بل أكثر من ذلك، فإن شرط التحكيم بالإحالة يتناسب مع متطلبات التجارة الدولية، على أساس أن التحكيم قد أصبح الوسيلة شبه العادية لحسم المنازعات الناشئة عنها، ليس فقط لأنه يحقق مصالح التجارة الدولية، إنما أيضاً لأنه يجسد رغبة المتعاملين بمجال التجارة الدولية في حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم بعيداً عن تعقيدات القضاء الوطني للدول<sup>(103)</sup>.

(101) Cass. com. 2 mars 1992, Rev. Arb. 1992, p. 650, note Ph. Delebecque.

انظر أيضاً،

CA Paris, 20 mai 1988, Rev. Arb. 1990, p. 651, note B. Oppetit ; Clunet, 1989, p. 1032, note E. Loquin.

(102) تمييز دبي، طعن 51، بتاريخ 2003/5/18، عدد 14، ص 611. وتمييز دبي، طعن 2002/462، 2003/3/2، عدد 14، ص 251.

(103) B. Oppetit, La clause arbitrale par référence, Rev. Arb. 1990, 551.

يقول الكاتب:

« les exigences légales relatives aux modes d'expression du consentement ne prennent leur valeur que par référence aux idées de bonne foi, de justice objective, de confiance ou d'attente légitime, donc en définitive en termes d'équilibre des intérêts en présence... le consentement puisse résulter des circonstances pour peu que ces dernières laissent apparaître une volonté non équivoque... l'inclusion dans un contrat conclu entre professionnels d'une clause arbitrale par référence n'offre rien d'exceptionnel ni de dangereux, tant l'arbitrage aussi bien que l'utilisation de documents contractuels annexes sont de pratique courante ». *ibid.* P. 555-557.

ولم يشر قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية إلى شرط التحكيم بالإحالة، لا صراحة ولا ضمنا، وذلك على خلاف معظم القوانين التي أخذت بشرط التحكيم بالإحالة إما بشكل صريح أو ضمني. ومن هذه القوانين، قانون المرافعات المدنية الفرنسي<sup>(104)</sup>، وقانون التحكيم المصري لسنة 1994 الذي نص في المادة (10/3) على أنه: "3. ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد". ويجد هذا النص أساسه في المادة (7/2) من القانون النموذجي لعام 1985 والتي نصت على أنه: "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل الشرط جزءا من العقد". بناء عليه، فإننا نأسف لعدم أخذ المشرع الفلسطيني بشرط التحكيم بالإحالة، نظرا لأهميته وكثرة وقوعه في الحياة العملية، لا سيما في مجال التجارة الدولية<sup>(105)</sup>. مع ذلك فإننا نرى أنه يمكن الأخذ بشرط التحكيم بالإحالة في فلسطين؛ لأن قانون التحكيم الفلسطيني نفسه لم يمنع الأخذ بهذا الشرط لا صراحة ولا ضمنا؛ ولأن هذا القانون قد استنبط معظم أحكامه من القانون النموذجي للأمم المتحدة وهو يأخذ بشرط التحكيم بالإحالة؛ وأخير لأن التحكيم قد أصبح الوسيلة المفضلة والأكثر انتشارا لحسم منازعات التجارة الدولية، وأمام هذه الحقيقة فإن معظم القوانين تأخذ حاليا بشرط التحكيم بالإحالة، ولا شيء يبرر خروج قانون التحكيم الفلسطيني عن هذا التوجه.

بناء عليه، يمكن الأخذ بشرط التحكيم بالإحالة والاعتداد به في فلسطين ولكن بحذر شديد. ويقتضي الأخذ به التحقق من توافر الشروط التالية:

1) أن تكون الإحالة من العقد الأصلي إلى المحرر أو الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم، واضحة لا لبس فيها ولا غموض<sup>(106)</sup>، وتؤكد على العلم الفعلي أو المفترض بوجود شرط التحكيم من الطرف الذي يحتج عليه بالشرط لحظة إبرام العقد<sup>(107)</sup>، ولا يستثنى من ذلك، إلا الحالة التي توجد فيها علاقات تجارية سابقة بين الأطراف تدل بشكل مؤكد على علمهم بتلك الشروط التي درجوا على استعمالها في علاقاتهم المعتادة<sup>(108)</sup>، وفي مثل هذه الحالة يمكن اعتبار مجرد السكوت<sup>(109)</sup>، أو تنفيذ العقد دون إبداء أي تحفظ<sup>(110)</sup>، قبولا بشرط التحكيم

(104) المادة (1444) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم رقم 2011-48 بتاريخ 2011/1/13.

(105) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1999, n° 95-18761: Bull. civ. II, n° 16.

(106) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 oct. 1989: Rev. arb. 1990, p. 134, note Kessedjian.

(107) CA Versailles, 23 janv. 1991, Rev. Arb. 1991, 291, note Kessedjian ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 juin 1993, et CA Paris, 30 mai 1991, ibid. 1994, 95, note Y. Paclot.

(108) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1993, n° 91-15194 : Bull. civ., I, n° 313.

(109) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, n° 95-17603 : Bull. Civ. I, n° 177.

(110) Cass. com. 17 juin 1997, n° 95-11567.

بالإحالة. ويمكن استخلاص العلم المفترض بشرط التحكيم بالإحالة، من طبيعة المعاملة والعرف الجاري في مجال السلعة أو الخدمة محل العقد الذي ثار النزاع بشأنه. وقد عبرت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها عن ضرورة توافر شرط العلم للأخذ بشرط التحكيم بالإحالة، بمناسبة عقود النقل البحري، وتقول بهذا الصدد: "إذا كان سند الشحن قد تضمن الإحالة لشرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فتلتزم به الطاعنه (المرسل إليها) لعلمها به من نسخة سند الشحن المرسلة إليها"<sup>(111)</sup>. وتقول محكمة استئناف باريس بشأن شرط التحكيم بالإحالة الذي يدرج في العقد على سبيل الاعتياد: "إن إدراج شرط تحكيم على سبيل الاعتياد في عقد نقل بحري دولي، يسمح باستخلاص اتجاه إرادة هذا الطرف إلى الموافقة على هذا الشرط، ما دام لم يحمل الدليل بالتعبير عن إرادة مخالفة"<sup>(112)</sup>. ويعود السبب في اشتراط هذا العلم بشرط التحكيم بالإحالة، إلى أن شرط التحكيم يؤدي إلى إحالة النزاع مباشرة إلى التحكيم دون حاجة لإبرام مشاركة تحكيم، فكان لازماً أن تكون الإحالة واضحة لا غموض فيها. مع ذلك، فإنه لا يشترط في تلك الإحالة أية شروط خاصة أو توقيع خاص<sup>(113)</sup>. ويمكن إقامة الدليل على شرط التحكيم بالإحالة بكافة طرق الإثبات إذا كان النزاع تجارياً<sup>(114)</sup>.

2) أن تتجه إرادة الأطراف إلى جعل شرط التحكيم الوارد في العقد السابق بين الأطراف أو في الشروط العامة أو العقد النموذجي جزءاً لا يتجزأ من العقد، ويمكن استخلاص ذلك من خلال العلم الفعلي أو المفترض بوجود الشرط، وقد يستخلص من حكم تعاملهم السابق والمتكرر في إطار نشاط معين، ما يعطي الدلالة على اتجاه إرادتهم إلى جعل هذه الشروط العامة أو العقد النموذجي أو العقد السابق جزءاً لا يتجزأ من العقد. وفي هذا الإطار، قضت محكمة استئناف باريس: "إن المشتري وهو المتمرس في العمليات المرتبطة بتجارة المحروقات (هيدروكاربور) لا يستطيع أن يدعي جهله بالشروط المعتادة في الاتفاقيات المبرمة في هذا النوع من النشاط"<sup>(115)</sup>. ومقتضى ذلك أنه إذا ثبت أن الطرف الذي ينكر شرط التحكيم بالإحالة لم يكن ليعلم بذلك الشرط في الظروف المعتادة أو يتعذر أو يستحيل عليه أن يعلم بوجوده، فلا يلزم به، ويبقى

(111) نقض مصري، الطعن رقم 60 لسنة 30 قضائية جلسة 1965/2/25 س 16 ص 220. في نفس الاتجاه أيضاً نقض مصري، طعن رقم 406 لسنة 30 قضائية جلسة 1965/6/17 مجموعة الأحكام السنة 16 ص 778 وما بعدها. وأيضاً نقض مصري، الطعن رقم 135 لسنة 3 ق جلسة 1968/3/7 مجموعة الأحكام السنة 17 ص 300 وما بعدها. ونقض مصري، الطعن رقم 450 لسنة 40 قضائية جلسة 1975/3/5 مجموعة الأحكام السنة 26 ص 535.

(112) CA Paris, 1<sup>re</sup> Ch., 10 avr. 2008, JCP 2008, IV, 1901.

(113) CA Paris, 26 juin 1987, Rev. Arb. 1990, 905.

(114) CA Paris, 9 déc. 1987, Rev. Arb. 1988, 573.

(115) CA Paris, 20 janv. 1987, aff. Bomar Oil c. Etap., Clunet 1987, p. 934, note E. Loquin ; Rev. Arb. 1987, p. 482, note C. Kessedjian.

الاختصاص معقودا للقضاء العادي للفصل في النزاع<sup>(116)</sup>. وقد نصت على شرط وضوح الإحالة كل من المادة (10/3) من قانون التحكيم المصري، والمادة (7/6) من القانون النموذجي لعام 1985 المعدل في العام 2006، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه: "6- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بندا تحكيميا اتفاق تحكيم مكتوب، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل البند جزءا من العقد". وقضت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد أن: "اتفاق التحكيم بالإحالة من سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة يجب أن يكون صريحا، ولا محل للإحالة المجهلة في أمره ولا يعتد بها"<sup>(117)</sup>.

3) أن يكون العقد الوارد به شرط التحكيم بالإحالة مكتوبا، حتى تسهل عملية إثباته، وللحيلولة دون إنكاره من الطرف الذي يحتج عليه به. وشرط الكتابة هو أمر مفترض لا داعي للنص عليه صراحة؛ لأن اتفاق التحكيم عموما يجب أن يكون مكتوبا، بما في ذلك شرط التحكيم بالإحالة. وقد أوردت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أنه: "إذا كان القانون يشترط بأن يكون شرط التحكيم مكتوبا، فإنه لم ينظم لا شكل ولا وجود الاشتراطات التي تحيل إلى الوثيقة، إنما تخضع لاتفاق الأطراف"<sup>(118)</sup>.

ومن التطبيقات القضائية على شرط التحكيم بالإحالة، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ 1993/11/9 على أنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن شرط التحكيم بالإحالة المدون في الوثيقة التي يتضمنها، كشرط عامة أو عقد نموذجي، يعتبر صحيحا ما عدا إشارة مخالفة في العقد الأصلي، عندما يكون الطرف الذي يحتج عليه بالشرط قد علم بمضمون هذه الوثيقة لحظة إبرام العقد، ويعتبر سكوته، قبولا منه بإندماج هذه الوثيقة بالعقد بما فيه شرط التحكيم"<sup>(119)</sup>. ففي نزاع تتلخص وقائعه في أن شركة فرنسية تدعى FNT قامت بتوقيع عقد مع شرطة رومانية تدعى Prodexport لبيع لحوم مجمدة، وبعد توقيع هذا العقد، استمرت العلاقات بينهما عبر الفاكس، من خلال الإحالة على العقد الأصلي. ثار نزاع بينهما حول تسليم البضاعة، حيث رفعت الشركة الرومانية دعوى بذلك أمام المحاكم الفرنسية، ولكن الشركة الفرنسية دفعت بعدم اختصاص القضاء من خلال تمسكها بشرط التحكيم الذي أحال على العقد

(116) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 264.

(117) نقض مصري، الطعن رقم 2267 لسنة 54 ق - جلسة 1993/7/13، مجموعة الأحكام س 43.

(118) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1999 : RG proc. 411, obs. Rivier ; Rev. arb. 2003, 1341, obs. Le Gros.

(119) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 nov. 1993, aff. Bomar Oil c. Etap. Rev. Arb. 1994, p. 108, note C. Kessedjian ; JCP 1994, IV, 57 ; Gaz. Pal. 1994, I, pan. 34 ;

جاء في هذا القرار أن:

« en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence à une stipulation figurant à un document, telles les conditions générales ou un contrat type, est valable à défaut de convention dans la convention principale quand la partie à qui la clause est opposée a eu connaissance de la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a, fût-ce par son silence, accepté l'incorporation du document au contrat ».

الأصلي الموقع بين الأطراف، وعند عرض الموضوع على محكمة النقض الفرنسية، قضت بأنه: "يعتبر شرط التحكيم الذي يحيل على وثيقة أخرى صحيحا طالما أن الطرف الذي يحتج عليه بهذا الشرط قد علم به وقت إبرام العقد، وأن سكوته يعتبر قبولا منه بتلك الإحالة"<sup>(120)</sup>.

ويجب الرجوع إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتحديد مدى جواز الأخذ بشرط التحكيم بالإحالة من عدمه، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: "الإحالة في سند الشحن بصفة عامة على شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة كما قدمت ترجمة لحكم صادر من مجلس اللوردات أنه يتضمن هذا المبدأ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به إن صح وجه الرأي في الدعوى حتى لا تحرم الطاعنة من جهة تلجأ إليها للمطالبة بحقوقها، فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع، ولم يعرض للمستند المقدم من الطاعنة تأييدا له وقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم - يكون معيبا بالقصور، مما يستوجب نقضه"<sup>(121)</sup>.

### ثالثا: شرط التحكيم الأبيض

شرط التحكيم الأبيض هو الشرط الذي لا يذكر فيه سوى مبدأ اللجوء إلى التحكيم دون أي تفصيل آخر، بحيث لا يتضمن أي تحديد لنوع التحكيم فيما إذا كان تحكيما حرا أم تحكيما مؤسسيا، ولا يشتمل على أي تحديد لجهة التحكيم أو كيفية تعيين المحكمين ولا عددهم ولا تحديد المنازعات محل التحكيم<sup>(122)</sup>.

ولم تتطرق معظم القوانين، بما فيها قانون التحكيم الفلسطيني، والاتفاقيات الدولية لشرط التحكيم الأبيض. إلا أن الإتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، عمدت إلى وضع آلية لتفعيل هذا الشرط، حيث نصت في المادة (6/4) منها على أنه: "إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم أية إشارة إلى طريقة أو نوع التحكيم (تحكيم منتظم أو تحكيم عارض) يكون للمدعي رخصة اللجوء إلى رئيس غرفة التجارة المختصة في بلد المدعى عليه، أو إلى

(120) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, aff. FNT c/ Prodexport : Rev. Arb. 1998, 537, X. Boucobza ; Gaz. Pal. 1998, 2, 784, note Du Rusquec ; RCDIP 1999, 92, note Mayer ; انظر في ذات الإتجاه أيضا:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2000 : Rev. arb. 2003, 1341, obs. Le Gros.  
انظر أيضا بشأن الإحالة على القواعد المهنية للجمعية الفرنسية لتجارة الكاكاو:  
CA Paris, 11 sept. 1998 : Rev. Arb. 1998, 564 et 495, X. Boucobza :  
وجاء في هذا القرار أن الشركة التي يكون لديها علم بتلك القواعد المهنية، ولم تعترض في أية لحظة على شرط التحكيم، فإنها تلزم به طالما كان هذا الشرط لا يتعارض مع عادات التجارة الدولية.  
انظر بنفس الإتجاه أيضا:

CA Paris, 23 mai 2002, Rev. Arb. 2002, 786.

(121) نقض مصري، طعن رقم 376 لسنة 41 ق، جلسة 1975/4/30، مجموعة الأحكام س 26.

(122) انظر حول هذا الموضوع، أحمد سلامة، البند 83، ص 273.

اللجنة الخاصة المشار إليها في الفقرة (4) من ذات المادة من أجل تعيين المحكمين، وتحديد مكان التحكيم، كما يكون للغرفة واللجنة المشار إليهما إحالة الأطراف إلى مؤسسة تحكيم منتظمة أو جعل التحكيم عارضا".

وفي ذات السياق، ذهب القضاء الفرنسي إلى أن شرط التحكيم الأبيض يعتبر عديم الأثر في إطار التحكيم الداخلي ولا يعتد به، أما في إطار التحكيم التجاري الدولي، فيعتبر اتفاقا صحيحا يولد آثاره، ويفسر على أن الأطراف قد قصدوا منه تحكيما عارضا ad hoc، سوف يتفق الأطراف عند نشوء النزاع على كيفية تشكيل هيئة التحكيم وباقي التفاصيل الأخرى<sup>(123)</sup>.

#### رابعاً: تضارب شرط التحكيم مع شرط الاختصاص القضائي

قد يحدث في الحياة العملية أن يشتمل ذات العقد على شرط تحكيم وشرط اختصاص قضائي لدولة معينة<sup>(124)</sup>، وقد يكون هذا التضارب بين الشرطين جاء عن قصد من الأطراف أو عن غير قصد، بحيث يصعب أو يستحيل معه أحيانا إعطاء الاختصاص في نفس الوقت للمحكم والقاضي معا، وهذا يقتضي إعمال أحدهما دون الآخر، فأى الشرطين يجب الأخذ به في هذه الحالة؟

في الإجابة على هذا السؤال، فإن الدكتور أحمد سلامة يعطي حلا واحدا ويرى لزوم الأخذ بشرط التحكيم وإهمال شرط الاختصاص القضائي، ويبرر ذلك بقوله: "يمكن الوصول إلى اعتبار شرط التحكيم وإهمال شرط الاختصاص القضائي بالاستناد أولا، إلى أن شرط التحكيم شرط خاص، وشرط الاختصاص القضائي شرط عام، والخاص يقيد العام، ويتقدم عليه عند التعارض. وثانيا، إلى أن التحكيم هو القضاء المفضل في نطاق العقود الدولية، القادر، عند انصاره، على تقديم الحلول الملائمة لمشكلات تلك العقود"<sup>(125)</sup>.

أما الدكتور حمزة حداد، فقد أعطى مجموعة حلول عملية حول هذا الموضوع، حيث يرى أن الاتفاق إذا جاء على سبيل التخيير بين التحكيم والقضاء، وكان الخيار قد أعطي لأحد الطرفين، فإذا لجأ إلى التحكيم سقط حقه باللجوء إلى القضاء، وإذا اختار القضاء سقط حقه بالتحكيم. أما إذا أعطي الخيار للفريقين، فإذا لجأ أحدهما إلى القضاء ولم يعترض الآخر، حسمت المسألة حيث يعد ذلك قبولا ضمنيا بهذا الاختيار، ولكن إذا تمسك كل منهما بموقفه، ولجأ أحدهما للقضاء والآخر للتحكيم، عندها يستحيل تنفيذ اتفاق التحكيم، بمعنى سقوطه لعدم إمكانية تنفيذه<sup>(126)</sup>.

(123) CA Paris, 14 nov. 1991, aff. European Country, Rev. Arb. 1994, p. 545, note Ph. Fouchard ; CA Paris, 7 déc. 1994, aff. Jaguar, RTD com. 1995, p. 401, note Dubarry et Loquin.

(124) انظر حول هذا الموضوع، أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 84، ص 275.

(125) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 84، ص 276.

(126) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 36/1، ص 51 و 52.

إن الحلول السابقة، لا تتناول جميع الفروض المتعلقة باقتران شرط التحكيم مع شرط الاختصاص القضائي. حيث توجد حالات يمكن فيها إعمال شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي في ذات الوقت، فقد يقصر الأطراف شرط التحكيم على حسم منازعات معينة كتفسير العقد أو تنفيذه، وما عداها من منازعات يتفق على حسمها عن طريق القضاء إعمالاً لشرط الاختصاص القضائي. وقد يكون اقتران هذين الشرطين معاً مقصوداً من قبل الأطراف، للدلالة والتأكيد على المسائل التي يرغبان بحسمها عن طريق التحكيم. وقد يأتي شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي بشكل تبعي، بحيث يتم اللجوء إلى التحكيم، وإن حصل عارض ما فيتم اللجوء إلى القضاء، وقد يبدو هذا الفرض غير مستساغ وغير مجدي لأن اللجوء إلى القضاء يكون ممكناً في جميع الأحوال، ولكن ذلك قد يكون مفيداً في مجال العقود الدولية من خلال إعمال شرط الاختصاص القضائي وإعطاء الاختصاص بنظر النزاع لمحاكم دولة معينة. وقد يأتي شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي على سبيل التخيير، عندها يمكن اختيار أحدهما، وفقاً للترتيب الذي عرضه الدكتور حمزة حداد.

وقد أصدر القضاء الفرنسي العديد من الأحكام لحل مشكلة التضارب بين شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي، بالإستناد إلى النية المشتركة للأطراف؛ وهذا ما قضت به محكمة استئناف نانسي الفرنسية<sup>(127)</sup>، حيث استبعدت تطبيق شرط الاختصاص القضائي لصالح تطبيق شرط التحكيم. في حين أن محكمة استئناف باريس قد أصدرت عدة قرارات متضاربة بهذا الشأن؛ فبينما نجدها في أحد أحكامها تأخذ بشرط التحكيم على أساس أنه هو الأصل، وتستبعد شرط الاختصاص القضائي على أساس أنه الاحتياط؛ بمعنى أن الاختصاص ينعقد أولاً لقضاء التحكيم، فإن فشل هذا الأخير في مهمته، أو تعرقلت إجراءاته، يصار عندها إلى قضاء الدولة<sup>(128)</sup>. وقضت في حكم آخر أن مجرد اشتراط الأطراف اختصاص القضاء العادي لا يكفي لاستبعاد إمكانية اللجوء إلى التحكيم<sup>(129)</sup>. في حين أنها قضت في حكم آخر لها باستبعاد التحكيم عند غموض اتفاق التحكيم بسبب وجود تعارض بين شرط التحكيم وشرط اختصاص قضائي<sup>(130)</sup>.

ونحن نرى أنه يجب حسم هذا التضارب بين شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي استناداً إلى الإرادة المشتركة للأطراف وذلك في كل حالة على حده. أما إذا لم يكن بالإمكان الوقوف على حقيقة ما قصده المتعاقدان، أو كان من الصعب إعمال شرط التحكيم وشرط الاختصاص القضائي معاً في نفس الوقت لتناولهما نفس المنازعات، فنرى أنه يجب تغليب شرط التحكيم

(127) CA Nancy, 22 nov. 2004 : JCP G. 2005, IV, 1235.

(128) CA Paris, 29 nov. 1991, Rev. Arb. 1993, p. 617.

وهو ذات التوجه الذي أخذ به القضاء الإنجليزي، انظر: Paul Smith Ltd. v. H & S. international holding, 18 Feb. 1991: Yearbook of Commercial Arbitration, 1994, p. 725.

(129) CA Paris, 6 nov. 1971, D 1972, 342.

(130) CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 20 nov. 2003, D 2004, somm. 3179, obs. Clay.

على شرط الاختصاص القضائي فقط في إطار التحكيم التجاري الدولي، وذلك بسبب كثرة استخدامه في الحياة العملية، وباعتباره الطريق شبه الحصري في حسم هذا النوع من المنازعات. أما في إطار التحكيم الداخلي فنرى أن يؤخذ بشرط الاختصاص القضائي دون شرط التحكيم؛ وعدم إهدار الشرطين معا، وذلك على أساس أن شرط الاختصاص القضائي هو الحد الأدنى الذي يمكن تصوره وإعماله في حسم المنازعات؛ ولأن إعمال الكلام أولى من إهماله.

وفي جميع الأحوال، يختص المحكم بالبت في تطبيق أحد هذين الشرطين دون الآخر استنادا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا إذا كان شرط التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم قابليته للتطبيق<sup>(131)</sup>.

#### خامسا: تعدد أطراف شرط التحكيم

قد يحصل أن يكون النزاع واقعا بين أكثر من شخص (مدعين ومدعى عليهم)، حيث يكون بعضهم فقط مرتبطا بشرط تحكيم. وقد أدى هذا الأمر إلى تردد محكمة النقض الفرنسية في حل هذا الإشكال؛ في البداية قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا كان النزاع غير قابل للتجزئة (وحدة الأساس القانوني للدعوى)، يمكن أن يخضع النزاع بأكمله للقضاء العادي، خوفا من تضارب الأحكام القضائية<sup>(132)</sup>. لكنها عادت بعد ذلك وقضت بأن "عدم إمكانية التجزئة لا تكفي للحيلولة دون إعمال شرط التحكيم"<sup>(133)</sup>.

ويبدو من وجهة نظرنا أن الإتجاه الأول لمحكمة النقض الفرنسية هو الأقرب إلى الصواب، والذي يقضي بإخضاع النزاع بأكمله لاختصاص القضاء العادي إذا كان غير قابل للتجزئة، وذلك تجنباً لإحتمال تضارب الأحكام القضائية، في حال عرض النزاع في نفس الوقت على القضاء العادي وعلى التحكيم.

#### سادسا: شرط التحكيم المعلق على شرط أو الذي يوجب اتباع إجراءات معينة

قد يحصل في الحياة العملية أن يكون شرط التحكيم معلقا على شرط، كأن يشترط الأطراف دفع الثمن حتى يمكن الذهاب للتحكيم، أو أن يكون شرط التحكيم مرتبطا بمدة زمنية (سنة مثلا) يجب إعماله خلالها وإلا سقط حق التمسك به لإنقضاء مدته<sup>(134)</sup>، أو يتفق الأطراف على وجوب اتباع إجراءات معينة أو توافر شروط محددة قبل الذهاب للتحكيم. ففي جميع هذه

(131) Cass. 1<sup>re</sup> c. iv., 18 déc. 2003 : Bull. Civ. I, n° 393 ; Cass. 1<sup>re</sup> c. iv., 27 avr. 2004, Bull. Cass. civ. I, n° 112.

(132) Cass. com. 10 mars 1998, n° 96-13168.

(133) Cass. 1<sup>re</sup> c. iv., 16 oct. 2001 : Rev. Arb. 2002, p. 919, note Cohen ; Cass. 1<sup>re</sup> c. iv., 6 févr. 2001, Rev. arb. 2001, p. 765, note Cohen.

(134) حمزة حداد، المرجع السابق، بند 39، ص 53.



الحالات، لا يجوز الذهاب للتحكيم قبل تحقق الشرط أو اتباع الإجراء المتفق عليه. وقد سارت في هذا الإتجاه المادة (67) من من الشروط العامة للفيديك FIDIC (الاتحاد العالمي للمهندسين الإستشاريين) لسنة 1987 الخاصة بعقود المقاولات الإنشائية، والتي أوجبت إحالة النزاع إلى المهندس الاستشاري المشرف على المشروع ليفصل فيه، فإذا أصدر المهندس قراره خلال المدة المحددة لذلك، ولم يرتض به أحد الأطراف، عندئذ يجوز له الذهاب للتحكيم. فلجوء الأطراف إلى المهندس الاستشاري هو إجراء أولي ولازم قبل الذهاب للتحكيم، وإذا تخلف هذا الشرط بأن ذهب أحد الأطراف للتحكيم دون تحققه، يكون لجوئه للتحكيم سابقاً لأوانه ويؤدي إلى رد طلب التحكيم شكلاً<sup>(135)</sup>. وكذلك الأمر لو اتفق الأطراف على الدخول في مفاوضات أو اتباع إجراءات التوفيق لتسوية النزاع ودياً خلال مدة معينة (3 أشهر مثلاً)، قبل الذهاب للتحكيم، فيجب تحقق هذا الشرط حتى يستطيع أحدهما الذهاب للتحكيم، أما ذهب أحدهما للتحكيم دون تحقق هذا الشرط، فإنه يجيز للطرف الآخر الدفع ببرد الدعوى على أساس أنها سابقة لأوانها<sup>(136)</sup>.

في المقابل، فإن شرط التحكيم الذي يقضي بأنه يجب على الأطراف التشاور من أجل أخضاع النزاع للتحكيم، أو لأجل رفض اللجوء إلى التحكيم، لا يلزم الاطراف باللجوء إلى التحكيم في حل النزاع الذي ثار بينهم لأنه لا يشكل اتفاق تحكيم<sup>(137)</sup>.

### الفرع الثاني: مشاركة التحكيم

قد يغفل الأطراف عند إبرام العقد عن إدراج شرط تحكيم في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، بل قد لا يجد هؤلاء حاجة لإدراج مثل هذا الشرط قبل نشوء النزاع. ولكن إذا وقع النزاع فعلاً بينهم، فيمكنهم، إذا رغبوا في حسم هذا النزاع عن طريق التحكيم، إبرام ما يسمى "بمشاركة التحكيم"، والتي تأتي دائماً بعد نشوء النزاع وتهدف إلى حسم نزاع قائم وحال ومحدد

(135) استئناف القاهرة، 2005/3/30: تقول المحكمة أن عرض النزاع أولاً على المهندس هو شرط أولي يجب تحققه قبل اللجوء إلى التحكيم تحت طائلة إعلان هيئة التحكيم عدم اختصاصها بنظر النزاع.

(136) انظر في هذا الاتجاه، محكمة استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 103 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/7/27، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 68. وقد تطرق هذا القرار إلى الحالة التي يتفق فيها الأطراف على تسوية النزاع على مرحلتين: المرحلة الأولى اللجوء إلى التوفيق، والمرحلة الثانية اللجوء إلى التحكيم. وقد جاء فيه: "...ومن هذا الاتفاق فإن الاتفاق على استبعاد وسيلة التوفيق كإجراء أو مرحلة يجب أن تسبق اللجوء إلى التحكيم يعتبر اتفاقاً تعاقدياً يتعلق بسلطة طرفيه في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة اتقاقية ورضائية لحسم النزاع بينهما، مقتضاه التزامهما بعدم سلوك سبيل التحكيم إلا بعد استنفاد مرحلة التوفيق وعدم رضاهما بنتيجته، وهو اتفاق ملزم لطرفيه ولهيئة التحكيم، بحيث لا يحق للخصم أن يلجأ إلى التحكيم قبل استنفاد وسيلة التوفيق بينه وبين الطرف الآخر، فإن خالف ذلك باللجوء مباشرة واعترض الطرف الآخر على ذلك في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، فإن على هيئة التحكيم عندئذ التحقق من وجود اتفاق التحكيم المعارض على مخالفته والتأكد من شروط صحته ومن وقوع اخلال بالتزام ناشئ عن الاتفاق المذكور، بحيث أنه إذا تحقق لها ذلك فإنها تقضي بعدم قبول طلب التحكيم لعدم استنفاد ما أوجبه اتفاق الطرفين قبل اللجوء إلى التحكيم". انظر أيضاً في ذات الاتجاه: Jarroson, Rev. Arb. 2003, 416, note Jarroson. Cass. Mixte, 14 févr. 2003, للتوسع في هذه المسألة، راجع حمزة حداد، بند 41 وما بعده، ص 54-56.

(137) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2006, JCP 2007, I, 139, n° 11, obs. Clay.



بين الأطراف، وذلك خلافا لشرط التحكيم الذي يأتي قبل نشوء النزاع، ويتعلق بنزاع مستقبلي محتمل غير محقق الوقوع.

ولما كانت مشاركة التحكيم تتعلق بنزاع قائم، فإنها تقرب من الناحية العملية من لائحة الدعوى، بالنظر إلى أنها تبرم بعد نشوء النزاع، وبعد اتضاح معالم هذا النزاع بين الأطراف. لهذا السبب، فإن معظم القوانين، تشترط تحديد موضوع النزاع بشكل واف في مشاركة التحكيم وإلا كانت باطلة<sup>(138)</sup>، وهذا أمر بديهي لأن النزاع أصبح معروفا واتضحت معالمه، فكان لا بد من تحديده حتى تعلم هيئة التحكيم حدود النزاع التي ستفصل فيه<sup>(139)</sup>، ولا يتصور بالمقابل تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم بدقة لأنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع، فتأتي الحاجة لتحديد موضوع النزاع إذا وقع فعلا<sup>(140)</sup>. وقد أخذ قانون التحكيم الفلسطيني بشرط وجوب تحديد موضوع النزاع في المشاركة في المادة (5/4) والتي تنص على أنه: "إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلا"<sup>(141)</sup>. ولم يحدد القانون الفلسطيني لا الكيفية ولا الوقت التي يتم فيه تحديد موضوع النزاع، ولكن يبدو من النص السابق أنه يجب تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم ذاتها<sup>(142)</sup>، وهذا بخلاف

(138) قضت محكمة استئناف رام الله بأن: "التحكيم هو طريق استثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن التقاضي وما كفله من ضمانات، لذلك يكون مقصورا على ما تتصرف إليه إرادة الخصمين من عرضه على هيئة التحكيم، فإذا لم يبين في مشاركة التحكيم موضوع التحكيم كان التحكيم باطلا... إن مشاركة التحكيم التي تقضي بأن الطرفين قد حكموا المحكمين في حل النزاعات التي بينهما والمرفوعة أمام المحاكم إنما هو نص عمومي لا تحديد فيه يجعل مشاركة التحكيم باطلة"، استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 2003/21، بتاريخ 2005/6/13، المقتضي.

(139) في هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أنه: "يجب تحديد موضوع النزاع بوثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم، ولكن يمكن أن يتم هذا التحديد أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم"، نقض مصري، الطعن 4173 لسنة 61 ق، جلسة 1997/6/21، مجموعة الأحكام س 48. وقد بينت ذات المحكمة في قرار آخر لها أنه يجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع حتى تتحدد ولاية المحكمين ويتسنى رقابة مدى إلزامهم بحدود ولايتهم ويجوز أن يتم هذا التحديد أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم: نقض مصري، الطعن رقم 1083 لسنة 52 ق، جلسة 1986/2/6، مجموعة الأحكام س 37؛ وأيضا، نقض مصري، الطعن رقم 932 لسنة 58 ق، جلسة 1995/3/27، مجموعة الأحكام س 46.

(140) في التفريق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم بالنسبة لتحديد موضوع النزاع، تقول محكمة استئناف القاهرة: "... شرط التحكيم يكون دائما سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو ورد ضمن عقد معين ومن ثم لا يتصور أن يتضمن تحديدا لموضوع النزاع الذي لم ينشأ بعد ولا يكون في مكتة الطرفين التنبؤ به حصرا ومقديما، ومن هنا لم يشترط المشرع أن يتضمن شرط التحكيم تحديدا لموضوع النزاع وأوجب ذلك في بيان الدعوى... كل ذلك خلافا لما هو مقرر بشأن مشاركة التحكيم اعتبارا بأنها اتفاق على الالتجاء إلى التحكيم كذلك ولكنه اتفاق لاحق على قيام النزاع ومعرفة موضوعه ومن ثم أوجب المشرع أن يتضمن تحديدا للمسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا": استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 49 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2006/4/26. وتقول محكمة النقض المصرية بهذا الصدد أيضا: "إذا كان الاتفاق على التحكيم قد جاء قبل وقوع النزاع، فإن المشرع لم يشترط في هذه الحالة أن يكون موضوع النزاع محدد سلفا في اتفاق التحكيم، واستعاض عن تحديده سلفا بوجوب النص عليه في بيان الدعوى والذي يتطابق مع بيان صحيفة افتتاح الدعوى"، نقض مصري، طعن رقم 291 لسنة 70 ق، جلسة 2001/6/17.

(141) وقد تم التأكيد مرة أخرى على وجوب اشتغال مشاركة التحكيم على موضوع النزاع وإلا كانت باطلة، في المادة (19/2) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني.

(142) يبدو أن هذا النص يتطابق مع نص المادة (1445) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي.

بعض القوانين، التي بينت أنه في حال عدم تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، فيمكن تحديده أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم<sup>(143)</sup>، أو في بيان الدعوى<sup>(144)</sup>. والمقصود بتحديد موضوع النزاع هو تحديد طبيعة النزاع بشكل معقول وواضح بما يكفي لإزالة الجهالة الفاحشة عنه، ولكن دون حاجة لذكر جميع التفاصيل<sup>(145)</sup>؛ إذ يكفي أن يكون بمقدور هيئة التحكيم معرفة حدود النزاع المطلوب منها أن تفصل فيه<sup>(146)</sup>، ويسمح للقضاء العادي بممارسة دوره بالرقابة على قرار التحكيم بمناسبة الطعن فيه بالبطلان أو بمناسبة الاعتراف به وتنفيذه<sup>(147)</sup>. ويرى البعض أنه يجب تفسير اشتراط القانون تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم تفسيراً واسعاً لصالح التحكيم، بحيث تشمل الإحالة للتحكيم أي إشارة للنزاع في الاتفاق حتى لو كانت عامة، خصوصاً إذا كانت الإحالة تشمل كافة منازعات العقد<sup>(148)</sup>، ويسير في هذا الاتجاه جانباً من القضاء<sup>(149)</sup>. ولكن يبدو أن هذا الاتجاه لا يتفق مع الواقع

(143) قضت محكمة النقض السورية أن تحديد موضوع النزاع في صك التحكيم من النظام العام، وليس بالضرورة أن يرد في صك مستقل: نقض مدني سوري، 389/181، لسنة 1998، الأولوسي، قاعدة 66، مذكور في حمزة حداد... وقضت أيضاً المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي أن تحديد نقاط الخلاف أثناء المرافعة أمام المحكم لا يعيب الحكم، حتى لو أن الاتفاق على التحكيم ابتداءً، كان في إطار عام: طعن 11، بتاريخ 2002/5/19، لسنة 24، ص 1200، مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

(144) أخذت بذلك المادة (10/2) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994. مع ذلك، فإنه لا يمكن استخلاص موضوع النزاع من خلال إعدار أو إخطار موجه لغير غايات التحكيم، ولا من لائحة الدعوى المقدمة أمام هيئة التحكيم والتي لا تشير مجرد إشارة لموضوع النزاع: انظر في ذلك، TGI Paris, 15 janv. 1973 : Rev. Arb. 1974, 25.

(145) Cass. com. 30 mars 1949 : JCP 1951, II, 6180, note Bastian ; Cass. com. 17 janv. 1967, II, 15065, note P. L.

(146) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان الطرفان قد حددا في مشاركة التحكيم موضوع النزاع القائم بينهما بشأن تنفيذ عقد مقاول ونصا على تحكيم المحكم لحسم النزاع وحددا مأموريته بمعينة الأعمال التي قام بها المقاول لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات والأصول الفنية من عدمه وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال كما نصا في المشاركة إلى تفويض المحكم في الحكم والصلح وكان ذلك التفويض بصيغة عامة لا تخصيص فيها فإن المحكم إذ أصدر حكمه في الخلاف وحدد في منطوقه ما يستحقه المقاول عن الأعمال التي قام بها جميعاً حتى تاريخ الحكم بمبلغ معين فإنه لا يكون قد خرج عن حدود المشاركة أو قضى بغير ما طلبه الخصوم": نقض مصري، الطعن رقم 586 لسنة 30 ق جلسة 1961/11/30 مجموعة الأحكام س 12 ص 730.

(147) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juill. 1970, D. 1970, 761 ; JCP 1971, II, 16642, note P. L. ; Rev. arb. 1970, 70, note J. R. ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 1971, Rev. arb. 1972, 122, note Loquin ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976, D. 1978, 310, note Robert ; Rev. Arb. 1977, 269, note Mezger.

(148) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 136، ص 117.

(149) تمييز دبي، طعن 167، بتاريخ 2002/6/2، عدد 13، ص 486، حيث جاء فيه أنه يجب أن يكون موضوع النزاع محددًا بصورة كافية في وثيقة التحكيم حتى تعتبر الوثيقة صحيحة، وإن لم تتضمن بياناً لماهية النزاع الذي قام بالفعل والمطلوب عرضه على التحكيم. ويسير القضاء الفرنسي في ذات الاتجاه أيضاً، حيث يأخذ بتحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم بشكل مرن، إذ يكفي تحديد المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية معينة، أو المتعلقة بالأشغال المنجزة في عقد مقاول، أو بفسخ العقد. في المقابل، فإن القضاء الفرنسي يسير نحو التشدد في تحديد موضوع النزاع بالنسبة لمهمة المحكمين، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مشاركة التحكيم تخول المحكمين فض جميع المنازعات العالقة بين مجموعتين من الشركات، لا يكون فيها موضوع النزاع محددًا: انظر في تفاصيل ذلك: Cass. civ. 2 juill. 1970 : Rev. Arb. 1970, 78.

الفلسطيني، حيث قضت محكمة استئناف رام الله في حكمها الصادر بتاريخ 2005/6/13 بأنه ما دام أن التحكيم طريق استثنائي لفض النزاعات، فإنه يكون مقصوراً على ما تصرف إليه إرادة الخصمين من عرضه على هيئة التحكيم، فإذا لم يبين في مشاركة التحكيم موضوع التحكيم كان التحكيم باطلاً. وأن "مشاركة التحكيم التي تقضي بأن الطرفين قد حكموا المحكمين في حل النزاعات التي بينهما والمرفوعة أمام المحاكم إنما هو نص عمومي لا تحديد فيه يجعل مشاركة التحكيم باطلة"<sup>(150)</sup>.

كما لم يبين النص الفلسطيني ما إذا كان البطلان المترتب على عدم تحديد موضوع النزاع هو بطلان مطلق أم نسبي. وبهذا الصدد، قضت محكمة استئناف باريس بأن هذا البطلان هو بطلان نسبي، بحيث تبقى مشاركة التحكيم صحيحة طالما أن تحديد موضوع النزاع لم يواجه باعتراض من قبل أحد الأطراف خلال إجراءات التحكيم<sup>(151)</sup>. ويعود في الأصل للمحكم تقدير أسباب البطلان، إلا إذا كانت المشاركة ظاهرة البطلان أو غير قابلة للتطبيق.

ويستطيع الأطراف طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة إدراج ما شأؤوا من شروط في مشاركة التحكيم ما دامت لا تخالف النظام العام والآداب العامة، كالاتفاق على مدة التحكيم، وتعيين المحكمين، ومكان ولغة التحكيم، وغيرها من المسائل. بل لا يوجد ما يمنع الأطراف من إضافة شرط جزائي لضمان عدم الإخلال بمشاركة التحكيم، وهذا يتطابق مع ما تم ذكره سابقاً عند دراسة ماهية شرط التحكيم.

ومشاركة التحكيم تجيء دائماً في محرر أو مستند مستقل عن العقد الأصلي، لأنها تبرم بعد نشوء النزاع وليس عند إبرام العقد الذي تولد عنه النزاع. ويرى البعض أنه لا يعتبر التوقيع على مستند المهمة كافياً للقول بوجود مشاركة تحكيم<sup>(152)</sup>، غير أن القضاء الفرنسي يخالف ذلك، حيث قضت محكمة استئناف باريس أنه: "في حال غياب شرط التحكيم، فإن توقيع الأطراف على مستند المهمة ... ولجوئهم للتحكيم يعد بمثابة مشاركة تحكيم"<sup>(153)</sup>، ولكن إذا خلا مستند المهمة من توقيع الأطراف فلا يعد مشاركة تحكيم<sup>(154)</sup>، لأن المحكمين لا يستمدون

وكذلك الأمر، إذا كان اتفاق التحكيم يحصر سلطة هيئة التحكيم بتفسير العقد، فإن ذلك لا يعطي المحكم سلطة فرض جزاء بسبب عدم تنفيذ العقد من قبل الأطراف:

CA Paris, 25 janv. 1972 : Rev. Arb. 1973, 158, note Fouchard.

كما أن اتفاق التحكيم الذي يعطي المحكم سلطة الفصل في تفسير وتنفيذ العقد، لا يجيز للمحكم تقرير تعويض استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية، لأنه يخرج عن إطار مشاركة التحكيم:

Cass. civ. 16 juin 1976 : Rev. Arb. 1977, 269, note Mezger ; D 1978, 310, note J. Robert.

(150) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 2003/21، بتاريخ 2005/6/13، المقتضي، قرار مذكور سابقاً.

(151) CA Paris, 3 janv. 1969 : D 1969, 230 ; JCP 1969, II, 15808, note P. L.

(152) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 79، ص 258.

(153) CA Paris, 19 mars 1987, D. 1987, IR, 105, Précité.

(154) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1993, Gaz. Pal. 1994, 1, Pan. 51 ; JCP 1994, IV, 129 ; Rev. Arb. 1995, 78, note Fouchard.

سلطتهم من تلقاء أنفسهم بل من إرادة الأطراف، مما يقتضي توقيعهم.

ولا يوجد مبرر أو حاجة لإبرام مشاركة تحكيم إلا إذا خلا العقد من شرط تحكيم. مع ذلك، لا يوجد ما يمنع الأطراف من إبرام مشاركة تحكيم من أجل تحديد مهمة المحكم وإجراءات التحكيم، ويحقق إبرام مشاركة التحكيم في هذه الحالة فائدة عملية هامة، وهي أن المشاركة تحول دون قيام أحد أطراف التحكيم بالتمسك ببطلان شرط التحكيم من أجل نزع الاختصاص من هيئة التحكيم وإعطائه للقضاء<sup>(155)</sup>. كما أن للأطراف الحق في تعديل شرط التحكيم بموجب مشاركة جديدة بعد نشوب النزاع<sup>(156)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى وجود حالة خاصة تأخذ حكم مشاركة التحكيم، وهي الحالة التي يتفق فيها الأطراف على إحالة النزاع للتحكيم، أثناء نظر الدعوى أمام القضاء العادي، وهذه جائز من حيث المبدأ طالما كانت المسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم، وينطبق هذا الأمر بصرف النظر عن درجة المحكمة، سواء كانت من الدرجة الأولى أو الثانية، أو حتى أمام محكمة النقض. ولا داعي في هذه الحالة لقيام الأطراف بكتابة اتفاق تحكيم أو توقيعهم على مستند خاص بهذا الشأن، لأن اتفاق الأطراف على التحكيم يكون مثبتا في محضر المحكمة، وهو مستند رسمي لا يطعن فيه إلا بالتزوير. ولا حاجة في هذه الحالة أيضا إلى قيام الأطراف بتحديد موضوع النزاع، حيث تكفي الإحالة إلى ملف القضية لمعرفة موضوع النزاع بدقة. وبمجرد اتفاق الأطراف على التحكيم، توقف المحكمة بإجراءات المحاكمة إلى حين صدور حكم التحكيم<sup>(157)</sup>.

### المطلب الثالث: شروط صحة اتفاق التحكيم

حتى ينعقد اتفاق التحكيم صحيحا وينتج آثاره، يجب أن يتوافر فيه نوعين من الشروط: شروط شكلية وشروط موضوعية. وقد عبرت محكمة استئناف القاهرة عن هذه الشروط بقولها: "اتفاق التحكيم هو الأساس القانوني للتحكيم ودستوره الذي يحدد نطاقه ومداه ويخرج موضوع النزاع من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع، ومن هنا يجب التحقق من استيفاء هذا الاتفاق لشروطه الموضوعية والشكلية المقررة في القانون للتأكد من خلوه من العوار الذي يبطله... وفيما يتعلق بالشروط الموضوعية فإنها لا تخرج عن الشروط العامة في نظرية العقد المتعلقة بالرضا والمحل والسبب، فليزمن أن يكون اتفاق التحكيم بناء على رضا صحيح، وأن يكون محله ممكنا ومشروعا، وأن يستند ذلك كله إلى سبب لا يخالف النظام العام والآداب"<sup>(158)</sup>. وعليه نتناول دراسة كل من الشروط الشكلية والموضوعية على التوالي.

(155) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 juin 1995, n° 93-12495 ; Bull. civ. II, n° 190 ; Cass. com. 13 nov. 1972, n° 71-10942 ; Bull. civ. IV, n° 284.

(156) استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 72 لسنة 117 ق تحكيم، جلسة 2002/1/8.

(157) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 143، ص 121 وما بعدها.

(158) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 95 لسنة 120 ق تحكيم، جلسة 2005/4/27.

## الفرع الأول: الشروط الشكلية (الكتابة)

تشرط معظم القوانين أن يكون اتفاق التحكيم (شرط أو مشاركة) مكتوباً، وقد سار قانون التحكيم الفلسطيني على هذا النحو أيضاً، حيث نصت المادة (5/2) منه على أنه: "2- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً". وأضافت المادة (5/3) من نفس القانون أنه: "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو ما تبادلاه من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". ثم جاءت المادة (19) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتضيف أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع قد ينشأ نتيجة لتنفيذ عقد معين، ويراعى عند الاتفاق الشروط الآتية: 1. أن يكون الاتفاق مكتوباً ويكون مكتوباً في أي من الأحوال الآتية:

أ. إذا كان ضمن محرر وقعه الأطراف.

ب. إذا كان على شكل رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

ت. إذا كان على شكل رسالة معلومات تم تبادلها بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية".

فعلى الرغم من اشتراط النصوص السابقة، كتابة اتفاق التحكيم، إلا أنها لم تبين القيمة القانونية للكتابة، وهل هي متطلب للإنعقاد أم للإثبات؟

ونحن نرى بأن شرط الكتابة المفروض بموجب قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، هو شرط للإثبات فقط وليس للإنعقاد، وذلك استناداً إلى المبررين التاليين:

الأول، أن النصوص السابقة مأخوذة عن المادة (7/2) من القانون النموذجي للأمم المتحدة لعام 1985، والتي اشترطت كتابة اتفاق التحكيم وجعلته للإثبات فقط وليس للإنعقاد، دون النص صراحة على ذلك، ولكن ذلك يفهم ضمناً من الطابع النموذجي لهذا القانون والذي يفترض فيه الإبتعاد عن التشدد والتقريب بين الأنظمة القانونية المختلفة ومحاولة التوفيق بينها، مما يقتضي الأخذ بالكتابة للإثبات وليس للإنعقاد<sup>(159)</sup>.

الثاني، أن نص المادة (5/2) من قانون التحكيم رغم وروده بصيغة الوجوب "يجب" إلا أنه لم يرتب البطلان على عدم احترام شرط الكتابة، وبالتالي نرى أن شرط الكتابة جاء هنا للإثبات وليس للإنعقاد استناداً لقاعدة (أن لا بطلان بدون نص)، ما يعني أن المشرع الفلسطيني لو أراد أن تكون الكتابة للإنعقاد لنص صراحة على البطلان كجزاء لتخلف الكتابة، وما دام أنه لم يفعل، فهذا يدل على أنه أراد أن تكون الكتابة للإثبات وليس للإنعقاد. ويدعم هذا الرأي، أن المادة (5/4) من ذات القانون، قررت جزاء البطلان إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم الذي يأتي بعد نشوء النزاع (مشاركة التحكيم) ذكر لموضوع النزاع. فلو أراد المشرع الفلسطيني ترتيب البطلان على تخلف شرط الكتابة، لنص صراحة على ذلك، كما فعل في نص المادة (5/4). إضافة إلى ذلك، فإن معظم القوانين والتي تشرط كتابة اتفاق التحكيم، قد فرضت الكتابة كمتطلب للإثبات وليس للإنعقاد<sup>(160)</sup>.

(159) وقد اشترطت كتابة اتفاق التحكيم كل من: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 حيث نصت في مادتها الأولى عند تعريفها لاتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده". واتفاقية واشنطن لعام 1965 في المادة (25/1)، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983 في المادة (37) ونظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (12)، ولائحة إجراءات التحكيم أمام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لسنة 1994.

(160) من القوانين التي أخذت بشرط كتابة اتفاق التحكيم للإثبات ولم ترتب على انعدامه بطلان اتفاق

غير أن البعض<sup>(161)</sup>، يرى أنه لا يوجد أي أثر يذكر في الحياة العملية للفرقة بين اشتراط الكتابة للإنعقاد أم للإثبات، لأن النتيجة واحدة في الحالتين، إذ يندر وجود اتفاق تحكيم شفوي، ويكاد أن يكون معدوماً في الحياة العملية، خصوصاً وأنه لا يجوز إثبات التحكيم إلا بالكتابة، خلافاً للقواعد العامة في الإثبات. إضافة إلى ذلك، فإن كتابة اتفاق التحكيم قد أصبحت من الأعراف التحكيمية الواجب العمل بها دون حاجة إلى نص تشريعي<sup>(162)</sup>. ويسير القضاء في بعض الدول على هذا النحو، حيث يوجب إثبات اتفاق التحكيم بالكتابة حصرياً، ويرفض إثباته بوسيلة أخرى غير الكتابة، خصوصاً بالقرار واليمين<sup>(163)</sup>.

ولتحقق شرط الكتابة، يشترط كتابة اتفاق التحكيم ذاته، شرطاً كان أم مشاركة. ومن المفيد في هذا الصدد، ذكر ما قرره القضاء الفرنسي من أنه: "حتى لو لم يعترض الطرف الآخر، فإن الرسالة التي يرسلها أحد الأطراف للآخر للتأكيد على أن العقد المبرم بينهم عبر الهاتف يشتمل على شرط تحكيم، فإنه لا يحقق شرط الكتابة الذي يفرضه القانون"<sup>(164)</sup>.

التحكيم، قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لسنة 1992، حيث نصت المادة (203/2): "لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة". وقانون التحكيم الموريتاني لعام 2000 حيث جاء في مادته (6): "لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة، سواء بمحرر رسمي، أو بمحرر عرقي أو بمحضر جلسة أو بمحضر تم تحريره لدى محكمة التحكيم المختارة". وقانون التحكيم التونسي لعام 1993 في المادة (6)، والقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 حيث نصت المادة (178/1) على أنه: "فيما يتعلق بالشكل، يكون اتفاق التحكيم صحيحاً إذا ورد في مستند، أو تلفراف، أو تلكس، أو الطابعة اللاسلكية، أو أية وسيلة اتصال أخرى تسمح بإقامة الدليل كتابة".

في المقابل، أخذت بعض القوانين بالكتابة للإنعقاد وليس للإثبات، منها قانون التحكيم المصري لسنة 1994، بنصه في المادة (12) على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...". وقد كان القضاء المصري يسير في ظل قانون التحكيم القديم على اعتبار متطلب الكتابة في مشاركة التحكيم مجرد شرط للإثبات وليس للإنعقاد، وذلك قبل أن يأتي القانون الجديد ويجعل الكتابة في المشاركة للإنعقاد وليس للإثبات، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بشكل واضح وصريح، حيث قضت بأن: "الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطاً لإنعقاد مشاركة التحكيم وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركناً لإنعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلاً، واستبعد على هذا الأساس الإقرار الصادر من المحكم والذي ضمنه سبق موافقته على مهمة التحكيم - وهو محرر له قوة الكتابة في الإثبات - ورتب الحكم على ذلك بطلان المشاركة لعدم انعقادها فإنه يكون قد خالف القانون". وجاء في ذات الحكم أيضاً أنه: "إذا كانت مشاركة التحكيم موضوع الدعوى - المطلوب الحكم ببطلانها - هي عقد رضائي توافرت عناصره من إيجاب وقبول صحيحين بين طرفيه وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه وقد وقع المحكمان على المشاركة وأقر المحكم كتابة مهمة التحكيم، فإن المشاركة تكون قد انعقدت صحيحة ويكون الحكم ببطلانها على غير أساس". نقض مصري، الطعن رقم 489 لسنة 37 ق، جلسة 1973/2/24، مجموعة الأحكام س 24.

وقد سار القانون الفرنسي على هذا النحو أيضاً في إطار التحكيم الداخلي: انظر مثلاً،

والذي يبطل في هذه الحالة هو اتفاق التحكيم فقط وليس العقد الأصلي.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 janv. 1999, n° 95-18761, Bull. civ. II, n° 16.

(161) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 104، ص 95.

(162) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 107، ص 96.

(163) محكمة النقض السورية، رقم 91/46، بتاريخ 1959/5/21، وتمييز الكويت، 118 بتاريخ 1981/2/4، عدد 6: قرارين مذكورين في حمزة حداد، المرجع السابق، الهامش 1، ص 96.

(164) Cass. com., 15 juill. 1987: Gaz. Pal. 1988, I, somm. 34, obs. Guinchard et Moussa.

وفي جميع الأحوال، فإن الهدف من اشتراط الكتابة سواء للانعقاد أو للاثبات هو التأكد من جهة من اتجاه إرادة الأطراف لحسم النزاع بطريق التحكيم والحيلولة دون المنازعة في ذلك، والسماح من جهة أخرى لهيئة التحكيم بالتحقق من اختصاصها والتثبت من المسائل المطلوب منها حسمها بطريق التحكيم، والسماح أخيراً للقضاء العادي بالرقابة على قرار التحكيم بأن يكون صادراً وفقاً لاتفاق تحكيم صحيح وفي مسألة يجوز فيها التحكيم، والتثبت من أن هيئة التحكيم قد التزمت بحدود مهمتها وفصلت في المسائل المشمولة باتفاق التحكيم دون سواها.

أما بالنسبة لمفهوم الكتابة، فقد تم التوسع فيه بشكل كبير، فهو يشمل جميع أنواع الكتابة، سواء وردت في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، وسواء جاءت بخط اليد أو كتبت بالآلة الطابعة أو بجهاز الكمبيوتر، وسواء كانت محررات رسمية أو عرفية أو حتى أوراق غير موقع عليها إذا تحققت فيها شروط مبدأ الثبوت بالكتابة. بناء عليه، فإن الكتابة في هذا الصدد تتضمن جميع أنواع المراسلات والمكاتبات والمحررات والمستندات الخطية العادية والإلكترونية، والفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني. في المقابل، لا يعتبر من قبيل الكتابة لغايات التحكيم، جميع الوسائل الصوتية كالتلفون، أو المرئية كالكاميرا، أو الصوتية والمرئية كأفلام الفيديو والفيديو كونفرانس؛ فهي لا تجيب على شرط الكتابة، حتى لو تم تسجيلها أو أمكن إسترجاع مضمونها في وقت لاحق. كما لا يجوز لهيئة التحكيم إصدار سند يعطيهم صلاحية الفصل في النزاع؛ لأن هيئة التحكيم لا تستمد سلطتها للفصل في النزاع من تلقاء نفسها، إنما من اتفاق أطراف التحكيم.

أما بالنسبة لغياب التاريخ، فإنه لا يؤثر على صحة مشاركة التحكيم، إذ يعتبر تاريخها هو تاريخ قبول آخر محكم مهمة التحكيم، أو تاريخ بدء إجراءات التحكيم. وإذا حصل خطأ في التاريخ يمكن تصحيح هذا الخطأ استناداً إلى أوراق أخرى.

## الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون في العقود عموماً وهي: الأهلية والرضا والمحل والسبب. غير أن تطبيق هذه الشروط الموضوعية يختلف في بعض جوانبه عن تطبيقها في باقي العقود نظراً لخصوصية اتفاق التحكيم وطابعه الإجرائي، المتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع دون قضاء الدولة؛ في حين أن باقي العقود تقوم بالأساس على تحديد الحقوق والالتزامات الموضوعية للأطراف. وسنتناول دراسة هذه الشروط على التوالي مع إبراز خصوصية كل منها في مجال التحكيم، ثم نتناول الجزاء المترتب على مخالفتها.



## أولا: أهلية إبرام اتفاق التحكيم

تنص المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها".

استناداً لهذا النص، فإن كل شخص طبيعي أو معنوي سواء كان من أشخاص القانون العام أو الخاص، يملك أهلية التصرف في حقوقه المالية أصلاً أو بإذن المحكمة أو بنص القانون، يكون لديه الأهلية لإبرام اتفاق تحكيم. وعليه نتناول دراسة كل من أهلية الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين لإبرام اتفاق تحكيم، ونضيف إليهما موضوع النيابة في إبرام اتفاق التحكيم.

## 1) أهلية الأشخاص الطبيعيين

يعتبر اتفاق التحكيم من أعمال التصرف التي تقوم على مباشرة الحقوق والتصرف بها، وليس من أعمال الإدارة التي تقوم على إدارة المال والمحافظة عليه. كما أنه من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر. غير أن الدكتور حمزة حداد يعترض على اعتبار اتفاق التحكيم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ويقول أنه: "يترتب عليه أنه إذا كان أحد أطرافه صغيراً مميّزاً، فإن الاتفاق يكون قابلاً للإبطال (أو موقوفاً) لمصلحة هذا الصغير. إلا أننا لسنا مع هذا الرأي، ذلك أن المتفحص في اتفاق التحكيم، يجد أن موضوعه والهدف منه، تسوية نزاع معين يتعلق بعمل من تلك الأعمال، أي أعمال الإدارة أو التصرف، بعيداً عن القضاء الرسمي، واللجوء في تسويته لشخص خاص يتفق عليه كما تقدم. فهو إذن ليس من أعمال الإدارة، ما دام أنه لا يتعلق بإدارة مال من الأموال عن طريق الاستثمار أو غير ذلك. كما أنه ليس من أعمال التصرف، لأن موضوعه أو محله ليس التصرف بمال معين. فهو إذن ذو طبيعة خاصة، ويصعب إدراجه تحت أي نوع من الأعمال القانونية كما ذكر<sup>(165)</sup>. بناءً عليه، يرى الدكتور حداد أنه يجب ترك ناقص الأهلية بعيداً عن التحكيم في كافة المنازعات المالية سواء كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو دائراً بين النفع والضرر<sup>(166)</sup>، وضرورة الأخذ بالأهلية الكاملة لإبرام اتفاق التحكيم، وبالتالي استبعاد إبرام اتفاق التحكيم كلياً بالنسبة لناقص الأهلية سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق وليه أو وصيه ما لم يوجد نص خاص يقضي بذلك<sup>(167)</sup>.

(165) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 35، ص 50 و 51.

(166) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 71، ص 76.

(167) المرجع نفسه، البند 76، ص 78 و 79.

ونحن وإن كنا نتفق مع الدكتور حداد في خصوصية اتفاق التحكيم كونه اتفاق إجرائي يتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع دون قضاء الدولة، وليس اتفاقا موضوعيا يقوم على تحديد حقوق والتزامات الأطراف، إلا أن اتفاق التحكيم يبقى مع ذلك عقد، أي تصرف قانوني، من حيث انعقاده وترتيب آثاره؛ وهو يدخل حتما ضمن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، على أساس أنه يرتب التزامات متقابلة على عاتق أطرافه<sup>(168)</sup>، ولا يمكن تكييف هذه الإلتزامات بحد ذاتها على أنها تدخل ضمن الأعمال النافعة نفعاً محضاً أو الضارة ضرراً محضاً، إنما يتوقف ذلك على نتيجة قرار المحكم النهائي الفاصل في موضوع النزاع.

ومهما يكن من أمر، فإن الواقع القضائي في معظم الدول يسير باتجاه إجازة إبرام اتفاق التحكيم من ناقص الأهلية ويكون تصرفه موقوفاً أو قابلاً للإبطال - حسب النظام القانوني المتبع - على اعتبار أن إبرام اتفاق التحكيم هو من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، يمكن إجازته من وليه أو وصيه أو إجازته هو بعد بلوغه سن الرشد<sup>(169)</sup>. أما فيما يتعلق بسلطة الولي أو الوصي في إبرام اتفاق تحكيم عن القاصر، فندرسها لاحقاً عند دراسة موضوع النيابة في إبرام اتفاق التحكيم.

فما دام اتفاق التحكيم من أعمال التصرف، فإنه يتطلب لإنعقاده أن يكون الشخص أهلاً للتصرفات القانونية، أي متمتعاً بأهلية الأداء والتي تتطلب بلوغ سن الرشد وعدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية وغير محجور عليه، ولا تكفي أهلية الوجوب التي تثبت للشخص بمجرد ولادته حياً، ولا أهلية التقاضي. بناءً عليه، فإن الشخص الذي بلغ سن الرشد، ويملك أهلية التصرف في حقوقه المالية أصلاً أو بإذن المحكمة أو بنص القانون، يكون أهلاً لإبرام اتفاق تحكيم، أما إذا كانت أهليته منعدمة فيكون اتفاق التحكيم باطلاً، وإذا كانت ناقصة كان الاتفاق موقوفاً أو قابلاً للإبطال حسب النظام القانوني المتبع.

وبالنسبة لتحديد أهلية الشخص الطبيعي، فيصار إلى تطبيق القانون الشخصي<sup>(170)</sup>، بحيث يطبق إما قانون الجنسية أو الموطن حسب النظام القانوني المتبع، والدول العربية عموماً تأخذ

(168) وقد أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية في أكثر من قرار: "الاتفاق على التحكيم من أعمال التصرف باعتبار أنها تتطوي على إلتزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين"، نقض مصري، الطعن رقم 275 لسنة 36 ق، جلسة 1971/2/16، مجموعة الأحكام س 22. ونقض مصري، 1981/3/26، مجموعة الأحكام، س 32، ص 53؛ وأن "التحكيم هو اتفاق يشتمل على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين"، نقض مصري، الطعن رقم 73 لسنة 17 ق - 1948/11/18، المكتب الفني 5 ع.

(169) نقض مدني مصري، طعن 275، بتاريخ 1971/2/16، قضائية 36، ص 183.

(170) وقد أخذت بهذا الإتجاه، الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي، بنصها في المادة (6/2) على أنه: "حينما تفصل محاكم الدولة المتعاقدة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم، فإنها تفصل فيما يتعلق بأهلية الأطراف طبقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم...".

بقانون الجنسية في مسألة الأهلية. ويرى البعض أنه يمكن تطبيق القواعد الخاصة باستبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحسن النية بشأن الأهلية، كما جرى في قضية ليزاردي<sup>(171)</sup>.  
والعبرة في تحديد أهلية الشخص الطبيعي بوقت إبرام اتفاق التحكيم<sup>(172)</sup>؛ فلا يؤثر فقدانه الأهلية بعد ذلك على صحة اتفاق التحكيم.

## (2) أهلية الأشخاص المعنويين

يجب التفريق بشأن أهلية الأشخاص المعنويين لإبرام اتفاق تحكيم ما بين الأشخاص المعنوية الخاصة والأشخاص المعنوية العامة، ونتناول كل منهما على انفصال.

### (أ) الأشخاص الاعتبارية الخاصة

لتحديد أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة، كالشركات والمؤسسات والجمعيات، على إبرام اتفاق تحكيم، يتعين الرجوع إلى السند القانوني المنشئ لتلك الأشخاص المعنوية وإلى نظامها القانوني. والقاعدة المستقرة في إطار تنازع القوانين في معظم الدول بما فيها الدول العربية هو إخضاع النظام القانوني للأشخاص المعنوية للقانون الذي يوجد فيه مركز إدارتها الرئيس الفعلي. فإن كان هذا المركز واقعا بالخارج، فيطبق قانون الدولة التي يوجد بها، إلا إذا كان هذا الشخص المعنوي يباشر نشاطا رئيسيا في فلسطين، فيختص القانون الفلسطيني بتحديد أهليتها وصلاحياتها لإبرام اتفاق تحكيم.

فإذا كان السند المنشئ للشخص المعنوي يجيز له التحكيم، وكان النظام القانوني لهذا الشخص خاضعا لقانون بلد معين يجيز له التحكيم، كما هو الحال في القانون الفلسطيني، فيمكنه إبرام اتفاق تحكيم ما دام يملك حرية التصرف في حقوقه، ويقوم الشخص المعنوي بإبرام اتفاق التحكيم من قبل مديره أو ممثله القانوني<sup>(173)</sup>. بناء عليه، فإن الشركات المدنية والتجارية والمؤسسات والجمعيات تستطيع من حيث المبدأ بموجب القانون الفلسطيني إبرام اتفاق تحكيم ما دامت تملك أهلية التصرف بحقوقها.

### (ب) أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة

تسعى جميع الدول حاليا دون استثناء إلى محاولة جذب الاستثمارات الأجنبية للاستثمار على أراضيها، من أجل تحقيق خططها التنموية الاقتصادية والاجتماعية والبنى التحتية، وتقدم في

(171) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 107، ص 352 و353.

(172) تمييز دبي، طعن 364، 1998/1/29، عدد 10، ص 885؛ نقض مدني مصري، طعن 1180، بتاريخ 1983/3/24، سنة 34، المكتب الفني.

(173) انظر في هذا المعنى، قرار تحكيم رقم 13 لسنة 2001، غرفة تجارة وصناعة دبي، مركز التوفيق والتحكيم التجاري، مجلة التحكيم العربي، العدد السابع يوليو 2004، ص 178: يملك من له الحق في إدارة الشركة أهلية إبرام اتفاقيات التحكيم فيما أجاز له التصرف فيه.

سبيل ذلك الكثير من الحوافز للمستثمرين؛ وتبعاً لذلك، فإن الدول تقوم بإبرام العديد من العقود والاتفاقات مع مستثمرين أجنبياً لبناء مشاريع متعددة في شتى المجالات: عقود إنشاءات لبناء الطرق والجسور والأنفاق والمطارات والمدن الصناعية والسياحية وبناء الفنادق والمستشفيات، وبناء المصانع ومحطات الطاقة وتحلية المياه والأقمار الصناعية، ومصافي البترول، والتقيب عن النفط وغيرها.

كما أن النشاط الإقتصادي في أي دولة لم يعد حالياً مقصوراً على القطاع الخاص، من أشخاص طبيعيين ومعنويين، إنما أصبح القطاع العام يشارك القطاع الخاص في ممارسة النشاط الإقتصادي والتجاري.

بناءً عليه، فإن الأشخاص المعنوية العامة بما في ذلك الدولة، تجد نفسها مضطرة لقبول خضوعها للتحكيم؛ لأن المستثمر الأجنبي لا يثق ولا يقبل أصلاً الخضوع لقضاء الدولة التي يستثمر فيها، إنما يفضل سلوك طريق التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن استثماره. كما أن ممارسة النشاط التجاري والصناعي تقتضي حتماً سلوك طريق التحكيم، حتى لو كان الشخص الذي يمارسه من أشخاص القانون العام (الشركات والمؤسسات العامة)؛ لأن التجارة تعتمد على السرعة في إبرام العقود والصفقات وتنفيذها مما يقتضي سلوك طريق التحكيم وليس القضاء.

ومراعاة للاعتبارات السابقة، أجاز قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (2) للأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات تحكيم ما دامت تملك حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها، ودون تفريق فيما إذا كان التحكيم دولياً أم داخلياً، وذلك على عكس بعض الدول مثل فرنسا التي تجيز للأشخاص المعنوية العامة إبرام اتفاقات تحكيم فقط في إطار التحكيم الدولي، ولكنها ترفضه في إطار التحكيم الداخلي، وموقف مجلس الدولة الفرنسي ثابت بهذا الشأن<sup>(174)</sup>.

ومهما يكن من أمر، فإن الممثل القانوني للشخص المعنوي العام (الدولة والهيئات المحلية والشركات والمؤسسات العامة) المخول بالتعبير عن إرادته هو من يملك سلطة إبرام اتفاق التحكيم، وهو على سبيل المثال الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للوزارات<sup>(175)</sup>. وبالنسبة لفلسطين هو رئيس الدائرة الحكومية وفقاً لتعريفه الوارد في قانون الخدمة المدنية رقم (4) لسنة 1998 وتعديلاته.

(174) Y. Gaudmet, Arbitrage et droit public, Dr. et patr. 2002, p. 83 et s.

(175) أخذت بهذا الاتجاه المادة (1) من قانون التحكيم المصري، والمادة (2/1) من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961: "للأشخاص الاعتبارية، والتي تعتبر وفقاً للقانون المطبق عليها، من أشخاص القانون العام، رخصة إبرام اتفاقات تحكيم صحيحة"، والمادة (25) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي أخذت بأهلية الدول لإبرام اتفاقات تحكيم.

ويلاحظ أن الشخص المعنوي العام قد يكون أهلاً للتصرف بحقوق معينة، ولكنه لا يملك حرية التصرف بحقوق أخرى؛ فالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة كالطرق والحدائق العامة والجسور لا يملك حرية التصرف فيها وبالتالي لا يملك إبرام اتفاقات تحكيم بشأنها؛ أما أموال الدولة الخاصة، والعقود التي يبرمها الأشخاص المعنويون العامون في إطار القانون الخاص، فيمكن إبرام اتفاقات تحكيم بشأنها، كعقود البيع والإيجار والمقاولة والتوريد وغيرها، وقد سارت بهذا الاتجاه محكمة التمييز الأردنية بقولها: "وحيث أن شرط التحكيم الوارد في المادة 31 من عقد الإيجار المؤرخ في... يسري على سلطة المياه باعتبارها دائرة من دوائر الدولة ومؤسساتها"<sup>(176)</sup>.

وبمجرد إبرام الدولة والأشخاص المعنوية العامة الأخرى اتفاقات تحكيم، فإنها تلزم باحترامها ووضعها مع التنفيذ، ولا يجوز لها بعد ذلك أن تتصل من هذه الاتفاقات بإرداتها المنفردة. وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف القاهرة بقولها: "من المستقر عليه في فقه قضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز اتصال الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم - الذي أدرجته في عقودها - استناداً إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية كما أن فتح الباب أمام الأشخاص العامة للتحلل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع طرف أجنبي من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها ... ومن ثم تكون دعوى بطلان حكم التحكيم المطعون فيه على غير أساس"<sup>(177)</sup>.

### ج) النيابة في إبرام اتفاق التحكيم

إذا كان الأصل أن الشخص كامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في حقوقه، يستطيع إبرام اتفاق تحكيم باسمه ولحسابه لتسوية المنازعات المتعلقة بتلك الحقوق. ولكن هل تجوز النيابة في إبرام اتفاق التحكيم؟ بمعنى آخر، هل يجوز للولي والوصي والقيم على المال والوكيل إبرام اتفاقات تحكيم؟

يمكن القول ابتداءً أنه يجوز لغير الشخص الذي يملك حرية التصرف في حقوقه إبرام اتفاق تحكيم لمصلحة شخص آخر، وذلك بموجب اتفاق من خلال عقد وكالة، أو بموجب القانون كما في الولاية والوصاية والقوامة. ولتحديد سلطة الوكيل والولي والوصي والقيم في إبرام اتفاق التحكيم من عدمه، يتعين الرجوع إلى السند القانوني لتلك النيابة؛ أي الرجوع إلى عقد الوكالة إذا كانت اتفاقية، وإلى القانون المنظم للولاية أو الوصاية أو القوامة إذا كانت النيابة قانونية.

فبالنسبة للولاية والوصاية والقوامة، فالأصل أن تقتصر سلطة الولي والوصي والقيم على إدارة أموال القاصر أو المحجور عليه أو المفقود أو الغائب والمحافظة عليها، دون التصرف بها. ولتحديد نطاق سلطة الولي والوصي والقيم على هذه الأموال، ومدى سلطته في إبرام اتفاق تحكيم بشأنها لحساب القاصر أو المحجور عليه، يتعين الرجوع إلى القانون المنظم للولاية والوصاية والقوامة على

(176) تمييز حقوق أردني، رقم 2008/2114، بتاريخ 2009/5/26. منشورات مركز عدالة.

(177) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى بطلان رقم 64 لسنة 113 ق تحكيم، جلسة 19/7/1997.



المال، وهو في الدول العربية في إطار تنازع القوانين، قانون جنسية الشخص المراد حمايته أي قانون جنسية القاصر أو المحجور عليه، وليس قانون جنسية الولي أو الوصي أو القيم.

وما دامت سلطة الولي والوصي والقيم تقتصر على إدارة المال والمحافظة عليه وليس التصرف به، فإنه لا يجوز لهؤلاء إبرام اتفاقات تحكيم لحساب القاصر أو المحجور عليه إلا بإذن المحكمة؛ والغاية من اشتراط إذن المحكمة هو رعاية مصلحة القاصر أو المحجور عليه والمحافظة على أمواله من التبذير والمخاطرة بها من خلال أعمال التصرف. وما دام اتفاق التحكيم من أعمال التصرف، ويشتمل على إلتزامات متبادلة بالنزول عند حكم المحكمين، والتنازل عن بعض الضمانات القانونية، فإنه لا يجوز أن يستقل الولي أو الوصي أو القيم بتقرير ما يروق له بشأن أموال القاصر أو المحجور عليه، ومن هنا تأتي أهمية لزوم إذن المحكمة ابتداء لإمكانية قيام هؤلاء بإبرام اتفاق تحكيم لحساب القاصر أو المحجور عليه. وبهذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الاتفاق على التحكيم من أعمال التصرف باعتبار أنها تتطوي على إلتزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين، فلا يجوز للوصي أن يبرم اتفاق تحكيم إلا بإذن المحكمة وذلك رعاية لحقوق ناقص الأهلية والمحافظة على أموالهم"<sup>(178)</sup>. وقضت ذات المحكمة في قرار آخر لها أن: "التحكيم هو اتفاق يشتمل على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين، وبطلان المشارطات لعدم الأهلية بطلان نسبي يعود التمسك به لعديم الأهلية ولا يجوز لذي الأهلية التمسك به"<sup>(179)</sup>.

ومراعاة للاعتبارات السابقة جميعاً، قضت محكمة استئناف القدس في حكمها الصادر بتاريخ 2010/3/29 أن: "الشخص الذي لم يكن يملك حق تمثيل القاصر وقام بالتوقيع على صك التحكيم بصفته الشخصية ولم يرد في أوراق اتفاق التحكيم ما يشير إلى أنه كان ممثلاً عن الورثة الوارد ذكرهم في حجة حصر الإرث، وأنه يجب على هيئة التحكيم أن تطلب من المستأنف عليه تقديم بيانات ومستندات خطية شاملة تثبت أنه كان ممثلاً عن الورثة في صك التحكيم، وكذلك سند الوصاية عن القاصر والتوكيل الخاص عن الوصي لهذا القاصر بالإضافة إلى الإذن من المحكمة الكنسية المختصة بإجراء التحكيم، وأن ما توصل إليه قاضي الموضوع من حيث أن قرار التحكيم قد صدر بناء على إجراء باطل ومخالف لقانون التحكيم الفلسطيني النافذ وخاصة المادة 23 من قانون التحكيم... يجوز وفق المادة 43 من قانون التحكيم الطعن ببطلان قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة لسبب يتصل مباشرة بأحد الأطراف الذي وقع على صك التحكيم بصورة غير قانونية. وحيث أن إجراءات التحكيم بتمثيل المستأنف عليه للورثة دون وكالات رسمية معتمدة من قبل الجهات الرسمية وبالذات القاصر جيسيكا وعدم الحصول على إذن من الجهات الرسمية لهذا القاصر بإجراء التحكيم

(178) نقض مصري، الطعن رقم 275 لسنة 36 ق، جلسة 1971/2/16، مجموعة الأحكام س 22. ونقض مصري، 1981/3/26، مجموعة الأحكام، س 32، ص 53.

(179) نقض مصري، الطعن رقم 73 لسنة 17 ق - 1948/11/18، المكتب الفني 5 ع.

وبتمثيل قانوني سليم وحيث أن قرار التحكيم كان مخالفا للمادة 43/1 فإن جميع أسباب الاستئناف تصبح غير واردة<sup>(180)</sup>.

أما بالنسبة للوكالة، فإن طابعها الاتفاقي يعطي الشخص الذي يملك أهلية التصرف في حقوقه سلطة توكيل شخص آخر نيابة عنه ليقوم بإبرام اتفاق التحكيم لحسابه؛ إذ يجوز كقاعدة عامة التوكيل في إبرام اتفاق التحكيم؛ فما يصح إجراؤه أصالة يجوز إجراؤه وكالة. ويختص القانون الواجب التطبيق على عقد الوكالة بتحديد سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم.

والأصل أن الوكالة خاصة كانت أم عامة تجيز للوكيل سلطة إبرام اتفاق التحكيم<sup>(181)</sup>، سواء كانت وكالة بالخصومة أو بالمال، بشرط أن تشتمل على إشارة صريحة إلى سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم لحساب الموكل، ولا يهم بعد ذلك العبارات المستخدمة للتعبير عن هذه السلطة، إنما يجب أن تكون دالة بوضوح على سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم<sup>(182)</sup>، وأن يعبر الوكيل عن صفته عند توقيعه على اتفاق التحكيم<sup>(183)</sup>. ولا تقتصر سلطة الوكيل المفوض بالتحكيم على إبرام اتفاق التحكيم فحسب، إنما تتسع لتشمل جميع ما يستلزمه التحكيم من من أعمال وإجراءات لوضعه موضوع التنفيذ، مثل الموافقة على تحديد مدة التحكيم دونما حاجة لذكر ذلك صراحة في الوكالة<sup>(184)</sup>.

وعلى نحو أكثر تفصيلا، فإن الوكالة العامة يمكن تقييدها بحصر إبرام اتفاق التحكيم في منازعات معينة دون سواها. والوكالة العامة التي لا تشتمل على تصريح للوكيل بإبرام اتفاق (180) استئناف مدني القدس رقم 2008/407، بتاريخ 2010/3/29، المقتضي.

(181) يخالف هذا الرأي الدكتور أحمد سلامة الذي يرى أنه على الأقل في إطار القانون الداخلي فإنه لا يجوز إلا لحامل الوكالة الخاصة إبرام اتفاق التحكيم على أساس أن الوكالة العامة لا تجيز في إطار القانون الداخلي سوى القيام بأعمال الإدارة دون أعمال التصرف كما هو الحال بشأن اتفاق التحكيم مما يقتضي وجود وكالة خاصة، أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 108، ص 359. ولكنه يرى أنه في إطار المعاملات الدولية، بالنظر إلى معطيات التعامل التجاري وتسييره عبر الحدود، فإن العرف قد استقر على أن الوكالة التجارية العامة تخول الوكيل - على عكس القانون الداخلي - الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ عن بيع أو ترويج سلع أو خدمات أو منتجات محل الوكالة، ما لم يحظر فيها صراحة إبرام اتفاق التحكيم. كما أن معاملات التجارة الدولية تتم بموجب عقود نموذجية معروفة في مجال تجارة سلعة أو خدمة معينة، وتتضمن في العادة على شرط تحكيم، مما لا يحتاج بشأنها إلى وكالة خاصة لاتفاق التحكيم، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 360. وتختلف الدول العربية فيما بينها بشأن نوع الوكالة المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم، وما إذا كانت خاصة أم عامة: فبعضها يفرض وكالة خاصة دائما مثالها، تمييز مدني دبي، طعن 91، 1999/3/6، عدد 10، ص 222؛ وطعن 144 و 177، 2002/5/18، عدد 13، ص 398؛ استئناف القاهرة، 91 تجاري، 2003/12/30، المجلة اللبنانية عدد 31، ص 30؛ تمييز كويت طعن 66 تجاري، 1981/12/23، عدد 6؛ في حين أن البعض الآخر يجيز التوكيل في إبرام اتفاق التحكيم بموجب وكالة عامة ومثالها، تمييز حقوق أردني، 316/96، مجلة نقابة المحامين 1996، ص 1406؛ جاء في هذا الحكم أن: "الوكالة العامة التي تخول الوكيل صراحة بالتحكيم، تخوله إبرام اتفاق التحكيم".

(182) بهذا الإتجاه قضت محكمة استئناف رام الله أن: "الوكالة العامة التي تحمل تفويضا عاما للصلاحيات في الأموال غير المنقولة لفعالها وعملها وقولها وإن قرار التحكيم والحالة هذه جاء متفقا ومنسجما مع أحكام ونصوص القانون"، استئناف مدني القدس رقم 2011/82، الصادر بتاريخ 2011/3/29، المقتضي.

(183) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 92، ص 89.

(184) تمييز حقوق أردني، 964/439، 1965/1/11، مجلة نقابة المحامين 1965، ص 303.

التحكيم، فإنها لا تخوله سلطة إبرامه. ووكالة المحامي المخصصة للدفاع عن موكله في قضية معينة، لا تخوله سلطة إبرام اتفاق تحكيم إلا بموافقة صريحة من الموكل.

في المقابل، ليس كل وكالة خاصة تخول الوكيل سلطة إبرام اتفاق تحكيم، إنما يتوقف الأمر على مضمون الوكالة؛ فالوكالة الخاصة التي تعطي الوكيل سلطة إجراء الترتيبات الضرورية لاستئجار السفينة دون أن تتضمن تصريحاً للوكيل بالاتفاق على التحكيم، لا تجيز للوكيل إبرام اتفاق تحكيم<sup>(185)</sup>.

وإذا ثار خلاف حول سلطة الوكيل وصلاحياته في إبرام اتفاق التحكيم، فيتم تفسير عبارات الوكالة بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وفقاً لظروف الدعوى وملاساتها<sup>(186)</sup>، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة المعاملة وبالعرف الجاري في التعامل. وفي حال الشك حول سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم أو حدود صلاحياته، فيجب تفسير بنود الوكالة تفسيراً ضيقاً، واعتبار أنها تشير إلى انعدام سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم. أما إذا ثار الشك في الوكالة حول حدود سلطة الوكيل بشأن نوع التحكيم وما إذا كان تحكيمياً بالقانون أم بالصلح، فيجب تفسيره على أنه تحكيمياً بالقانون أو بالقضاء على اعتبار أنه الأصل وليس تحكيمياً بالصلح على اعتبار أنه استثناء<sup>(187)</sup>.

وفي جميع الأحوال، إذا تجاوز الوكيل حدود وكالة وأبرم اتفاق تحكيم خارج نطاق صلاحياته، فيكون اتفاق التحكيم موقوفاً على إجازة الأصيل الصريحة أو الضمنية<sup>(188)</sup>. أما إذا كان الوكيل غير مفوض بإبرام اتفاق التحكيم، فيكون اتفاق التحكيم قد أبرم من شخص غير ذي صفة، وهو ما أكدت عليه محكمة استئناف رام الله بقولها: "لا يستطيع الوكيل طلب التحكيم والتوقيع على مشاركة التحكيم إلا إذا وكل بذلك وإلا كان اتفاق التحكيم صادراً من شخص لا يملك الحق بتوقيعه"<sup>(189)</sup>، وقرار التحكيم الصادر دون توكيل يكون عرضة للطعن به بالبطلان على أساس انعدام الصفة في إبرامه<sup>(190)</sup>.

(185) تمييز دبي، طعن 325، 1994/6/25، عدد 5، ص 529.

(186) استئناف القاهرة، طعن رقم 119/22 ق تحكيم تجاري، د 91، جلسة 2002/12/30: "أشترط توكيل خاص لإبرام اتفاق التحكيم (شرطاً كان أو مشاركة)... اختصاص المحكمة بتفسير التوكيل وتحديد نطاقه من واقع عباراته وأوراق الدعوى وظروفها وملاساتها".

(187) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 101، ص 93.

(188) تمييز دبي 91، 1999/3/6، سنة 10، ص 222.

(189) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 2003/21، بتاريخ 2005/6/13، المقتضي.

(190) استئناف مدني غزة رقم 1999/247، بتاريخ 2000/3/29، المقتضي: "يؤدي إلى تفويض حكم المحكم توقيع شخص واحد من الفريق الآخر لأطراف التحكيم دون أن يكون معه تفويض خطي أو صفة قانونية في التوقيع نيابة الشركاء الأمر الذي يعد مخالفة للقانون. واستئناف حقوق رام الله، دعوى رقم 1999/70، بتاريخ 1999/9/11، المقتضي: "إن عدم تخويل الوكيل العام حق إحالة النزاع إلى التحكيم يجعل الدعوى المقدمة لتصديق قرار التحكيم مقدمة من غير ذي صفة مما يتوجب ردها... الخصومة من النظام العام تستطيع المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها". ونقض مصري، الطعن رقم 3868 لسنة 73 ق جلسة 2005/1/11: "بطلان الإجراءات لانعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى يعتبر من النظام العام ويجوز الدفع به في أي وقت".



## ثانياً: التراضي في إبرام اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم عقد ملزم للجانبين، ينعقد بتوافق إيجاب وقبول الطرفين على اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم منازعاتهم دون قضاء الدولة<sup>(191)</sup>. ويجب أن تكون إرادة الأطراف واضحة في التعبير عن رغبتهم بحسم النزاع عن طريق التحكيم، وأن تكون هذه الإرادة خالية من العيوب، الإكراه والغلط والتفجير، وإلا لأمكن إبطالها على أساس نظرية عيوب الرضا في العقود، ولكن إمكانية الإبطال تسقط إذا حضر الطرف الذي كان رضاه معيباً ولم يبد أي اعتراض أو تحفظ<sup>(192)</sup>. أما عيب الغبن، فلا يمكن إعماله بشأن اتفاق التحكيم؛ لأن الغبن يعبر عن عدم التساوي في القيمة أو في الالتزامات المتقابلة للأطراف، وهو إلتزام موضوعي، بالتالي لا يمكن تطبيقه على اتفاق التحكيم باعتباره اتفاق إجرائي يهدف فقط إلى تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع دون قضاء الدولة.

ويختلف التراضي في جميع الأحوال حسب الصورة التي يأتي فيها اتفاق التحكيم؛ فإذا جاء على شكل شرط تحكيم وارد في العقد، فيكفي عندئذ الموافقة على مجمل العقد المتضمن شرط التحكيم دون حاجة إلى إشارة أو توقيع خاص بجانب هذا الشرط. أما إذا جاء شرط التحكيم في مستند منفصل عن العقد الأصلي فإنه يتطلب لصحته توقيع الأطراف عليه. أما إذا جاء على شكل شرط تحكيم بالإحالة فهذا يقتضي التوقيع على العقد الأصلي وأن تكون

(191) وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أن: "التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية بإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الإتفاق امتنع القول بقيام التحكيم": نقض مدني مصري، الطعن رقم 4729 و 4730 لسنة 72 ق، جلسة 22 يونيو 2004. انظر في ذات الإتجاه تمييز حقوق أردني، رقم 316/96، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، سنة 1997، العدد 3، ص 1217. وقد بينت محكمة النقض المصرية أن اتفاق التحكيم مقصور على ما تصرف إليه إرادة الأطراف بقولها: "... فاختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه يبنى مباشرة على اتفاق الطرفين... التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضي العادية فهو مقصور على ما تصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصرافه إلى جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل - دون الجمع بينهما - إتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف": نقض مصري، الطعن رقم 52 لسنة 60 ق، جلسة 1994/2/27، مجموعة الأحكام س 45. وتضيف محكمة استئناف القاهرة بشأن انعدام حكم التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق تحكيم: "من المقرر أن اتفاق التحكيم هو دستورته وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، كما أنه يعد الأساس القانوني المباشر لإخراج محل النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق التحكيم صحيح يفضي إلى انعدام حكم التحكيم لأن المحكم لا ولاية له في إصدار هذا الحكم، ولأن في ذلك افتتات على السلطة القضائية في الدولة وغصبه ولايتها بما يشكله ذلك من اعتداء على النظام العام": استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 118 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/25.

(192) Cass. Com. 30 mars 1949 : S 1949, I, 199.



الإحالة واضحة في اعتبار شرط التحكيم المحال عليه جزءاً من العقد الأصلي. أما التراضي في مشاركة التحكيم، فيتم بقبول مبدأ التحكيم ذاته كموضوع للمشاركة وتوقيع الأطراف على المشاركة<sup>(193)</sup>.

ويعود لهيئة التحكيم كأصل عام سلطة التحقق من قيام التراضي بين الأطراف على اتفاق التحكيم، حيث جاء في أحد قرارات مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أن: "من صلاحيات هيئة التحكيم تكييف طلبات الخصوم التكييف القانوني الصحيح بما يتفق مع حقيقة طلبات الخصوم والمقصود منها دون الاعتداد بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات أو تكييف الخصوم لها"<sup>(194)</sup>.

### ثالثاً: سبب اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كأى عقد، يجب أن يكون له سبب موجود ومشروع. ويتمثل سبب اتفاق التحكيم في اتجاه إرادة الأطراف إلى حسم النزاع بطريق التحكيم دون القضاء العادي، والأصل أن يكون سبب اتفاق التحكيم مشروعاً؛ لأن مشروعية السبب دائماً مفترضة في العقود ما لم يثبت العكس. ولكن يصبح سبب اتفاق التحكيم غير مشروع إذا كان هدف الأطراف من لجوئهم إلى التحكيم هو إخفاء أمر غير مشروع، أو الغش أو التحايل على القانون أو التهرب من تطبيق قواعده الآمرة. وبهذا المعنى، قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه: "يشترط في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا كان باطلاً، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على إحدى حالات الغش نحو القانون، كما لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون الأمر فيما لو طرح النزاع على القضاء أو للإفلات من العلانية وضمائم إعلان الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم، أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات أو التصرف فيها بطريق التواطؤ بغية الاعتداء على ملكية الغير خفية أو ابتزازه أو التحايل على إجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقررة"<sup>(195)</sup>. وقضت في قرار آخر لها ببطلان اتفاق التحكيم لعدم مشروعية سببه بشأن صحة ونفاذ بيع العقارات، بقولها: "من المقرر أن شهر صحيفة دعوى ونفاذ بيع العقارات يتعلق بالنظام العام، إذ قصد منه منع التحايل على ما أوجبه القانون من شهر التصرفات العقارية عن طريق رفع دعوى صحة... بالتالي فإن الاتفاق على التحكيم بشأن صحة ونفاذ بيع العقار يكون باطلاً لعدم

(193) "إذا كانت مشاركة التحكيم موضوع الدعوى - المطلوب الحكم ببطلانها - هي عقد رضائي توافرت عناصره من إيجاب وقبول صحيحين بين طرفيه وكان موضوع النزاع مما يجوز التحكيم فيه وقد وقع المحكمان على المشاركة وأقر المحكم كتابة مهمة التحكيم، فإن المشاركة تكون قد انعقدت صحيحة ويكون الحكم ببطلانها على غير أساس: نقض مصري، الطعن رقم 489 لسنة 37 ق، جلسة 1973/2/24، مجموعة الأحكام س 24.

(194) قرار تحكيم رقم 234 لسنة 2001، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

(195) استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 16 لسنة 119 ق تحكيم، جلسة 2002/2/26.

مشروعية سببه لإنطوائه على إحدى حالات الغش نحو القانون والتحاييل عليه، وذلك عن طريق استبعاد الدعوى المذكورة من اختصاص المحاكم وعرضها على محكم مختار يقضي بصحة ونفاذ العقد دون الإلتزام بما أوجبه المشرع بنصوص أمرة<sup>(196)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية أيضا في عدة قرارات لها، عدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية لعدم مشروعية السبب، وتقول في ذلك: "لا يجوز التحكيم في مسؤولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا عد ذلك باطلا لمخالفته النظام العام، وإذا كانت المسألة التي ينصب عليها التحكيم وبالتالي كانت سببا للإلتزام في السند إنما تتناول الجريمة ذاتها وتستهدف تحديد المسؤول عنها وهي من المسائل المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يهم أن تكون موضوعا للتحكيم وهو ما يستتبع أن يكون الإلتزام المثبت في السند باطلا لعدم مشروعية سببه"<sup>(197)</sup>.

ومشروعية سبب اتفاق التحكيم بهذا المعنى، يختلف عن مشروعية محل اتفاق التحكيم؛ فالأولى تتعلق بالبحث عن نية الأطراف من لجوئهم للتحكيم وما إذا كان سببه مشروعاً أم لا؛ أما الثانية فتتعلق بتحديد موضوع النزاع المتفق على حسمه بطريق التحكيم، وما إذا كان مشروعاً أم لا؛ وبالتالي تحديد مدى قابلية موضوع النزاع للتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، فإنه لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن يكون سببه مشروعاً فحسب، إنما يشترط أيضاً أن يكون سبب الإلتزام المتفق على حسمه بطريق التحكيم داخلاً ضمن نطاق اتفاق التحكيم، أما إذا كان خارجاً عنه، فلا مجال لحسمه بطريق التحكيم لخروجه من حيث سببه عن اتفاق التحكيم. وقد عبرت عن ذلك محكمة التمييز الأردنية بقولها: "إذا كان سبب الكمبيالات المطالب بها في هذه الدعوى ثمن أجهزة أشتريت وسلمت للمدعى عليها بعد المعاينة والتجربة، وأن محل الكمبيالات وتواريخ تحريرها واستحقاقها لا يرتبط بأي حال من الأحوال بأي من الاتفاقيتين المشار إليهما وأن الجهة المدعية لم تقدم أية بينة تثبت علاقة الكمبيالات موضوع هذه الدعوى بالاتفاقيتين اللتين تضمنتا شرط التحكيم، فإن ما انتهت إليه محكمة الاستئناف بعدم اتباع النقض والإصرار على قرارها السابق واقع في غير محله وأسباب التمييز ترد عليه مما يتعين نقضه..."<sup>(198)</sup>.

(196) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 118 و 121 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/25. وفي ذات الإتجاه: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 81 لسنة 121، جلسة 2005/11/29، مجلة التحكيم العربي، العدد 19، أب 2006، ص 281.

(197) نقص مصري، الطعن رقم 625 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/2 مجموعة الأحكام س 31 ص 1989. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة أنه لا يجوز التحكيم في المسائل الجنائية لأنها مسألة متعلقة بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليه، وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً للتحكيم مما لازمه بطلان الإلتزام الذي تضمنه حكم المحكمين لعدم مشروعية سببه: نقص مدني مصري، طعن رقم 795، لسنة 60 ق، بتاريخ 1996/5/26، مجلة الأحكام، س 47، ج 1، ق 162، ص 863.

(198) تمييز حقوق أردني، رقم 3557/2003، بتاريخ 2004/3/18. منشورات مركز عدالة.

## رابعاً: محل اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كأي عقد ، يجب أن يكون له محل يضاف إليه. والمحل في اتفاق التحكيم هو المسألة الواقعية مثار النزاع بين الأطراف ، سواء وقع النزاع بشأنها فعلاً أو من الممكن أن يقع في المستقبل. ففي مشاركة التحكيم ، يجب أن يكون النزاع قد وقع فعلاً بين الأطراف ، ويريد هؤلاء حسمه بطرق التحكيم ، وهذا يقتضي تحديد موضوع النزاع بتفصيل معقول وإلا كانت المشاركة باطلة. أما في شرط التحكيم ، فيجب تحديد المسائل التي يحتمل أن يثور النزاع بشأنها في المستقبل ، ويرغب الأطراف بحسمها بطريق التحكيم. وهذا يسمى في الحالتين ، بتعيين محل اتفاق التحكيم.

كما يشترط في اتفاق التحكيم ، شرط أو مشاركة ، أن يكون النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم يتعلق بمسألة مشروعة ، ويجوز تسويتها بطريق التحكيم وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً؛ لأن التحكيم يعد استثناء على الأصل العام ، وهو اختصاص قضاء الدولة باعتباره صاحب الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات.

وعليه نتناول على التوالي دراسة ماهية محل اتفاق التحكيم ، وتحديد النزاع الخاضع للتحكيم ، ومدى قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم.

### 1) ماهية محل اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم لا يأتي أبداً مجرداً ، إنما يرتبط دائماً بعلاقة قانونية معينة ، عقدية أو غير عقدية ، وتسمى "العلاقة الأصلية". وهذه العلاقة الأصلية تحدد الحقوق والالتزامات الموضوعية للأطراف ، ويأتي اتفاق التحكيم كاتفاق إجرائي يهدف إلى حسم المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة القانونية عن طريق التحكيم دون القضاء العادي ، وبدون هذه العلاقة الأصلية ، يكون اتفاق التحكيم بدون محل بالتالي يكون باطلاً؛ لأنه لا يتصور ولا فائدة من وجود اتفاق تحكيم في ظل عدم وجود نزاع موضوعي يراد حسمه بطريق التحكيم. فعلى سبيل المثال ، يأتي اتفاق التحكيم لحسم نزاع يتعلق بتنفيذ أو تفسير عقد معين ، أو للتعويض عن فعل ضار أو للتعويض عن الافتقار في الفعل النافع ، وهكذا. أما إذا لم يوجد عقد أصلاً ، أو لم يوجد فعل ضار ليعوض عنه ، فلا جدوى من وجود اتفاق تحكيم في هذه الحالة. وكذلك الحال لو وجد نزاع متفق على حسمه بطريق التحكيم ولكن تمت تسويته؛ فلا مجال لإعمال اتفاق التحكيم في هذه الحالة لعدم وجود نزاع يراد حسمه بطريق التحكيم؛ فيصبح اتفاق التحكيم في هذه الحالة بدون محل ، ما يؤدي إلى بطلانه.

بناءً عليه فإن اتفاق التحكيم يفترض دائماً وجود نزاع بين الأطراف ، ويؤخذ بالمعنى الواسع للنزاع ، فهو يشمل كل مطالبة أو إدعاء متعلق بالمصالح المالية للأطراف سواء وقع النزاع فعلاً

بشأنها أو من المحتمل أن يقع في المستقبل، حتى لو كانت هذه المطالبة أو هذا الإدعاء غير جدي أو لا يوجد له سند قانوني، بل يجوز أن يكون النزاع مجرد نزاع ظاهري.

ولكن يشترط في النزاع أن يكون محددًا بشكل معقول، ولكن لا يعني أن يكون النزاع معروفًا ومحددًا على وجه الدقة عند إبرام اتفاق التحكيم، بل يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن نزاع مستقبلي محدد قد لا يقع أبدًا. في المقابل، فإنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن نزاع حال أو مستقبل ناشئ عن علاقة قانونية مجهولة.

كما يشترط أن يكون النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم قابلاً للتسوية بطريق التحكيم؛ والأصل أن جميع المطالبات والمنازعات المالية التي تدخل في إطار القانون الخاص، يجوز تسويتها بطريق التحكيم ما دام الأطراف يملكون حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها.

## 2) حدود النزاع المعروض على هيئة التحكيم

يعود تحديد نطاق اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف، فهي التي تختص بتحديد المنازعات المراد حسمها بطريق التحكيم. فيجوز للأطراف مثلاً الاتفاق على إخضاع جميع المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهم للتحكيم<sup>(199)</sup>، كما يجوز لهم أيضاً قصر نطاق اتفاق التحكيم على بعض المنازعات الناشئة عن هذا العقد دون غيرها، كحصرها بالمنازعات المتعلقة بتفسيره أو تنفيذه. وتطبيقاً لذلك، قضى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في أحد قراراته أنه: "إذا كان شرط التحكيم في العقد ينص على سريانه على كل المنازعات التي تنشأ عن تفسير العقد أو تنفيذه، فإن المنازعات التي تتعلق بالاحلال بتنفيذ العقد وبالتزامات أحد المتعاقدين تدخل في نطاق شرط التحكيم"<sup>(200)</sup>. أما باقي المنازعات الناشئة عن هذا العقد فتبقى خاضعة لاختصاص القضاء العادي. وتجسيدا لذلك، قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: "الاتفاق على التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن تنفيذ العقد لا يشمل النزاع حول طلب بطلانه أو فسخه والتعويض عن ذلك"<sup>(201)</sup>.

ولكن تحديد نطاق اتفاق التحكيم قد يثير أحيانا بعض الإشكاليات، خصوصا بالنسبة للمنازعات المرتبطة ببعضها بدرجة كافية أو معقولة ويكون أحدها خاضعا للتحكيم؛ فالوفاء يعد جزءا من تنفيذ العقد، وبالتالي توجد رابطة كافية لإخضاعه للتحكيم استنادا لشرط التحكيم الذي يقضي بإخضاع المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد للتحكيم. وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الاتجاه، حيث قضت بأن الاتفاق المعدل للعقد الذي أبرمه الأطراف لتفادي

(199) تمييز حقوق أردني، رقم 3691/2004، بتاريخ 2005/2/7، عدالة. وقد جاء في هذه الحكم أنه: "يعتبر صحيحا اتفاق الفريقان على أن جميع الخلافات التي تنشأ فيما بينهما بخصوص هذه الاتفاقية تحل عن طريق التحكيم".

(200) الدعوى التحكيمية رقم 96 لسنة 1997 - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول مايو 1999، ص 151.

(201) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، طعن رقم 2240/111 ق، جلسة 1995/2/22.

بعض الصعوبات المتعلقة بتنفيذ هذا العقد، يدخل ضمن نطاق شرط التحكيم<sup>(202)</sup>. في المقابل، قضت ذات المحكمة في قضية أخرى بعدم وجود علاقة مباشرة وكافية بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية والعقد المدرج به شرط التحكيم<sup>(203)</sup>. وكذلك المفاوضات العقدية اللاحقة التي يجريها الأطراف، لا تدخل ضمن نطاق شرط التحكيم المدرج في العقد؛ لأن المفاوضات لم تكن تشكل مع العقد الخاضع للتحكيم جزءاً من عقد منفرد<sup>(204)</sup>.

وإذا حصل خلاف حول نطاق شرط التحكيم، فإن المحكم هو المختص بالفصل في ذلك وليس القاضي استناداً لقاعدة "الاختصاص بالاختصاص"، التي رسختها المادة (16/1) من قانون التحكيم الفلسطيني. ويخضع المحكم في تحديد نطاق اتفاق التحكيم لرقابة القضاء من خلال الطعن ببطالان قرار التحكيم، إذا كان المحكم قد اعتبر نفسه مختصاً استناداً لاتفاق التحكيم، وكان هذا الاتفاق لا يشمل النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم<sup>(205)</sup>. ولا يختلط اختصاص هيئة التحكيم في تحديد نطاق اتفاق التحكيم، مع اختصاص القاضي في التحقق من صحة اتفاق التحكيم الوارد في المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني، والتي تتناول الحالة التي يشرع فيها أحد الأطراف باتخاذ أي إجراء أمام القضاء بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته للتحكيم، ويدفع فيها الطرف الآخر قبل الدخول بالأساس بوجود اتفاق التحكيم ويطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء، ما يلزم المحكمة بأن تأمر بوقف ذلك الإجراء إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم.

أما في فرنسا، فإنه لا يخرج عن قاعدة الاختصاص بالاختصاص، إلا الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم لم تشكل بعد، وكان شرط التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق<sup>(206)</sup>.

### 3) قابلية النزاع للتحكيم

تنص المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة (4) من هذا القانون تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين

(202) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1996, Defrénois 1996, p. 1075, obs. Benabent ; Defrénois 1997, p. 325, obs. Delebecque.

(203) Cass. com. 14 janv. 2004, Rev. arb. 2004, p. 591, note Ancel.

(204) CA Versailles, 31 mars 2005, JCP E 2005, p. 1986, obs. Béguin.

(205) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2005, Bull. Civ. II, n° 194.

ويبرر ذلك أن "التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وسلباً لاختصاص جهات القضاء وتقتصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذي تتصرف إليه إرادة المحكمتين، فإذا فصلت في مسألة لا يشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه فإن قضائهما بشأنه يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً عن جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله في اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة في نظره": نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق - جلسة 2002/11/26. مجموعة القوانين والمبادئ القانونية الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة 2005، ص 392.

(206) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 mai 1997, Bull. civ. II, n° 141 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 2004, Bull. civ. II, n° 4.

يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها".

وتنص المادة (4) من ذات القانون على أنه: "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية:

1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين.

2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً.

3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية".

وجاءت المادة (2) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (39) لسنة 2004 بتفصيل للمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، وذلك بنصها على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالنظام العام والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً كالعقوبات والمنازعات المتعلقة بالجنسية، وكل ما هو متعلق بالأحوال الشخصية كالطلاق والنسب والإرث والنفقة، على أنه يجوز أن يكون موضوعاً للتحكيم تقديراً لنفقة واجبة أو تقديراً لمهر أو أية دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية".

وبقراءة هذه النصوص مجتمعة، يتضح أن الأصل وفق المادة (2) من قانون التحكيم هو جواز التحكيم في جميع المنازعات والمطالبات المالية التي تدخل ضمن إطار القانون الخاص إذا كانت قابلة للصلح، والاستثناء هو منع التحكيم وفقاً لنص المادة (4) في بعض المسائل التي لا تقبل التسوية بطريق التحكيم، وتسمى "بالمنازعات غير القابلة للتحكيم".

بناءً عليه، سنعرض للمسائل التي يجوز فيها التحكيم باقتضاب، ثم نتناول بتوسع المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم نظراً لأهميتها، ونتناول أخيراً بعض المسائل التي تثير بعض الإشكاليات المتعلقة بالقابلية للتحكيم.

#### أ) المسائل التي يجوز فيها التحكيم

الأصل في قانون التحكيم الفلسطيني هو جواز التحكيم في جميع المسائل المالية التي تدخل ضمن إطار القانون الخاص، بشرط أن تكون قابلة للصلح قانوناً ولا تخالف النظام العام والآداب العامة. ويمكن القول بأنها تشمل بصورة عامة جميع الحقوق والمطالبات المالية.

وقد أورد القضاء العديد من الأمثلة على المنازعات القابلة للتحكيم، ومنها المنازعات الناشئة عن العقود الدولية، حيث قضى القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد بصحة شرط التحكيم الوارد في العقود الدولية<sup>(207)</sup>، وكذلك الأمر بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالشركات التجارية، حيث

(207) Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 janv. 2003, Bull. civ. I, n° 21.

يمكن إدراج شرط تحكيم في نظام الشركات التجارية جميعا بصرف النظر عن طبيعة الشركة وأهدافها، لحل المنازعات الناشئة بين الشركاء عن طريق التحكيم. كما أن جميع الأعمال التجارية بطبيعتها يمكن أن تكون محلا لاتفاق تحكيم، حتى لو كان أحد الأطراف ليس تاجرا، ولا يتصرف لأغراض مهنية<sup>(208)</sup>. وقضى أيضا بصحة اتفاق التحكيم المبرم بمناسبة ممارسة نشاط مهني<sup>(209)</sup>، مع تفسير النشاط المهني تفسيرا واسعا، فهو يشمل أي نشاط سواء كان نشاطا تجاريا أو صناعيا أو زراعيا أو حرفيا أو حرا، وبالتالي فإن المقصود بالنشاط المهني لغايات التحكيم، لا يقتصر على النشاط التجاري، إنما يشمل أي نشاط مهني (فالطبيب الذي يشتري معدات وتجهيزات لعيادته، يمارس نشاطا مهنيا، ما يجيز له إبرام اتفاق تحكيم بمناسبة ممارسة هذا النشاط، وكذلك كل من يقوم بعمل حر، كالوسطاء والمهنيين المتخصصين في بيع العقارات مثلا). ويتم تقدير النشاط المهني لغايات التحكيم في القضاء الفرنسي بيوم إبرام العقد، بالتالي إذا توقف النشاط المهني، ومع ذلك استمر العقد (كعقد إيجار إبرم في إطار ممارسة النشاط المهني، ثم توقف المستأجر عن ممارسة النشاط المهني ولكنه بقي مستمرا في إشغال المأجور لغايات خاصة) فإن اتفاق التحكيم يبقى مع ذلك صحيحا منتجا لآثاره، ويطبق لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الإيجار حتى بعد التوقف عن ممارسة النشاط المهني. وعلى العكس من ذلك، إذا أبرم العقد لغايات خاصة وبعد ذلك أصبح متعلقا بنشاط مهني (كاستئجار بيت للسكن، ثم أصبح يستخدم لممارسة نشاط مهني أو أعمال حرة) فإن اتفاق التحكيم لا يطبق في هذه الحالة، لأنه لم يكن له علاقة بهذا النشاط المهني الذي ظهر بعد إبرامه.

ففي جميع الحالات السابقة التي أوردها القضاء الفرنسي، يجيز قانون التحكيم الفلسطيني فيها التحكيم، بل أكثر من ذلك، فإن قانون التحكيم الفلسطيني هو أوسع من حيث إجازته للتحكيم من القانون الفرنسي ذاته، لأن الأصل في القانون الفلسطيني وفق المادة (2) هو إجازة التحكيم والاستثناء هو منع التحكيم، في حين أن الأصل في القانون الفرنسي هو عدم جواز التحكيم والاستثناء هو إجازة التحكيم، وهذا يترك مجالا لتصور مدى اتساع المجالات التي يجوز فيها التحكيم في القانون الفلسطيني. فجميع الحقوق والمطالبات المالية التي تدخل في إطار القانون الخاص يجوز فيها التحكيم في فلسطين ما دام الأطراف يملكون حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها، سواء كانت منازعات عقدية أو غير عقدية، وبصرف النظر عن الأشخاص الذين يقومون بإبرام اتفاق التحكيم، سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين من القانون الخاص أو العام.

(208) Cass. com., 2 juill. 2002, Rev. Arb. 2002, p. 927 ; Cass. Civ. 7 janv. 1999, n° 96-14004.

(209) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, D 2006, p. 2777, note Le Bars et Callé ; Rev. Arb. 2005, p. 1011, obs. Bureau ; JCP E 2006, II, 1196, note Groze.



## ب) المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم

ليست جميع المنازعات قابلة للتحكيم<sup>(210)</sup>، فهناك منازعات لا يجوز تسويتها مطلقا بطريق التحكيم، سواء تم ذلك بموجب شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، وسواء كان تحكيما بالقانون أو تحكيما بالصلح. وهذه المنازعات لا تقبل التحكيم لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، بالتالي فهي تبقى خاضعة حصرا لاختصاص القضاء العادي، وأي اتفاق على التحكيم بشأنها يعتبر باطلا. وهذا يقتضي عمليا من الأطراف قبل الاتفاق على التحكيم التساؤل عن مدى جواز التحكيم في المسألة التي يرغبون بحسمها عن طريق التحكيم.

وفي تحديدها للمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، قرنت المادة (4) من قانون التحكيم والمادة (2) من اللائحة التنفيذية بين المسائل التي لا يجوز فيها الصلح والمسائل التي تتعلق بالنظام العام؛ مع أن المسائل التي لا يجوز فيها الصلح هي ذاتها مسائل متعلقة بالنظام العام؛ لأنها مسائل لا يملك الأطراف حرية التصرف فيها، بالتالي يمنع إبرام اتفاق تحكيم بشأنها. كما أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يحدد المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، أي التي لا يجوز فيها التحكيم، وترك ذلك للقواعد العامة. ويمكن حصر المسائل التي لا يجوز فيها الصلح في ثلاثة أنواع من الحقوق هي: الحقوق غير المالية، والحقوق المالية التي لا تقبل الصلح، والمسائل المتعلقة بالنظام العام. ويمكن إضافة حالة أخرى في مجال التحكيم، وهي الحالة التي يعطي فيها القانون اختصاصا حصريا للمحاكم العادية بنظر بعض أنواع المنازعات. وعليه نتناول دراسة هذه الحالات الأربعة على التوالي.

### 1) الحقوق غير المالية

جميع الحقوق غير المالية لا تقبل التحكيم، لأن التحكيم مقصور نطاق تطبيقه على الحقوق المالية أي الحقوق التي تقوم بالمال. ويستدل على طبيعة الحق بأنه مالي أو غير مالي، من طبيعة هذا الحق ونصوص القانون.

والحقوق غير المالية كثيرة جدا، وتشمل مسائل الأحوال الشخصية، وهي مسائل لا يجوز فيها التحكيم؛ لأنها من جهة مسائل غير مالية؛ ولأنها من جهة أخرى تتعلق بالنظام العام كونها ترتبط بتنظيم المجتمع. فجميع المنازعات المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج والطلاق وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والعلاقة بين الأصول والفروع والنسب والتبني والولاية والوصاية وقواعد الحجر وحماية القاصرين والموارث والوصايا وتصرفات المريض مرض الموت وغيرها من المسائل المشابهة، كلها مسائل تدخل ضمن نطاق الأحوال الشخصية، كونها تتصل بوضع

(210) B. Hanoiau, L'arbitrabilité et la favor arbitration : un réexamen, Clunet 1994, p. 899 et s. P. Level, L'arbitrabilité, Rev. Arb. 1992, p. 213.

الفرد من أسرته ومركزه القانوني منها، ولا يجوز فيها التحكيم. فلا يجوز التحكيم مثلا في مسألة صحة عقد الزواج أو بطلانه، أو تحديد ما إذا كان الشخص وارث أو غير وارث. ولكن يجوز في المقابل، الصلح على الحقوق المالية المترتبة على الأحوال الشخصية، كالتعويض الذي تطلبه الزوجة نتيجة إعتداء زوجها عليها، أو المطالبة بالتعويض على أساس الفسخ التعسفي للخطبة أو على أساس الطلاق التعسفي، أو المنازعات الخاصة بالنفقة بين الزوجين أو الأقارب، ومنازعات حصر وتوزيع التركة، فهي جميعا مسائل يجوز فيها التحكيم كونها مسائل مالية قابلة للصلح عليها قانونا.

وتشمل الحقوق غير المالية حقوقا أخرى غير الأحوال الشخصية، وهي مجموعة الحقوق للصيقة بالإنسان والمرتبطة به، كالحرية الشخصية وجسد الإنسان، وهي حقوق تخرج عن إطار التعامل وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم. وكذلك مسائل الحالة والأهلية والاسم واللقب والحقوق السياسية والعامّة، وكذلك المواطنة والجنسية وصلة القربى والأحكام المتعلقة بالميلاد والوفاة والحقوق غير المالية الخاصة بالشهادات المدرسية والجامعية ورخص السيارات والسفن والطائرات والإجازات والترخيص الممنوحة لممارسة مهن معينة كالطب والصيدلة والهندسة والمحاماة وغيرها، فهي جميعا مسائل لا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم.

## (2) الحقوق المالية غير القابلة للصلح

قد يكون الحق ماليا، ولكن لا يجوز فيه الصلح قانونا أي لا يقبل المساومة عليه ولا التنازل عنه، وبالتالي لا يجوز فيه التحكيم. فالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة، غير قابلة للصلح قانونا، ولا يجوز الحجز عليها ولا تملكها بمرور الزمان، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم. وكذلك الحال بالنسبة للضرائب والرسوم المقررة قانونا، وحصص الورثة المحددة بالقانون، لا يجوز تعديلها بالزيادة أو النقصان أو الإتفاق على مخالفتها، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم.

كما لا يجوز التحكيم في العديد من المسائل المالية غير القابلة للصلح قانونا، كحق الامتياز العام الممنوح للدائنين على جميع أموال المدين، أو التمسك بدعوى الصورية أو دعوى عدم نفاذ التصرف، أو إجراء الحجز التحفظي أو التنفيذ على أموال المدين، أو الحجز أو التنفيذ على مال لا يجوز الحجز عليه، أو التنازل عن التمسك ببطلان العقد، فهذه جميعا مسائل لا يجوز فيها الصلح قانونا وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد المقررة لحماية بعض الفئات من المجتمع، كالامتداد القانوني لعقد الإيجار. وقضت محكمة تمييز البحرين في هذا الصدد أن حقوق العامل المتعلقة بمكافأة نهاية الخدمة والإجازات، تخضع لقواعد أمره، ولا يجوز التصالح بشأنها، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم<sup>(211)</sup>.

(211) الطعن رقم 143 و 158/94، بتاريخ 1994/12/4، مجموعة الأحكام 1994، ص 645.

ويرى الدكتور حمزة حداد بشأن المسائل المالية غير القابلة للصلح أنه: "إذا كان للمشرع مبرر لحظر التحكيم بالصلح في المسائل المالية الخاصة، التي لا يجوز الصلح فيها، فلا مبرر لذلك في التحكيم بالقانون. فالمحكم في التحكيم بالقانون، سيقضي بحكم القانون، وليس وفق قواعد العدل والإنصاف، وإلا كان حكمه معيبا يعرضه للطعن في حدود ما ينص عليه القانون، على الأقل لمخالفته للنظام العام. وبمعنى آخر، حبذا لو أجاز المشرع التحكيم بالقانون في المسائل المالية التي لا يجوز فيها الصلح، وقصر الحظر فقط على التحكيم بالصلح في تلك المسائل"<sup>(212)</sup>. والواقع أننا لا نتفق مع هذا الرأي، لأن اللجوء إلى التحكيم يؤدي في جميع الأحوال، سواء تم الفصل في النزاع بالقانون أو بالصلح، إلى فقدان العديد من الضمانات القضائية، كالحق في التقاضي على درجتين والطعن بالأحكام وغيرها من الضمانات.

### 3) المسائل المتعلقة بالنظام العام

يتطلب اتفاق التحكيم كأي عقد لانعقاده صحيحا أن يكون له محل مشروع، أما إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة فيكون باطلا.

وفكرة النظام العام فكرة مرنة متطورة في الزمان والمكان، وتختلف من دولة إلى أخرى. وعرفت محكمة النقض المصرية النظام العام على أنه يشمل: "القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم، وتعلو فيه على مصالح الأفراد..."<sup>(213)</sup>. وعلى نحو أكثر تفصيلا، قضت محكمة استئناف القاهرة أنه: "... إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام فإن للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وكان المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة في تنظيم وضع بذاته على نحو لا يجوز الخروج عليه، لمقتضيات الصالح العام وترجيحا لها ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة، فإن القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام"<sup>(214)</sup>. ويبدو من هذا القرار أنه حصر المسائل المتعلقة بالنظام بالمسائل التي نظمها المشرع على نحو معين بقواعد أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولكن الواقع أن فكرة النظام هي ضابط عام يشمل جميع الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي، سواء تم النص عليها صراحة أو لم ينص، ويتولى القاضي نفسه مسألة التحقق من مدى مخالفة مسألة معينة للنظام العام استنادا إلى الأسس والمبادئ السائدة في المجتمع، وليس استنادا إلى نظريته الشخصية.

(212) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 219، ص 170.

(213) نقض مصري، حكم 7 يناير 1979، مجلة أحكام النقض، الدائرة المدنية، الأحوال الشخصية، 1979، ص 276. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة أن: "مناط فكرة النظام العام هو التصادم مع الأسس والمصالح العليا للبلاد: نقض مدني مصري، طعن رقم 714 لسنة 47 ق، 26/4/1984.

(214) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 34 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2006/1/29.

ومهما يكن من أمر، فإن المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم لمخالفتها النظام العام، هي مسائل لا يجوز فيها الصلح، ومن أمثلة ذلك مسائل الحالة والأهلية ومسائل الأحوال الشخصية، والمنازعات المتعلقة بالجنسية من حيث كسبها وفقدانها وكيفية استردادها، ومركز الأجانب، وكل ما يمس بحرية التجارة والصناعة، والرسوم والجمارك، وعدم احترام الشكليات التي يفرضها القانون لصحة بعض التصرفات القانونية، كاشتراط تسجيل السيارات والعقارات، وعدم احترام القواعد الناظمة للتسعيرة الجبرية، ومسائل نزع الملكية للمنفعة العامة، والأموال التي لا يجوز التعامل فيها بمقتضى نص القانون كالأثار وديون القمار والحد الأعلى لسعر الفائدة. ولا يجوز التحكيم أيضا في المسائل الجزائية المتعلقة بوقوع الجريمة وقيام أركانها وتحديد مسؤولية الجاني وفرض العقوبة المقررة قانونا بشأنها وغيرها من المسائل، لمخالفة ذلك للنظام العام<sup>(215)</sup>. أما المسائل المالية المترتبة على ارتكاب الجريمة، كاستحقاق المجني عليه أو عائلته التعويض عن الأضرار التي لحقت بهم جراء ارتكاب الجريمة، فهي مسائل يملك هؤلاء حرية التصرف فيها والتنازل عنها والتصالح عليها، بالتالي يجوز فيها التحكيم، ولكن دون أن يؤثر ذلك على إمكانية رفع الدعوى الجنائية ومتابعتها وتحديد المسؤولية الجنائية لمرتكبها وإيقاع العقوبة عليه. كما لا يجوز التحكيم أيضا في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري من حيث صحتها أو بطلانها وكيفية وأحوال وشروط إجرائها. كما لا يجوز التحكيم أيضا في كل ما يخص التنظيم القضائي والهيئات المحلية والمؤسسات العامة التي تقدم خدمات مباشرة للجمهور. وجميع المسائل التي ذكرناها، هي على سبيل المثال وليس الحصر، ولا يجوز فيها التحكيم لتعلقها بالنظام العام.

وإذا تضمن اتفاق التحكيم مسائل تتعلق بالنظام العام وأخرى لا تتعلق به، فيكون هذا الاتفاق باطلا في الشق الأول وصحيحا في الشق الثاني إذا أمكن تجزئة هذه الاتفاق، وإلا كان الاتفاق كله باطلا<sup>(216)</sup>.

وبعد هذا العرض للمسائل المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز فيها التحكيم، يبقى السؤال عن مفهوم النظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم، وهل يتطابق هذا المفهوم للنظام العام مع مفهوم النظام العام بشكل عام؟ وكذلك هل المقصود بالنظام العام هو النظام العام الفلسطيني أم النظام العام الدولي؟

#### ◀ مفهوم النظام العام في مجال التحكيم :

هل المقصود بالنظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم جميع القواعد الآمرة؟

(215) حول عدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية، انظر على سبيل المثال، نقض مدني مصري، طعن 795، بتاريخ 1996/5/26، 60 قضائية، ص 864، وقد جاء فيه: "التحكيم الذي يجري بشأن تحديد المسؤولية الجنائية باطل لمخالفته النظام العام". حول هذا الموضوع، انظر الصفحات أعلاه.

(216) تمييز دبي، طعن 100/98، بتاريخ 1998/11/15.

إذا تم الأخذ بهذا المعنى الواسع للنظام العام، فإن ذلك سيؤدي إلى استبعاد التحكيم في جميع المسائل تقريبا، لأنه لا يوجد في القوانين الحديثة أي قطاع تقريبا لا تحكمه قواعد أمره، فهل يعقل استبعاد التحكيم في جميع المسائل التي تحكمها قواعد أمره؟

إن الإجابة على هذا السؤال هي بالتأكيد لا، ولكن ذلك يقتضي تحديد مفهوم النظام العام بشأن قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم.

يجب الإنطلاق من فكرة أن جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام، لا يمكن القول دائما بأنها مستبعدة من نظام التحكيم، إنما يتحدد ذلك بالنظر إلى المسألة ذاتها المراد حسمها بطريق التحكيم. إذ يجب التمييز بين المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة العامة، والمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم لاعتبارات تتعلق بحماية المصلحة الخاصة لأحد الأطراف. فبالنسبة للمسائل المتعلقة بالمصلحة العامة، فلا يجوز فيها التحكيم لأنها مسائل تتعدى المصلحة الخاصة للأفراد، وعليه لا يجوز التحكيم مثلا في مسائل الحالة والأهلية والمنازعات الضريبية والهيئات المحلية، ففي جميع هذه المسائل، يكون اتفاق التحكيم، شرطا كان أم مشاركة، باطلا بطلانا مطلقا. أما بالنسبة للمسائل غير القابلة للتحكيم مراعاة لاعتبارات خاصة والتي تهدف إلى حماية فئة معينة من الأشخاص لغايات حمائية (نظام عام حمائي) كقواعد حماية العامل والمستأجر والمستهلك. ففي بعض المسائل، لا يملك الأطراف حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها، وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم، في حين أن بعضها الآخر يملك الأطراف حرية التصرف فيها وبالتالي يجوز فيها التحكيم. فمثلا، لا أحد ينكر أن قواعد حماية العامل هي قواعد أمره من النظام العام تضع حد أدنى من الحماية للعامل لا يجوز النزول عنه، إلا أن معظم القوانين تجيز التحكيم في المسائل المتعلقة بحقوق العامل؛ لأنها مسائل يملك العامل حرية التصرف فيها.

وبناء عليه، يجب عدم استبعاد جميع المسائل من إطار التحكيم لمجرد أنها مسائل تمس النظام العام، إنما يجب استبعاد التحكيم في عدد قليل جدا من المسائل باعتبارها تخالف النظام العام؛ أي أن مفهوم النظام في مجال التحكيم يجب أن يكون أكثر ضيقا من مفهوم النظام العام بشكل عام. بناء عليه، فإن التحكيم يستبعد فقط عندما يكون النظام العام على درجة كبيرة من القوة، بحيث يمثل "النواة الصلبة" للنظام العام، فلا يستبعد التحكيم إلا إذا كانت هذه المسائل تمس هذه النواة الصلبة للنظام العام<sup>(217)</sup>. فيما عدا هذه النواة الصلبة للنظام العام، يجوز التحكيم، وذلك تحت رقابة قاضي البطلان. وتطبيقا لذلك، قضت الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في العام 2002، على أن المحكم يختص، في غير الحالات التي يتعلق فيها عدم القابلية للتحكيم بموضوع أو بمحل اتفاق التحكيم، بتطبيق القواعد القانونية

(217) Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, ed. LexisNexis, Litec, n° 10, p. 10.



الأمرة، تحت رقابة قاضي البطلان<sup>(218)</sup>. وهذا يدل على أن القضاء الفرنسي يسير حالياً باتجاه حصر القيود الأساسية على قابلية النزاع للتحكيم بالقيود المتعلقة بموضوع النزاع فقط والتي تتطابق مع النواة الصلبة للنظام العام.

وبالتالي فإن مفهوم النظام العام في مسألة قابلية النزاع للتحكيم يختلف عن مفهوم النظام العام بشكل عام؛ وبناء عليه، فإن فكرة النظام العام الواردة في المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني يجب أن يكون لها نطاق تطبيق مختلف عن نطاق تطبيقها في مجال العقود عموماً، فليست كل قاعدة قانونية أمرة هي من النظام العام في مجال التحكيم<sup>(219)</sup>؛ لأن الأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام، سيؤدي كما قلنا إلى استبعاد التحكيم في معظم المجالات، وذلك على أساس أنه لا يوجد في القوانين الحديثة أي قطاع تقريبا يعتمد في تنظيمه فقط على الإرادة الحرة للأشخاص ولا يدخل فيه النظام العام<sup>(220)</sup>.

وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة استئناف باريس في أحد قراراتها بقولها أن: "بطلان اتفاق التحكيم لا ينجم عن مساس النزاع بمسائل متعلقة بالنظام العام، إنما فقط عندما ينتهك النظام العام"<sup>(221)</sup>. وتضيف ذات المحكمة في قرار آخر لها أن: "منع الاتفاق على التحكيم بشأن مسألة متعلقة بالنظام العام لا تؤدي إلى بطلان الاتفاق، عندما يتعلق النزاع بالتعويض الذي يمكن إيقاعه على هذا الطرف أو الطرف الآخر المسؤول عن إبرام أو عن عدم تنفيذ عقد باطل"<sup>(222)</sup>. بالتالي فإنه يجوز في فرنسا التحكيم في مواد متعلقة بالنظام العام، عندما يتعلق اتفاق التحكيم بالمصالح الخاصة للأطراف.

ويقع على عاتق المحكم التحقق من اختصاصه، وبالتالي التحقق من صحة اتفاق التحكيم ومدى قابلية المسألة للتحكيم، فإذا تبين له أن موضوع النزاع يخالف النظام العام، يجب عليه أن يقرر عدم اختصاصه بنظره<sup>(223)</sup>.

(218) Cass. com. 9 avr. 2002, Bull. civ. IV, n° 69, p. 72.

(219) يقول الدكتور أحمد سلامة بأنه: "لا يجب النظر فقط إلى الأساس القاعدي للمسألة محل النزاع، وما إذا كانت منظمة بقواعد أمرة من عدمه، بل النظر إلى الآثار الواقعية والفعلية للفصل في تلك المسألة وتعارضها مع اعتبارات النظام الدولي": المرجع السابق، ص 393.

(220) « Dans le droit moderne, en effet, il n'est pratiquement plus aucun domaine qui relève entièrement des volontés individuelles et où ne se rencontrent pas de règles d'ordre public »: H.-J. Nougéin et d'autres, précité, p. 10.

(221) « la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement au fait que l'ordre public a été violé »: CA Paris, 15 juin 1956, JCP 1956, II, 9419, note Motulsky, Rev. Arb. 1956, 97; CA Paris, 22 mai 1990, Rev. Arb. 1991, 129.

(222) « L'interdiction de compromettre sur une matière d'ordre public n'implique pas la nullité du compromis, lorsque le litige concerne les dommages et intérêts pouvant incomber à l'une ou à l'autre des parties responsable de la conclusion ou de l'inexécution d'un contrat nul »: CA Paris, 20 juin 1069, D 1970, somm. 33.

(223) Cass. com. 21 oct. 1981, Rev. Arb. 1982, 265, note Blaize.

◀ التفريق بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي بشأن القابلية للتحكيم :

يختلف مفهوم النظام العام الدولي عن مفهوم النظام الداخلي؛ فليست كل مسألة تدخل ضمن النظام العام الداخلي أو تنظمها قواعد أمره تدخل حتما ضمن مفهوم النظام الدولي. ويمكن تعريف النظام العام الدولي بأنه: مجموعة المبادئ والأسس التي تشترك فيها جميع الأنظمة القانونية. فتحريم الرق ورفض الرشوة واحترام حقوق الدفاع وتنفيذ العقود بحسن النية، هي مسائل تشترك فيها جميع الأنظمة القانونية وبالتالي تدخل ضمن مفهوم النظام العام الدولي.

بناء عليه، فإن السؤال المطروح، هو هل المقصود بالنظام العام بالنسبة لقابلية النزاع للتحكيم هو النظام العام الداخلي أم النظام العام الدولي؟

تختلف الإجابة على هذا السؤال حسب ما إذا كان التحكيم داخليا أم دوليا: فإذا كان التحكيم داخليا، فإن قابلية النزاع للتحكيم تتحدد وفق مفهوم النظام الداخلي (الفلسطيني) وليس الدولي. أما إذا كان التحكيم دوليا، فإن تقرير قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم من عدمه، يجب أن يتم بالنظر إلى اعتبارات النظام الدولي وليس الداخلي، وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة استئناف باريس في العام 1991 حيث قضت بأنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم، يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط"<sup>(224)</sup>. وقد سارت في ذات الاتجاه أيضا غرفة التجارة الدولية بباريس في نزاع ثار بين شركة مقاولات فرنسية وأحد كبار الموظفين العموميين في دولة إيران<sup>(225)</sup>. وتطبيقا لذلك؛ فإن شرط الدفع بالذهب يعد من النظام العام الداخلي في فرنسا ويكون باطلا إذا ورد في العقود الداخلية، ولكنه شرط صحيح في العقود الدولية. والحد الأعلى لسعر الفائدة يعتبر من النظام الداخلي، ولكنه لا يعتبر من النظام العام الدولي.

#### (4) الاختصاص القضائي الحصري للمحاكم

يجعل القانون اختصاص المحاكم الوطنية في بعض المسائل اختصاصا حصريا، إما لأنها تمس بحقوق الغير أو لأنها تتعلق بالنظام العام.

وقد ثار خلاف فقهي في مصر حول مدى جواز التحكيم في المسائل التي يخضعها القانون للاختصاص الحصري للقضاء<sup>(226)</sup>. غير أن القضاء المصري يتجه إلى التفريق بين الاختصاص المانع أو الأصلي والاختصاص المشترك أو الاختياري للمحاكم المصرية: فالاختصاص الأصلي أو المانع يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز تسوية المنازعات الخاضعة له بطريق التحكيم، وإذا حصل تسوية النزاع بطريق التحكيم رغم ذلك، فيتم رفض تنفيذ قرار التحكيم في مصر بسبب الاختصاص الحصري للمحاكم المصرية؛ أما الاختصاص المشترك أو الاختياري

(224) CA Paris, 17 déc. 1991, aff. Gatoil, Rev. Arb. 1993, p. 281.

(225) Aff. N° 3916, 1993, Clunet 1984, p. 930.

(226) انظر تفاصيل ذلك في، أحمد سلامة، بند 115، ص 396 وما بعدها، والهامش 1، ص 396.

أو الجوازي، فلا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز للأطراف حسم النزاع الخاضع له بطريق التحكيم<sup>(227)</sup>. ويمكن بدون أدنى شك تطبيق ذات الحلول في فلسطين؛ على أساس أن القوانين الفلسطينية<sup>(228)</sup> تقضي برفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي المخالف للنظام العام في فلسطين، بل وتفرض على القاضي التحقق قبل إعطاء الأمر بالتنفيذ من عدم الاختصاص الحصري للمحاكم الفلسطينية بالفصل في النزاع. ويعتبر على سبيل المثال من قبيل الاختصاص الحصري للمحاكم الفلسطينية، ما جاء في الفقرة الأولى من المادة (13) في قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 وتعديلاته والتي تنص على أنه: "تتحصر صلاحية سماع الاعتراضات على جدول الحقوق والبت فيها لمحكمة تسوية الأراضي والمياه والتي تسمى فيما بعد (محكمة التسوية)..." وكذلك ما جاء في المادة (195) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 بنصها على أنه: "إن محكمة بداية محل المركز الرئيسي للشركة المساهمة هي المختصة بنظر دعوى التصفية أو أي طلب ينشأ عن أعمال التصفية بمقتضى هذا الفصل العاشر". بناء عليه لا يجوز التحكيم في هاتين المسألتين.

كما توجد بعض المسائل الأخرى التي لا يجوز فيها التحكيم لأنها تخضع دائما لاختصاص القضاء العادي، ومثال ذلك دعوى بطلان عقد الشركة، والدعاوى المتعلقة بصحة العلامة التجارية وبراءات الإختراع.

(ج) إشكاليات متعلقة بقابلية النزاع للتحكيم في بعض أنواع المنازعات:

### 1. عقود العمل

يخضع عقد العمل لقواعد أمرة لا تجوز مخالفتها، وتعتبر قواعد قانون العمل من النظام العام، من حيث توفيرها حد أدنى من الحماية للعامل (نظام عام حمائي). وتتقسم الدول من حيث إجازتها للتحكيم في المنازعات العمالية من عدمه إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول، يمنع التحكيم في المنازعات العمالية بشكل مطلق، سواء كان ذلك بموجب شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، ويجعل اختصاص القضاء العادي في حسم المنازعات العمالية اختصاصا حصريا. ويسير في هذا الاتجاه على سبيل المثال القضاء الليبي، والذي يعتبر

(227) راجع في ذلك، أحكام محكمة النقض المصرية: نقض مدني، الطعن رقم 222 لسنة 29 قضائية، 2 يوليو 1964، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني 1964، السنة 51، عدد 2، ص 909؛ نقض مدني، الطعن رقم 126 لسنة 58 قضائية، 27 فبراير 1999، ذات المجموعة 1994، لسنة 41 قضائية، جزء 1، ص 619؛ ونقض مدني، الطعن رقم 1136 لسنة 54 قضائية، 28 نوفمبر 1990، ذات المجموعة 1994، لسنة 41 قضائية، جزء 2، ص 815.

(228) نصت المادة (37/1) من قانون التنفيذ الفلسطيني على أنه: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يلي: 1- أن محاكم دولة فلسطين غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو القرار أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقا لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها". وتنص المادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي... 1- إذا كان القرار مخالفا للنظام العام في فلسطين". وتنص المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم على أنه: "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون... (ج) قد تناول مسألة يصح إحالتها قانونيا للتحكيم بمقتضى قوانين وأن لا يكون تنفيذه منافيا للنظام العام في فلسطين".



أحكام قانون العمل جميعاً من النظام العام، وبالتالي لا يجيز فيها التحكيم، كالمنازعات المتعلقة بأجر العامل وساعات العمل الإضافي، وغيرها<sup>(229)</sup>.

الاتجاه الثاني، يمنع الاتفاق على التحكيم في منازعات العمل الفردي ما دام عقد العمل قائماً، ولا يجيز الاتفاق على التحكيم بموجب شرط تحكيم، ولكنه يجيز للعامل ولرب العمل الاتفاق على التحكيم بموجب مشاركة تحكيم تأتي بعد إنقضاء عقد العمل. ويسير في هذا الاتجاه كل من القضاء الفرنسي والقضاء اللبناني. ففي فرنسا<sup>(230)</sup>، يمنع الاتفاق على التحكيم ما دام عقد العمل قائماً، ولا يجوز إدراج شرط تحكيم في عقد العمل يقضي بحسم المنازعات الناشئة عنه بطريق التحكيم؛ ويبرر ذلك أن العامل يكون خلال سريان عقد العمل في موقف ضعف في مواجهة رب العمل، ما يجعله يقبل بشرط التحكيم حتى لو لم يكن في مصلحته، ومن هنا جاء المنع من إدراج شرط تحكيم في عقد العمل حتى لو جاء في اتفاق منفصل، وإن أي شرط من هذا القبيل يعد باطلاً، على أساس أنه يحرم العامل من الضمانات التي يقرها القانون لصالح العامل، وهذا البطلان هو بطلان مطلق حسب ما جاء في قضاء محكمة النقض الفرنسية<sup>(231)</sup>. أما في الإطار الدولي، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد العمل يعتبر صحيحاً من حيث المبدأ، ولكن لا يحتج به في مواجهة العامل<sup>(232)</sup>. ولكن إذا انتهى عقد العمل، يستطيع العامل إبرام مشاركة تحكيم مع رب العمل، لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد العمل عن طريق التحكيم<sup>(233)</sup>. في المقابل، فإن منازعات العمل الجماعية يجوز تسويتها جميعاً بطريق التحكيم، سواء جاء ذلك بموجب شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم. ويسير القضاء اللبناني بذات اتجاه القضاء الفرنسي، حيث قضى بأن البند التحكيمي المدرج في عقد العمل، والذي يتنازل بموجبه رب العمل والعامل مسبقاً عن اختصاص محكمة العمل للنظر بالخلاف الناشئ بينهما، يكون باطلاً لمخالفته النظام العام<sup>(234)</sup>.

الاتجاه الثالث، يجيز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات العمالية، سواء جاء اتفاق التحكيم على شكل شرط تحكيم وارد في عقد العمل نفسه أو في اتفاق مستقل، أو على شكل مشاركة تحكيم، وبصرف النظر عن الوقت الذي يثور فيه النزاع، سواء جاء ذلك خلال قيام عقد العمل أو عند انتهائه. ويسير في هذا الاتجاه القضاء الفلسطيني، حيث قضت محكمة استئناف رام الله بأنه: "يجوز إدراج شرط تحكيم في عقد العمل يقضي بحل المنازعات الناشئة عن تنفيذه أو تفسيره عن طريق التحكيم دون اللجوء إلى القضاء ... إن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى حل أي

(229) طعن 15/12/1977، مجلة المحكمة العليا 1978، ص 178.

(230) J.-M. Olivier, Arbitrage et droit du travail, Dr. et Patrimoine 2002, p. 52 et s.

(231) Cass. civ. 20 janv. 1957, JCP G 1958, II, 10773.

(232) Cass. soc., 9 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 312 ; Cass. soc. 28 juin 2005, Bull. civ. V, n° 216.

(233) Cass. soc. 5 nov. 1984, Rev. Arb. 1986, 47, note Moreau-Bourlès ; CA Paris, 19 déc. 1985, Rev. Arb. 1987, 157, note Rondeau-Rivier. CA Paris, 4 juin 1992, Rev. Arb. 1993, 449 ; CA Paris, 14 Déc. 1990, Rev. Arb. 1991, 36, obs. B. Moreau.

(234) مجلس العمل التحكيمي، قرار 2003/7، بتاريخ 2003/1/8، المجلة اللبنانية، عدد 28، ص 55.

نزاع أو خلاف ينشأ عن هذه الاتفاقية عند تنفيذها أو تفسيرها بطريق التحكيم وحيث أن هذا الاتفاق لا يخالف القانون والنظام العام في فلسطين فيكون هذا الذي توصلت إليه (محكمة بداية نابلس) من أن موضوع الدعوى المدنية التي أقامها المستأنف عليه موضوع الطلب ناشئة عن عقد عمل وليست ناشئة أو متعلقة بتنفيذ أو تفسير المبرز... وبالتالي رد الطلب في غير محله ومخالف للقانون<sup>(235)</sup>. وقضت ذات المحكمة في قرار آخر لها أنه يكفي للجوء إلى التحكيم في عقد العمل وجود "خلاف جوهري بين الطرفين"، حتى لو لم يكن هذا الخلاف جدياً<sup>(236)</sup>.

ويبدو أن قضاء محكمة التمييز الأردنية يسير في ذات الإتجاه أيضا ولكن باستخدام تعابير تثير اللبس أحيانا. فقد قضت محكمة التمييز الأردنية على أنه: "أجازت المادة 9 من قانون التحكيم التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح وحيث أن الحقوق العمالية التي يطالب بها العامل بعد انتهاء عمله يملك حق التصرف بهذه الحقوق والمصالحة عليها فإن اللجوء إلى التحكيم لا يحرمه من حقوقه العمالية، وبالتالي يجوز فيها التحكيم"<sup>(237)</sup>. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة أنه: "... إذا اتفق طرفا عقد العمل في المادة 7 من عقد العمل على ما يلي: (أية خلافات تنشأ بين الفريقين وتكون ناتجة عن هذا العقد تحال للتحكيم وفق أحكام قانون التحكيم الأردني الساري المفعول) فإن الاستفادة من هذه المادة بأن الطرفين اتفقا على حل أي نزاع ينشأ بينهما عن تنفيذ عقد العمل يتم اللجوء فيه إلى التحكيم. وحيث أن العقد شريعة المتعاقدين وبما أن الجهة المدعى عليها المميّزة تمسكت بشرط التحكيم الوارد بعقد العمل فإن تمسكها هذا لا يخالف حكم العقد. أما القول أن شرط التحكيم الوارد في عقد العمل يخالف أحكام قانون العمل والنظام العام فقول غير وارد ما دام أن قانون العمل لم يرد فيه أي نص يمنع من اللجوء إلى التحكيم... أجازت المادة 9 من قانون التحكيم اللجوء إلى التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح. وحيث أن الحقوق العمالية التي يطالب بها العامل بعد انتهاء عمله فإنه يملك حق التصرف في هذه الحقوق والمصالحة عليها. لذلك فإن اللجوء إلى التحكيم لا يحرمه من حقوقه العمالية ما دام أن التحكيم طريق اتفاقي لحل النزاع أمام هيئة التحكيم ووفقا لأحكام قانون العمل... وحيث أن المميّزة - المدعى عليها - قد تقدمت بطلب لرد الدعوى قبل الدخول بالأساس لتمسكها بشرط التحكيم الوارد في عقد العمل لذا يكون الحكم بعدم الأخذ بشرط التحكيم الذي أثارته المدعى عليها يخالف الشرط الوارد في العقد وبالتالي يخالف حكم القانون"<sup>(238)</sup>.

(235) استئناف مدني رام الله رقم 2009/470، بتاريخ 2010/6/23، المقتضي.

(236) استئناف مدني رام الله رقم 2010/163، بتاريخ 2010/3/2، المقتضي، حيث جاء فيه أنه يكفي للجوء إلى التحكيم في عقد العمل وجود "خلاف جوهري بين الطرفين"، حتى لو لم يكن هذا الخلاف جدياً، حيث قضت بأنه لا يوجد "في نصوص قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 ما يفرض على المدعى عليه إثبات رغبة جديّة باللجوء إلى التحكيم سوى إلزامه بأن يكون تمسكه باللجوء إلى التحكيم قبل الدخول في أساس الدعوى". وبين القرار العلاقة بين قانون العمل الذي هو قانون موضوعي وقانون التحكيم الذي هو قانون إجرائي بقولها: "... لا يرد القول هنا أن القانون الساري هو قانون العمل وليس قانون التحكيم ذلك أن قانون العمل هو القانون الموضوعي الذي سيتم على أساسه احتساب حقوق المدعي فيما لو قرر المحكم أن النزاع ناشئ عن علاقة عمل بينما قانون التحكيم هو قانون متعلق بالجهة المختصة بحل النزاع من حيث تنظيم عمل هيئات التحكيم وإجراءات التحكيم والطعن في القرارات الصادرة عنها ولا يتعلق بالقانون المطبق على النزاع".

(237) تمييز حقوق أردني رقم 3658/2009، بتاريخ 2010/4/20، منشورات مركز عدالة.

(238) تمييز حقوق أردني، رقم 2005/10، بتاريخ 2005/6/16، منشورات مركز عدالة.

يتبين من القرارات السابقة أنه يجوز في فلسطين والأردن الاتفاق على التحكيم في المنازعات العمالية، بموجب شرط تحكيم سابق على نشوء النزاع أو مشاركة تحكيم لاحقة على نشوئه.

وتقييماً للاتجاهات الثلاثة السابقة بشأن جواز التحكيم من عدمه في المنازعات العمالية في عقد العمل الفردي، فإننا نرى أن الاتجاه الثاني الذي يسير عليه القضاء الفرنسي واللبناني هو الأفضل؛ على أساس أنه يجنب العامل قبول شرط التحكيم طوال مدة سريان عقد العمل؛ فقد يقبل العامل بشرط التحكيم على مضض منه ودون رضا حقيقي من جانبه، إنما سعياً منه للحصول على فرصة عمل، أو قبوله لهذا الشرط دون أن يكون بإمكانه تقدير مدى تحقيقه لمصلحته في هذا الوقت المبكر على نشوء النزاع. ولكن لا شيء يمنع العامل من إبرام مشاركة تحكيم لحسم المنازعات العمالية بعد انقضاء عقد العمل؛ لأن قبول العامل الخضوع للتحكيم في هذا الوقت يكون عن حرية واختيار منه، ولا يتصور أن يستغل رب العمل حاجة العامل في هذا الوقت الذي انتهى فيه عقد العمل.

## (2) عقود الاستهلاك

كما هو الحال بالنسبة لقوانين العمل، فإن قوانين الاستهلاك تضع قواعد حماية من النظام العام لحماية المستهلك، وهي تمثل حد أدنى من الحماية لا يجوز النزول عنه (نظام عام حمائي). فهل يجوز الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الخاضعة لقانون حماية المستهلك؟

يقرر القضاء الفرنسي بهذا الخصوص أنه لا يجوز فرض شرط على المستهلك من شأنه حرمانه أو تقييد حقه في رفع دعوى أمام القضاء أو ممارسة طرق الطعن التي حددها القانون، خصوصاً تلك التي تفرض على المستهلك اللجوء حصرياً إلى التحكيم أو الوسائل البديلة الأخرى لحل المنازعات؛ كما أن القاضي العادي وليس المحكم هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية، وتحديد ما إذا كان الشرط تعسفياً أم لا. ولكنه يجيز في المقابل للمستهلك إبرام اتفاق تحكيم مع المهني لحل المنازعات عن طريق التحكيم بعد نشوء النزاع، وذلك بموجب مشاركة تحكيم تبرم بينهما لهذا الغرض. فمشاركة التحكيم التي تبرم بعد نشوء النزاع لا تخالف النظام العام؛ لأن المستهلك يتمتع في هذا الوقت بحرية التصرف في حقوقه والتصالح عليها، وبالتالي يحق له إبرام اتفاق تحكيم بشأن نزاع متعلق بعقد الاستهلاك الذي يبرمه<sup>(239)</sup>، ولا تطبق في هذه الحالة القواعد الخاصة بالشروط التعسفية<sup>(240)</sup>.

أما في فلسطين، ونظراً لعدم وجود قرارات قضائية تبين مدى قابلية التحكيم في عقود الاستهلاك، فإننا نرى أنه لو عرض نزاع من هذا القبيل على القضاء الفلسطيني، فسيقرر جواز

(239) P. Delebecque, Arbitrage et droit de la consommation, Droit et Patrimoine 2002, p. 46 et s.

(240) Cass. civ. 25 févr. 2010, n° 09-12126.

التحكيم في عقود الاستهلاك سواء بموجب شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم وذلك قياساً على عقد العمل الفردي، ولكننا نتفق مع توجه القضاء الفرنسي في هذا الشأن، ولذات الأسباب التي ذكرناها بشأن التحكيم في عقد العمل.

### (3) عقود الإيجار

يخضع عقد الإيجار، كما هو الحال بالنسبة لعقود العمل وعقود الاستهلاك، لقواعد من النظام العام تسعى لحماية المستأجر، كالأحكام الواردة في قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1953 وتعديلاته والمطبق في الضفة الغربية على العقارات التجارية وبيوت السكن الواقعة ضمن المناطق البلدية والمجالس المحلية<sup>(241)</sup>، كالأحكام المتعلقة بالامتداد القانوني لعقد الإيجار بعد إنتهاء المدة الاتفاقية لهذا العقد، وحصر أسباب تخلية المأجور (المادة 4)، وحلول الخلف في العقار بسبب نقل السلف الموظف (المادة 5)، وعدم القيام بأعمال من شأنها الضغط على المستأجر لإجباره على تخلية المأجور.

ففي فرنسا، يمنع إدارج شرط تحكيم في عقد الإيجار يلزم المستأجر بحسم المنازعات الناشئة عنه بطريق التحكيم حصراً. ولكن يجوز الاتفاق على التحكيم بعد ثوران النزاع بموجب مشاركة تحكيم تبرم بين الأطراف لهذا الغرض، كثوران خلاف بين المؤجر والمستأجر حول قيمة الأجرة، أو خلاف حول دفع الأجرة أو عدم دفعها. ويجوز الاتفاق على التحكيم بشأن عقد الإيجار المعقود لغايات تجارية أو في إطار ممارسة النشاط المهني طالما أن عقد الإيجار قد أبرم لغايات مهنية، ولكن إذا كان أحد الأطراف شخصاً عادياً فلا يجوز التحكيم إلا بموجب مشاركة تحكيم تأتي دائماً بعد نشوء النزاع<sup>(242)</sup>.

وبالنسبة لفلسطين، فإننا نرى ضرورة اتباع ذات الحلول التي أوردناها سابقاً بشأن التحكيم في عقد العمل الفردي وعقد الاستهلاك.

### (4) الملكية الفكرية

تشتمل تراخيص استغلال حقوق الملكية التجارية والصناعية، كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع، في العادة على شرط تحكيم؛ وهو أمر في غاية الأهمية، لأنه يسمح للأطراف باختيار محكمين من ذوي الخبرة والاختصاص في هذا المجال لحسم المنازعات الناشئة عنها؛ فالتحكيم في هذا النوع من المنازعات جائز قانوناً كأصل عام. كما يجوز التحكيم أيضاً في المنازعات المتعلقة بتقليد العلامات التجارية<sup>(243)</sup>. في المقابل، فإنه لا يجوز التحكيم

(241) المادة (3) من قانون المالكين والمستأجرين رقم (62) لسنة 1953 وتعديلاته.

(242) Sur cette question, v. N. Reboul-Maupin, Arbitrage et bail, Dr. Et Partimoine 2002, p. 69 et s. ; N. Rontchevsky, Arbitrage et baux commerciax après la loi NRE, AJDI 2002, n° 4, p. 270.

(243) TGI Paris, 27 mars 1981, Rev. Arb. 1983, note Françon.

عندما يتعلق النزاع بصحة أو بطلان أو ملكية علامة تجارية أو براءة اختراع؛ لأن هذه المسائل تتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم، إنما تخضع حصرا لاختصاص القضاء العادي. ولا يجوز التحكيم أيضا في حقوق الملكية التجارية والصناعية إذا كان النزاع يمس بحقوق الغير.

أما بالنسبة لحقوق المؤلف، فإنه يجوز في فرنسا إدراج شرط تحكيم في العقد المبرم بين الناشر والمؤلف، عندما يتصرف كلاهما ضمن إطار نشاطه المهني<sup>(244)</sup>. أما الحقوق الأدبية للمؤلف فلا يجوز فيها التحكيم باعتبارها حقوق غير مالية ولا يجوز التنازل عنها وهي حقوق لصيقة بشخصية المؤلف؛ وما دام التحكيم لا يطبق إلا على الحقوق المالية، فإن المنطق يقتضي استبعادها من إطار التحكيم.

### (5) المنافسة

قضت محكمة استئناف باريس عدم جواز التحكيم في مسائل المنافسة، حيث تبقى خاضعة لاختصاص القضاء العادي حصرا<sup>(245)</sup>. وهذا التوجه باعتقادنا مبرر لأن قواعد المنافسة تتعلق بالنظام العام الإقتصادي في البلد<sup>(246)</sup>، ولا يجوز أن يترك أمر تنظيمها لإرادة الأطراف إنما تخضع لقواعد أمرة من النظام العام لا تجوز مخالفتها؛ وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم لأن الأطراف لا يملكون حرية التصرف إزائها.

### (6) الإجراءات الجماعية

لا يستطيع التاجر المفلس إبرام اتفاق تحكيم بشأن أمواله الداخلة ضمن نطاق التفليسة، وذلك من تاريخ شهر إفلاسه وليس من تاريخ توقفه عن دفع ديونه التجارية؛ لأن حكم شهر الإفلاس منشئ وليس كاشف، فبمجرد الحكم بشهر إفلاسه، تغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، فإذا قام بإبرام اتفاق تحكيم بعد الحكم بشهر إفلاسه، فيعتبر هذا الاتفاق باطلا، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها<sup>(247)</sup>. أما اتفاق التحكيم الذي قام التاجر بإبرامه قبل شهر إفلاسه فيبقى صحيحا منتجا لأثاره<sup>(248)</sup>، ويتولى وكيل التفليسة (السنديك) متابعة إجراءات التحكيم بصدده. أما وكيل التفليسة نفسه، فلا يستطيع إبرام اتفاق تحكيم؛ لأنه ممنوع من التصرف بأموال التفليسة أو قبول التحكيم بشأن أي نزاع يتعلق بالتفليسة إلا بإذن المحكمة. في المقابل، فإن التاجر

(244) M. Josselin-Gall, Arbitrage et propriétés intellectuelles, Dr. Et Patrimoine 2002, p. 63 et s. ; G. Bonet et C. Jarroson, L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle, Colloque IRPI, 26 Janv. 1994, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 1994.

(245) CA Paris, 28 avr. 1988 et 20 juill. 1989, Rev. Arb. 1989, note Idot.

(246) وهو ما أخذت به المادة (21) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003.

(247) CA Paris, 10 févr. 1994, Rev. Arb. 1998, p. 546.

(248) Cass. com. 10 janv. 1984, Rev. Arb. 1984, p. 492.

المفلس يستطيع إبرام اتفاق تحكيم بشأن أمواله التي لا تدخل ضمن نطاق التفليسة.

وتحديد سلطة التاجر المفلس أو وكيل التفليسة في إبرام اتفاق التحكيم، يتم بالرجوع إلى القانون الذي يحكم الإجراءات الجماعية لتصفية أموال التاجر المفلس، وهو عادة قانون الدولة التي يوجد بها الموطن التجاري لذلك التاجر، أي المقر الرئيسي لمنشأته أو مشروعته التجاري، وذلك عملاً بمبادئ وحدة وعالمية وإقليمية الإفلاس.

وبالنسبة لتصفية الشركات، فخلال مرحلة المراقبة أو الشك، فإن المدين يحتفظ كمبدأ عام خلالها بسلطة إدارة الشركة، ولكن يجب عليه الحصول على إجازة من قبل قاضي الإجراءات الجماعية، فإذا حصل على الإجازة، فيكون اتفاق التحكيم شرطاً أم مشاركة جائزة وصحيحاً.

وفي حال التصفية القضائية، يفقد المدين كلياً سلطة الإدارة والتصرف بأمواله، عندها يصبح وكيل التصفية أو التفليسة من يملك سلطة إبرام اتفاق التحكيم بشأن جميع المنازعات المتعلقة بالإجراءات الجماعية مع الدائنين، ولكن ذلك بموجب تصريح أو إجازة من قاضي التصفية<sup>(249)</sup>.

والأحكام الناظمة للإجراءات الجماعية هي من النظام العام، ولكن القضاء الفرنسي أجاز أعمال شرط التحكيم واعتبر قاضي التصفية غير مختص بالنظر في الديون ما دام شرط التحكيم غير ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق<sup>(250)</sup>. ولكن إجراءات التحكيم لا يمكن البدء بها إلا بعد التحقق من دين الطرف الآخر<sup>(251)</sup>، وذلك خوفاً من التواطؤ مع الغير لتهريب الأموال، والإحتيال على القانون.

## 7) العقود الإدارية

لقد أثارَت مسألة قابلية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية للتحكيم جدلاً كبيراً في الفقه المصري في ظل قانون التحكيم لعام 1994، وقد وصل هذا الخلاف إلى حد تدخل المشرع المصري نفسه لحسم المسألة، حيث أجاز التحكيم في العقود الإدارية<sup>(252)</sup>، بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة<sup>(253)</sup>.

(249) P. Ancel, Arbitrage et procédures collectives, Rev. Arb. 1993, p. 155 ; Ph. Fouchard, Arbitrage et faillites, Rev. Arb. 1998, p. 471.

(250) Cass. com., 2 juin 2004, Rev. Arb. 2004, p. 591, obs. Ancel.

(251) Ibid. RTD com. 2004, p. 439, obs. Loquin.

(252) تم ذلك من خلال إضافته فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التحكيم المصري لعام 1994 بموجب القانون المعدل رقم (9) لسنة 1997.

(253) التحكيم في العقود الإدارية "يكون بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك": الدعوى التحكيمية رقم 118 لسنة 1998، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 1998/4/29، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني يناير 2000، ص 227. انظر أيضاً، المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 6268 لسنة 46 ق علياً، جلسة 2005/5/31، الدائرة الثالثة، مجموعة القوانين والمبادئ القانونية الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة لعام 2006، ص 379.

وبالنسبة لفلسطين، فقد حسمت المادة (2) من قانون التحكيم المسألة، حيث أجازت للأشخاص الاعتبارية العامة إبرام اتفاقات تحكيم بشأن المسائل التي تملك حرية التصرف فيها؛ وبناء عليه، تستطيع الإدارة إبرام اتفاقات تحكيم بشأن منازعات العقود الإدارية، ما دامت تملك حرية التصرف بالحقوق المتنازع عليها. وتجدر الإشارة إلى أن العقود الإدارية لا تخضع كقاعدة عامة حتى الآن في فلسطين لاختصاص القضاء الإداري (محكمة العدل العليا) إنما لاختصاص القضاء العادي، مثلها مثل باقي العقود.

#### خامساً: جزاء عدم توافر الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

إذا لم تتوافر الشروط السابقة التي يفرضها القانون لصحة اتفاق التحكيم، فإنه يكون باطلاً. غير أن الأطراف يمكنهم مع ذلك إبرام مشاركة تحكيم إذا رغبوا في ذلك، وكان النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم<sup>(254)</sup>.

ويختص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بتحديد شروط صحته، ومدى قابلية النزاع للتحكيم، وتحديد الجزاء المترتب على ذلك، وهل هو البطلان المطلق أم النسبي، وتحديد ما إذا كان يمكن تجزئة بطلان اتفاق التحكيم أم لا. كما يختص هذا القانون أيضاً، بتحديد الجهة التي تملك إثارة الدفع بالبطلان، والوقت الذي يجب أن يثار فيه، وإجراءاته، وبيان مدى جواز رفع دعوى البطلان أم الاكتفاء بعدم الاعتراف ورفض تنفيذ قرار التحكيم.

وتختص هيئة التحكيم كقاعدة عامة بالتحقق من صحة اتفاق التحكيم بما في ذلك مسألة قابلية النزاع للتحكيم، استناداً لقاعدة "الاختصاص بالاختصاص"، والتي تعني أن هيئة التحكيم هي المختصة بالبت والتثبت من مسألة اختصاصها، تحت رقابة القضاء. أما القاضي فلا يملك كأصل عام هذه الصلاحية إلا في ظروف خاصة، وهي في فرنسا، الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم قابليته للتطبيق<sup>(255)</sup>.

وفي جميع الأحوال، فإن بطلان شرط التحكيم، عدا عن مسألة عدم قابلية النزاع للتحكيم، هو في الغالب بطلان نسبي، إذ يمكن للأطراف عدم التمسك به والتنازل عنه، كحضور الأطراف ومشاركتهم في إجراءات التحكيم دون إبداء أي دفع أو تحفظ على إجراءات التحكيم، بحيث يمكن اعتباره تنازلاً عن حقهم في التمسك ببطلان شرط التحكيم<sup>(256)</sup>.

(254) Cass. 2e civ., 21 juin 1995, Bull. civ. I, n° 190.

(255) Cass. 2e civ., 10 mai 1995, Bull. civ. II, n° 135 ; Cass. 1re civ., 16 mars 2004, Bull. civ. I, n° 82 ; Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 420.

(256) Cass. 2e civ., 21 nov. 2002, Bull. civ. II, n° 264 ; Cass. 1re civ., 6 juill. 2005, D 2006, p. 1424, note Agostini ; RTD com. 2006, p. 309, obs. Loquin.

وإذا كان شرط التحكيم باطلا، فإنه يعتبر غير مكتوب وكأنه لم يدرج أبدا في العقد<sup>(257)</sup>. ولكن يبطل العقد كله وليس شرط التحكيم وحده إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد، وذلك تطبيقا للقواعد العامة في العقود.

وبطلان شرط التحكيم قد يؤدي إلى بطلان قرار التحكيم برمته، على أساس انعدام الأساس القانوني لهذا القرار، إلا إذا عمد الأطراف إلى إبرام مشاركة تحكيم بعد ثوران النزاع والذي يعتبر في هذه الحالة تنازلا ضمنيا من الأطراف عن التمسك ببطلان شرط التحكيم<sup>(258)</sup>.

## المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم

يولد اتفاق التحكيم آثارا موضوعية وأخرى إجرائية مترابطة. فاتفاق التحكيم متى أبرم صحيحا، فإنه يولد، باعتباره عقدا، قوة ملزمة تجاه أطرافه؛ ويتمثل جل هذه القوة الملزمة في إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع المتفق على إحالته للتحكيم، وهو يمثل الأثر الإيجابي للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم؛ وبالمقابل منع القضاء العادي من نظر النزاع المتفق على حسمه بطريق التحكيم، وهو يمثل الأثر السلبي للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ويولد اتفاق التحكيم تلك القوة الملزمة طالما بقي قائما، وهذا يقتضي التطرق إلى الحالات التي ينقضي فيها اتفاق التحكيم. ونتناول دراسة هاتين المسألتين في مطلبين متاليين.

### المطلب الأول: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

تقتضي دراسة القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، بيان نطاقها ليس فقط بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما العام والخاص، إنما أيضا بالنسبة للغير والموضوع. وعليه، نتناول كل منها على التوالي.

#### الفرع الأول: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدين

متى أبرم اتفاق التحكيم صحيحا، فإنه يولد كباقي العقود قوة ملزمة تجاه أطرافه. وتتمثل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في ثلاث التزامات مترابطة:

أولا، التزام كل طرف بعدم الرجوع عن اتفاق التحكيم أو تعديله أو نقضه بإرادته المنفردة، وإلا عد ذلك إخلالا بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم؛ وقد عبرت عن ذلك محكمة التمييز الأردنية بقولها: "ما دامت إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى أنه في حال نشوب خلاف بينهما حول تنفيذ هذه

(257) CA Paris, 27 oct. 2005, D 2006, p. 697, note Clay.

(258) Cass. 2° civ., 21 juin 1995, Bull. Civ. II, n° 190 ; Cass. com. 13 nov. 1972, Bull. Civ. IV, n° 284.



الاتفاقية أو تفسير أحكامها أو أي خلاف يتعلق بها يعرض هذا النزاع أو الخلاف على التحكيم. وحيث أن هذا الاتفاق لا يخالف القانون أو النظام العام وجائز فهو ملزم للجانبين ولا يجوز الرجوع عنه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون وفق أحكام المادة 241 من القانون المدني<sup>(259)</sup>. في المقابل، لا شيء يمنع الأطراف باتفاق مشترك بينهم، من الرجوع عن اتفاق التحكيم كونه عقد ملزم للجانبين. وقد أشارت إلى هذا الجانب من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم المادة (5/ فقرة 6) من قانون التحكيم الفلسطيني بنصها على أنه: "6- لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم إلا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة".

ثانياً، إلزام كل طرف بالامتناع عن عرض النزاع المبرم بشأنه اتفاق تحكيم على القضاء العادي (الأثر السلبي)، إنما إحالة النزاع إلى قضاء التحكيم للفصل فيه (الأثر الإيجابي)، إعمالاً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم<sup>(260)</sup>. أما إذا خالف أحد الأطراف ذلك ولجأ إلى قضاء الدولة، فإنه يكون قد خالف مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ما يجيز للطرف الآخر الدفع قبل الدخول في الأساس بوجود اتفاق التحكيم، ورد الاختصاص إلى هيئة التحكيم<sup>(261)</sup>. والقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لا تقتصر فقط على أطراف التحكيم، إنما تلزم أيضاً هيئة التحكيم، فإذا قبلت مهمتها، فإنها تلزم بالسير في إجراءات التحكيم إلى حين صدور الحكم المنهي للخصومة، وعليها التقيد باتفاق التحكيم من حيث الموضوع والإجراءات على أساس أنها تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم.

ثالثاً، إلزام كل طرف باتخاذ كل ما يلزم من جانبه من أجل البدء والسير في إجراءات التحكيم، وهو إلزام بتحقيق نتيجة. فإذا تقاعس أحد الأطراف عن القيام بما يوجبه عليه

(259) تمييز حقوق أردني، رقم 1843/2007، بتاريخ 2007/10/30. منشورات عدالة. انظر أيضاً في ذات الاتجاه: تمييز حقوق أردني، رقم 2009/168، بتاريخ 2009/2/19. منشورات عدالة؛ استئناف مدني غزة، رقم 297 لسنة 2000، بتاريخ 2001/3/17، المقتضي، حيث جاء فيه: "طالما اتفق الأطراف على التحكيم فلا يحق لهما النكول عنه؛ ونقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2008/140، بتاريخ 2008/6/29، المقتضي، حيث جاء فيه: "ولا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة.

(260) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه: "التحكيم هو عبارة عن عقد بمقتضاه يتفق شخص أو أكثر على إحالة نزاع نشأ أو ينشأ بينهما في تنفيذ عقد معين على محكمين للفصل فيه بدلاً من اللجوء إلى القضاء المختص وإذا وجد مثل هذا الشرط التزم الطرفان به وليس لهما أن يطرحا على المحكمة نزاعاً اتفق في العقد على أن يكون الفصل فيه بواسطة محكمين...": تمييز حقوق أردني، رقم 2005/10، بتاريخ 2005/6/16. المقتضي. ويلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة، بشرط أن تكون محكمة التحكيم لم تشكل بعد، ووجوب إثبات صفة الاستعجال. انظر في ذلك: Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mars 2002, Bull. Civ. II, n° 31 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 2005, Bull. Civ. I, n° 463 ; RTD com. 2006, p. 297, obs. Loquin. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2002, D 2002, p. 2439, note Najjar.

(261) انظر في موضوع الدفع بالتحكيم، على سبيل المثال: تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30، منشورات مركز عدالة؛ تمييز حقوق أردني، رقم 2004/3691. تاريخ 2005/2/7؛ تمييز حقوق أردني رقم 4150/2003، بتاريخ 2004/4/26؛ حقوق أردني، رقم 2006/1352، بتاريخ 2007/1/16؛ تمييز حقوق أردني، 2008/1837، بتاريخ 2008/8/6، منشورات مركز عدالة. انظر بالتفصيل حول هذا الموضوع ما ورد لاحقاً.

اتفاق التحكيم، أو حاول تعطيل عملية التحكيم، جاز للطرف الآخر أن يلجأ إلى القضاء لطلب المساعدة والأمر باتخاذ ما يلزم من إجراءات، للسير قدما في عملية التحكيم. فعلى سبيل المثال، بين قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (11) الحالات التي تقوم فيها المحكمة المختصة بتعيين محكم أو مرجح بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم، ومن ضمنها "ب إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك".

ويختص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بتحديد مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونطاقه وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفته<sup>(262)</sup>. غير أن جانبا من الفقه<sup>(263)</sup>، لا يتفق مع التوجه الذي يخضع القوة الملزمة لاتفاق التحكيم للقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ لأن ذلك يسمح بتنازع القوانين بشأنه؛ ويفضل اعتبار مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم قاعدة موضوعية أو مادية للتحكيم التجاري الدولي، مبررا ذلك على أساس أنه يجب الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق عليه<sup>(264)</sup>.

### الفرع الثاني: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير

إن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم تنحصر بين أطراف اتفاق التحكيم أنفسهم. وبالتالي لا يسري اتفاق التحكيم بحق الغير كأصل عام، استنادا إلى قاعدة نسبية أثر العقود والاتفاقات<sup>(265)</sup>، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1971/1/20 حيث جاء فيه أن: "آثار شرط التحكيم لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقا أم إلزاما وإذا كان يتبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشترية) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وإنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشترية) وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود<sup>(266)</sup>".

(262) تأخذ غالبية الدول بالتنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، فإذا تم انتهاك القوة الملزمة، فيتم إعمال اتفاق التحكيم جبرا عن الطرف المخل به؛ في حين أن بعض الدول خصوصا في دول أمريكا اللاتينية تجعل الجزاء هو التنفيذ بمقابل.

(263) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 445.

(264) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 445، ويقول الكاتب، أن هذا التوجه مستقر في معظم الأنظمة واللوائح وتشريعات التحكيم، التي تبين كيفية بدء إجراءات التحكيم ووضع عملية التحكيم قدما في حالة تقاعس أحد طرفي التحكيم عن مساهمته في ذلك، مما يحول دون قيامه بتعطيل اتفاق التحكيم وفاعليته.

(265) Cass. com. 15 nov. 1978, Bull. Civ. IV, n° 262 ; D 1979, IR, 130 ; Cass. com. 13 juin 2006, n° 03-16695.

(266) نقض مصري، طعن رقم 510 لسنة 35 قضائية جلسة 1971/1/20 مجموعة الأحكام السنة 21 ص 146.

ولكن قاعدة نسبية أثر العقود ترد عليها بعض الإستثناءات، نعرضها فيما يلي:

### أولاً: الخلف العام والخاص

يسري اتفاق التحكيم، شرطاً كان أم مشاركة، على الخلف العام والخلف الخاص<sup>(267)</sup>. إذ أنه طبقاً للقواعد العامة، فإن اتفاق التحكيم باعتباره عقد، ينصرف أثره كمبدأ عام إلى المتعاقدين والخلف العام، وهم الورثة والموصى لهم بحصة شائعة في التركة، باستثناء الحالة التي يبرم فيها اتفاق التحكيم بهدف الاحتيايل على حقوقهم. كما يسري اتفاق التحكيم على الشخص المعنوي الذي يخلف شخصاً معنوياً آخر في ذمته المالية، كأن تندمج شركة مع شركة أخرى، أو تندمج شركتان وتتشأ شركة جديدة مكانهما؛ ففي الفرض الأول، يسري اتفاق التحكيم بحق الشركة الدامجة، وفي الفرض الثاني يسري هذا الاتفاق بحق الشركة الجديدة. وتطبيقاً لذلك، جاء في القضية التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2005/7/2 أن: "الشركة الدامجة تكون خلفاً عاماً للشركة المندمجة فيها وتحل محلها حلولاً قانونياً فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات في حدود ما اتفق عليه في عقد الاندماج ودون إخلال بحقوق الدائنين وتنتقل إليها حقوق والتزامات الشركة المندمجة فيها. إن اتفاق التحكيم كأى تصرف إرادي آخر ينصرف أثره إلى طرفيه وإلى الخلف العام ويعتبر الخلف العام طرفاً في اتفاق التحكيم الذي أبرمه سلفه"<sup>(268)</sup>.

ويسري اتفاق التحكيم أيضاً بحق الخلف الخاص، الذي يخلف السلف في حق مالي معين. وعليه ينصرف اتفاق التحكيم إلى الدائنين. أما الكفيل، فلا يعد من الغير بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدين الأصلي، وقرار التحكيم الصادر عن هذه العلاقة، يحتج به مباشرة في مواجهة الكفيل<sup>(269)</sup>. كما يفرض قرار التحكيم كذلك على المدين المتضامن<sup>(270)</sup>.

واستناداً لما سبق، فقد جاء في أحد قرارات التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أن: "المبدأ السائد في مجال التجارة الدولية... أن فكرة الطرف في التحكيم لا تعني فقط شخص الموقع على الاتفاق، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص"<sup>(271)</sup>.

(267) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, JCP 2007, I, 168, obs. Seraglini.

(268) الدعوى التحكيمية رقم 408 لسنة 2004، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 2005/7/2، مجلة التحكيم العربي، ص 175.

(269) Cass. com. 22 nov. 1977, Rev. Arb. 1978, 461, ph. Fouchard.

(270) انظر تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30. منشورات مركز عدالة، حيث جاء فيه: "يعتبر المدعى عليهم جميعاً مسؤولون بالتكافل والتضامن بنص القانون وأنه إذا أوفى أحد المدينين المتضامين الدين بكامله برئ الآخرون وحيث أن المدعى عليها شركة التأمين قد التزمت بموجب اتفاق التحكيم بكافة الأضرار التي يقدرها المحكم فعليه يكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بقبول الطلب ورد الدعوى واقفاً في محله".

(271) الدعوى التحكيمية رقم 109 لسنة 1998، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة

### ثانياً: تدخل طرف ثالث في تنفيذ العقد

يجري القضاء الفرنسي على أنه إذا تدخل شخص ثالث في تنفيذ العقد الذي يتضمن شرط التحكيم وكان عالماً بوجود هذا الشرط، فإن شرط التحكيم يسري عندئذ في مواجهته<sup>(272)</sup>. ويطبق هذا الحكم بشكل أساسي على مجموعات الشركات، حيث يمتد أثر شرط التحكيم إلى الأطراف المشاركين مباشرة في تنفيذ العقد، بشأن النزاعات التي يمكن أن تتجم عنه. وقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية أن: "كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط تحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى وذلك كله مع وجوب التحقق من توافر شروط التدخل أو الإدخال في الخصومة التحكيمية وفقاً لطبيعتها الاستثنائية"<sup>(273)</sup>.

ويسير في هذا الاتجاه أيضاً مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حيث جاء في أحد قراراته أنه: "يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم. شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وانتهائه"<sup>(274)</sup>. كما أن شرط التحكيم الوارد في العقد يمتد أثره إلى العقود المتعلقة بذات العملية الاقتصادية<sup>(275)</sup>.

### ثالثاً: الاشتراط لمصلحة الغير

في حال الاشتراط لمصلحة الغير، كان القضاء الفرنسي يعتبر المستفيد شخصاً من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم؛ حيث لم يكن بإمكانه التمسك بشرط التحكيم المبرم بين

1999/3/11، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني يناير 2000، ص 223.

(272) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1991 : Rev. Arb. 1991, p. 453, obs. Mayer ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, Bull. Civ. I, n° 367 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mars 2006, Bull. Civ. I, n° 145 : « L'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat... » ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, D 2007, p. 2077, note Bollée ; D 2008, Pan. 184, obs. Clay ; JCP 2007, II, 10118, note Cohen ; JCP 2007, I, 168, obs. Seraglini ; LPA 10 août 2007, p. 23, note Malan ; RCDIP 2007, 798, Jault-Seske.

(273) نقض مصري، طعن 4729 وطعن رقم 4730 لسنة 72 ق - جلسة 2004/6/22.

(274) الدعوى التحكيمية رقم 109 لسنة 1998، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 1999/3/11، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني يناير 2000، ص 223.

(275) CA Paris, 23 nov. 1999, Rev. Arb. 2000, 501, note Li-Kotovtchikhine ; CA Paris, 21 févr. 2002, RTD com. 2002, 277, obs. Loquin.

المشترط والمتعهد<sup>(276)</sup>. ولكنه عدل عن هذا التوجه، وأصبح اليوم يعتبر أن: "شرط التحكيم المدرج في العقد بين المشترط والمتعهد يمكن التمسك به من قبل أو ضد المستفيد (الشخص الثالث) في الاشتراط لمصلحة الغير"<sup>(277)</sup>.

#### رابعاً: الحوالة

يسري شرط التحكيم بحق الغير الذي أصبح لاحقاً طرفاً في العقد الذي يحكمه شرط التحكيم، بموجب عقد الحوالة. فقد جاء في قرار تحكيم صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أن: "المبدأ السائد في مجال التجارة الدولية... أن فكرة الطرف في التحكيم لا تعني فقط شخص الموقع على الاتفاق، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام أو الخاص، كما في حوالة العقود إذ ترد الحوالة على الشروط المنصوص عليها في العقد..."<sup>(278)</sup>. فحوالة العقد، تتمثل في تحويل حقوق والتزامات أحد الأطراف إلى شخص ثالث من الغير، وهنا ينتقل شرط التحكيم الوارد في العقد إلى المحال له في حدود الحقوق والتزامات التي تم تحويلها والمشمولة بشرط التحكيم، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الحوالة، والتي تقضي بانتقال الحق والالتزام لشخص ثالث بما له وما عليه. ويترتب على ذلك أنه يحق لكل من المحال له والمحال عليه أن يثيرا كل منهما في مواجهة الآخر، كافة الدفع التي كان يمكن إثارتها في مواجهة المحيل لو لم تتم الحوالة<sup>(279)</sup>.

وقد أصدر القضاء الفرنسي العديد من القرارات القضائية حول مدى امتداد شرط التحكيم في عقد الحوالة؛ حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أن الدين إذا كان محكوماً بشرط تحكيم، فإن انتقال هذا الدين بموجب حوالة دين، يؤدي إلى انتقال شرط التحكيم تبعاً لانتقال الدين<sup>(280)</sup>.

(276) Cass. com. 4 juin 1985, RTD civ. 1986, p. 593, obs. Mestre ; Rev. arb. 1987, 139, note Goutal; Defrénois 1986, 788, obs. Aubert.

(277) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, D 2006, Pan. 3028, obs. Clay ; RTD com. 2006, 773, obs. Loquin ; Rev. Arb. 2006, p. 969, note Larroumet.

(278) الدعوى التحكيمية رقم 109 لسنة 1998، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مشار إليه سابقاً.

(279) استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، رقم 2004/763، بتاريخ 2004/4/29، المجلة اللبنانية عدد 30، ص 39؛ تمييز دبي، طعن 167، بتاريخ 2002/6/2، عدد 13، ص 486. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم الاعتداد بعقد البيع المحال من الطاعن "المشتري" للمطعون عليه الأول "المحال له" لأن الأخير لم يكن طرفاً فيه ولم تتم حوالتة إليه طبقاً للقانون فإن أثره في جميع ما تضمنه - بما في ذلك شرط التحكيم - لا يتعدى طرفي هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون عليه الأول في خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن وذلك تأسيساً على عدم نفاذ الحوالة، وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة وبعدم سريان شرط التحكيم على هذه المنازعة فإنه يكون قد انتهى صحيحاً في القانون: نقض مصري، الطعن رقم 289 لسنة 30 ق جلسة 11/1/1966. مجموعة الأحكام، المكتب الفني، السنة 17 ص 65.

(280) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, RTD com. 2002, p. 279, obs. Loquin ; Cass. 2<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2001, RTD com. 2002, p. 279, obs. Loquin ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, D 2008, p. 184, obs. Clay.

وكان يطبق هذا الحكم على التحكيم الدولي، انظر بهذا الخصوص:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, Bull. Civ. I, n° 1 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 2000, JCP G 2001, II, 10570, note Ammar.

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تحصر نطاق تطبيق هذه القاعدة على الحوالة في سلسلة العقود المتماثلة فقط بالنسبة لشرط التحكيم الدولي مع تحفظ وهو "دليل الجهل" (ignorance raisonnaable) بوجود هذا الشرط من قبل المحال إليه<sup>(281)</sup>، ولكن المحكمة رجعت عن هذا التوجه، وأصبحت ترى اليوم "أنه في إطار سلسلة العقود الناقلة للملكية، ينتقل شرط التحكيم تلقائياً باعتباره تابعا للحق في رفع الدعوى، حيث يعتبر هذا الشرط تابعا للحق الموضوعي الذي تم نقله دون النظر إلى طبيعة هذه السلسلة من العقود..."<sup>(282)</sup>. أما في سلسلة العقود غير الناقلة للملكية، فإن شرط التحكيم لا يسري كمبدأ عام في حق المستخدم النهائي للسلعة.

وتشمل الحوالة توابع الحق المحال به، فشرط التحكيم الوارد في عقد الحوالة بين المحيل والمحال عليه، ينتقل إلى المحال له<sup>(283)</sup>. حيث ينتقل شرط التحكيم مع الحق المحال به (موضوع الحوالة)، أي ذات الحق الذي كان موجودا بين المحيل والمدين المحال عليه<sup>(284)</sup>. أما إذا لم يكن بالإمكان الاحتجاج بشرط التحكيم تجاه المحيل، فإنه لا يحتج به أيضا في مواجهة المحال له، ولا في مواجهة شركة التأمين التي حلت في المطالبة بالحق محل الحوالة<sup>(285)</sup>.

#### خامسا: التجديد

إن التجديد لا يمنع كقاعدة عامة شرط التحكيم الوارد في العقد من ترتيب آثاره<sup>(286)</sup>، سواء كان التجديد بتغيير محل العقد الأصلي، حيث تنقضي الالتزامات القديمة وتحل مكانها التزامات جديدة، أو كان بتغيير الأطراف<sup>(287)</sup>، سواء كان بتغيير الدائن أو المدين<sup>(288)</sup>.

وتسير محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه، وترى أن تجديد العقد المشتمل على شرط تحكيم لا يمنع من تطبيق هذا الشرط، وذلك بقولها أن: "التجديد - على إفتراض أنه تم - لا يمكن أن يؤدي إلى عدم فاعلية شرط التحكيم المدرج في العقد"<sup>(289)</sup>. ويعود تبرير ذلك إلى أن شرط التحكيم لا يعتبر التزاما موضوعيا، إنما اتفاقا إجرائيا لا يتأثر بالتجديد.

(281) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 2001, JCP G 2001, II, 10567, note Legros ; RTD com. 2001, p. 413, obs. Loquin, et p. 754, obs. Bouloc.

(282) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 mars 2007, D. 2007, p. 2077, note Bollée ; D. 2008, p. 184, obs. Clay ; JCP G 2007, II, 10118, note Cohen ; D 2007, AJ, 1086, obs. Delpech.

(283) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2001, D 2002, IR, 251 ; RTD com. 2002, com. 47, note Groze ; CA Paris, 10 sept. 2003, Rev. arb. 2004, 623, note Aynès ; Gaz. Pal. 21-22 mai, 2004, p. 12.

(284) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, IR, 31 ; JCP 1999, IV, 1279 ; RCDIP 1999, 536, obs. Pataut.

(285) Cass. com. 8 oct. 2003, Rev. Arb. 77, note Cachard.

(286) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1988, D. 1988, IR, 145 ; Rev. Arb. 1989, 639, note Jarrosson.

(287) Cass. com. 25 nov 2008, Bull. Civ. IV, n° 197.

(288) Cass. com. 22 mai 2001, Rev. Arb. 2002, 146, note Ancel.

(289) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1988, Rev. Arb. 1988, p. 639, note Jarrosson.



## سادسا: الشركاء

إذا وجد شرط تحكيم في عقد الشركة الأساسي أو في نظامها الداخلي أو في اتفاق خاص بشأن المنازعات المتعلقة بالشركة (بين الشركاء أنفسهم أو بين الشركة والغير)، فإن هذا الشرط يسري بحق باقي الشركاء حتى لو لم يوقعوا عليه، كما يسري هذا الشرط بحق المساهمين المستقبليين أو الجدد.

ويسري اتفاق التحكيم بين الشركاء بصفتهم شركاء في الشركة وليس بصفتهم الشخصية، وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية: "ينحصر أثر اتفاق التحكيم بين الأطراف أنفسهم بصفتهم المبينة في اتفاق التحكيم. فإذا كان أحد الأطراف هو شريك موصي في إحدى الشركات، وتم الاتفاق على حسم النزاعات المتعلقة بالشركة وتصفيته، فإن هذا الاتفاق على التحكيم لا يسري بحق الشريك بصفته الشخصية، إنما بصفته كشريك متضامن في الشركة"<sup>(290)</sup>.

## الفرع الثالث: آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع (الطلبات العارضة)

التحكيم نظام قضائي خاص، يقوم على اتفاق التحكيم، وتتحدد مهمة المحكم بالطلبات التي اتفق الأطراف على إحالتها للتحكيم<sup>(291)</sup>، وينطبق هذا الأمر على التحكيم بالقانون وعلى التحكيم بالصلح أيضا. ويلتزم المحكم في جميع الأحوال بحدود مهمته وبحدود الطلبات والمسائل التي اتفق الأطراف على عرضها على المحكم دون سواها<sup>(292)</sup>، ولا يستطيع المحكم تعديل مهمته المحددة بدقة في اتفاق التحكيم<sup>(293)</sup>. وبهذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كان الطرفان قد حددا في مشاركة التحكيم موضوع النزاع القائم بينهما بشأن تنفيذ عقد مقاوله ونصا على تحكيم المحكم لحسم النزاع وحددا مأموريته بمعايينة الأعمال التي قام بها المقاول لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات والأصول الفنية من عدمه وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال كما نصا في المشاركة إلى تفويض المحكم في الحكم والصلح وكان ذلك التفويض بصيغة عامة لا تخصيص فيها فإن المحكم إذ أصدر حكمه في الخلاف وحدد في منطوقه ما يستحقه المقاول عن الأعمال التي قام بها جميعا حتى تاريخ الحكم بمبلغ معين فإنه لا يكون قد خرج عن حدود المشاركة أو قضى بغير ما طلبه الخصوم"<sup>(294)</sup>.

غير أن المحكم يستطيع بعد قبول مهمته التي يستمدتها من اتفاق التحكيم أن يقبل الطلبات الإضافية (الملحقة) التي يتقدم بها أحد الأطراف، ما دام أن موضوع الطلب يدخل ضمن نطاق اتفاق التحكيم، وأن هذا الطلب الإضافي يرتبط برابطة كافية بالطلبات الأصلية المعروضة على هيئة

(290) تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1249، بتاريخ 2007/10/29، مركز عدالة.

(291) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 juin 1997, Rev. Arb. 1998, 417, obs. Kiffer.

(292) CA Paris, 14 déc. 2000, Rev. Arb. 2001, 806, obs. Derains.

(293) CA Montpellier, 12 déc. 2000, Gaz. Pal. 2002, somm. 752.

(294) نقض مصري، الطعن رقم 586 لسنة 30 ق جلسة 1961/11/30 مجموعة الأحكام س 12 ص 730.

التحكيم. وتقول في ذلك محكمة النقض الفرنسية: "عندما يستمد المحكم مهمته من شرط التحكيم، فيمكنه الطلب من أحد الأطراف تقديم طلبات إضافية ما دامت تدخل في موضوعها ضمن نطاق شرط التحكيم، وكان هذا الطلب يرتبط برابطة كافية بالطلبات الأصلية للأطراف الخاضعة للتحكيم"<sup>(295)</sup>. وتطبيقاً لذلك أيضاً، قضت محكمة التمييز الأردنية أن: "...القول بأن الادعاء بينهما في الدعوى أساسه سند تعهد وأن شرط التحكيم لا يشمل مثل هذا القول لا يعتد به لأن النزاع بشأن هذا السند ناشئ عن الاتفاقية الأصلية سالفة الذكر وأن أي خلاف ناشئ عنها يكون مشمولاً بالتحكيم"<sup>(296)</sup>. وقضت ذات المحكمة في قرار آخر أنه: "إذا كان حساب المستدعية يتعلق بعمليات تداول الأسهم وحيث أن تعهد المستدعي الثاني هو تعهد بسداد حساب المستدعية فإن هذا الالتزام هو التزام تابع وأن القاعدة تقضي أن التابع هو تابع ولا يفرد بالحكم..."<sup>(297)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن الطلب الإضافي يجب أن يكون طلباً موضوعياً متعلقاً بالنزاع المعروض على هيئة التحكيم؛ وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أن الطلب العارض "الذي يقبل من المدعي بغير إذن المحكمة هو الطلب الذي يتناول بالتقييد أو الزيادة أو الإضافة ذات النزاع من وجهة موضوعية مع بقاء السبب على حالة أو تغيير السبب مع بقاء الموضوع"<sup>(298)</sup>، ومثال ذلك لو حصل تغيير في موضوع العقد الخاضع للتحكيم بالزيادة أو النقصان؛ كما لو أصدر المهندس المشرف في عقد الإنشاءات أمراً بإجراء تغييرات في البناء بالزيادة أو النقصان، فيعتبر هذا التغيير جزءاً من العقد الأصلي وبالتالي يسري عليه اتفاق التحكيم. وفي جميع الأحوال، يجب أن يقدم الطلب الإضافي من أحد أطراف اتفاق التحكيم، وهو أمر يفرضه الطابع الاتفاقي للتحكيم، وأن يقدم هذا الطلب خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم وقبل إقفال باب المرافعة.

في المقابل، فإن المحكم الذي يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، لا يستطيع قبول طلبات إضافية من أحد الخصوم ما دام أن موضوع الطلب الإضافي لا يدخل ضمن نطاق اتفاق التحكيم<sup>(299)</sup>، فمثلاً الطلب المتعلق بالمسؤولية التقصيرية للشركة لا يكيف على أنه طلب

(295) Cass. 2e civ., 8 avr. 1999, D 1999, IR, 133 ; JCP 1999, II, 10136, note Viandier ; Procédures 1999, comm. 146, note Perrot.

(296) تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30. منشورات مركز عدالة.

(297) تمييز حقوق أردني، رقم 3348/2007، بتاريخ 2008/9/3. منشورات مركز عدالة.

(298) نقض مصري، الطعن 235 لسنة 72 ق جلسة 2006/5/22.

(299) وفي هذا السياق، قضت محكمة النقض المصرية: "لما كان طلب المدعي عليه المقاصة القضائية في صورة طلب عارض هو دعوى - وليس دفعا موضوعيا - فإن اللجوء إلى هذا الطريق لا يمنع من إعمال شرط التحكيم عند الدفع بوجوده، ولما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أن طلب إجراء المقاصة القضائية بمثابة دفاع ورد على الدعوى الأصلية وليس دعوى أصلية فلا يجدي اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالة وفقا للبند الوارد بالعقد فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون مما حجب عنه التعرض لموضوع الدفع": نقض مصري، طعن رقم 2608 لسنة 67 قضائية، جلسة 1999/3/22.



إضافي له نفس موضوع النزاع الأصلي الذي يستند إلى عقد، إنما له موضوع مختلف<sup>(300)</sup>. فالمسؤولية التقصيرية تحتاج في هذه الحالة إلى اتفاق تحكيم جديد بين الأطراف حتى يمكن حسمها بطريق التحكيم.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أيضا، أن وسائل الدفاع والدفع والشكلية أو الدفع بعدم القبول، لا تعد طلبات إضافية.

وفي جميع الأحوال، إذا وجد المحكم أن موضوع الطلب الإضافي، لا يدخل ضمن نطاق مهمته، ولكن الفصل فيه لازم للفصل في النزاع المعروض عليه، فيجب عليه أن يوقف الإجراءات انتظارا لصدور حكم قضائي بات من المحكمة المختصة بشأن هذا الطلب<sup>(301)</sup>. أما القاضي، فلا يجوز له في هذه الحالة أن ينهي إجراءات التحكيم أو التدخل في خصومة التحكيم<sup>(302)</sup>.

## المطلب الثاني: انقضاء اتفاق التحكيم

تتعدد الحالات التي ينقضي فيها اتفاق التحكيم، ومن هذه الحالات: البطلان والفسخ والانفساخ والتنازل والسقوط وتسوية النزاع وغيرها من الحالات.

### الفرع الأول: بطلان اتفاق التحكيم

إذا تخلف أحد شروط صحة اتفاق التحكيم (الرضا، المحل، السبب، انعدام الأهلية، أو مخالفة النظام العام، أو كانت المسألة غير قابلة للتحكيم، أو كانت المشاركة لا تتضمن تحديدا لموضوع النزاع، أو تخلف شرط الكتابة بالنسبة للقوانين التي تعتبر الكتابة شرطا لانعقاد اتفاق التحكيم)، فإن هذا الاتفاق يكون باطلا. ويطبق ذات الحكم إذا كان اتفاق التحكيم غامضا أو مشوبا بالجهالة الفاحشة ولم يكن ممكنا التعرف على حقيقة ما قصده الأطراف.

أما بطلان العقد الأصلي المدرج به شرط التحكيم، فلا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم تطبيقا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بحيث أن عدم صحة العقد الأصلي لا تمنع إعمال شرط التحكيم. بالتالي يبقى المحكم كمبدأ عام مختصا بالفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي. ويطبق نفس الحكم على فسخ العقد، حيث يحتفظ الأطراف بحقهم في عرض النزاع على التحكيم حتى بالنسبة للمنازعات الناشئة عن فسخ العقد الأصلي.

وقد يكون بطلان اتفاق التحكيم جزئيا، كأن يشتمل هذا الاتفاق على شقين أحدهما باطل

(300) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, D 2007, AJ, 1024 ; D 2008, Pan. 185, obs. Clay ; JCP 2007, p. 8, obs. Ortscheidt ; LPA, 26 sept. 2007, p. 8, note Betto.

(301) CA Reims, 21 Févr. 2001, Gaz. Pal. 2002, somm. 752.

(302) CA Paris, 18 nov. 1987, Rev. Arb. 1988, 657, note Fouchard.

والآخر صحيح، فإذا أمكن فصل الجزئين عن بعضهما، فيبطل الشق الباطل ويبقى الشق الصحيح؛ كالاتفاق على التحكيم بشأن مجموعة مسائل، بعضها قابل للتحكيم وبعضها الآخر لا يقبل التحكيم؛ عندها يكون الجزء القابل للتحكيم صحيحا، ويبطل الجزء الآخر. وكذلك الأمر لو تم الاتفاق على التحكيم بالقانون وعلى التحكيم بالصلح في آن واحد؛ عندها يبطل الاتفاق على التحكيم بالصلح ويبقى التحكيم بالقانون باعتبار أن هذا الأخير هو الأصل. أما إذا كان اتفاق التحكيم غير قابل للتجزئة وكان جزء منه باطلا والجزء الآخر صحيح، فيبطل اتفاق التحكيم بأكمله.

كما يمكن إبطال اتفاق التحكيم إذا كانت إرادة أحد أطرافه مشوبة بأحد عيوب الرضا، أو كان أحدهم عند إبرام اتفاق التحكيم ناقص الأهلية أو محجورا عليه ولم ترد عليه الإجازة.

### الفرع الثاني: فسخ اتفاق التحكيم والتنازل عنه

إذا انعقد اتفاق التحكيم صحيحا، فإنه يولد قوة ملزمة تجاه أطرافه، ولكن مع ذلك يحق للأطراف فسخه والرجوع عنه بإرادتهم المشتركة عن طريق الإقالة، عندها يسقط اتفاق التحكيم ويرد الاختصاص للقضاء العادي. وقد تكون الإقالة صريحة أو ضمنية<sup>(303)</sup>؛ فلجوء أحد الأطراف إلى المحكمة المختصة ودخول الطرف الآخر في مناقشة الموضوع يعني تنازلا ضمنيا من جانبه عن التمسك باتفاق التحكيم، إذ يجب عليه التمسك بالدفع بالتحكيم قبل الدخول بالاساس<sup>(304)</sup>، وإلا أعتبرت المحكمة العادية مختصة بنظر النزاع<sup>(305)</sup>. ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة أن تمتنع عن نظر النزاع من تلقاء نفسها؛ لأن الدفع بالتحكيم لا يعد كقاعدة عامة من النظام العام إنما حق للخصوم<sup>(306)</sup>. في المقابل، لا يعتبر إقالة لاتفاق التحكيم أو تنازلا عنه، لجوء أحد الأطراف أو كليهما إلى قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية قبل تشكيل هيئة التحكيم<sup>(307)</sup>؛ لأن القضاء العادي هو المختص كقاعدة عامة بإتخاذ تلك الإجراءات. كما ترى محكمة النقض الفرنسية أن تقديم أحد الأطراف طلبا إلى القضاء العادي

(303) انظر في هذا الصدد، محكمة استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 72 لسنة 117 ق تحكيم، جلسة 2002/1/8، حيث جاء فيه أن: "التحكيم باعتباره مسارا اتفاقيا لحسم المنازعات... فهو دائما يبدأ باتفاق الأطراف على الالتجاء إليه، سواء تم الاتفاق على التحكيم قبل وقوع النزاع أو بعد وقوعه، هذا الاتفاق ككل اتفاق يخضع أساسا لأحكام الاتفاق في النظرية العامة للقانون المدني، والتي تقضي بأن الأصل في العقود أن تكون لازمة، بمعنى عدم إنفراد أحد العاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، فإنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وكما قد يتم التعديل بإيجاب وقبول صريحين، يصح أن يكون ضمنيا".

(304) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2001, Bull. Civ. II, n° 168 ; Rev. arb. 2002, p. 371, note Théry ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, n° 06-10652.

(305) CA Paris, 12 janv. 1988, Rev. Arb. 1988 ; p. 691, note Zollinger.

(306) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, D 2006, IR, 1769.

(307) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mars 2002, Bull. Civ. II, n° 3.

لاتخاذ إجراء تحفظي، لا يعتبر رجوعاً مؤكداً وجازماً عن اتفاق التحكيم<sup>(308)</sup>؛ وكذلك الحال لو اتفق الأطراف على سلوك طريق التوفيق<sup>(309)</sup>.

ولا يشترط في إقالة اتفاق التحكيم احترام شكلية معينة، إنما يشترط أن تكون هذه الإقالة أو التنازل مؤكداً وأن تدل العبارات المستخدمة بوضوح على نية الأطراف بإقالة اتفاق التحكيم أو التنازل عنه<sup>(310)</sup>، وأن تأتي الإقالة من جميع الأطراف<sup>(311)</sup>.

ويثور التساؤل في هذا الصدد، بشأن الحالة التي يتعدد فيها أطراف اتفاق التحكيم، ويقوم فيها أحد الأطراف برفع دعوى أمام المحكمة المختصة ضد الأطراف الآخرين وكانت الدعوى تتعلق بنزاع يدخل ضمن اتفاق التحكيم، وتمسك بعضهم بوجود اتفاق التحكيم ولم يتمسك به البعض الآخر، بل يردون في موضوع الدعوى، فهل يسقط اتفاق التحكيم بالنسبة لبعضهم ويبقى بالنسبة للآخرين؟

في الرد على هذا السؤال، يرى البعض أنه يجب رفض السير في الدعوى القضائية إلى حين البت في الدعوى التحكيمية حتى يكون هناك انسجام بين الأحكام وعدم تعارضها مع بعضها<sup>(312)</sup>.

وإذا كان اتفاق التحكيم قد وضع لمصلحة أحد الطرفين دون الآخر، فيجوز له التنازل عنه صراحة أو ضمناً. ويملك الوكيل بالخصومة صلاحية التنازل عن اتفاق التحكيم ولو ضمناً، دون حاجة إلى توكيل خاص<sup>(313)</sup>.

وقد تكون الإقالة أو التنازل جزئياً، فإذا كان هناك دعويان قضائيتان تتعلقان بذات العقد المتضمن شرط التحكيم، وتمت الإقالة في أحدهما، أو تنازل المدعي عن التحكيم في أحدهما، فإن هذه الإقالة أو التنازل لا يشمل الدعوى الأخرى، ويحق التمسك باتفاق التحكيم بالنسبة للدعوى التي لم تتم فيها الإقالة أو لم يتم التنازل في فيها عن اتفاق التحكيم بشأن موضوع النزاع المطروح على المحكمة<sup>(314)</sup>.

### الفرع الثالث: سقوط اتفاق التحكيم لعدم إمكانية إعماله

يسقط اتفاق التحكيم لإستحالة تنفيذ اتفاق التحكيم ابتداءً كإحالة إلى مؤسسة تحكيم لا تعمل أصلاً بالتحكيم، أو الاتفاق على محكم بالاسم وكان هذا الشخص متوفياً، أو الاتفاق على

(308) Cass. com. 4 oct. 2005, Bull. Civ. IV, n° 204.

(309) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2003, Bull. Civ. I, n° 21.

(310) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 255، ص 195.

(311) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, Bull. Civ. I, n° 283.

(312) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 259/1، ص 198 و199.

(313) تمييز دبي، طعن 144 و 171، 2002/5/18، عدد 13، ص 398.

(314) تمييز بحرين، طعن 222، 1999/2/21، السنة 10، ص 93.

محكم منفرد وعند ثوران النزاع يكون هذا الشخص قد توفي، أو الاتفاق على مؤسسة تحكيم حصرا، ولكن عند وقوع النزاع، تكون هذه المؤسسة قد انقضت شخصيتها المعنوية بالتصفية، ففي مثل هذه الحالات يستحيل تنفيذ اتفاق التحكيم فيؤدي إلى سقوطه. إلا أن محكمة النقض الفرنسية تفرق بين الحالة التي يكون فيها المحكم محل اعتبار لدى الأطراف من عدمه، حيث أنها تعتبر اتفاق التحكيم لاغيا عند وفاة المحكم البعين من قبل الأطراف في العقد الأصلي، إذا كانت شخصية المحكم محل اعتبار لدى الأطراف<sup>(315)</sup>، أما إذا لم تكن شخصية المحكم محل اعتبار لدى هؤلاء، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا منتجا لآثاره، مما يتعين معه تعيين محكم جديد. ولكننا نرى أن ذلك يؤدي في جميع الحالات إلى سقوط اتفاق التحكيم إذا كان معينا بالإسم لأن ذلك يشير من جهة إلى أن المحكم هو محل اعتبار، ولأن تعيين المحكم بالإسم فإن وفاته تؤدي إلى سقوط اتفاق التحكيم لعدم إمكانية إعماله، إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك.

ويسقط اتفاق التحكيم أيضا، إذا حدد الأطراف مدة معينة يجوز خلالها اللجوء إلى التحكيم، مدة ستة أشهر مثلا، فإذا لم يتم اللجوء إلى التحكيم خلالها، فإن اتفاق التحكيم يسقط بانقضاء تلك المدة.

كما يسقط اتفاق التحكيم إذا تمت تسوية النزاع كلياً، على أساس أن المقصود من اتفاق التحكيم هو حسم ذات النزاع الذي تمت تسويته، عندها ينتفي الغرض من اللجوء إلى التحكيم. أما إذا تمت تسوية النزاع جزئياً أو أن اتفاق التحكيم كان يشتمل على أكثر من نزاع، فإن اتفاق التحكيم عندها يسقط فقط بالنسبة للجزء الذي تمت تسويته، ويبقى صحيحا منتجا لآثاره بالنسبة للمنازعات التي لم تتم تسويتها، ما دامت تقبل التجزئة.

كما أن بعض الدول تأخذ بسقوط اتفاق التحكيم عندما يصدر قرار التحكيم النهائي، ولكن القضاء يبطل هذا القرار استنادا لأحد أسباب الطعن بالبطلان المحددة على سبيل الحصر. وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة تمييز دبي، حيث قضت بأنه يترتب على بطلان حكم التحكيم ولو لسبب في الشكل، عدم جواز طرح ذات النزاع مرة أخرى أمام ذات المحكم أو محكم آخر، إلا بموجب اتفاق تحكيم جديد بين الأطراف، وعندئذ يتم اللجوء إلى القضاء لزوال السبب الذي حجب ولاية المحاكم عن نظر الدعوى، ما يعني سقوط اتفاق التحكيم نتيجة إبطال حكم التحكيم، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى وقوع الأطراف في حلقة مفرغة، فصدور الحكم وإبطاله، يعني العودة ثانية إلى التحكيم استنادا لذات الاتفاق، فإذا تم إبطال الحكم للمرة الثانية، تعود مرة أخرى للتحكيم، وهكذا إلى ما لا نهاية، فمن الطبيعي إذن تقرير سقوط اتفاق التحكيم في مثل هذه الأحوال<sup>(316)</sup>. وقد أخذت بهذا التوجه المادة (51) من

(315) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 mai 1973, Rev. Arb. 1974, p. 102.

(316) تمييز دبي، طعن 502، 2003/3/22، عدد 14، ص 331. نقلا عن حمزة حداد، بنود 266 و 267، ص 202 و 203.

قانون التحكيم الأردني لعام 2001 والتي تنص على أن بطلان حكم التحكيم يؤدي إلى سقوط اتفاق التحكيم، ويؤيد الدكتور حمزة حداد هذا التوجه<sup>(317)</sup>، ولكنه يفرق بين فرضين: الأول، إذا تم طرح كافة المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم على التحكيم، عندها يسقط اتفاق التحكيم كاملا إذا بطل حكم التحكيم. الثاني، إذا طرح الأطراف جزءا من المنازعات المشمولة باتفاق التحكيم على التحكيم دون الجزء الآخر، فسقط اتفاق التحكيم بالنسبة لما تم عرضه فقط على التحكيم، ويبقى صحيحا بالنسبة للجزء الباقي. ولكننا وفي جميع الأحوال لا نتفق مع هذا الرأي على إطلاقه إنما يتم النظر إلى سبب بطلان قرار التحكيم، فإذا كان سبب البطلان يتعلق بمسألة تتعلق بالنظام العام كعدم قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم، أو لعدم توافر شروط صحة اتفاق التحكيم، فإن ذلك يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم وليس سقوطه، وإذا كان سبب بطلان قرار التحكيم يتعلق بعدم مراعاة مسألة إجرائية أثرت في الحكم أو تعلق الأمر بصدور قرار التحكيم على نحو مخالف للقانون، فإننا لا نرى مبررا لتقرير سقوط اتفاق التحكيم، خصوصا إذا تعلق الأمر بمنازعات التجارة الدولية، على أساس أن التحكيم يعد السبيل العادي والطبيعي لحسم المنازعات المتعلقة بها. صحيح أن الأطراف يمكنهم مرة أخرى الاتفاق على التحكيم بموجب مشاركة تحكيم لحل ذات النزاع، ولكن مثل هذا الاتفاق قد يكون صعبا من الناحية العملية نظرا لثوران النزاع بين الأطراف، فالاتفاق على التحكيم يكون أسهل قبل ثوران النزاع، أي بموجب شرط تحكيم، أكثر من الاتفاق على التحكيم بعد ثوران النزاع بين الأطراف.

أما بالنسبة لمدة التحكيم، فيمكن أن يحدد الأطراف المدة التي يجب أن يصدر قرار التحكيم خلالها، وإلا فإن القانون هو الذي يحددها. وقرار التحكيم الصادر بعد انقضاء المدة يعد باطلا<sup>(318)</sup>. ويقرر القضاء الفرنسي أنه إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال المدة المحددة، فإن شرط التحكيم لا يفقد فاعليته، إنما يمكن للأطراف، حتى بعد انقضاء المدة، الاستمرار في إجراءات التحكيم، إلا إذا تبين أن إرادتهم قد اتجهت إلى الرجوع عن شرط التحكيم<sup>(319)</sup>.

أما القوة القاهرة، فلا تؤدي إلى سقوط اتفاق التحكيم، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "قيام القوة القاهرة ليس من شأنه إهدار شرط أو مشاركة التحكيم وإنما كل ما يترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعادا محددًا"<sup>(320)</sup>.

وإذا سقط اتفاق التحكيم أو بطل لأي سبب كان، فلا يؤدي ذلك إلى سقوط الحق موضوع النزاع، إنما يختص القضاء العادي بالفصل فيه.

(317) حمزة حداد، المرجع السابق، بند 269، ص 204.

(318) Cass. civ. 7 nov. 2002, n° 01-1035.

(319) Cass. 2° civ., 18 févr. 1999, n° 97-12770.

(320) نقض مدني مصري، الطعن رقم 406 لسنة 30 ق جلسة 17/6/1965، مجموعة الأحكام ص 16، ص 778.

## المبحث الثالث: استقلال اتفاق التحكيم

التحكيم سواء كان دولياً أو داخلياً، يقوم على اتفاق؛ ويأتي في العادة على شكل شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، يقضي بحسم جميع أو بعض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام أو تفسير أو تنفيذ هذا العقد عن طريق التحكيم. وقد يأتي في حالات قليلة على شكل مشاركة تحكيم، بحيث يتفق الأطراف بعد نشوء النزاع على حسمه عن طريق التحكيم.

غير أن هذا الطابع الاتفاقي للتحكيم، قد يثير بعض الإشكاليات المتعلقة بصحة العقد الأصلي أو بصحة اتفاق التحكيم؛ فقد يلحق بأحدهما أو كليهما عيب أو سبب يستدعي بطلانه أو فسخه أو انقضائه. فالسؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، ما مصير اتفاق التحكيم في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي المدرج به اتفاق التحكيم أو المرتبط به؟ فلو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضاً لأي سبب كان، فهل يمتد أثر هذا البطلان أو الفسخ أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم أيضاً، بحيث يصبح هذا الاتفاق بدوره باطلاً أو مفسوخاً أو منقضاً تبعاً للعقد الأصلي؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي الإجابة على سؤال آخر على درجة كبيرة من الأهمية، وتتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق أو على الأقل تحديد القاعدة القانونية التي يمكن إعمالها لتحديد درجة الارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، والتي من شأنها تقرير تبعية أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير؟

يعبر الفقه والقضاء عن هذه الإشكالية باسم "استقلال اتفاق التحكيم" أو "مبدأ أو قاعدة استقلال اتفاق التحكيم"<sup>(321)</sup>. ويميز الفقه بين معنيين لتلك القاعدة: معنى تقليدي تأخذ به معظم الأنظمة القانونية، ويتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وبتناوله في مطلب أول، ومعنى حديث لم يترسخ كقاعدة عامة حتى الآن، ويتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني وبتناوله في مطلب ثان.

### المطلب الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يتمثل الوجه الأول لقاعدة الاستقلال، في عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي<sup>(322)</sup>؛ فإذا بطل العقد الأصلي أو فسخ أو انقضى، فلا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم

(321) تستخدم القوانين والفقه والقضاء العربي مصطلح "الاستقلال" للتعبير عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، في المقابل توجد عدة مصطلحات يستخدمها الفرنسيون للتعبير عن قاعدة الاستقلال: فالقانون الفرنسي والفقه والقضاء يستخدمون في العادة مصطلح Autonomie، ولكن الفقيه Mayer يستخدم مصطلح Séparabi-lité بمعنى الانفصال، ويستخدم الفقيه Motulsky مصطلح Indépendance بمعنى الاستقلال؛ فاستخدام المصطلحين الأخيرين جاء بهدف الإشارة إلى أنه على الرغم من إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن هناك حالات يتعلق فيها مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي.

(322) J. Robert, L'arbitrage : droit interne, droit international privé, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz 1993, spéc. p. 250 et s.

الذي يبقى صحيحاً منتجا لآثاره رغم انقضاء العقد الأصلي؛ ما يعني احتفاظ هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود وصحة وانقضاء العقد الأصلي، استناداً إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ما دام هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته.

وعليه، سنقوم بدراسة كيفية ترسيخ هذه القاعدة في عدد من الأنظمة القانونية، وتحديد نطاق تطبيقها، وبيان القيود الواردة، نعرضها على التوالي.

### الفرع الأول: ترسيخ قاعدة الاستقلال

لاقت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي رواجاً عاماً على نطاق جميع الأنظمة القانونية؛ فمعظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والقوانين الوطنية وقواعد وأنظمة التحكيم لغرف ومراكز التحكيم الدائمة، قامت بترسيخها كقاعدة إما بصورة صريحة أو ضمنية. وعليه، سنقوم بدراسة مسألة الاعتراف بتلك القاعدة، وعرض مبررات وجودها على التوالي.

أولاً: تأكيد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في التشريع والقضاء اعترف بقاعدة الاستقلال، القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) لعام 1985، وذلك بنصه في المادة (16/1) على أنه: "1- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض، ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وقد سار من قبله في ذات الاتجاه، نظام التحكيم وفقاً لقواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (CNUDCI) لعام 1976 (قواعد الأونسترال)، حيث نصت المادة (21/الفقرة 1) على أن: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في أية منازعة تثور حول اختصاصها ولو تعلقت المسألة بوجود أو صحة شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي أو شرط التحكيم المقرر في اتفاق مستقل". وأضافت الفقرة (2) من نفس المادة: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي الذي يكون شرط التحكيم الوارد به جزءاً لا يتجزأ منه... تنظر إلى هذا الشرط باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن النصوص الأخرى لذلك العقد".

ولم تبتعد معظم القوانين العربية عن النهج السابق، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال<sup>(323)</sup>، ومن بينها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 الذي رسخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المادة (5/5) منه، حيث جاء فيها: "5- يعتبر شرط التحكيم

(323) من هذه القوانين: قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المادة (23)، قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المادة (22)، قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 المادة (16)، قانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 1994 المادة (16/1)، قانون التحكيم التونسي 42 لسنة 1993 المادة (62/1)، وقانون التحكيم العماني رقم 47 لسنة 1997 المادة (23).

اتفاقا مستقلا ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه". وقد سارت على هذا النحو أيضا العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال<sup>(324)</sup>.

وقد لعب القضاء في معظم الدول دورا فاعلا في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتحديد إطارها القانوني، وذلك قبل ترسيخها كقاعدة قانونية في معظم التشريعات. فقد اعترف القضاء الإنجليزي بقاعدة الاستقلال في عدة أحكام<sup>(325)</sup>، وذلك قبل أن تصبح قاعدة قانونية<sup>(326)</sup>، كان أهمها، الحكم الصادر عن مجلس اللوردات في العام 1970، بشأن عقد كان يخضع للقانون البريطاني، واتفاق تحكيم كان يقضي بإجراء التحكيم في اسكوتلندا<sup>(327)</sup>. وفي الولايات المتحدة الأمريكية، قامت المحكمة العليا للولايات المتحدة بترسيخ قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية Lawrence عام 1959<sup>(328)</sup>، وفي قضية Prima Paint الصادرة عام 1967<sup>(329)</sup>. وهو ذات الإتجاه الذي سار فيه القضاء في العديد من الدول، كما في: استراليا<sup>(330)</sup> والسويد<sup>(331)</sup> وإيطاليا<sup>(332)</sup> وألمانيا<sup>(333)</sup> واليابان<sup>(334)</sup>.

(324) ومنها: المادة (5) من قواعد مركز دبي؛ والمادة (21/2) من القواعد المطبقة أمام مركز القاهرة؛ والمادة (21/1) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985؛ والمادة (21/2) من قواعد التحكيم الأونسترال لعام 1976. أما المادة (6/4) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس فقد اعترفت ضمنا بقاعدة الاستقلال انطلاقا من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بنصها على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم. ويظل مختصا حتى في حال انعدام أو بطلان العقد ليقوم بتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه ونتائج".

(325) See Heyman v. Darwins Ltd. (1942) A.C. 356; Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan (1978) 2 Lloyd's Rep. 223; Ashville Investments Ltd. v. Elmer Contractors Ltd. (1988) 2 All ER 577; Paul Smith Ltd. v. H & S International Holdings Co. Inc. (1991) 2 Lloyd's Rep. 127; Harbour Insurance Co. Ltd. v. Kansa General Insurance Co. Ltd (appeal), (1993) 1 Lloyd's Rep. 455.

(326) أصبحت قاعدة الاستقلال قاعدة قانونية صريحة في القانون الإنجليزي بموجب: Arbitration Act 1996 (Section 7).

(327) James Miller and Partners Ltd v. Whitworth Street Estates Ltd (1970) 2 W.L.R. 728 (1970) 1 All E.R. 796.

(328) Robert Lawrence Co. Inc. v. Devonshire Fabrics Inc., 271 F. 2<sup>d</sup> 402 (1959).

(329) Prima Paint v. Flood & Cocklin, 388 U. S. 395 (1967): Coulson (R.), "Prima Paint. An Arbitration Milestones", 22 Arb. Journal (1967), 237-245. See J. Périlleux, « Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire », RIDC 1978, p. 185.

(330) QH Tours Ltd. v. Ship Design & Management Pty Ltd., 105 ALR 371 (1991).

(331) Swedish S. Court, 24 March 1976, Hermansson v. AB Asfalsbelaeggningar, Journal NyttjuridisktArkiv (NJA) 1976, 125, cited in Gary Born, International Commercial Arbitration, p 356.

(332) Corte di Appello of Venice, 26 avril 1980, S.P.A. Carapelli v. Ditta Otello Mantovani, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. VII (1982), 340, cited in E. Gaillard and J. Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, footnote No 34.

(333) Landgericht Hamburg, 16 mars 1977, Italian Company v. German Firm, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. III (1978), p. 274.

(334) Sup. Ct. 15 juill. 1965, Kokusan Kinzoku Kogyo K. K. v. Guard-Life Corp., Minshu 1061; IV Y.B. Com. Arb. 122 (1979).



والعديد من الدول العربية التي اعترفت بقاعدة الاستقلال بعد تردد طويل<sup>(335)</sup>. فقد جاء على سبيل المثال في حكم محكمة استئناف بيروت الصادر بتاريخ 2003/4/3، بأنه من المسلم به فقها واجتهادا بأن البند التحكيمي، أي شرط التحكيم، مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائما بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه ذلك البند<sup>(336)</sup>.

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى القضاء الفرنسي؛ حيث جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset بتاريخ 1963/5/7 على أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، سواء أبرم على انفصال أو أدمج في التصرف القانوني المتعلق به، يكون له دائما، إلا في ظروف خاصة، استقلالا قانونيا تاما يحول دون إمكانية تأثره بعدم الصحة المحتملة لهذا التصرف"<sup>(337)</sup>. ثم عادت ذات المحكمة وأكدت على قاعدة الاستقلال في إطار التحكيم الدولي مع إسقاط التعبير "إلا في ظروف خاصة" في قضية Impex<sup>(338)</sup> وفي مجموعة قضايا أخرى<sup>(339)</sup>. وقد استند القضاء الفرنسي في تكريس

(335) نظرا لعدم وجود نص في بعض القوانين العربية يأخذ بقاعدة الاستقلال، كالقانون السعودي، فيتم تطبيق القواعد العامة على العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ما يعني أنه إذا بطل العقد الأصلي أو فسخ، فإنه يؤدي بالتبعية إلى انقضاء شرط التحكيم المرتبط به، تطبيقا لقاعدة أن "التابع تابع ولا يفرد بالحكم"، ولقاعدة "إذا سقط الأصل سقط الفرع". وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة التمييز الأردنية في حكمها الصادر بتاريخ 1986/12/4 - وذلك قبل صدور قانون التحكيم الأردني الحالي - والذي جاء فيه: "إن الخلاف يتعلق ببطلان العقد ذاته فإن تقرر البطلان فلا يعمل بأي بند من بنود الاتفاقات"، وقد استندت المحكمة في حكمها إلى نص المادة 168 من القانون المدني الأردني التي تنص "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه": حقوق رقم 306/87، الصادر بتاريخ 1986/12/4: مجلة المحاماة 1988. وقد انتهت المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي في العام 1995 إلى أنه يترتب على بطلان العقد الأصلي، بطلان شرط التحكيم تبعاً له، ويكون الاختصاص ببطلان العقد، للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات: طعن 209، 1995/1/22، سنة 15، ص 63.

(336) استئناف بيروت، 2003/4/3، المجلة اللبنانية، عدد 26، ص 45. وقد كان القضاء اللبناني يرفض الأخذ بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حيث كان يعتبر البند التحكيمي باطلا تبعاً لبطلان العقد الأصلي، وتنتمي بهذا البطلان صلاحية المحكم للنظر بكل ما يتعلق بالعقد، ويعود الاختصاص للنظر في النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع: بتاريخ 1983/8/1، مذکور في حمزة حداد، هامش 3، ص 128. ثم عاد القضاء اللبناني وأكد على قاعدة عدم الاستقلال، حيث قضى بأن شرط التحكيم ينقضي بالتقادم تبعاً لانقضاء العقد الأصلي: رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، 2005/10/24، المجلة اللبنانية، العدد 37، ص 43: مذکور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(337) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mai 1963, Gosset: Bull. civ. I, n° 246; JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; JDI 1964, 82, note J.-D. Bredin; Rev. crit. DIP 1963, 615, note H. Motulsky; D. 1963, 545, note J. Robert.

(338) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 1971, Impex: JDI 1972, 62, 3 arrêts, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1972, 124, E. Mezgen; Rev. arb. 1972, 2, Ph. Kahn; D 1972, 37. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1972, Hecht: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1974, 82, P. Level. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 1983: Rev. arb. 1984, 483, M.-C. Rendeau-Rivier.

لقد تم في هذا الحكم وفي جميع الأحكام اللاحقة إسقاط تعبير "إلا في ظروف خاصة"، وقد قصد من هذا التعبير الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على اعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، انظر في هذا الصدد: H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, note précitée, 33.

(339) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993: Dalico: Bull. civ. I, n° 372.

وقد جاء في هذا الحكم أنه: "بموجب قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلاً أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد

قاعدة الاستقلال إلى نص المادة (1466) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تأخذ "بمبدأ الاختصاص بالاختصاص"، وذلك قبل أن يأتي المشرع الفرنسي ويرسخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 2011/1/13<sup>(340)</sup>.

هذا الاعتراف الكبير والعالمي بقاعدة الاستقلال، مبني على أساس وجود توجه عام في معظم الدول والاتفاقيات الدولية نحو إعطاء أكبر قدر ممكن من الفاعلية لاتفاق التحكيم خصوصا في مجال التجارة الدولية<sup>(341)</sup>، وعلى أساس افتراض أن نية الأطراف قد اتجهت إلى جعل مصير اتفاق التحكيم مستقلا عن مصير العقد الأصلي.

### ثانيا: مبررات قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يقف وراء ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق عن العقد الأصلي مجموعة مبررات، قانونية وعملية. وقد ساق الفقه العديد منها لتأييد تلك القاعدة، يمكن عرضها على النحو الآتي:

■ إن المحكم الذي يفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف يكون في موقف مماثل إلى حد

الأمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، استنادا إلى الإرادة المشتركة للأطراف، بدون أن يكون هناك حاجة إلى الرجوع إلى قانون وطني.

وكذلك جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1972/7/4 على أنه: "يكون شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي وليس بالضرورة أن يخضع للقانون الذي يحكمه، فصحته لا تتطلب إذا مطابقته لهذا القانون": Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1972 : JDI 1972, 843, note Oppetit ; Rev. crit. DIP 1974, 82, note Leveneur ; Rev. arb. 1974, 89 ; RTD com. 1973, 499, obs. Loussouarn.

وكذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2004/3/30 حيث قررت أنه: "بموجب قاعدة مادية في قانون التحكيم الدولي، فإن شرط التحكيم يكون مستقلا قانونا عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلا أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، ما عدا قواعد أمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالرجوع إلى الإرادة المشتركة للأطراف، وليس بالضرورة بالرجوع إلى قانون وطني":

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 2004 : Bull. civ. I, n° 95 ; RTD com. 2004, 443, obs. Loquin ; JCP 2004, II, 10132, note Charbot ; Ibid. 20 déc. 1993 : Bull. civ. I, n° 372 ; JCP 1994, IV, 515 ; Gaz. Pal. 1994, 1, pan. 51 ; Rev. arb. 1994, 116, note Gaudemet-Tallon ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 avril 2002 : Bull. civ. II, n° 68 ; D 2003, 1117, note Degos ; Procedures 2002, com., 112, note Perrot ; ibid. com., 162, note Croze ; JCP 2002, II, 10154, note Reifegerste ; JCP E 2002, n° 1555, note Gout ; JCP 2003, I, 105, n° 2, obs. Seraglini ; Dr. et proc. 2002, 347, note Marmayoun ; Rev. arb. 2003, 1034, note Didier ; Dr. et patr. Juin 2002, p. 121, obs. Mestre.

ففي حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة المدنية الثانية بتاريخ 2002/4/4 جاء فيه: "يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي، استقلالا قانونيا والذي يستبعد إمكانية تأثره بعدم فاعلية هذا التصرف، فاحتمالية بطلان العقد ... لا تؤثر على صحة شرط التحكيم".

انظر في ذات الاتجاه أيضا:

CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 17 janv. 2008, SCI Tilia c./Systeme U Nord Ouest, RG n° 06/06750. Voir aussi : CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, 603, note H. Synvet : « La clause compromissoire présente par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, une autonomie juridique, qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte ».

(340) Décret n° 2011-48 du 13 janv. 2011 portant sur la réforme de l'arbitrage, Publié au Journal Officiel du 14 janv. 2011 : art. 1447.

(341) Catherine Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994, p. 17 et s.

ما لموقف القاضي؛ فهو وإن كان يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، إلا أنه لا يجوز أن يوضع في وضع أدنى من القاضي، بحيث يتوقف مصير مهمته المستمد من اتفاق التحكيم على مصير العقد الأصلي، فتزول عنه صفة المحكم ومهمة التحكيم بمجرد زوال العقد الأصلي<sup>(342)</sup>. كما أن اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع مستمد من اتفاق التحكيم ذاته وليس من العقد الأصلي، بالتالي فإن الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم يمكن هيئة التحكيم من الفصل في مسألة اختصاصها حتى لو كان العقد الأصلي باطلا أو مفسوخا أو منقضيا، أما لو أخذ بالارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لحال ذلك دون إمكانية قيام هيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها، على أساس أن اتفاق التحكيم يكون قد انقضى تبعا لانقضاء العقد الأصلي. وقد استخدم القضاء الفرنسي بالفعل قاعدة الاختصاص بالاختصاص<sup>(343)</sup> المنصوص عليها في المادة (1466) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من أجل تكريس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك قبل ترسيخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي، ولكن هذا التوجه لم يسلم مع ذلك من النقد<sup>(344)</sup>.

■ إن أساس استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو اختلاف محل وسبب كل منهما: فمحل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة تتعلق بموضوع العقد، وسببه رغبة الأطراف في اقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التحكيم، وهو أمر إجرائي. في حين أن محل وسبب العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والتزامات الأطراف، وهو أمر موضوعي.

(342) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 134، ص 470.

(343) تعني قاعدة الاختصاص بالاختصاص، أن هيئة التحكيم هي المختصة بتقرير ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع أم لا، وذلك استناد إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، وليس قضاء الدولة.

(344) ينتقد البعض هذا التوجه في استخدام مبدأ الاختصاص بالاختصاص لتقرير قاعدة استقلال اتفاق التحكيم. يقول الدكتور محمود مختار بريري في هذا الصدد: "الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، والأكثر قبولا هو القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدده التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا في التحكيم الداخلي بدلا من محاولة التسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله": محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، البند 38، ص 70. ويضيف الدكتور أحمد سلامة: "لا يكون صحيحا الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك لعدم إدراكه حقيقة طبيعة الاختلاف بين المبدأين. فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود اتفاق التحكيم، وهو عقد، والحفاظ عليه من أية شائبة قد تتعلق بالعقد الأصلي وتمتد إليه فيصيبه البطلان أو الانعدام أو الفسخ، وبالتالي يتعين كفاءة فاعليته تحقيقا لمآربه التي يتفياها أطرافه. أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فهو مبدأ إجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه من عدمه، أيا كان سبب الدفع بعدم الاختصاص. نرد على ذلك أن مسألة اختصاص هيئة التحكيم تثور في وقت مبكر قبل أن تثور مسألة استقلال اتفاق التحكيم من عدمه. فالمحكم يتصدى للفصل في مسألة اختصاصه عندما يتمسك أحد الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم أو انعدامه أو سقوطه أو عدوله عنه، أي قبل أن ينظر المحكم في حقيقة ذلك الإدعاء بالنظر إلى اتصال أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. فكأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يسمح لهيئة التحكيم بمواصلة مهمتها حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلا في ذاته. أما مبدأ الاستقلال فهو غير قادر على تبرير متابعة هيئة التحكيم مهمتها إذا كان اتفاق التحكيم باطلا لأسباب ذاتية ترجع إليه": أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 529 و530. لكن رغم وجهة هذين الرأيين، يبدو أن هذا الحوار حول العلاقة بين المبدأين لم يعد سوى حوارا فقهيًا محضًا: لأن معظم القوانين والفقه والقضاء يعترف اليوم بالمبدأين: مبدأ الاستقلال ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، بل يعتبر كلاهما قاعدة مادية من قواعد التحكيم خصوصا الدولي. فلم تعد لهذا الحوار فائدة حقيقية في الواقع العملي، اللهم إلا بالنسبة للدول التي لم تعترف بأحدهما حتى الآن، وهي حالة شبه نادرة.

هذا الاختلاف يبرر استقلالهما عن بعضهما ، وعدم جواز ربط مصير أحدهما بالآخر. وقد عبرت عن ذلك صراحة محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1998/4/8<sup>(345)</sup>.

■ إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تؤدي إلى المحافظة على فاعلية اتفاق التحكيم وكسب الوقت والاقتصاد في الإجراءات. فإذا رفعت دعوى أمام القضاء للطعن ببطلان أو انحلال العقد الأصلي، وانتهت المحكمة إلى صحة هذا العقد، وصحة اتفاق التحكيم تبعاً له، فإن الرجوع إلى التحكيم قد يكون بدون جدوى في هذه الحالة، خصوصاً إذا كانت السرعة والاقتصاد في الإجراءات هي الدافع من لجوء الأطراف إلى التحكيم. وعلى هذا الأساس، فإن الاعتراف بقاعدة الاستقلال، تسمح لهيئة التحكيم الاستمرار في مهمتها، بما في ذلك بحث صحة أو بطلان العقد الأصلي. فإذا كان النزاع سيحال في جميع الأحوال إلى جهة معينة للفصل فيه، وهي القضاء كقاعدة عامة، فما المانع من الإبقاء على شرط التحكيم وإحالة النزاع إلى جهة التحكيم التي ستقضي فيه حسب أحكام القانون، تماماً كما يفصل فيه القضاء، ما دام حكمها سيخضع بالنتيجة إلى الرقابة القضائية عن طريق الطعن بالبطلان إذا تحققت أسبابه<sup>(346)</sup>.

■ كما أن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تضمن فاعلية اتفاق التحكيم من جانب آخر أيضاً، إذ يحول تطبيقها دون قيام الأطراف بالتهرب أو التحايل على اتفاق التحكيم، فلا يكفي أحدهما الادعاء ببطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في مهمتها، لأنه يعلم سلفاً بأن هيئة التحكيم ستستمر في أداء مهمتها للفصل في النزاع بما في ذلك، الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، وفي صحة الادعاء نفسه. أما الأخذ بالفرض المعاكس، وهو ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا تحمد عقباها؛ إذ يكفي قيام أحد الأطراف بالادعاء ببطلان أو انقضاء العقد الأصلي، حتى لو لم يكن لهذا الادعاء سند قانوني، ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في أداء مهمتها، مما يحد كثيراً من أهمية التحكيم واللجوء إليه للفصل في المنازعات.

■ إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال يحفظ مصالح التجارة الدولية، لأن ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، يؤدي إلى خضوع اتفاق التحكيم لتعقيدات القوانين الوطنية، وهذا يهدد استخدام التحكيم كوسيلة أولى لحسم منازعات التجارة الدولية، مما يهدد التجارة الدولية ذاتها. كما أن قاعدة الاستقلال تعبر عن إرادة الأطراف، خاصة في مجال التحكيم الدولي، لأن غالبية العقود الدولية تنص على تسوية المنازعات الناشئة عنها بطريق

(345) « la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond, en sorte que l'éventuelle nullité du contrat ... se trouve sans incidence sur la validité de la clause compromissoire ».

(346) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 147، ص 124 ما بعدها.



التحكيم. بل إن الأطراف لا يتوقعون ابتداءً، أو حتى لا يرغبون بحسمها عن طريق القضاء، فإذا قيل ببطان شرط التحكيم تبعاً لبطان العقد الأصلي، فإن ذلك يعد خروجاً عن إرادة الأطراف بإجبارهم على اللجوء إلى القضاء خلافاً لإرادتهم، مما يؤدي بالنتيجة إلى زعزعة اتفاق التحكيم خصوصاً في مجال عقود التجارة الدولية<sup>(347)</sup>.

وقد دفعت هذه المبررات المشرع في معظم الدول إلى ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم. ويلاحظ أن المقصود بالاستقلال هو الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وليس الاستقلال المادي، حيث تطبق قاعدة الاستقلال حتى لو جاء اتفاق التحكيم على شكل شرط وارد في العقد الأصلي. فالغاية من قاعدة الاستقلال هي أن العيوب التي تلحق بالعقد الأصلي لا تؤثر على اتفاق التحكيم ذاته سواء بسبب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو حتى عدم الوجود<sup>(348)</sup>. وبالتالي، فإن المحكم يحتفظ بكامل سلطته المستمدة من اتفاق التحكيم للفصل في اختصاصه، وذلك رغم بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، ولا يستطيع أحد الأطراف تعطيل إجراءات التحكيم أو السير فيها من خلال تمسكه ببطان العقد الأصلي.

### الفرع الثاني: نطاق تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إذا كانت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم تطبق على جميع العقود، بصرف النظر عن طبيعة العقد (مدني، تجاري، مختلط)<sup>(349)</sup>، إلا أن ترسيخ هذه القاعدة يقتضي تحديد نطاق تطبيقها من خلال الإجابة على سؤالين: الأول، هل تطبق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي والداخلي، أم تقتصر على أحدهما دون الآخر؟ الثاني، هل تشمل قاعدة الاستقلال شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، أم أنها مقصورة على الأول فقط؟

#### أولاً: نطاق تطبيق القاعدة في التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي

يتفق الفقه بشكل عام على تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي، ولا يثير هذا الأمر أي خلاف يذكر. في المقابل، فإن إمكانية تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي، أدت إلى انقسام الفقه بشأنها إلى قسمين: قسم يرى بأن قاعدة الاستقلال تقتصر على التحكيم الدولي دون الداخلي<sup>(350)</sup>، وقسم آخر يرى انطباق هذه القاعدة على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء<sup>(351)</sup>؛ لأن المبررات والمميزات التي تحققها قاعدة الاستقلال تقود بالضرورة

(347) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 147، ص 124.

(348) Antonias Dimolitsa, Autonomie et Kompetenz – Kompetenz, Rev. arb. 1998, 305.

(349) CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039, note E. Loquin.

(350) R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992, p. 268-270.

(351) B. Moreau, Compomis – clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004, para. 65 ;

إلى تطبيق تلك القاعدة على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي<sup>(352)</sup>.

وقد أيد القضاء الفرنسي الرأي الثاني الذي يقضي بانطباق قاعدة الاستقلال على نوعي التحكيم: الدولي والداخلي معا. فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ 1998/4/8 أن قاعدة الاستقلال تنطبق على التحكيم الداخلي<sup>(353)</sup>، مبررة حكمها على أساس موضوعي قوامه أن شرط التحكيم يعد مسألة إجرائية مستقلة عن العقد الأصلي الذي هو مسألة موضوعية، وعلى أساس شخصي قوامه استخلاص النية المفترضة للأطراف التي اتجهت إلى فصل مصير شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وبناء عليه، اعترفت باختصاص هيئة التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، خصوصا فيما يتعلق بعدم فاعلية هذا العقد كليا أو جزئيا. ثم جاءت محكمة النقض الفرنسية لتؤيد توجه محكمة استئناف باريس في عدة أحكام، أكدت فيها على انطباق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي<sup>(354)</sup>، فقد جاء في حكم دائرتها التجارية بتاريخ 2003/4/9 على أنه: "في إطار القانون الداخلي للتحكيم، فإنه يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي المدرج فيه، استقلال قانوني والذي يستبعد، إلا بموجب اتفاق مخالف، بأن يتأثر بعدم الفاعلية المحتملة لهذا الاتفاق"<sup>(355)</sup>.

ويبدو أن المادة (5/5) من قانون التحكيم الفلسطيني، التي تنص على قاعدة الاستقلال، تسير أيضا في ذات الاتجاه؛ لأن النص جاء من جهة عاما ومطلقا، ما يعني شمول قاعدة الاستقلال لنوعي التحكيم: الدولي والداخلي أيضا، إذ لو أراد المشرع قصر تطبيق هذه القاعدة على التحكيم الدولي، لصرح بذلك، وما دام أنه لم يفعل، فهذا يعني أنه أراد شمول هذه القاعدة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي معا، إعمالا للقاعدة العامة التي تفيد أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يأت نص يقيده. ولأن قانون التحكيم الفلسطيني ذاته، جاء من جهة أخرى ليطبق على نوعي التحكيم، الدولي والداخلي، وبالتالي يصعب القول بأنه أراد انطباق قاعدة الاستقلال على أحد نوعي التحكيم دون الآخر.

## ثانيا: نطاق تطبيق القاعدة بالنسبة لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم

يتبين من قراءة المادة (5/5) من قانون التحكيم الفلسطيني أنها تشير صراحة إلى استقلال شرط التحكيم فقط، مما يفهم منه للوهلة الأولى أن مشاركة التحكيم لا تخضع لقاعدة الاستقلال.

أحمد سلامه، المرجع السابق، ص 493.

(352) أحمد سلامه، المرجع نفسه، ص 493.

(353) Arrêt précité.

(354) Cass. com. 9 avril 2002 : Bull. civ. IV, n° 69 ; Cass. 2° civ., 20 mars 2003 : Bull. civ. II, n° 68 ; D 2003 ; som. 2470, obs. Clay ; BRDA 2003, n° 7, p. 5 ; CA Paris, 11 mai 2000 : Rev. arb. 2002, 180, Clay.

انظر أيضا في ذات الاتجاه:

CA Paris, 1<sup>er</sup> ch. C, 17 janv. 2008, SCI Tilia c./Système U Nord Ouest, RG n° 06/06750.

(355) Cass. com. 9 avril 2002 : Bull. civ. IV, n° 69.



ولكن يبدو أن النص يشمل<sup>(356)</sup>؛ لأن عبارة "اتفاقاً مستقلاً" أوسع من عبارة "شرط التحكيم"، بالتالي فإنها تشمل شرط التحكيم ومشاركة التحكيم معا، مما يعني ضرورة إعمال قاعدة الاستقلال بالنسبة لمشاركة التحكيم أيضاً وعدم حصرها بشرط التحكيم فقط. فالهدف الأساسي من النص صراحة على استقلال شرط التحكيم، هو إزالة الغموض واللبس الذي يكتنفه، كونه يأتي في العادة على شكل شرط أو بند داخل العقد الأصلي، مما اقتضى التصريح باستقلاله، ولم يكن الهدف منه باعتقادنا استبعاد مشاركة التحكيم من تطبيق قاعدة الاستقلال. فالمشاركة لا تثير مثل هذا اللبس الذي يثيره شرط التحكيم، كونها تأتي دائماً على شكل اتفاق مستقل، وبالتالي لا داعي للنص على استقلالها كونها منفصلة مادياً عن العقد الأصلي. كما العلة من الاعتراف بقاعدة الاستقلال تكون أكثر وضوحاً في مشاركة التحكيم عنها في شرط التحكيم، والمتمثلة في اختلاف اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في محل وسبب كل منهما؛ فاتفاق التحكيم يبتغي حسم نزاع قائم بين الأطراف عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة وهو مسألة إجرائية، في حين أن العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والتزامات الأطراف وهو مسألة موضوعية. بناء عليه، إذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي قد تم الاعتراف له بهذا الاستقلال، فإنه من باب أولى الاعتراف باستقلال مشاركة التحكيم الواردة في اتفاق مستقل.

ويؤيد هذا الاتجاه، أن كثير من قوانين التحكيم الحديثة، لا تميز بين شرط ومشاركة التحكيم، إنما تأخذ بتسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم". وقد رسخت معظم هذه القوانين، قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ما يعني شمول هذه القاعدة لجميع صور اتفاق التحكيم وعدم قصره على شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي. وبالتالي يمكن القول، على الأقل في إطار التحكيم الدولي، بأن قاعدة الاستقلال تشمل كل اتفاقات التحكيم بصرف النظر عن كونها جاءت على شكل شرط أو مشاركة تحكيم. ويؤكد هذا التوجه، ما قرره محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset الصادر بتاريخ 1963/5/7 والذي جاء فيه أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في العقد المرتبط به، يكون له دائماً، إلا في ظروف استثنائية، استقلالاً قانونياً تاماً...". فتعبير "اتفاق التحكيم" يدل بشكل ضمني على شمول قاعدة الاستقلال لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم معا.

نخلص مما تقدم، إلى أن قاعدة الاستقلال تطبق كقاعدة عامة على كل اتفاق تحكيم، سواء جاء على شرط تحكيم واردة في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل<sup>(357)</sup>، أو جاء على شكل مشاركة تحكيم<sup>(358)</sup>؛ نظراً لاتحاد العلة والمبررات للدفاع عن مبدأ الاستقلالية<sup>(359)</sup>. ويطبق ذات الحكم على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضاً.

(356) يتفق مع هذا الرأي د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 475.

(357) أحمد إبراهيم عبد التواب، "اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، بند 66، ص 203.

(358) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند 43، ص 94.

(359) حمزة حداد، المرجع السابق، بند 145، ص 124.

## الفرع الثالث: الشروط اللازمة لإعمال قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

على الرغم من الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة<sup>(360)</sup>، بل يلزم لإعمالها توافر مجموعة شروط: فالاعتراف بقاعدة الاستقلال يقتضي أن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحا، وأن لا يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة لقاعدة الاستقلال، ولكن ذلك يثير التساؤل عن مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي؟

### أولا: أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا في ذاته

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مرهون بأن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحا<sup>(361)</sup>، بأن توافرت جميع شروط صحته الشكلية والموضوعية، وأن يكون متعلقا بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم. أما إذا كان اتفاق التحكيم ذاته باطلا أو مفسوخا أو منقضيا، بسبب عدم توافق الإرادة مثلا، فلا مجال لإعمال قاعدة الاستقلال. ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني على هذا القيد، وذلك على خلاف قانون التحكيم المصري لعام 1994، الذي أشار في المادة (23) إلى استقلال شرط التحكيم مع إيراد ضابط هام، وهو أن يكون الشرط صحيحا في ذاته: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته". مع ذلك، فإن دلالة نصوص قانون التحكيم الفلسطيني من شأنها تكملة هذا النقص، على أساس أن قاعدة الاستقلال لا يمكن تطبيقها ولن تكون ذات جدوى إلا إذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أو المرتبط به صحيحا في ذاته، وإلا ما الفائدة من النص على قاعدة الاستقلال. فصحة شرط التحكيم هي مفترض أولي على اعتبار أنه يؤدي إلى تفعيل قاعدة الاستقلال، ويفهم ذلك ضمنا من نص المادة (21) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (39) لسنة 2004،<sup>(362)</sup> والتي وضعت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على صحة اتفاق التحكيم، بنصها على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحا ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك".

إضافة إلى ذلك، فإن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم هي قاعدة متبادلة، أي أنها تسير باتجاهين؛ بمعنى أن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم، وكذلك بالمقابل فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي، ما دام أن أحدهما كان صحيحا في ذاته.

(360) P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, 359.

(361) Cass. 1re civ., 10 juill. 1990 : Rev. arb. 1990, 851, 1re esp. ; JDI 1992, 168, n. crit. Loquin ; CA Paris, 17 nov. 1998, RTD com. 1999, 377 ; CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601, 3e esp., note Jarroson.

(362) قرار مجلس الوزراء رقم (39) لسنة 2004 باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000، الصادرة عن مجلس الوزراء بتاريخ 2004/4/12.



ولكن تطبيق هذه القاعدة المتبادلة يثير إشكالية متعلقة بعدم وجود العقد الأصلي أو انعدامه، فهل يؤدي هذا الانعدام للعقد الأصلي إلى انعدام شرط التحكيم الوارد فيه بالتبعية أم يبقى شرط التحكيم صحيحا استنادا لقاعدة الاستقلال رغم انعدام العقد الأصلي؟

لقد أجابت على هذا السؤال محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في قضية Cassia بتاريخ 10/7/1990 جاء فيه أنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن استقلال شرط التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي الذي يحتوي الشرط محل الخلاف"<sup>(363)</sup>. ويظهر من هذا الحكم أن انعدام العقد الأصلي يؤدي إلى انعدام شرط التحكيم أيضا، وذلك على عكس بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي الذي لا يؤثر على قاعدة الاستقلال. ويعود السبب في ذلك، إلى أن الانعدام يفترض انعدام التراضي أصلا سواء بالنسبة للعقد الأصلي أو بالنسبة لاتفاق التحكيم، مما يبرر استبعاد تطبيق قاعدة الاستقلال في هذه الحالة. أما في حال الفسخ أو البطلان بسبب عدم مشروعية المحل أو السبب مثلا أو بسبب العيوب التي لحقت بإرادة أحد الأطراف، فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على صحة شرط التحكيم، ما دام أن نتائج البطلان يمكن الفصل فيها عن طريق التحكيم<sup>(364)</sup>.

### ثانيا: عدم وجود اتفاق مخالف لقاعدة الاستقلال

لا يؤخذ بقاعدة الاستقلال إذا وجد اتفاق بين الأطراف يقضي بربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أو الاتفاق على جعل اتفاق التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي من حيث وجود وصحة وترتيب آثار كل منهما. في مثل هذه الحالات، فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي يؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم تبعا له<sup>(365)</sup>، وذلك إعمالا للإرادة المشتركة للأطراف. فقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست من النظام العام ويمكن للأطراف مخالفتها<sup>(366)</sup> سواء بصورة صريحة أو ضمنية<sup>(367)</sup>، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من قرار بذكرها: "ما لم يتفق على خلاف ذلك" أو "إلا بموجب اتفاق مخالف"<sup>(368)</sup>. ويلحق بهذا الحالة

(363) Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, L. et B. Cassia, JDI 1992, p. 168, note E. Loquin.  
« en matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée ».

(364) E. Loquin, sous l'arrêt Cassia, précité 19.

(365) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 134، ص 468 وما بعدها.

(366) انظر في هذا الإتجاه: أحمد سلامة، المرجع السابق. والاستقلالية لا تعتبر من النظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على خلافها أي جواز الاتفاق على عدم استقلالية شرط التحكيم، إنما تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، بل يجوز استخلاص هذه الإرادة ضمنا: حمزة حداد، المرجع السابق، البند 145، ص 124.

(367) حمزة حداد، المرجع نفسه.

(368) انظر على سبيل المثال قرارات محكمة النقض الفرنسية:

Cass. 2e civ., 20 mars 2003 : Bull. civ. II, n° 68 ; Cass. com. 9 avril 2002, Bull. civ. IV, n° 69.

وقد جاء أيضا ذكر ذلك صراحة في المادة (6/4) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس: "ما لم يتفق

من وجهة نظرنا، الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد الأصلي، أي بدون هذا الاتفاق ما كان ممكنا إبرام العقد الأصلي، عندها يمتد أثر بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم أيضا بحيث ينقضي هو الآخر تبعا له، كل ذلك إعمالا للقواعد العامة بشأن العقود بوجه عام.

إن تطبيق القيد السابق، مرهون باعتراف القانون الوطني بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، أما إذا كان هذا القانون يرفض بالأساس فكرة الاستقلال، بحيث يربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وجودا وعدما، فلا مجال لإعمال هذا القيد، بل لا توجد فائدة أصلا من اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة الاستقلال في هذه الحالة؛ لأن رفض فكرة الاستقلال، ستؤدي حتما إلى تطبيق القواعد العامة بشأن العقود، والتي تقضي بأن "التابع تابع"<sup>(369)</sup> و "التابع لا يقرر بالحكم"<sup>(370)</sup> و "إذا سقط الأصل سقط الفرع"<sup>(371)</sup> و "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه"<sup>(372)</sup>. عندها، فإن اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم لن يكون مجديا، إنما يمكن على العكس الاتفاق صراحة أو ضمنا على تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، بحيث يستبعد الأطراف في هذه الحالة قاعدة الارتباط أو تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي؛ وبالتالي يؤخذ بقاعدة الاستقلال كشرط عقدي وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ممكن على أساس أن قاعدة الاستقلال ليست من النظام العام. كما يمكن اعتبار شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، إذا كان الاتفاق أو القانون يفرض توقيعا خاصا من أجل الأخذ بشرط التحكيم، أو عندما يتفق الأطراف صراحة على اعتبار الشرط قائما بذاته ولا يتأثر ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، عندها يمكن تفسير ذلك على أنه يعبر عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المرتبط به. ويمكن تطبيق ذات الحكم على الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على الإحالة إلى قانون معين، أو قواعد تحكيمية تأخذ صراحة باستقلال اتفاق التحكيم، أو إذا كان شرط التحكيم مفروضا في إطار العرف التجاري أو التعامل السابق بين الأطراف وكان يعتبر الشرط مستقلا عن العقد الأصلي.

### ثالثا: إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إن البحث في مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يقتضي تحديد طبيعة العلاقة التي تربط بينهما؛ ولهذا التحديد أهمية كبيرة من الناحية العملية؛ فإذا أبرم

على خلاف ذلك".

(369) المادة (47) من مجلة الأحكام العدلية.

(370) المادة (48) من مجلة الأحكام العدلية.

(371) المادة (50) من مجلة الأحكام العدلية.

(372) المادة (52) من مجلة الأحكام العدلية.

اتفاق التحكيم منفصلا عن العقد الأصلي، بحيث جاء كل منهما في مستند مستقل، قد يبدو واضحا أن بطلان أحدهما يجب ألا ينسحب على الآخر، مع ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي لا يرتبط بعقد لا يكون له معنى ولا فائدة عملية من وجوده؛ لأن الفائدة المرجوة من اتفاق التحكيم تتمثل في حسم النزاع الموضوعي الناشئ عن العقد، وبدونه يكون اتفاق التحكيم عديم الفائدة نظر لانعدام محله. في المقابل، لو أدرج اتفاق التحكيم في صلب العقد الأصلي، فيصبح من الضروري تبرير استقلال أحدهما عن الآخر.

وقد أثار تحديد طبيعة العلاقة التي تربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي جدلا واسعا في الفقه: فبينما ينظر جانب إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل قائم بذاته يقوم إلى جانب العقد الأصلي<sup>(373)</sup>، في حين ينظر جانب آخر إلى اتفاق التحكيم على أنه مجرد شرط وارد في العقد الأصلي ولا يعتبر عقدا مستقلا قائما بذاته بل تابعا للعقد الأصلي<sup>(374)</sup>.

والواقع، ودون الدخول في تفاصيل هذا الخلاف، فإنه لا يمكن التسليم بأحد هذين الرأيين على إطلاقه؛ فإذا كان صحيحا أن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي يرتبط ماديا بهذا الأخير، مما يجعله يتأثر في بعض الحالات من حيث وجوده وصحته بمصير العقد الأصلي، خصوصا فيما يتعلق باتفاق الإرادة؛ بالتالي فإن القول بوجود عقد واحد قد يبدو مبررا من هذه الناحية. في المقابل، فإن الطابع الإجرائي لشرط التحكيم والمتمثل في حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، يجعله يختلف عن هذا الأخير الذي ينصب على تحديد الحقوق والالتزامات الأساسية للأطراف، مما يجعل إمكانية القول بوجود عقدين منفصلين مبررا أيضا. ولكن ما يقلل من أهمية هذا الخلاف الذي يغلب عليه الطابع النظري إلى حد بعيد، هو أن كلاهما يتفق على أن شرط التحكيم (أو بالأحرى اتفاق التحكيم) الذي لا يكون مرتبطا بعقد، لا يكون له معنى ولا جدوى من وجوده، كما أن كلاهما يعترف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أيضا في حال البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، مما يقلل من الأهمية العملية لهذا الخلاف. وبالتالي، يمكن القول إن تحديد الطبيعة القانونية لشرط التحكيم قد أصبح تقريبا مجرد مسألة نظرية بحتة لا يوجد لها فعليا أي انعكاس عملي، في ظل اعتراف معظم الأنظمة القانونية باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(375)</sup>.

(373) انظر على سبيل المثال في هذا الإتجاه: H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, précité .

(374) انظر على سبيل المثال في هذا الإتجاه:

P. Mayer, sous l'arrêt Cotunav, CA Paris, 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p. 675.

(375) تسيير في هذا الاتجاه:

Céline Duquenne, L'autonomie de la clause copromissaire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montreal, 2000, p. 26 et 27: « le concept d'accessoire » permet de faire de la clause compromissaire un élément du contrat principal, mais un élément « séparable » de ce contrat. Inversement, le recours à la notion de contrat fait de la clause un élément en principe autonome, mais, dans une certaine mesure, rattaché au contrat principal, puisqu'il est généralement admis que l'existence du contrat principal est un préalable nécessaire à la validité de la clause. C'est dire combien la distinction entre les deux qualifications est aigüe, et sans doute ni l'une ni l'autre ne permet d'expliquer parfaitement en quoi consiste l'autonomie

## المطلب الثاني: استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني

لا تشير قاعدة الاستقلال هذه المرة إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بالمعنى المشار إليه في المبحث الأول، إنما الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة مادية من قواعد التحكيم الدولي، يتم تطبيقها دون حاجة للرجوع في تقريرها من عدمه لأي قانون وطني. فإذا كانت قاعدة الاستقلال بالمعنى الأول، قد رسختها معظم الأنظمة القانونية الحديثة، فإن المعنى الثاني لتلك القاعدة، لم يحظ حتى الآن بمثل هذا الاعتراف.

فمعظم القوانين ما تزال تطبق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والذي يتم بموجبه تحديد مدى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والتحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته. ولكن أمام الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، جعل الفقه والقضاء يسير باتجاه ترسيخ قاعدة مادية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيدا عن تطبيق قواعد التنازع، مع ذلك فإن تلك القاعدة المادية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود. وعليه سنتناول دراسة هذه المسائل الثلاث على التوالي.

### الفرع الأول: تطبيق قواعد التنازع على اتفاق التحكيم

تتجه معظم الدول إلى تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ وهي لا تمنع من حيث المبدأ تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ولكن ذلك لا يخلو من صعوبات قانونية وعملية.

### أولاً: إمكان تطبيق قانون على اتفاق التحكيم وتطبيق قانون آخر على العقد الأصلي

يترتب على ترسيخ قاعدة الاستقلال، ليس فقط عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إنما أيضا إمكانية خضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين؛ بالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه المطبق على اتفاق التحكيم. ويبدو أن هذا الأمر لا يثير مشكلة فعلية في الفقه الذي يقبل بمسألة "تجزئة العقد" (Dépeçage du contrat) في إطار تنازع القوانين<sup>(376)</sup>. هذا التوجه نحو تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، أقر به القضاء الفرنسي في عدة أحكام<sup>(377)</sup>،

matérielle de la clause compromissoire. Ainsi, quelque soit la qualification retenue pour la clause, les conséquences pratiques qui en découlent sont sensiblement identiques. Ces conséquences, expression du principe d'autonomie entendue comme autonomie par rapport au contrat principal, sont largement accueillies à travers le monde ».

(376) P. Mayer, Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359.

(377) CA Paris, 25 janv. 1972 : Rev. arb. 1973, p. 158 note Ph. Fouchard ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1972, Hecht c. Soc. Buysman's, Rev. arb. 1974, 89 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 déc. 1983, Rev. arb. 1984, p. 483, note M.-C. Rondeau-Rivier ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer.

وقد سارت غرفة التجارة الدولية بباريس في ذات الإتجاه أيضا ، حيث جاء في أحد قراراتها أن: "شرط التحكيم يمكن أن يخضع، وطبقا لمبدأ سلطان الإرادة، في التحكيمات الدولية لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي"<sup>(378)</sup>.

والواقع أن تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لا يثير مشكلة في حال وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بذلك، ولكن الإشكالية الحقيقية تتمثل في أنه نادرا ما يقوم الأطراف بتعيين قانونين مختلفين لحكم شرط التحكيم والعقد الأصلي، فهل يمتد عندها تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ليحكم اتفاق التحكيم أيضا؟

يمكن الرد على هذا السؤال بالإيجاب، لأن شرط التحكيم يمكن اعتباره مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بالتالي فالمنطق يقتضي خضوع الشرط لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، ما لم يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة. ولكن يبدو أن هذا الحل لا يلقي قبولا عاما في القضاء الوطني لمعظم الدول، والتي تتجه في حال سكوت الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إما إلى تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي، أو تطبيق قانون دولة مقر التحكيم أو قانون آخر<sup>(379)</sup>.

### ثانيا: صعوبة تطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم

يثير تطبيق قواعد تنازع القوانين في مجال التحكيم الدولي، لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، العديد من الصعوبات القانونية والعملية التي يصعب أحيانا تخطيها.

تتمثل الصعوبة الأولى في صعوبة تحديد الأفكار المسندة بشأن اتفاق التحكيم؛ لأن اتفاق التحكيم يشتمل على مجموعة عناصر: أهلية الأطراف، وسلطة إبرام اتفاق التحكيم، والشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم، وخصوصا مسألة قابلية النزاع للتحكيم. فهذه العناصر جميعا يصعب إدخالها ضمن فئة قانونية معينة، فهل هي عناصر تتعلق بالشكل أم بالموضوع؟ وهل اتفاق التحكيم ذاته، يعد مسألة إجرائية أم موضوعية؟

فإذا أمكن تكييف اتفاق التحكيم على أنه مسألة إجرائية، على أساس أنه يبتغي حسم نزاع، ويؤدي إلى إخراج النزاع من سلطة القضاء، وإعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل فيه، فإنه لا يمكن مع ذلك، إنكار الطبيعة الموضوعية لاتفاق التحكيم، على أساس أن هذا الاتفاق هو في نهاية المطاف عقد، بالتالي هو مسألة موضوعية. كما أن إعطاء اتفاق التحكيم ذات تكييف العقد الأصلي، وإخضاعه بالتالي للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، لا يخلو من إشكاليات؛ لأن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يختلفان عن بعضهما البعض في محل وسبب كل منهما. هذا بالإضافة إلى أن إخضاع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد

(378) Sentence CCI n° 4504, 1985 : JDI 1986, p. 1118, note S. Jarvin.

(379) Yves Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI 1993, p. 829.

الأصلي يثير إشكالية حقيقية عند عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي. وأخيرا، فإنه لا يجوز أن يقتصر القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على القانون الذي يحكم العقد الأصلي؛ لأن مثل هذا الحصر يخالف من جهة قاعدة الاستقلال ذاتها، ولأنه يتعارض من جهة أخرى مع فكرة الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، وإن فرض تطبيق قانون معين يتعارض مع هذه الحرية<sup>(380)</sup>.

أما الصعوبة الثانية، فتتمثل في صعوبة تحديد ضوابط الإسناد التي تطبق على اتفاق التحكيم؛ فتطبيق بعض ضوابط الإسناد تثير إشكالية، كضابط مكان إبرام العقد؛ فقد يأتي هذا المكان بمحض الصدفة بحيث لا يعبر عن رابطة فعلية مع العقد تبرر تطبيقه. وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق قانون دولة مقر التحكيم، فقد لا يكون لهذا المكان رابطة فعلية مع العقد الذي ثار النزاع بشأنه والمراد حسمه بطريق التحكيم.

أمام هذه الصعوبات، فقد انتقد جانب من الفقه بشدة مسألة تطبيق قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ على أساس عدم وجود مبادئ قانونية واضحة تطبقها الدول بهذا الشأن<sup>(381)</sup>. كما أن كثير من قواعد التنازع تختلف من دولة إلى أخرى، مما يجعل إمكانية توقع الأطراف للقانون الذي سيطبق على اتفاق التحكيم صعبا، مما يهدد الاستقرار القضائي. ومن هذا المنطلق سعى الفقه والقضاء لترسيخ قاعدة مادية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيدا عن تطبيق قواعد التنازع التي تتصف بالتعقيد وعدم الملاءمة للتطبيق في مجال التحكيم الدولي، تكون أكثر سهولة ويسرا من قواعد التنازع. وتتمثل الفائدة العملية من هذه القاعدة المادية في أنها تعطي حلول موضوعية مباشرة لمعظم المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم دون الرجوع في ذلك لأي قانون وطني؛ وتجعل بمقدور الأطراف العلم المسبق بالقواعد القانونية التي تحكم اتفاق التحكيم، مما يحقق الاستقرار القضائي. وكل ذلك، يصب في صالح تحقيق مصالح التجارة الدولية<sup>(382)</sup>، ويؤدي إلى تجنب خصوصية القوانين الوطنية وتعقيدها<sup>(383)</sup>.

### الفرع الثاني: تأكيد وجود قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم

تجنبنا للعديد من الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد سعى الفقه نحو ترسيخ قاعدة مادية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيدا عن تطبيق قواعد التنازع، أي بعيدا عن تطبيق أي قانون وطني للدول. وقد لقي هذا التوجه قبولا واسعا خصوصا في القضاء الفرنسي. وقد مر ترسيخ تلك القاعدة المادية بثلاث مراحل: تتمثل

(380) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

(381) R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1992, n° 242.

(382) C. Blanchin, précité, p. 28.

(383) Y. Derains, obs. Sous la sentence CCI rendue en 1991 dans l'affaire n° 6840, p. 1030.

المرحلة الأولى في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة مادية أو موضوعية، وتمثل المرحلة الثانية في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة عامة أو مبدأ عام، وتمثل المرحلة الثالثة والأخيرة في وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم.

#### المرحلة الأولى: اعتبار قاعدة الاستقلال قاعدة موضوعية

يعتبر جانب من الفقه أن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد أصبحت اليوم قاعدة مادية أو موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي<sup>(384)</sup>. وتجد هذه القاعدة تبريرها في أن: "استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة إسناد، ولكن قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، خاصة بالتحكيم الدولي، لا تترك مكان لتطبيق أي قانون أجنبي"<sup>(385)</sup>. وتمثل الفائدة العملية لهذه القاعدة المادية في أنه يجب دائماً الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم استناداً لهذه القاعدة المادية دون الرجوع في ذلك إلى قواعد تنازع القوانين للدول<sup>(386)</sup>. بمعنى آخر، يجب الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حتى لو كان القانون الواجب التطبيق يفرض فكرة الاستقلال، لأن قاعدة الاستقلال مقررة بموجب قاعدة مادية وليس بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين<sup>(387)</sup>.

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ هذه القاعدة الموضوعية إلى القضاء الفرنسي، فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico الصادر بتاريخ 1993/12/20 أنه: "بمقتضى قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقل قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه صراحة أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالاستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف، ودون حاجة للرجوع إلى قانون أي دولة"<sup>(388)</sup>. وتضيف ذات المحكمة في قرار آخر لها أن: "القانون الأكثر ملاءمة لحكم وجود اتفاق التحكيم ليس هو نظام قانوني وطني محدد ولكن المبادئ العامة للقانون والعادات المقبولة في التجارة الدولية"<sup>(389)</sup>. وجاء أيضاً في قرار التحكيم رقم (5056)

(384) انظر أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 139، ص 487 وما بعدها. وانظر أيضاً:

F. Deby-Gerard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz, p. 111.

(385) Goldman، التحكيم (القانون الدولي الخاص) موسوعة القانون الدولي، 1969، البند، 36: مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 488.

(386) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 139، ص 487 و 488.

(387) انظر بشأن صعوبات تطبيق قواعد التنازع على التحكيم:

Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n° 422, et 434.

(388) « en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique » : Cass. 1re civ., 20 déc. 1993: Dalico : Bull. civ. I, n° 372 ; Rev. arb. 1994, 116, H. Gaudmet-Tallon ; JDI 1994, 432, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1994, 690, E. Loquin ; Rev. crit. DIP 1994, 663, P. Mayer ; RTD com. 1994, 254, note J.-C. Dubarry et E. Loquin.

(389) JDI 1987, 1039 :

مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 492.

الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في العام 1960 أنه: "عندما تتعلق المسألة بوجود اتفاق التحكيم، وأن العقد محل النزاع هو عقد دولي بالنظر إلى جوانبه المختلفة، ولم يثر نزاع بشأن أهلية الأطراف وأن الأطراف قد أغفلوا عن قصد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن القانون الأكثر ملاءمة لحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس الرجوع لنظام قانوني معين إنما للمبادئ العامة في القانون والأعراف المقبولة في مجال التجارة الدولية"<sup>(390)</sup>.

يتبين من هذه الأحكام، أنها ترسخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة موضوعية، بالتالي فإن استقلال اتفاق التحكيم وتقدير مدى صحته يتمان بالرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية وليس إلى أي قانون وطني معين.

### المرحلة الثانية: اعتبار قاعدة الاستقلال مبدأ قانوني عام

إن الرواج الكبير لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم على مستوى معظم الأنظمة القانونية، يعود من جهة إلى أنها تحقق المصالح المشتركة للأطراف باتخاذ التحكيم سبيلا لحسم منازعاتهم، ولأنها من جهة أخرى تحقق وتحفظ مصالح التجارة الدولية. وقد دعى هذا الأمر جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة استقلال اتفاق قد أصبحت تشكل في الوقت الحاضر "أحد المبادئ العامة للتحكيم والتي أصبح المحكمون في مجال التجارة الدولية يستندون إليها دائما بصرف النظر عن المكان الذي يعقد فيه التحكيم"<sup>(391)</sup>. وقد كان للقضاء الفرنسي دور فاعل في ترسخ هذا المبدأ العام، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 2001/6/7 أن: "استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يعد مبدأ قانونيا عاما في مجال التحكيم التجاري الدولي"<sup>(392)</sup>. وجاء هذا الحكم استنادا إلى توجه محكمة النقض الفرنسية في قضية Hecht بتاريخ 1972/7/4، والتي رفضت فيها الرجوع إلى أي قانون وطني معين لتقرير صحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، بقولها: "إن تقرير صحة اتفاق التحكيم يتم دون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه"<sup>(393)</sup>. وعلى هذا الأساس، يرى البعض أن توجه القضاء الفرنسي في هذا الإطار جاء لترسيخ قاعدة مفادها أن اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي يعد عقدا بدون تنازع أو عقد بدون قانون<sup>(394)</sup>.

(390) Ibid. « quand l'existence même de la convention est en jeu, alors que le prétendu contrat est à tout point de vue un contrat international, qu'aucune question de capacité des parties n'est en cause et qu'en plus les ont délibérément omis de choisir le droit applicable au contrat, le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international ».

(391) Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n° 392, et 406.

(392) CA Paris, 7 juin 2001, Hellafra : Rev. arb. 2001, 616.

جاء في هذا الحكم أن:

« L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est un principe général de droit de l'arbitrage commercial international ».

(393) Cass. 1<sup>re</sup> civ., Hecht, 4 juill. 1972 : JDI 1972, 843, B. Oppetit ; Rev. crit. DIP 1974, 89, P. Level.

(394) Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international,



ويترتب على تكييف قاعدة استقلال اتفاق التحكيم على أنها قاعدة عامة أو مبدأ عاما نتيجتان هامتان هما: أنه يجب من جهة معاملة اتفاق التحكيم معاملة مستقلة عن العقد الأصلي فلا يتأثر بصحة أو بطلان أو انقضاء هذا الأخير، وأنه يجب من جهة ثانية الرجوع إلى شروط اتفاق التحكيم ذاته لتقرير صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، وليس الرجوع إلى أي قانون وطني معين.

### المرحلة الثالثة: قرينة صحة اتفاق التحكيم

لم يقف الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عند حد اعتباره قاعدة مادية أو موضوعية، أو اعتباره قاعدة عامة أو مبدأ عام من مبادئ قانون التحكيم الدولي، إنما تجاوز الأمر ذلك إلى حد وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم ذاته. وقد جاء ترسيخ ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Zanzi الصادر بتاريخ 1999/1/5 بقولها: "بالنظر إلى مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي..."<sup>(395)</sup>. وقد عادت ذات المحكمة لتؤكد مرة أخرى على مبدأ صحة أو (قرينة صحة) شرط التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ 2005/5/25، والذي جاء فيه أنه: "تطبيقا لمبدأ صحة اتفاق التحكيم واستقلاله في الإطار الدولي، فإن بطلان أو انقضاء العقد الذي يتضمنه لا يؤثر عليه"<sup>(396)</sup>.

ويرى جانب من الفقه أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية جاء للتأكيد من جهة على أن صحة شرط التحكيم يتم تقديره بالنظر إلى اتفاق التحكيم ذاته ودون الرجوع في ذلك إلى أي قانون وطني معين، وليضمن من جهة أخرى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم باعتباره قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، التي لاقت اعترافا عالميا<sup>(397)</sup>. ويضيف أيضا أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية في التأكيد على صحة اتفاق التحكيم من شأنه أن يجعل قاعدة "الاختصاص بالاختصاص" بدورها قاعدة مادية أو موضوعية، يتم إعمالها دون الرجوع إلى أي قانون وطني<sup>(398)</sup>.

وقد وجدت قرينة صحة اتفاق التحكيم صدى لها في القوانين الوطنية، ولوائح وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة. وقد سارت على هذا النهج، المادة (21) من اللائحة التنفيذية

Litec 1996, n° 442, p. 251.

(395) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, Zanzi : Bull. civ. I, n° 2 ; Rev. arb. 1999. 260, note Ph. Fouchard; RTD com. 1999. 380, obs. E. Loquin; Rev. crit. DIP 1999. 546, note B. Bureau; JDI 1999, 784, note Poillot-Peruzzetto.

أخذت بذات التوجه أيضا محكمة استئناف باريس: CA Paris, 4 déc. 2002 : Rev. arb. 2003, p. 1286.

(396) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005: Bull. civ. I, n° 378; D. 2006, 199, avis Sainte-Rose; D 2005, 3052 et 3060, obs. Clay; Rev. arb. 2006, 103, note Racine.

انظر في ذات الاتجاه أيضا:

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2006 : Bull. civ. I, n° 364 ; D. 2006, pan. 3027, obs. Clay; JCP 2006, I, 187, n° 9, obs. Seraglini et II, 10182, note Callé; Rev. arb. 2006, 981.

(397) Ph. Fouchard, Sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 janv. 1999, précité, p. 268.

(398) Ibid.

لقانون التحكيم الفلسطيني لسنة 2004 حيث نصت على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحا ما لم يرقم الدليل على خلاف ذلك". فالنص رسخ قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم، ولكن يمكن نقضها بدليل مخالف. ويلاحظ أن هذا النص - كما ذكرنا سابقا - لا يفرق بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بالتالي فإننا نرى أن قرينة صحة اتفاق التحكيم الواردة في النص الفلسطيني تنطبق على نوعي التحكيم معا وليس على التحكيم الدولي فقط. بل أكثر من ذلك، فإننا نرى انطباقها أيضا على مشاركة التحكيم إضافة إلى شرط التحكيم.

خلاصة القول، أن هذه القاعدة المادية التي اعترف بها القضاء الفرنسي وقضاء التحكيم<sup>(399)</sup>، تؤدي إلى إخضاع شرط التحكيم ليس إلى قانون وطني معين، إنما إلى المبادئ العامة في القانون وممارسات وعادات التجارة الدولية. هذا الأمر يتطابق مع حاجات التجارة الدولية، ومع إرادة الأطراف، الذين لا تتجه نيتهم في العادة عند إبرام اتفاق التحكيم، إلى إخضاعه من حيث وجوده وصحته لقواعد قانون وطني معين<sup>(400)</sup>.

### الفرع الثالث: تحديد نطاق القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست مطلقة، إنما ترد عليها بعض القيود. فهذه القاعدة المادية لا تكفي لحكم جميع المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، مما يقتضي الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية لحكم المسائل التي تعجز عن تنظيمها القاعدة المادية. كما أن تطبيق تلك القاعدة المادية يقتضي احترام الإرادة المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم، واحترام القواعد الآمرة والنظام العام. ونتناول هذه النقاط الثلاث على التوالي.

#### أولاً: الإلتجاء إلى قواعد تنازع القوانين في مسائل الرضا والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم

يرى جانب من الفقه أن ترسيخ القاعدة المادية لا يمكنها استبعاد تطبيق قواعد التنازع بشكل كامل على اتفاق التحكيم<sup>(401)</sup>؛ لأنه أمر لا يمكن تحقيقه من الناحية الفعلية. ويمكن التذليل على ذلك من خلال استعراض بعض المسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم؛ كعيوب الرضا عندما تلحق بالعقد الأصلي وباتفاق التحكيم معا؛ وقابلية النزاع للتحكيم، حيث يصعب فصل هذا الأمر عن القانون

(399) يقول Loquin:

« le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est depuis longtemps appliqué par les sentences arbitrales, dans tous ses développements, au titre de la lex mercatoria » : E. Loquin, sous l'arrêt Dalico, Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, JDI 1994, p. 690.

(400) Y. Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, 1993, 829.

(401) H. Synvet, note sous l'arrêt Behar, CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, p. 603.



الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا إذا تم الاعتراف بوجود قاعدة مادية أخرى في مجال التحكيم الدولي تقرر استبعاد النظام العام الداخلي وعدم اعتباره من النظام العام الدولي<sup>(402)</sup>؛ وخصوصاً مسألة الأهلية والسلطة في إبرام اتفاق التحكيم، حيث يبدو واضحاً عدم كفاية الاستناد إلى القاعدة المادية لحكم هذه المسائل<sup>(403)</sup>. بل أكثر من ذلك، يمكن التساؤل عن الجزاء الذي يمكن تقريره بشأن جميع هذه المسائل، في ظل غياب أي قانون وطني يمكن الإحالة إليه لحكمها.

وعلى هذا الأساس، نجد الأستاذ الفرنسي Loquin يقول أنه: "في ظل غياب قواعد مادية لحكم هذه المسائل، فإن الحل المنطقي يقتضي الرجوع في حكمها إلى آلية تنازع القوانين"<sup>(404)</sup>. وهذا يعني ضرورة الاحتفاظ بقواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية إلى جانب القاعدة المادية لاستقلال اتفاق التحكيم، بحيث تطبق قواعد التنازع عندما تخرج المسألة عن حدود تلك القاعدة المادية أو لحكم بعض المسائل التي تعجز القاعدة المادية عن حكمها؛ فأهلية إبرام اتفاق التحكيم، يمكن الرجوع فيها إلى قانون الجنسية أو الموطن حسب النظام القانوني المتبع، ففي الدول العربية يُطبق قانون الجنسية.

في المقابل، فإن الأستاذ Gaillard يعتبر أن الإشكاليات المتعلقة بعيوب الرضا وقابلية النزاع للتحكيم والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم يمكن حلها ليس بالرجوع إلى قانون وطني معين أي بالرجوع إلى قواعد التنازع، إنما بالإحالة إلى متطلبات النظام العام الدولي<sup>(405)</sup>.

### ثانياً: احترام الإرادة المشتركة للأطراف

لا أحد ينكر الدور الأساسي الذي تلعبه الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم، سواء تعلق الأمر بإبرام اتفاق التحكيم أو بتحديد معظم قواعده وإجراءاته. بل إن مجال أعمال تلك الإرادة المشتركة، يتسع في إطار التحكيم الدولي أكثر منه في إطار التحكيم الداخلي؛ لأن الأمر يتعلق من جهة بمصالح التجارة الدولية والتي تقتضي المرونة، ولأن الأطراف من جهة أخرى ينتمون إلى أكثر من نظام قانوني وطني، ما يعني إعطاء حرية أكبر لإرادة الأطراف<sup>(406)</sup>. غير أن اتساع مجال أعمال تلك الإرادة في إطار التحكيم الدولي، لا يعني أن تكون مطلقة؛ فإذا أمكن البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف بشأن تفسير اتفاق التحكيم<sup>(407)</sup> مثلاً، فإنه يصعب تحري تلك الإرادة المشتركة بشأن صحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأنه لا يمكن أن يترك

(402) P. Level, note sous l'arrêt Hecht, Rev. crit. DIP 1974, p. 82.

(403) H. Synvet, note sous l'arrêt Gatoil, CA Paris, 17 déc. 1991, Rev. arb. 1993, p. 281. spéc. 292.

(404) « en l'absence de règles matérielles régissant ces questions, la solution la plus raisonnable est de revenir pour celles-ci au mécanisme des conflits de lois » : E. Loquin, sous l'arrêt Menicucci, CA Paris, 13 déc. 1993, JDI 1977, p. 281, spéc. 295.

(405) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(406) B. Edelman, Accord compromissaire et internationalisation de la volonté, JCP 1972, n° 2487.

(407) حول تفسير اتفاق التحكيم، انظر CA Paris, 7 févr. 2002 : RTD com. 2002, 659, obs. Loquin.

تحديد هذه الأمر للإرادة المشتركة للأطراف وحدها، بعيدا عن أي قانون وطني، ويعود ذلك لعدة أسباب: فمن جهة قد يكون من الصعب أو حتى من المستحيل أحيانا الوقوف على الإرادة المشتركة للأطراف؛ ومن جهة ثانية، فإن الاستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف وحدها لتقرير صحة اتفاق التحكيم من عدمه، يجعل الإرادة تغلو على القانون، أو أن تصبح مصدرا مستقلا للقانون، وهذا يخالف المبادئ العامة لنظرية العقد، ويتعارض أيضا مع قواعد تنازع القوانين بشأن العقود<sup>(408)</sup>؛ وأخيرا، فإن الإرادة وحدها عاجزة عن حل جميع المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، كمسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، لأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يمكنه تحديد ذلك وليس إرادة الأطراف وحدها.

وبالتالي، فإن أعمال الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم الدولي، كما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico ليس مطلقا<sup>(409)</sup>؛ فإرادة الأطراف لا تكفي وحدها لتقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأن أي تصرف قانوني لا يمكن أن يوجد بذاته، إنما يجب أن يسمح القانون لتلك الإرادة بالاتفاق على التحكيم، وتقرير صحته وترتيب آثاره. ولكن لا يهم بعد ذلك مصدر تلك القاعدة القانونية، أكانت وطنية أم دولية. ويبدو أن المقصود بالقاعدة القانونية الدولية في هذا الإطار، هي متطلبات النظام العام الدولي<sup>(410)</sup>.

### ثالثا: احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي

جاء في قضية Dalico الفرنسية أن استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، مقيد باحترام القواعد الآمرة الفرنسية والنظام العام الدولي<sup>(411)</sup>. ويمثل هذا القيد متطلبات دنيا تفرضها العدالة "Exigences minimales de justice"<sup>(412)</sup>؛ بمعنى أن احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي يمثل حد أدنى لا يمكن النزول عنه للاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني<sup>(413)</sup>.

(408) يقول E. Gaillard في انتقاده لحكم محكمة النقض في قضية Dalico: « la solution retenue par la cour de cassation ne suggère nullement que la volonté des parties serait une norme première, se suffisant à elle-même et que la constatation de son existence ne supposerait le recours à aucune règle de droit » : note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(409) حول الانتقادات المتعلقة بالإرادة المشتركة في قضية Dalico، انظر: H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 122-123.

(410) Ibid : « la dernière instance juridique n'étant rien d'autre que l'ordre public, la référence à cet ordre public est l'exacte mesure de l'autonomie de la volonté –c'est ainsi que l'ordre public international détermine l'autonomie de la volonté en droit international privé ».

(411) J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ 1999, 183 et s.

(412) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

(413) E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 698.

أما الدور الذي يؤديه كل من النظام العام والقواعد الآمرة، فإن الفقه يتفق من حيث المبدأ على أن دور النظام العام لا يمكن أن يكون هنا نظام عام استبعادي<sup>(414)</sup>؛ نظراً لعدم وجود قانون وطني معين يمكن استبعاد تطبيقه. وعلى هذا الأساس، يرى جانب من الفقه بأن فكرة النظام العام الواردة في قضية Dalico جاءت للتعبير عن فكرة النظام العام التوجيهي "النظام العام الفرنسي التوجيهي"، على اعتبار أن المقصود من قيد النظام العام هو تحقيق حد أدنى من العدالة<sup>(415)</sup>. ولكن جانب من الفقه، يعترض على هذا الطرح، على أساس وجود اختلاف في وظيفة كل من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي؛ لأن فكرة النظام العام الدولي تؤدي إلى تقرير بطلان اتفاق التحكيم وليس استبعاد تطبيق قانون أجنبي<sup>(416)</sup>.

كما أن تطبيق كل من مفهوم النظام العام والقواعد الآمرة أو البوليصية، يثير مشكلة قانونية في غاية التعقيد؛ لأن تطبيق هذين المفهومين يرتبط بشكل أو بآخر بتطبيق قواعد التنازع؛ فبينما يؤدي النظام العام إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين بموجب قواعد الإسناد الوطنية، عندما تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في دولة القاضي. كما أن القواعد البوليصية تؤدي إلى استبعاد تطبيق قواعد التنازع ابتداءً عندما يظهر للقاضي أن العلاقة القانونية محل النزاع تحكمها قواعد بوليصية آمرة في دولته. كما أن تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية تثار من زاوية أخرى، فالمحکم ليس كالقاضي، فهو يستمد مهمته من اتفاق التحكيم ذاته، ولا يوجد له نظام قانوني وطني يلزم بالدفاع عنه. لهذا السبب، يجب أن توجد رابطة بين اتفاق التحكيم وقانون دولة معينة حتى يمكن إعمال مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية؛ وقد تكون تلك الرابطة ناشئة مثلاً عن إجراء التحكيم على إقليم دولة معينة، أو عن خضوع اتفاق التحكيم لقانون إحدى الدول كقانون مختار من قبل الأطراف. ففي مثل هذه الحالات، لا توجد صعوبة في تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية على اتفاق التحكيم، أما إذا انتفت مثل تلك الرابطة، فلا مجال لإعمالها.

ولكن تبقى مشكلة أساسية، وهي مسألة الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم دون الخضوع في ذلك لأي قانون وطني، إنما تحكمه قاعدة موضوعية تستبعد تطبيق قواعد التنازع. فكيف يمكن عندها أن نتخيل إمكانية إعمال مفهوم النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين، أو تطبيق القواعد البوليصية التي تستبعد تطبيق قواعد التنازع ابتداءً؟

يتمثل الحل بالتأكيد، في إعطاء مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية، دوراً مختلفاً عن الدور الذي تؤديه في مجال تنازع القوانين. وعلى هذا الأساس، يرى الأستاذ الفرنسي Gaudmet-

(414) E. Gaillard, P. Mayer, H. Synvet, précité.

(415) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

(416) P. Mayer, sous l'arrêt Dalico, Rev. crit. DIP 1994, p. 663.

Tallon ، يمكن اعتبارها قواعد بوليصية في مجال التحكيم الدولي: القواعد المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم ، وتلك المتعلقة بشكل اتفاق التحكيم وشروطه الموضوعية خصوصا المتعلقة بالرضا وعيوبه<sup>(417)</sup>. كما يرى الأستاذ الفرنسي Ancel كأمثلة على النظام العام: احترام مبدأ المساواة بين الأطراف ، حتى في حال التحكيم مع التفويض بالصلح ، فلا يجوز مثلا لأحد الأطراف تعيين محكمين والآخر تعيين محكم واحد ، أو قيام أحد الأطراف بإكراه الآخر على إبرام اتفاق تحكيم. فهذه المسائل جميعا ، تستدعي تطبيق فكرة النظام العام الدولي<sup>(418)</sup>.

---

(417) H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 124.

(418) Cité dans : « L'autonomie de la clause compromissoire – Valhalla », précité, p. 6.



الفصل الثاني

# هيئة التحكيم





إن الغاية الأساسية التي يبتغيها الأطراف من لجوئهم إلى التحكيم، هو الفصل في النزاع بحكم ملزم لهم من قبل محكمين يختارونهم لهذا الغرض. وتطلق القوانين على هؤلاء المحكمين مسمى "هيئة التحكيم". وقد عرفت المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني "هيئة التحكيم" على أنها: "شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع".

بالتالي فإن المحكم وإن كان يماثل القاضي في أن كلاهما يقوم بعمل قضائي، إلا أنهما يختلفان فيما عدا ذلك عن بعضهما؛ فالمحكم هو شخص عادي يختاره الأطراف أو تعينه المحكمة في حالات معينة، ليقوم بمهمة حسم النزاع، ويستمد سلطته للفصل في النزاع وشرعية المهمة التي يؤديها من اتفاق التحكيم، ويصدر حكمه باسمه هو. أما القاضي فإنه يستمد سلطته للفصل في المنازعات التي تعرض عليه ليس من اتفاق الأطراف إنما من القانون مباشرة، ويصدر حكمه باسم الشعب.

وقد تناول قانون التحكيم الفلسطيني في الفصل الثالث (المواد 19-8) واللائحة التنفيذية في الفصل الثالث (المواد 23-33) موضوع هيئة التحكيم، مع إعطاء الأطراف حرية كبيرة في تنظيمها، إلا أنه لم يجعل تلك الحرية مطلقة بل قيدها بمجموعة قيود من شأنها ضمان حسن سير عملية التحكيم وتحقيق العدالة، بما يكفل حماية الحقوق والمراكز القانونية للأطراف. ويمكن تقسيم المحاور الأساسية التي اشتمل عليها قانون التحكيم ولائحته التنفيذية في تنظيمه لموضوع هيئة التحكيم فيما يلي: بيان الشروط الواجب توافرها في المحكم، وقواعد تشكيل هيئة التحكيم، وقبول مهمة التحكيم، ورد المحكمين، وانتهاء مهمة التحكيم، واختصاصات هيئة التحكيم.

وسنقوم بدراسة جميع هذه المسائل في أربعة مباحث: نخصص الأول للشروط الواجب توافرها في المحكم، ونخصص الثاني لتشكيل هيئة التحكيم، ونخصص الثالث لمهمة التحكيم، ونخصص الرابع لاختصاص هيئة التحكيم.

## المبحث الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم

نعرض في هذا المبحث الإطار العام للشروط الواجب توافرها في المحكم، ثم نتناول بالتفصيل بعض هذه الشروط نظرا لأهميتها، وذلك في مطلبين متتاليين.

### المطلب الأول: الإطار العام للشروط الواجب توافرها في المحكم

المحكم كالقاضي، فهو وإن كان يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، إلا أنه يؤدي مهمة قضائية تتمثل في حسم النزاع بحكم ملزم للأطراف. وعلى هذا الأساس، تتفق القوانين على وجوب توافر شروط وصفات معينة في الشخص المراد تعيينه محكما، خصوصا أن يكون أهلا للحكم، ويمتلك الكفاءة والمهارة المهنية والإختصاص للقيام بمهمة التحكيم؛ ولا يتصور تعيين شخص محكما لا تتوافر فيه صفات الكفاءة والتخصص في مجال معين. ويختص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بتحديد الشروط الواجب توافرها في المحكم.

وقد سار على هذا النحو قانون التحكيم الفلسطيني، حيث حدد في المادة (9) الشروط الواجب توافرها في المحكم، بنصها على أنه: "يجب أن يكون المحكم أهلا للتصرفات القانونية، ومتمتعاً بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفسا ما لم يرد إليه اعتباره". وتضيف المادة (3) من اللائحة التنفيذية شروطاً أخرى يجب توافرها في المحكم، حيث نصت على أنه: "يكون المحكم من الفلسطينيين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون المحكم من الأجانب ممن أجاز لهم مزاولة مهنة التحكيم، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في فلسطين".

فهذين النصين يضعان قاعدة عامة بشأن الشروط الواجب توافرها في المحكم، وبالتالي لا يجوز تعيين شخص محكما لا تتوافر فيه هذه الشروط، سواء تشكلت هيئة التحكيم من محكم منفرد أم من عدد من المحكمين، وبصرف النظر عن الجهة التي تتولى تشكيل هيئة التحكيم، سواء كان الأطراف أنفسهم أو المحكمة المختصة أو أية جهة أخرى حولها الأطراف سلطة تشكيل هيئة التحكيم.

وتضيف المادة (7) من اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في المحكم الذي يقيد في قوائم المحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل بنصها على أنه: "يشترط فيمن يقيد بقوائم المحكمين ما يلي:

1. أن يكون فلسطيني الجنسية ومتمتعاً بحقوقه المدنية.
2. أن يكون حسن السيرة والسلوك.
3. ألا يكون قد سبق فصله من الخدمة بقرار تأديبي، ما لم تمض على صدوره مدة ثلاث سنوات على الأقل.
4. ألا يكون قد سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، أو محكوماً بإفلاسه ما لم يرد إليه اعتباره.
5. أن تتوافر لديه الخبرات العلمية والعملية وفقاً لهذه اللائحة".

ويلاحظ أن هذا النص لا يطبق إلا في حالة واحدة، وهي الحالة التي تقوم فيها المحكمة بتشكيل هيئة التحكيم، حيث تلزم بتعيين المحكمين من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل حصراً؛ والغاية من ذلك هي التسهيل من جهة على القاضي في اختيار المحكمين بسرعة، والتحقق من جهة أخرى من توافر الشروط القانونية العامة الواجب توافرها في الشخص المراد تعيينه محكماً، كما هو مشار إليه أعلاه، وأخيراً ضماناً للشفافية ما يمنع المحكمة من تعيين أشخاص من خارج هذه القائمة بناء على اعتبارات غير موضوعية. ولكن تطبيق الشروط الواجب توافرها في المحكم المنصوص عليها في المادة (7) من اللائحة التنفيذية، يقتضي ابتداءً أن تقوم وزارة العدل بتزويد المحاكم بقوائم المحكمين المعتمدين لديها وبالتحديثات التي تجري عليها.

في المقابل، فإن تعيين المحكمين بشكل مباشر من الأطراف أنفسهم، أو بطريق غير مباشر من جهة أخرى يعينها الأطراف، فلا يراعى هذا الشرط، بل يجوز اعتماد أي شخص محكماً ما دامت توافرت فيه الشروط العامة التي يفرضها القانون، حتى لو لم يكن محكماً معتمداً ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل. ولا يراعى تطبيق هذا الشرط أيضاً، إذا اتفق الأطراف على إحالة النزاع إلى مؤسسة أو مركز تحكيم دائم، إذ أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، تتولى مؤسسة التحكيم نفسها تعيين المحكمين وفق القواعد المنصوص عليها في لوائحها وأنظمتها.

وفي جميع الأحوال، يجب أن تتوافر الشروط القانونية في المحكم عند بدء عملية التحكيم وأن تستمر تلك الشروط إلى حين صدور الحكم، وكل إجراء يتم خلافاً للقانون في هذا الشأن

يكون باطلا؛ والبطلان المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم هو بطلان متعلق بالنظام العام، بالتالي يجوز للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، ولا يجوز للأطراف التنازل عنه صراحة أو ضمنا.

## المطلب الثاني: الإطار التفصيلي للشروط الواجب توافرها في المحكم

نتناول في هذا المطلب على التوالي كل من: اهلية المحكم، وكفاءة المحكم واختصاصه، وكون المحكم شخص طبيعي، جنسية المحكم وديانته ولفته، وعدد أعضاء هيئة التحكيم.

### الفرع الأول: أهلية المحكم

يشترط فيمن يعين محكما أن يكون كامل الأهلية، أي أن تتوافر لديه أهلية الأداء، لأن مهمة المحكم هي مهمة قضائية تتمثل في الفصل في النزاع بحكم قضائي ملزم للأطراف، وهي أعمال وتصرفات قانونية تسليتم أن يكون المحكم أهلا لإجرائها، وهو ما اشترطته المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني بنصها على أنه: "يجب أن يكون المحكم أهلا للتصرفات القانونية...". ويتم الرجوع في تحديد أهلية المحكم إلى قانونه الشخصي، أي قانون الجنسية أو الموطن حسب النظام القانوني المتبع بشأن الأهلية في مجال تنازع القوانين، والدول العربية تأخذ عموما بقانون الجنسية في هذا المجال.

ويتبع أهلية المحكم أيضا، ما اشترطته المادة (9) من قانون التحكيم الفلسطيني، من أن يكون المحكم: "...متمتعا بحقوقه المدنية غير محكوم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة أو مفلسا ما لم يرد إليه اعتباره". فإذا كان عدم أهلية المحكم عائدا إلى الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحية، فيصار إلى تطبيق القانون الذي يحكم المسؤولية الجنائية، أما إذا كان عدم الأهلية راجعا إلى الإفلاس، فيصار إلى تطبيق القانون الذي يحكم شهر الإفلاس.

وبناء على ما سبق، فإن الصغير غير كامل الأهلية، والمحجور عليه لذاته أو بقرار من المحكمة، كالمجنون والسفيه وذو الغفلة، لا يجوز أن يكونوا محكمين. وكذلك الأمر بالنسبة للمحكوم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة، كالسرقة وإساءة الإثتمان والرشوة والتزوير، فلا يجوز له أن يكون محكما، ولا يكون الشخص محروما من أن يكون محكما بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة إلا من اليوم الذي يصبح فيه الحكم قطعيا، أي أنه قد استنفذ طرق الطعن العادية، أما طرق الطعن غير العادية كالنقض، فلا تؤثر على أن الحكم قد أصبح قطعيا<sup>(419)</sup>. أما الشخص الذي رد إليه اعتبارة، فيمكنه أن يكون محكما.

(419) حمزة حداد، المرجع السابق، 275، ص 212.

## الفرع الثاني: كفاءة المحكم واختصاصه

باعتبار المحكم يؤدي مهمة قضائية، يجب أن يمتلك من المهارات والتخصص ما يجعله قادرا على الحكم في النزاع بمهنية وجدية وموضوعية. وتختلف المهارات المطلوبة في المحكم بحسب طبيعة النزاع. ولكن تختلف شروط كفاءة المحكم واختصاصه عن الشروط المطلوبة في القاضي، فإذا كان يشترط فيمن يعين قاضيا أن يكون ممن يحملون شهادة جامعية في القانون أو في الشريعة والقانون، فإن المحكم لا يشترط أن يتوافر في جانبه هذا الشرط، فقد يكون بالفعل رجل قانون (محامي، استاذ جامعي في القانون، قاضي، مستشار قانوني...)، إلا أنه يجوز أن يكون المحكم من أصحاب الخبرة والاختصاص في مجال فني أو تقني آخر غير القانون، كالهندسة والتجارة والصناعة والمال والاستثمار والمقاولات والإنشاءات والزراعة وغيرها. وفي سبيل المقارنة بين القاضي والمحكم، تقول محكمة استئناف القاهرة "...إن المحاكم تشكل من قضاة بينما هيئات التحكيم يجوز تشكيلها من محكمين يتفق الطرفان على اختيارهم وقد لا يكون من بينهم محكم من المشتغلين بالقانون مما يصعب معه إخضاع أحكامهم لضوابط التسبب المعمول بها بشأن أحكام المحاكم..."<sup>(420)</sup>.

ولكن بالرغم من عدم اشتراط القانون بأن يكون المحكم رجل قانون، فإنه يفضل في كل الأحوال، اختيار رجل قانون ضمن تشكيلة هيئة التحكيم متعددة الأعضاء، ذلك أن موضوع النزاع يدور حول الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، ولا يقدر على فهم هذه المسائل ووزنها من الناحية القانونية إلا رجل قانون، كما أن التحكيم يقتضي صدور حكم تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي، ويقتضي قيام المحكم بتكييف النزاع واتباع إجراءات مماثلة إلى حد كبير للإجراءات المطبقة أمام القضاء وما يتطلبه ذلك من تسبب للقرار، ولا يقدر على ذلك إلا رجل قانون متمرس.

ولم يشترط قانون التحكيم الفلسطيني أن يكون المحكم من رجال القانون، إنما يمكن أن يكون حسب نص المادة (3) من اللائحة التنفيذية، من أصحاب المهن أو غيرهم<sup>(421)</sup>. وعند تحديد المادة (8) من نفس اللائحة "أصناف المحكمين"، لم تشترط ضرورة توافر التأهيل القانوني في المحكم، إنما اشترطت شروطا متعلقة بالشهادة الجامعية (الدكتوراة، والماجستير والبيكالوريوس) في أي مجال كان، إضافة إلى مدة الخبرة العملية المطلوبة في كل فئة من فئات المنازعات (التي تزيد عن مائة ألف دينار أردني، أو أقل) حتى يقيد في سجل المحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل<sup>(422)</sup>. إلا أن نفس المادة قد تجاوزت شرط الشهادة الجامعية (إذا كان

(420) استئناف القاهرة، الدائرة 8 تجاري، جلسة 1999/7/20، في الاستئناف رقم 7 لسنة 116 ق تحكيم، المرجع السابق، ص 423.

(421) تنص المادة (3) من اللائحة التنفيذية على أنه: "يكون المحكم من الفلسطينيين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون المحكم من الأجانب ممن أجاز لهم مزاولة مهنة التحكيم، وعند تعدد المحكمين يكون رئيسهم على دراية بالقواعد الشرعية والأنظمة التجارية والعرف والتقاليد السارية في فلسطين".

(422) صنف المادة (8) المحكمون في ثلاث فئات: الفئة الأولى تختص بالفصل في المنازعات التي تزيد قيمتها

لدى الشخص خبرة نادرة أو متخصصة في أي من المجالات الفنية والعملية المطلوبة<sup>(423)</sup>.

ويبدو أن هذا التوجه في مكانه، لأن أحد أهم مبررات اللجوء إلى التحكيم هو الخبرة والتخصص الفني والتقني للمحكم في مجال معين، وقد لا يتوافر ذلك عند القاضي أو رجل القانون.

### الفرع الثالث: المحكم شخص طبيعي

يجب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، سواء كان التحكيم حرا أو عارضا من الحالات الخاصة أو تحكيما مؤسسيا. وقد عرفت المادة (1) "المحكم" على أنه: "الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم". وعلى نحو أكثر تفصيلا، عرفت محكمة استئناف القاهرة "المحكم" على أنه: "هو الشخص الطبيعي الذي يتم اختياره وفقا لإرادة الأطراف أو حكم القانون، ويشارك في نظر منازعة التحكيم والحكم فيها، بصوت معدود في المداولة، والتوقيع على الحكم الذي يصدر بهذه الصفة - الشخص الذي يكلف بمعاونة المحكمين في عملهم لا يعد محكما"<sup>(424)</sup>.

بناء عليه، فحتى لو كان التحكيم مؤسسيا، فإن مركز التحكيم يتولى فقط تنظيم عملية التحكيم، ولا يتولى بذاته مهمة الفصل في النزاع، بل يقوم بذلك أشخاص طبيعيين في جميع الحالات<sup>(425)</sup>. ويكون للمحكمين المعيّنين من قبل المركز نفس سلطة المحكمين

على مائة ألف دينار أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانونا، ويشترط في المحكم بشأن هذه المنازعات أن يكون من حملة شهادة الدكتوراة مع خبرة عملية لا تقل عن خمس سنوات، أو شهادة ماجستير مع خبرة لا تقل عن ثمان سنوات، أو الشهادة الجامعية الأولى مع خبرة عملية لا تقل عن عشر سنوات، أو شخص لا يحمل شهادة جامعية إنما لديه خبرة نادرة متخصصة في أي من المجالات الفنية والعملية المطلوبة لا تقل عن خمس عشرة سنة. الفئة الثانية تختص بنظر المنازعات التي لا تقل قيمتها عن خمسون ألف دينار أو ما يعادلها ولا تزيد عن مائة ألف دينار، ويشترط فيها نفس الشروط السابقة ما عدا مدة الخبرة العملية، بحيث لا تقل بالنسبة لحملة شهادة الدكتوراه عن ثلاث سنوات، وللماجستير لا تقل عن خمس سنوات، وللشهادة الجامعية الأولى لا تقل عن ثماني سنوات، وبالنسبة للشخص الذي لا يحمل شهادة جامعية ولكن لديه خبرة نادرة في مجال معين لا تقل عن عشر سنوات. والفئة الثالثة تختص بالنظر في المنازعات التي تقل عن خمسون ألف دينار أو ما يعادلها، فلا يشترط أي خبرة في الشخص الحاصل على شهادة الدكتوراة، وخبرة لا تقل عن سنتين بالنسبة لحامل شهادة الماجستير، وخبرة لا تقل عن ست سنوات بالنسبة لحامل الشهادة الجامعية الأولى، وأن لا تقل الخبرة العملية عن خمس سنوات بالنسبة للشخص الذي لا يحمل شهادات جامعية إنما يمتلك خبرة نادرة أو متخصصة في مجال معين.

(423) انظر المادة (8) من اللائحة التنفيذية، الفقرات (1/ث) و (2/ث) و (3/ث).

(424) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن 115/71 ق تحكيم، جلسة 2003/10/29، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع المرجع نفسه، ص 433.

(425) المحكم شخص طبيعي: انظر، استئناف بيروت، 2001/1778، 2001/12/10، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 21 مذكور في حمزة حداد، هامش 1، ص 211. وقد جاء في حكم آخر لمحكمة استئناف الشمال في لبنان أن ذكر صفة بجانب توقيع المحكم مثل "رئيس جمعية" لا يعني أن المحكم هو شخص معنوي: 222/96، 1996/5/5، المجلة اللبنانية، عدد 7، ص 37، مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق، الهامش 1، ص 215. ومقارنة مع تمييز حقوق البحريين 97/95، بتاريخ 1997/12/21، مجموعة الأحكام 1997، 625: والذي يفهم منه بأن المحكمة عينت إحدى مؤسسات التحكيم محكما، وأن هذا التعيين كان صحيحا، طالما لم يطعن به صاحب الشأن في حينه. مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق، الهامش 4، ص 214.

في التحكيم الحر أو الخاص من حيث الفصل في موضوع النزاع بكل حياد واستقلال دون تدخل من مركز التحكيم الذي يجري التحكيم في ظله، والذي تولى هو نفسه تشكيل هيئة التحكيم وفق اللوائح والأنظمة المطبقة لديه. وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف باريس بقولها: "إن سلطة الحكم الممنوحة للمحكمين يكون لها شرعية خاصة ومستقلة يجب ضمان بأن تظل مستقلة تماما كما هو الحال بالنسبة لأي قاض وبدون أي تدخل من قبل المركز الذي تولى تشكيل هيئة التحكيم وبذلك فقد كل إمكانية للتدخل"<sup>(426)</sup>.

ويمكن تبرير وجوب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، على أساس أن الشخص الطبيعي هو وحده الذي يملك العقل والضمير والحس السليم والمنطق ووزن الأمور، ويتلمس العدالة ويميز بين الحق والباطل، ولا يمكن أن يتحقق ذلك عند الشخص المعنوي. إضافة إلى ذلك، فإن، المحكم كالقاضي، يجب أن يصدر حكما قضائيا بشأن الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، وما يحتاجه ذلك من تكييف للقضية، ووزن لبيانات الأطراف وتقدير طلباتهم ودفعوهم، وتسبب لقرار التحكيم، واحترام المبادئ الأساسية للتقاضي، والمداولة، وغير ذلك من مسائل، وهذه لا يستطيع القيام بها إلا الشخص الطبيعي.

بالتالي فإن هذا الشرط هو متطلب ضمني لا حاجة للنص عليه صراحة، فمع أن معظم القوانين تنص صراحة على وجوب أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، إلا أن ذلك يفهم ضمنا من خلال الشروط الأخرى الواجب توافرها في المحكم، كالاستقلال والحياد، وعدم ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالشرف والامانة... وهي مسائل لا تتحقق إلا عند الشخص الطبيعي.

#### الفرع الرابع: جنسية المحكم وديانته ولغته

لا تعير معظم القوانين أهمية لجنسية المحكم، بالتالي قد يكون المحكم وطنيا أو أجنبيا، بل قد يكون المحكم منتما إلى جنسية طرفي النزاع أو أحدهما، سواء في إطار التحكيم الداخلي أو الدولي. ولم يتعرض قانون التحكيم الفلسطيني إلى موضوع جنسية المحكم<sup>(427)</sup>، ولكن اللائحة التنفيذية أشارت إلى ذلك في المادة (3) بنصها على أنه: "يكون المحكم من الفلسطينيين من أصحاب المهن الحرة أو غيرهم، ويجوز أن يكون المحكم من الأجانب ممن أجاز لهم مزاوله مهنة التحكيم....".

(426) CA Paris, 4 mai 1988, Rev. Arb. 1988, 664.

(427) وذلك على عكس قانون التحكيم المصري، الذي نص في المادة (16/2) على أنه: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفق طرفا التحكيم أو نص القانون على غير ذلك". وهذا الحكم مأخوذ عن نص المادة (11/1) من القانون النموذجي للعام 1985 والتي تنص: "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

في مقابل ذلك، فإن بعض القوانين قد حرصت على تجنب أن يكون المحكم من جنسية أحد طرفي النزاع، وذلك ضمانا لحياد المحكم واستقلاله وعدم محاباته أو إجحافه بحق أحد الطرفين. وقد سار في هذا الإتجاه على سبيل المثال، قانون التحكيم اليوناني لعام 1999 والذي أكد في المادة (11/4) على أنه في حال قيام قضاء الدولة بتعيين المحكم المنفرد أو المحكم الثالث، يجب الحرص على أن يكون المحكم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف<sup>(428)</sup>. بل أكثر من ذلك، فإن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 قد نصت في المادة (18/4) على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الطرفين".

والواقع أننا نؤيد الإتجاه الذي يمنع اختيار محكمين يحملون جنسية أحد الأطراف، على الأقل إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم منفرد، وكذلك الأمر بالنسبة للمحكم الوتر في التحكيم متعدد الأعضاء، ضمانا للحيادة والاستقلال، إلا إذا كان الأطراف قد تولوا عملية تعيينهم، أو عبروا عن إرادة مخالفة تجيز اختيار المحكمين من ضمن جنسية أحد الأطراف.

ويمكن قول ذات الشيء بالنسبة لديانة المحكم. فإن كانت الديانة لا تؤثر على تعيين المحكم، إلا أنه يفضل أن يكون من ديانة مختلفة عن ديانة الأطراف<sup>(429)</sup>.

أما اللغة فلا تشكل أي عائق أمام اختيار المحكم، نظرا لامكانية طلب ترجمة كتابية للأوراق والمستندات، وترجمة شفوية للأقوال التي تدور خلال الإجراءات والمرافعات.

ويجوز في جميع الأحوال، للأطراف الاتفاق على شروط إضافية في هيئة التحكيم، كالاتفاق على جنسية المحكم ولغته ودينه، أو الاتفاق على الخبرة العملية أو التخصص المطلوب في المحكم كاشتراط أن يكون المحكم مهندسا أو محاميا أو خبيرا في مجال معين. وهذه الشروط تلزم القاضي ومؤسسة التحكيم على اعتبار أنها لا تخالف النظام العام والأداب وتعتبر شروط تعاقدية بالتالي لا يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها إنما يحق للأطراف التمسك بها أو التنازل عنها صراحة أو ضمنا.

(428) تنص المادة (6/4) من قواعد الأونسترال لعام 1976 على أنه: "تراعي سلطة التعيين، وهي بصدد اختيار المحكم، الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحيد، وأن تأخذ بعين الاعتبار أنه من المستحسن أن يكون المحكم من جنسية غير جنسية أطراف النزاع". وقد جاءت المادة (38) من اتفاقية واشنطن بشأن منازعات الاستثمار لعام 1965 أكثر تشددا، حيث منعت تعيين محكمين من قبل الرئيس - رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية - من بين رعايا الدول المتعاقدة التي تشكل طرفا في النزاع أو يكونوا من رعايا إحدى الدول المتعاقدة التي تكون طرفا في النزاع.

(429) وتشرط السعودية عند اختيار المحكم أن يكون يدين بالديانة الإسلامية.



## الفرع الخامس: عدد المحكمين

تعطي معظم القوانين حرية كبيرة للأطراف في تحديد عدد المحكمين. وقد سار قانون التحكيم الفلسطيني على هذا النحو بنصه في المادة (8/1) على أن: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر"<sup>(430)</sup>، وتضيف المادة (23) من اللائحة التنفيذية على أن: "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ويكون للأطراف حرية اختيار المحكمين وعددهم".

لقد جعل هذين النصين، الأصل هو التحديد الاتفاقي لعدد المحكمين، حيث يستطيع الأطراف بموجب اتفاق بينهم تحديد عدد المحكمين بمحكم واحد أو أكثر. وقد حصر النصان الحد الأدنى لتشكيل هيئة التحكيم بمحكم واحد وهو الحد الأدنى الذي يمكن تصوره، ولكنهما لم يضعا حدا أقصى لعدد المحكمين، ما يفهم منه إمكانية أن يكون عدد المحكمين إثنين أو ثلاثة أو أكثر حسب ما يراه الأطراف مناسبا، غير أن تحديد عدد المحكمين يبنى في العادة على عدة اعتبارات موضوعية، من ضمنها الأخذ بكافة الظروف المحيطة بالقضية، من حيث طبيعتها ومدى تعقيدها والقيمة المالية للنزاع وغيرها من الظروف.

أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد عدد المحكمين، فيصير إلى تطبيق المادة (8/2) من قانون التحكيم والتي وضعت قاعدة احتياطية مفادها بأن يكون عدد المحكمين ثلاثة: "2- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكما، ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك"<sup>(431)</sup>. وتطبق تلك القاعدة الاحتياطية إذا كان التحكيم حرا أو عارضا، إما إذا كان التحكيم مؤسسيا، فإن قواعد مركز التحكيم هي التي تحدد عدد المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف على عددهم<sup>(432)</sup>، ويستفاد ذلك من نص المادة (10) من قانون التحكيم الفلسطيني<sup>(433)</sup>.

(430) هذا بالإضافة إلى المادة (1) من قانون التحكيم الفلسطيني التي تعرف "هيئة التحكيم" على أنها "شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع".

(431) ويستفاد ذات الحكم أيضا من نص المادة (24) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم.

(432) في التحكيم المؤسسي المنظم، فإن قواعد المؤسسة هي التي تتولى في العادة تحديد عدد المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف على ذلك: فبعضها يجعل الأصل تشكيل هيئة التحكيم من محكم منفرد مثل المادة (8) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (5/4) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، ولا يعين ثلاثة محكمين إلا إذا تبين أن طبيعة النزاع تقتضي ذلك. وتشكل هيئة التحكيم كأصل من ثلاثة محكمين وفق قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة (5) من قواعد الأونسترال لعام 1976.

(433) تنص المادة (10) من قانون التحكيم: "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين المحكمين والإشراف عليها .....". وهذه المادة تتطابق في مضمونها مع المادة (25) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم. ويطابق هذا الحكم أيضا المادة (14/أ) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001، : "أ- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاث"، وهي تقابل المادة (15/1) من قانون التحكيم المصري.

ولكن السؤال الذي يثور بشأن حرية الأطراف في تحديد عدد المحكمين، هل يجوز للأطراف الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين، أم يلزم إجباراً أن يكون عددهم وتراً أي مكون من عدد فردي من المحكمين؟

لقد أجاب قانون التحكيم الفلسطيني على هذا السؤال بشكل غير مباشر في مجموعة نصوص، والتي يستفاد منها جميعاً، جواز تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين باتفاق الأطراف، وعدم لزوم أن يكون عدد المحكمين وتراً. فبالرجوع إلى نص الفقرة الأولى من المادة (8) من قانون التحكيم نجد أنها تشير إلى حق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو "أكثر"، مما يدل على جواز أن يكون عدد المحكمين زوجياً، وكذلك نص الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تضع قاعدة احتياطية تطبق في حال عدم اتفاق الأطراف على عدد المحكمين، والتي جاء فيها: 2- إذا لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكماً، ويختار المحكمون مرجحاً إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك". فتعبير "إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك"، يشير إلى إجازة اتفاق الأطراف على أن يكون عدد المحكمين زوجياً. ويستفاد ذات الحكم أيضاً من نص المادة (13) من اللائحة التنفيذية، والتي يفهم منها ضمناً أنه يجوز أن يكون عدد أعضاء هيئة التحكيم زوجياً: "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر ويكون للأطراف حرية اختيار المحكمين وعددهم". وأخيراً جاءت المادة (24/1) من اللائحة التنفيذية لتؤكد بطريقة لا لبس فيها ولا غموض إلى إجازة أن يكون عدد المحكمين زوجياً، حيث ورد فيها: 1- إذا لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، يتولى كل طرف اختيار محكم من جانبه، ويكون لهم حق اختيار مرجح إذا لزم الأمر". فتعبير "ويكون لهم حق اختيار مرجح إذا لزم الأمر" قاطع الدلالة على إجازة المشرع الفلسطيني إمكانية اتفاق الأطراف على انعقاد هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين، ولكن إذا لزم الأمر وتساوت أصوات أعضاء هيئة التحكيم، فيحق للأطراف عندها اختيار مرجح حتى تتحقق الأغلبية المطلوبة لصحة قرار التحكيم، وفق نص المادة (38/4) من قانون التحكيم والتي تلزم بأن: "يصدر قرار التحكيم بالاجماع أو بأكثرية الأراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية". ويسير القضاء الفلسطيني بالفعل باتجاه إجازة تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين<sup>(434)</sup>. ويبدو أن القضاء الأردني يجيز تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين إذا وجد اتفاق بين الأطراف يقضي بذلك، ويستفاد ذلك من قرار محكمة التمييز الأردنية الصادر بتاريخ 2004/2/19 والذي جاء فيه: "يستفاد من المادة 14/أ من قانون التحكيم، أن المشرع ترك ابتداء لأطراف النزاع الاتفاق على عدد المحكمين حيث لهم الحق

(434) يستفاد من ذلك إمكانية أن يكون عدد المحكمين زوجياً، انظر استئناف مدني القدس، رقم 2011/82، بتاريخ 2011/3/29، منظومة القضاء والتشريع في فلسطين "المقتضى".

بأن يختاروا محكما واحدا او أكثر بالاتفاق. فإذا لم يتفقا على العدد، فإن المشرع تدخل وأوجب أن يكون العدد ثلاثاً...<sup>(435)</sup>.

بناء عليه، يكون المشرع الفلسطيني من هذه الناحية قد خالف معظم التشريعات، والتي تشترط أن يكون عدد المحكمين وتراً<sup>(436)</sup>، أي أن تكون هيئة التحكيم مشكلة من عدد فردي من المحكمين في حال تعدد أعضائها (أي ثلاثة أو خمسة أو سبعة وهكذا)، وترتب بطلان قرار التحكيم إذا شكلت هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين (اثنين، أربعة، ستة وهكذا)، على أساس مخالفته لنصوص القانون. والغاية من اشتراط أن يكون عدد المحكمين وتراً أو فردياً، هو تجنب إمكانية انقسام أعضاء هيئة التحكيم بالتساوي بين مؤيد ومعارض للقرار (واحد مقابل واحد إذا كانت الهيئة مشكلة من محكمين إثنين، أو اثنين مقابل إثنين إذا كانت الهيئة مشكلة من أربعة محكمين، وهكذا)، مما يقتضي تعيين محكم جديد ليقوم بدور المرجح حتى تتحقق الأغلبية المطلوبة لصحة قرار التحكيم، وما يعنيه ذلك من تأخر في الفصل في النزاع وتضييع أحد أهم ميزات التحكيم وهي السرعة خصوصاً إذا كان عامل السرعة هو الدافع الرئيس من وراء اللجوء إلى التحكيم. بالتالي فإن تشكيل هيئة التحكيم منذ البداية من عدد فردي (وتر)، يتفادى مثل هذا الوضع، لأن حكم التحكيم سيصدر في جميع الأحوال إما بالإجماع أو بالأغلبية ولا يتصور تساوي الأصوات في هذه الحالة.

ومن التطبيقات القضائية حول وترية عدد المحكمين، ما أورده محكمة النقض المصرية منذ زمن بعيد بقولها: "يجب أن يكون عدد المحكمين...وتراً... مخالفة ذلك موجبة للبطلان لا يزيله حضور الخصوم أمام المحكمين الذين لم تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها"<sup>(437)</sup>. وفي ذات السياق، فقد اعتبرت محكمة استئناف القاهرة باطلا تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين<sup>(438)</sup>. ويطبق هذا الحكم سواء كان التحكيم بالقانون أو بالصلح، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "يجب أن يكون عدد المحكمين المفوضين بالصلح وتراً وأن يذكروا باسمائهم إما في مشاركة التحكيم أو في ورقة سابقة عليها تحت طائلة البطلان"<sup>(439)</sup>.

(435) تمييز حقوق أردني، رقم 3892/2003، بتاريخ 2004/2/19، منشورات مركز عدالة.

(436) أخذ بذلك قانون التحكيم المصري لسنة 1994، بنصه في المادة (15/2): "2- إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً". والمادة (14/ب) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001: "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً، وإلا كان التحكيم باطلاً".

(437) نقض مصري، الطعن رقم 88 لسنة 3 ق جلسة 1937/12/20، مجموعة النقض في 25 عام، ج 1، ق 4، ص 397، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 181.

(438) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/34 ق جلسة 2003/1/29، المرجع نفسه ص 433.

(439) نقض مصري، الطعن رقم 88 لسنة 3 ق، جلسة 1934/12/20، مجموعة الأحكام، الجزء الأول، ص 1666.

وتسير في ذات الإتجاه أيضا ، محكمة النقض الفرنسية والتي قضت بأن تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي من المحكمين هو من النظام العام، ولا يستطيع الأطراف مخالفته، سواء كانت المحكمة مشكلة من محكم واحد أو أكثر<sup>(440)</sup>. ولكن القضاء الفرنسي متردد بشأن الجزاء الذي يمكن إيقاعه في حال كان عدد المحكمين زوجيا: ففي حين قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا قام الاطراف بتعيين عدد زوجي من المحكمين، فيمكن تصحيح هذا الوضع، سواء من خلال قيام المحكمين المعيّنين بتعيين المحكم الوتر، وفي حال عدم اتفاقهم، يقوم القاضي المساند بتعيين المحكم الوتر عندما يطلب منه ذلك<sup>(441)</sup>. في حين أن قرارات أخرى لقضاة الموضوع، تعلن بطلان شرط التحكيم الذي يعبر عن إرادة الاطراف في حسم النزاع عن طريق محكمين إثنين، مع إمكانية تعيين محكم ثالث فقط إذا لم يتفق هؤلاء<sup>(442)</sup>. وقد تجاوز المشرع الفرنسي هذا الأمر، حيث أجاز في المادة (1451) من قانون المرافعات المدنية، المعدل بموجب المرسوم الجديد الصادر بتاريخ 2011/1/13، تكملة تشكيل هيئة التحكيم المكونة باتفاق الأطراف من عدد زوجي من المحكمين، ليكون عددهم وترا، من خلال قيام الأطراف بتعيين المحكم الوتر، وإذا لم يتفقوا يتولى تعيينه المحكمون المعينون خلال شهر من تعيينهم، وإلا تم تعيينه من قبل القاضي المساند.

وفي الدول التي تشترط أن يكون عدد المحكمين وترا، فإنها توجب مراعاة وترية عدد المحكمين ابتداء منذ تشكيل هيئة التحكيم وإلى حين صدور قرار التحكيم، وترتب على البطلان على مخالفة ذلك في أي مرحلة من مراحل التحكيم. مع ذلك، فإن القضاء في بعض الدول يظهر تساهلا أحيانا في هذا الأمر. ففي إحدى القضايا، لم ترتب محكمة النقض المصرية البطلان على أساس مخالفة وترية تشكيل هيئة التحكيم بشأن نزاع كانت تنظره هيئة تحكيم مشكلة من خمسة محكمين، إلا أن أربعة منهم فقط قاموا بالتوقيع على قرار التحكيم، فاعتبرت قرار التحكيم صحيحا كون أن هؤلاء الأربعة يمثلون الأغلبية، وان المحكمين الخمسة قد اجتمعوا جميعا وأصدروا الحكم، وان جميع إجراءات التحكيم قد تمت مراعاتها<sup>(443)</sup>. بل أكثر من ذلك، فإن القضاء القطري لا يوقع البطلان إذا صدر قرار التحكيم عن هيئة ثنائية - مع افتراض أن تكون هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين

(440) Civ. 2e, 21 nov. 2002 : Rev. arb. 2003, 1356, obs. Jaeger ; RTD com. 2003, 62, obs. Loquin ; JCP 2003, I, 164, obs. Ortscheidt ; Dr. et patrimoine, mars 2003, 99, obs. Mestre ; LPA 21 nov. 2003, p. 18, note J.-F. Barbiéri ; CA Paris, 9 sept. 2004 : Gaz. Pal. 3-4 déc. 2004, p. 52.

(441) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 1999, JCP 1999, IV, 1919.

(442) CA Paris, 13 sept. 1995, D. 1995, IR, 223 ; CA Paris, 15 mai 1987, D. 1987, IR, 135 ; CA Bourges, 11 avr. 2001, Gaz. Pal. 2002, Somm. 754 ; CA Colmar, 12 déc. 2002, JCP 2003, I, 164, n<sup>o</sup> 4, obs. Ortscheidt.

(443) نقض مصري، الطعن رقم 1083 لسنة 52 ق - جلسة 1986/2/6، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 182.

- وصدر القرار بالإجماع على اعتبار أن الأغلبية تكون قد تحققت لو وجد المحكم الثالث<sup>(444)</sup>. ولكن يعترض جانب من الفقه على هذا التوجه<sup>(445)</sup>، ويقول بأن تشكيل هيئة التحكيم يؤدي إلى بطلان قرار التحكيم بمجرد تحقق المخالفة: "فالعبارة بعدد المحكمين ليس لذاتية العدد فحسب، وإنما للنوعية أيضا، من حيث المناقشات والمداولات. إذ بوجود المحكم الثالث، الذي غالبا ما يترأس هيئة التحكيم، قد تختلف نظرة أحد المحكمين الآخرين، أو حتى كليهما للنزاع ومجرياته، بحيث من الممكن جدا، أن تتغير وجهة نظرهما التي أدياها، عندما كان النزاع منظورا من قبلهما فقط"<sup>(446)</sup>.

ونحن نوجه بدورنا ذات الانتقاد لموقف قانون التحكيم الفلسطيني الذي أجاز تشكيل هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين، ووضع قاعدة احتياطية (رسختها المادتان (8/2) من قانون التحكيم والمادة (24) من اللائحة التنفيذية) تتمثل في تعيين مرجح يتولى إصدار قرار التحكيم، في حال انقسام أعضاء هيئة التحكيم بالتساوي بين مؤيد ومعارض للقرار. ونحن نرى أن تعيين المرجح في هذه الحالة هو مجرد إجراء شكلي لا مبرر منطقي له ولا يحقق العدالة؛ إذ لا يعقل إعطاء المرجح باعتباره شخصا ثالثا من الغير سلطة إصدار قرار التحكيم، دون أن يكون قد حضر إجراءات سير خصومة التحكيم، ولم يتابع جلسات المحاكمة، ولم يشترك في المداولة؛ إذ كيف يمكن لهذا الشخص أن يكون عقيدته ويتخذ قرار التحكيم الفاصل في الموضوع بمعزل عن المشاركة في جلسات التحكيم والمداولة؟ هذا بالإضافة إلى أن المرجح قد يؤثر وقد يتأثر بآراء بقية أعضاء هيئة التحكيم لو اشترك في جلسات ومداولة التحكيم. بالتالي فإن مقتضيات العدالة تتناقض تماما مع هذه الآلية التي تخول الغير الذي لم يحضر أي من جلسات التحكيم ولا المداولة سلطة إصدار قرار التحكيم. بناء عليه، فإننا نرى ضرورة تعديل النصوص الواردة في قانون التحكيم الفلسطيني وفي اللائحة التنفيذية، بحيث تجعل عدد المحكمين وترا مع ترتيب البطلان عند إنعقاد هيئة التحكيم من عدد زوجي من المحكمين، وهو أمر تقتضيه العدالة.

## المبحث الثاني: تشكيل هيئة التحكيم

يرتب اتفاق التحكيم الصحيح أثران رئيسان: أثر سلبي يتمثل في منع القضاء العادي من سلطة الفصل في النزاع المراد حسمه بطريق التحكيم، وأثر إيجابي يتمثل في اختصاص هيئة التحكيم في حسم النزاع المبرم بشأنه اتفاق تحكيم. وقد عرفت المادة (1) من قانون التحكيم

(444) استئناف قطر 2002/549، بتاريخ 2002/12/28، انظر حمزة حداد، المرجع السابق، الفقرة 286، ص 220.

(445) حمزة حداد، المرجع السابق، الفقرة 286، ص 220.

(446) حمزة حداد، المرجع السابق، الفقرة 286، ص 220.

الفلسطيني "هيئة التحكيم" على أنها: "شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع". وبالتالي فإنه يقصد بتشكيل هيئة التحكيم، تحديد الشخص أو الأشخاص المنوط بهم تسوية النزاع عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة.

ولكن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، كيف تشكل هيئة التحكيم؟

لقد تولى قانون التحكيم الفلسطيني ولائحة التنفيذية، تنظيم كيفية تشكيل هيئة التحكيم وبيان ضوابطه في مجموعة مواد. فقد جاء في المادة (8) من قانون التحكيم: "1- تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف من محكم أو أكثر. 2- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكما، ويختار المحكمون مرجحا إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك". وتنص المادة (23) من اللائحة التنفيذية على أنه: "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ويكون للأطراف حرية اختيار المحكمين وعددهم". وتنص المادة (24) من ذات اللائحة: "1- إذا لم يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، يتولى كل طرف اختيار محكم من جانبه، ويكون لهم حق اختيار مرجح إذا لزم الأمر. 2- إذا لم يتفق الأطراف على اختيار المرجح يكون للمحكمين الذي تم اختيارهم حق اختياره وإذا لم يتفق على ذلك تتولى المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب من الأطراف أو أحدهم أو هيئة التحكيم، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن".

يتبين من هذه النصوص أنها ميزت بين طريقتين لتشكيل هيئة التحكيم: التشكيل باتفاق الأطراف، والتشكيل من قبل القضاء. وعليه نتناول دراسة هاتين الطريقتين على التوالي في مطلبين مستقلين.

## المطلب الأول: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم

يتضح من النصوص السابقة، أن الأصل هو التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم: "تشكل هيئة التحكيم باتفاق الأطراف..."، و "تشكل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر، ويكون للأطراف حرية اختيار المحكمين وعددهم". بالتالي، فإن تشكيل هيئة التحكيم يتم كأصل عام استنادا إلى الإرادة المشتركة للأطراف<sup>(447)</sup>، ويطبق هذا الحكم على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أيضا. ويمثل التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم النهج السائد في معظم القوانين<sup>(448)</sup>، وفي

(447) TGI Paris, 22 mars 1983, JCP 1983, II, 20004, note d'Antin et Lacorne ; RTD civ. 1984, 545, obs. Normand.

(448) منها مثلا: المادة (15) تحكيم مصري لسنة 1994، والمادة (56) تحكيم تونسي لسنة 1993، والمادة (18) تحكيم موريتاني لسنة 2000، والمادة (179/1) من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري، والمادة (1452) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

الأعمال الدولية أيضا<sup>(449)</sup>. بل إن جانبا من الفقه يعتبر أن التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم قد أصبح حاليا يشكل قاعدة مادية أو موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي<sup>(450)</sup>.

ويجد التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم تبريره ليس فقط في الطابع الاختياري للتحكيم، إنما أيضا وبشكل أساسي في أن اختيار المحكمين يتم في العادة بناء على اعتبارات الثقة الشخصية التي يوليها الأطراف للمحكمين، وقد تكون حرية الأطراف في اختيار محكميهم هي الدافع من لجوئهم للتحكيم بدلا من القضاء حيث يفرض القاضي على الأطراف دون أن يكون لديهم أية حرية في اختياره: فالمحكم مختار والقاضي مفروض.

أما نطاق السلطة التي يتمتع بها الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم، فهي على درجة كبيرة من الاتساع؛ فلهم اختيار عدد المحكمين، وتحديد الوقت الذي يتم فيه اختيارهم، وتحديد الشروط الواجب توافرها في المحكمين، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم وغيرها من المسائل. ولا يقيد حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم إلا احترام النظام العام ومبدأ المساواة بين الأطراف.

ويتم التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم إما بطريق مباشر من قبل الأطراف أنفسهم، أو بطريق غير مباشر من خلال وضع أسس صالحة لتعيينهم، أو تخويل جهة أخرى مهمة تعيين المحكمين. ففي طريقة التعيين المباشر، يتولى الأطراف أنفسهم مهمة تعيين المحكمين، وذلك بتحديد إسم أو أسماء المحكمين وألقابهم وعناوينهم بل وعددهم أيضا، سواء جاء ذلك في اتفاق التحكيم ذاته أو في اتفاق مستقل. وقد يكون مفيدا في هذا الصدد ذكر ما قرره القضاء الفرنسي من أنه: إذا ورد في الشروط العامة المتفق عليها بين الأطراف، على أن يتم حسم كل نزاع ينشأ بينهم من قبل محكم منفرد يعين من قبلهم، فإن ذكر إسم شخصين ليكونوا محكمين، لا يشير بأن يتم تعيينهما في نفس الوقت، إنما إذا تخلف أحدهما فيتم تعيين الآخر<sup>(451)</sup>.

كما يمكن تعيين المحكمين بشكل غير مباشر، ليس بذكر أسمائهم وألقابهم، إنما الاكتفاء بوضع آليات وأسس صالحة لتعيينهم، كتعيينهم بحكم وظيفتهم أو صفاتهم التي تميزهم عن غيرهم، كالاتفاق على تعيين رئيس محكمة معينة ليكون محكما - بشرط أن يسمح القانون بذلك - أو عميد كلية حقوق أو رئيس قسم القانون الخاص في جامعة معينة، أو نقيب المحامين أو نقيب المهندسين، أو رئيس بلدية معينة، أو مدير بنك أو مؤسسة معينة. ويعد

(449) القانون النموذجي لعام 1985، حيث نص في المادة (10): "للأطراف حرية تحديد عدد المحكمين"، والمادة (11/2) تنص: "للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين..." وكذلك المادة (4) من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي لعام 1961.

(450) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 138، ص 619 و 620.

(451) CA Versailles, 20 déc. 2001, Gaz. Pal. 2002, somm. 753.

هذا التعيين صحيحا، دون حاجة لذكر إسم المحكم<sup>(452)</sup>، بشرط أن يدل على شخص المحكم بوضوح دون لبس أو شك حول شخصيته<sup>(453)</sup>. وإذا ثار خلاف حول شخصية المحكم الذي عين بحكم الوظيفة التي يشغلها، فيتم البحث عن النية المشتركة للأطراف لتحديد شخصيته، وما إذا كان هو الشخص الذي يشغل المنصب وقت إبرام اتفاق التحكيم، أو الشخص الذي يشغله وقت ثوران النزاع، أو الشخص الذي يحل مكانه في حالة وجود عارض. أما إذا لم يكن بالإمكان التعرف على الإرادة المشتركة للأطراف، فقد قضت محكمة شامبييري الفرنسية في هذا الصدد أنه: "إذا عين الأطراف المحكم بحكم وظيفته (قاضي محكمة صلح في دائرة معينة)، فيفترض أنه الشخص الذي يمارس تلك الوظيفة لحظة نشوء النزاع"<sup>(454)</sup>.

في المقابل، فإن تعيين شخص بحكم مهنته، كأن يتفق الأطراف على تعيين أحد صناع القماش أو أحد مدراء البنوك، ليكون محكما، فإن ذلك لا يكفي لتعيين المحكم لأنه لا يدل على شخصيته بشكل جازم ومؤك<sup>(455)</sup>. وفي جميع الأحوال، إذا كانت الأسس التي وضعها الأطراف لا تصلح لتحديد شخصية المحكم بشكل واضح، فإن ذلك يعادل حالة عدم الاتفاق على تعيين المحكم.

أما طريقة التعيين غير المباشر من خلال التفويض أو التحويل، فإن الأطراف لا يتولون بأنفسهم مهمة تعيين المحكمين، إنما يكتفي هؤلاء بتكليف شخص ثالث أو رئيس جهة معينة أو مركز تحكيم معين ليقوم بمهمة تعيين المحكمين، أو الاتفاق على تعيين هيئة التحكيم وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون معين أو وفقا للوائح وأنظمة أحد مراكز التحكيم الدائمة. وقد أخذ قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية بشكل ضمني بهذه الآلية لتعيين المحكمين من خلال النص على التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، في حين أن المادة (11/2) من القانون النموذجي لعام 1985 قد نصت على ذلك صراحة، حيث جاء فيها أن: "للطرفين حرية الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعه في تعيين المحكم أو المحكمين..."، وتتطابق هذه المادة إلى حد كبير مع المادة (6) من قواعد الأونسترال لعام 1976.

ويعتبر من قبيل التشكيل غير المباشر لهيئة التحكيم أيضا، اتفاق الأطراف على الذهاب إلى مركز أو مؤسسة تحكيم دائمة، لأن ذلك يفترض أنهم قد قبلوا الخضوع للوائح وأنظمة ذلك المركز<sup>(456)</sup>، ويتم تعيين جميع المحكمين وفقا للوائح وأنظمة ذلك المركز<sup>(457)</sup>، من

(452) Cass. com. 30 mars 1949, D. 1951, somm. 41.

(453) CA Douai, 4 juin 1957, 12 mars 1959 : Gaz. Pal. 1959, 2, 116.

(454) CA Chambéry, 30 juin 1955, DP 1956, 2, 271.

(455) Cass. Red. 12 avril 1821.

(456) CA Paris, 14 févr. 1985, Rev. Arb. 1987, 325, note Level.

(457) CA Paris, 13 févr. 2003, RTD com. 2004, 450, obs. E. Loquin. CA Paris, 14 févr. 1985 : Rev. Arb. 1987, p. 325, note Level.



ضمن قوائم المحكمين المعتمدين لديه. وهو ما نصت عليه المادة (10) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث جاء فيها: "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم..."<sup>(458)</sup>. ويكون للمحكمين المعيّنين من قبل المركز نفس سلطة المحكمين في التحكيم الحر أو الخاص من حيث الفصل في موضوع النزاع بكل حياد واستقلال دون تدخل مركز التحكيم الذي يتم في ظله تنظيم عملية التحكيم، وتولى هو نفسه تشكيل هيئة التحكيم وفق اللوائح والأنظمة المطبقة لديه. وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف باريس بقولها: "إن سلطة الحكم الممنوحة للمحكمين يكون لها شرعية خاصة ومستقلة يجب ضمان أن تظل مستقلة تماما كما هو الحال بالنسبة لأي قاض وبدون أي تدخل من قبل المركز الذي تولى تشكيل هيئة التحكيم وبذلك فقد كل إمكانية للتدخل"<sup>(459)</sup>.

ويمكن إيراد العديد من الملاحظات على التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، نعرضها على النحو الآتي:

■ إذا كان التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم هو الأصل، فإن ذلك يعطي الأطراف حرية تعيين جميع المحكمين، سواء كان محكما واحدا أو أكثر، أو الاقتصار على تعيين عدد منهم، وترك تعيين البعض الآخر أو المرجح في حال كان ذلك ضروريا لجهة أخرى أو لشخص ثالث أو للمحكمين المعيّنين من قبل الأطراف. ولكن جرت العادة إذا كان المحكم منفردا أن يقوم الأطراف أنفسهم بتعيينه، وإذا تعدد أعضاء هيئة التحكيم، فيكون عددهم ثلاثة، بحيث يختار كل طرف محكما من طرفه، ويتولى المحكمين المعيّنين اختيار المحكم الثالث أو المرجح، مع إمكانية قيام هذين المحكمين بأخذ رأي الأطراف في تعيين المحكم الثالث، ولكن هذا ليس إلزاما عليهما بل هو مجرد خيار لهما، لأن استقلال المحكمين تجاه الأطراف، يوجب عليهم، في حال واجهتهم صعوبة معينة، الاتفاق فيما بينهم دون الالتفات لرأي الأطراف<sup>(460)</sup>.

■ يستفاد من نص الفقرة الأولى من المادة (8) من قانون التحكيم التي اعترفت بحق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم بارادتهم، ونص الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تنص على أنه: "2- إذا لم يتفق على تشكيل هيئة التحكيم يختار كل طرف محكما، ويختار

(458) وهو ما نصت عليه أيضا المادة (25/ب) من اللائحة التنفيذية، حيث جاء فيها: "إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فيكون الأطراف قد قبلوا تطبيق النظام الداخلي للمؤسسة ويكون لها في سبيل ذلك... ب. تعيين هيئة التحكيم من المحكمين المدرجين على لائحتها...".

(459) CA Paris, 4 mai 1988, Rev. Arb. 1988, 664.

(460) TGI Paris, 4 avr. 2003, RTD com. 2005, 482, obs. E. Loquin ; Rev. Arb. 2005, note Jaeger.

وقد سارت بذات الإتجاه أيضا محكمة استئناف بيروت، حيث قضت بأن المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف، لا يتوجب عليهما استمزاز أطراف التحكيم بتعيين المحكم الثالث ما دام أن الاتفاق لا ينص على ذلك، بل لا يجوز لهما إبداء مراجعة أحد الطرفين بهذا الموضوع. محكمة استئناف بيروت، الغرفة الثالثة، 2005/10/13، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 40. مذكور في حمزة حداد، هامش 1، ص 236.

المحكّمون مرجحاً إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(461)</sup>، بأنه لا يصار إلى التشكيل القضائي لهيئة التحكيم إلا إذا تخلف اتفاق الأطراف على تشكيلها، على اعتبار أن تدخل المحكمة هنا جاء على سبيل الاحتياط في حين أن اتفاق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم هو الأصل.

■ إذا كان تعيين المحكّمين باسمائهم ممكناً وميسوراً في مشاركة التحكيم التي تأتي دائماً بعد نشوء النزاع واتضح معالمه مما يقتضي تعيين المحكّمين بأسمائهم ليتولوا مباشرة مهمة الفصل في النزاع، فإن الأمر مختلف في شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع مستقبلي لم ينشأ ولم تتحدد معالمه بعد، بل إنه قد لا يقع أبداً، أو قد تمضي سنوات قبل وقوعه فعلاً، وقد يكون المحكّم - أو المحكّمين - المعين باسمه قد توفي خلال هذا الوقت أو بدل مهنته، مما قد يؤدي إلى عدم إمكانية إعمال اتفاق التحكيم في هذه الحالة. لهذا يفضل عدم تعيين المحكّمين باسمائهم في شرط التحكيم، إنما الاكتفاء بوضع أسس صالحة تسمح بتعيينهم إذا وقع النزاع فعلاً<sup>(462)</sup>. كما يجب الإنتباه إلى عدم ترك مسألة تعيين المحكّمين دون وضع أسس صالحة لتعيينهم، عندما يتعلق الأمر بشرط تحكيم، خصوصاً إذا كان التحكيم عارضاً، وذلك لسببين: الأول، لأنه سيكون من الصعب اتفاق الأطراف على المحكّمين بعد ثوران النزاع، والثاني، حتى لا يترك أمر تعيين المحكّمين للقضاء دون أية إمكانية لتدخل الأطراف في ذلك. وفي جميع الأحوال، يتمتع الأطراف بحرية واسعة في وضع الأسس التي يرونها مناسبة وصالحة لتعيين المحكّمين، بشرط أن تكون واضحة ومحددة. ولكن يفضل اختيار أسس بسيطة لتعيين المحكّمين، حتى لا يترك الأمر للمحكمة لتقوم هي بتشكيل هيئة التحكيم في حال كانت هذه الأسس معقدة أو غير قابلة للتطبيق.

■ طالما كانت طريقة التعيين غير المباشر تدخل ضمن حالات التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، فإن بمقدور الأطراف الرجوع عن طريقة التعيين غير المباشر لهيئة التحكيم والقيام بتعيين المحكّمين من قبلهم مباشرة، أو تخويل شخص آخر أو جهة أخرى لتتولى مهمة تعيين المحكّمين. وفي جميع الأحوال، يلتزم الشخص الثالث أو الجهة المخولة بتعيين المحكّمين بالشروط التي وضعها الأطراف للقيام بمهمة تعيين المحكّمين، ومن ضمنها الالتزام بعدد المحكّمين وبالشروط والصفات الواجب توافرها في المحكّم أو المحكّمين وبحدود المهمة الممنوحة لهم، فقد يكون التكليف جزئياً أو كلياً. كأن يتم تكليف الشخص الثالث بتعيين جميع المحكّمين، أو بتعيين المحكّم الثالث فقط أو بتعيين محكّمين بدلاً من الأطراف، على أن يترك لهؤلاء اختيار المحكّم الثالث أو الوتر

(461) انظر أيضاً المادة (24) من اللائحة التنفيذية التي تأخذ بذات الحكم.

(462) يتفق مع هذا الرأي، الدكتور أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 184، ص 620.

وغيرها من الحالات. في جميع هذه الحالات، يلزم هذا الشخص الثالث أو الجهة المعينة باتفاق الأطراف للقيام بتعيين المحكمين بحدود المهمة الموكلة إليهم دون تجاوز. كما لا يجوز لهذا الشخص الثالث إنابة شخص آخر غيره للقيام بتلك المهمة إلا إذا أجاز له الأطراف ذلك<sup>(463)</sup>. أما إذا خول الأطراف جهة قضائية بمهمة القيام بتعيين المحكمين أو بعضهم، فإنها تقوم بذلك على أساس أنها جهة مختارة من قبل الأطراف، وبالتالي تلتزم بما اتفق عليه الأطراف، وبحدود المهمة الموكلة إليها<sup>(464)</sup>، ولا تختلط هذه الحالة مع الحالة التي يعطي القانون فيها المحكمة المختصة السلطة في تشكيل هيئة التحكيم، المنصوص عليها في المادة (11) من قانون التحكيم.

■ من حيث التفضيل بين أسلوبَي التعيين المباشر والتعيين غير المباشر، فإننا نرى أن أسلوب التعيين غير المباشر أفضل لأنه يضمن من جهة فاعلية اتفاق التحكيم خصوصا في شرط التحكيم. ويضمن من جهة أخرى استقلال المحكم وحيدته عن أطراف النزاع، إذ أن الطرف المعين كمحكم من قبل أحد الأطراف، قد يشعر أحيانا بأنه يخضع لهذا الطرف، بل وقد يبدو للطرف الذي عينه أن المحكم الذي قام بتعيينه هو وكيل أو مدافعا عنه. مع ذلك، فإن طريقة التعيين غير المباشر لا تخلو من صعوبات، خصوصا إذا رفض الشخص الثالث أو مركز التحكيم أو الجهة المعينة القيام بمهمة تشكيل هيئة التحكيم المكلف بها.

■ يقتضي التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم مراعاة مبدأ المساواة بين الأطراف، وهذا المبدأ من النظام العام لا يستطيع الأطراف الخروج عليه إلا بعد نشوء النزاع<sup>(465)</sup>. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية<sup>(466)</sup>، حيث اعتبرت باطلا الشرط الذي يقضي بسلطة أحد الأطراف وتفرد بتعيين المحكم أو المحكمين. ولا يلزم مبدأ المساواة في تعيين هيئة التحكيم الأطراف وحدهم، إنما يلزم أيضا المحكمة<sup>(467)</sup>، فلا تستطيع المحكمة أن تتدخل في تعيين محكم عن أحد الأطراف إلا إذا رفض القيام بذلك، أما إذا عين محكما من جانبه، فلا تستطيع المحكمة التدخل في هذا التعيين<sup>(468)</sup>. بل يعتبر القضاء الفرنسي مبدأ المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين قاعدة مادية أمره لا يجوز التنازل عنها: "إن مبدأ المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين يعد قاعدة مادية واجبة الاحترام

(463) CA Douai, 4 juin 1957, 12 mars 1959 : Gaz. Pal. 1959, 2, 116.

(464) انظر على سبيل المثال، تمييز حقوق أردني رقم 3728/2004، بتاريخ 20/2/2005. منشورات مركز عدالة.

(465) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1992 : Rev. Arb. 1992, 470, note Bellet.

(466) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 1999, n° 96-21837 : Bull. Civ. I, n° 190.

(467) Ibid. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 1999: Dr. Aff. 1999, 1247 ; JCP 1999, IV, 2424.

(468) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 31 janv. 2002 : JCP 2003, I, 105, n° 5, obs. Seraglini.

تحت طائلة بطلان الإجراءات...<sup>(469)</sup>. بالتالي يجب أن يتمتع جميع الأطراف بنفس الحقوق في تعيين هيئة التحكيم، بل إن ذلك يمثل جوهر التحكيم، بحيث يوازي هذا المبدأ في تطبيقه مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة<sup>(470)</sup>. وفي جميع الأحوال، فإن تطبيق مبدأ المساواة يثير صعوبات قانونية وعملية لا سيما في التحكيم متعدد الأطراف، سواء تعدد المدعين أو المدعى عليهم. فهل يقتضي مبدأ المساواة بين الأطراف، أن يقوم كل طرف باختيار محكم من قبله مهما كان عددهم، أم أن تطبيق ذلك يقتضي اشتراك جميع الأشخاص الذين يحملون ذات الصفة - مدعين أو مدعى عليهم - باختيار محكم واحد أو أكثر حسب عدد المحكمين المتفق عليهم لحسم النزاع، بحيث تكون المساواة بين مجموعتين: مجموعة المدعين ومجموعة المدعى عليهم؟؟؟ في الإجابة على هذا السؤال، بشأن نزاع كان يجمع ثلاثة أطراف، قضت محكمة استئناف باريس بأن مبدأ المساواة في تشكيل هيئة التحكيم يقتضي قيام الشخصين اللذين يحملان نفس الصفة باختيار محكم واحد<sup>(471)</sup>، ولكن محكمة النقض الفرنسية قامت بفسخ هذا القرار على أساس أن المساواة بين الأطراف في تعيين المحكمين هي من النظام العام وأنه لا يمكن النزول عنه إلا بعد نشوء النزاع<sup>(472)</sup>. ونحن نؤيد في هذا الصدد، ما ذهب إليه محكمة التمييز الأردنية<sup>(473)</sup>، التي أخذت بحق جميع الأطراف الذي يحملون نفس الصفة في النزاع، سواء

(469) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1992, Dutco, Rev. arb. 1992, 470, P. Bellet ; JDI 1992, p. 707, Ch. Jarrosson ; RTD com. 1992, 790, E. Loquin.

ويخالف القضاء الأمريكي هذا الاتجاه، حيث يسمح في بعض الحالات لأحد الأطراف بتعيين المحكم المنفرد. انظر بهذا الصدد:

Alan Scott Rau et Catherine Pedamon, La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain, Rev. Arb. 2001, 451.

كما توجد في القضاء الفرنسي قرارات توحى بإمكانية قيام أحد الأطراف بتعيين المحكم، وهذا يخالف قاعدة المساواة، ما يخلق كثيراً من الجدل الفقهي، انظر حول هذا الموضوع:

TGI Paris, 7 déc. 1994, Démolitions Delair, Rev. Arb. 2000, 116, E. Loquin ; CA Paris, 16 nov. 1999, Société Electricité Nord-Ouest, cité dans E. Loquin, Rev. Arb. 2000, 125.

(470) CA Paris, 25 mai 1990, Fougerolle, Rev. Arb. 1990, 892, M. de Boissésou ; RC 1990, 753, B. Oppetit.

ويسير القضاء المصري في ذات الاتجاه، حيث يرى أنه: "من الثابت أن قاعدة المساواة في معاملة طرفي التحكيم وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيتهم من القواعد الأساسية لإجراءات دعوى التحكيم". استئناف القاهرة، الدائرة 8 تجاري، بجلسة 8/20/1999، في الاستئناف رقم 7 لسنة 116 ق تحكيم، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 423.

(471) CA Paris, 5 mai 1989, Rev. Arb. 1989, 723, p. Bellet ; JDI 1992, 707, Ch. Jarrosson.

(472) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1992, Rev. Arb. 1992, 707, note Ch. Jarrosson ; RTD com. 1992, 796, E. Loquin.

(473) "إذا لم يتم المستدعي ضددهم بتسمية محكمهم من خلال جوابهم على الإنذارين وبأن المستدعية تقدمت بهذا الطلب لتعيين محكم من المستدعي ضددهم لتمنعهم عن تعيين محكمهم وبأن المستدعي ضددهم لم يقوموا بذلك من خلال أقوالهم في الطلب لذلك وعملاً بأحكام المادة 16 من قانون التحكيم تعيين المحكم المهندس فيصل المصري محكماً عن المستدعي ضددهم وعلى أن يقوم المحكمان المحامي يعقوب الفار المسمى من المستدعية والمهندس فيصل المصري باختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوماً التالية لتاريخ تعيين اخرهما

كانوا مدعين أو مدعى عليهم، بتعين محكم واحد أو أكثر بما يحقق المساواة بين المدعين والمدعى عليهم بصرف النظر عن عددهم. وقد يؤدي إنتهاك مبدأ المساواة بين الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم إلى إمكانية الطعن ببطلان قرار التحكيم لاحقا عند صدوره من قبل المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، وذلك على أساس أن تشكيل هيئة التحكيم قد تم على نحو مخالف للقانون أو على أساس إنتهاك مبدأ استقلال وحياد المحكم الذي يؤدي إليه عدم احترام مبدأ المساواة على أساس أن المحكم يقوم بمهمة قضائية، وبالتالي فإن الحياد والاستقلال مرتبط بالعمل القضائي عموما، المحكم والقاضي على حد سواء. ولكن يرى الدكتور حمزة حداد، أنه يجوز للأطراف الاتفاق على أن يقوم أحدهما بتعيين المحكم الفرد أو بتعيين المحكم الثالث أو تعيين محكم عن الطرف الثاني الذي أخفق في تعيين محكم عنه خلال الفترة المحددة لذلك، ولكن يجب اختيار محكم تتوافر فيه صفات الحياد والاستقلال وإلا كان التعيين باطلا أو جاز للطرف الآخر طلب رده<sup>(474)</sup>.

تتشرط بعض القوانين وجوب الاتفاق على أسماء المحكمين المفوضين بالصلح وتسميتهم وتجعل ذلك من النظام العام. وتسير في هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأنه: "لا يجوز التفويض للمحكمين بالصلح ولا الحكم منهم بصفة محكمين مصالحين إلا إذا كانوا مذكورين باسمائهم في المشاركة المتضمنة لذلك أو عقد سابق عليها وهذا النص صريح في وجوب اتفاق الخصوم المحتكمين على جميع المحكمين المفوضين بالصلح أو الذين يحكمون بصفتهم محكمين مصالحين وتعيينهم باسمائهم سواء في مشاركة التحكيم أو في عقد سابق عليها وحكم هاتين المادتين - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - من النظام العام فمخالفته موجبة لبطلان الحكم الذي يصدره المحكمون - الذين لم يعينوا طبقا له - بطلانا مطلقا لا يزيله حضور الخصوم أمام هؤلاء المحكمين وما دام القانون لا يجيز تعيين المحكم المفوض بالصلح بغير اتفاق الخصوم فإنه يمتنع على المحكمة في جميع الأحوال أن تعين محكما مصالحا لم يتفق عليه الطرفان المتنازعان"<sup>(475)</sup>. ويبدو هذا الشرط مبررا لأن اختيار الأطراف للمحكم الذي يفوضونه بالصلح يكون مبنيا في العادة

وعلى ان تباشر هيئة التحكيم اجراءات التحكيم لفض النزاع بين المستدعية والمستدعى ضدهم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل الهيئة وعلى أن تراعى... وأحكام العقد وأن تصدر حكمها خلال المدة المحكومة في قانون التحكيم. قرار محكمة استئناف عمان، رقم 2007/45، بتاريخ 2008/3/26، منشورات مركز عدالة.

(474) حمزة حداد، المرجع السابق، فقرة 300، ص 230. وقد سار في هذا الاتجاه القضاء الكويتي: تمييز الكويت، طعن 146 تجاري، بتاريخ 1993/3/5، عدد 14، جاء في هذا القرار أنه لا يوجد في القانون ما يوجب أن يكون المحكمين مختارين من الطرفين، إذ يجوز تفويض أحدهما بتعيينهم، وعندئذ يحق للطرف طلب ردهم إذا توافرت شروط ذلك. وتسير في ذات الاتجاه محكمة كولون الألمانية بتاريخ 1999/12/22 (Clout, case n°) 440: مذكورين جميعا في حمزة حداد، المرجع السابق، ص 230.

(475) نقض مصري، طعن رقم 249 لسنة 33 ق جلسة 1967/5/18، مجموعة الأحكام س 18، ص 1028. وتقول ذات المحكمة أيضا في قرار آخر: "يجب أن يكون عدد المحكمين المفوضين بالصلح وترا وأن يذكروا باسمائهم إما في مشاركة التحكيم أو في ورقة سابقة عليها تحت طائلة البطلان": نقض مصري، الطعن رقم 88 لسنة 3 ق، جلسة 1934/12/20، مجموعة الأحكام، الجزء الأول، ص 1666.



على أساس الثقة التي يوليها الأطراف للمحكم، وذلك بدرجة أكبر من درجة الثقة التي يوليها الأطراف للمحكم في التحكيم بالقانون. ولكن لا يوجد نص في القانون الفلسطيني يفرض تعيين المحكمين المفوضين بالصلح بأسمائهم، بالتالي نرى أن هذا الشرط لا يطبق، بحيث يتم اتباع الإجراءات العادية والمعهودة في تعيين المحكمين.

## المطلب الثاني: التشكيل القضائي لهيئة التحكيم

قد يعترض تشكيل هيئة التحكيم عدة عوائق، كأن لا يتفق الأطراف على تشكيل هيئة التحكيم، أو يتقاعس أحدهم عن تعيين محكمه، أو يرفض الشخص أو الجهة التي حددها الأطراف القيام بمهمة تشكيل هيئة التحكيم وغيرها من الحالات المماثلة، فإن ذلك ينذر بتعطيل عملية التحكيم، خلافا للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم. تجنبا لمثل هذه الأوضاع، وللسير قدما في إجراءات التحكيم وعدم تعطيلها من قبل أحد الأطراف، فقد رسم قانون التحكيم الفلسطيني كغيره من القوانين طريقة لتشكيل هيئة التحكيم دون اتفاق الأطراف، وهي إعطاء القضاء العادي سلطة تشكيل هيئة التحكيم<sup>(476)</sup>. ويبرر هذا التدخل من قبل المحكمة، اعتبارات عملية تتمثل في تجنب تحايل الأطراف وتهربهم من تنفيذ اتفاق التحكيم من خلال التقاعس عن تعيين المحكمين، واعتبارات قانونية تتمثل في الطابع القضائي للتحكيم، فحسن سير العدالة<sup>(477)</sup>، يقتضي السير قدما في عملية التحكيم حتى لو كان ذلك خلافا لإرادة أحد أطراف اتفاق التحكيم.

وقد نظمت هذه المسألة المادة (11) من قانون التحكيم، بنصها على أنه: "1- بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية:

- أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم.
- ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك.
- ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه باختياره محكما.

(476) خلو قانون المرافعات من وسيلة تعيين المحكم حالة امتناع الخصم أثره اللجوء إلى القضاء في ذلك: نقض مصري، الطعن رقم 4122 لسنة 2004، لسنة 62 ق جلسة 2005/6/27. مذكور في أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 60.

(477) وقد أشارت إلى هذا الأمر بشكل غير مباشر محكمة التمييز الأردنية بقولها: "إذا فتح المحكمون والطعن عن متابعة النظر في إجراءات التحكيم فإنه يتوجب على محكمة الاستئناف استنادا لما جاء بالمادة (20) من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أن تقرر تعيين محكمين بدلاء للذين تتحوا وإلا بقي النزاع دون فصل في موضوعه وهذا أمر غير مقبول وغير جائز قانونا": تمييز حقوق أردني، رقم 3689/2005، بتاريخ 2006/3/19، منشورات مركز عدالة.

د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الاطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الاطراف أو ذلك الطرف خلفا له.

ه- إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا

و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف.

2- تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الطرف الآخر

بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن. قرار تشكيل هيئة التحكيم

لقد حدد هذا النص، الشروط الواجب توافرها حتى تستطيع المحكمة التدخل في تشكيل هيئة التحكيم، وبين الإجراءات الواجب اتباعها في هذا التعيين من قبل المحكمة. وعليه، نتناول دراسة هاتين المسألتين على التوالي.

### الفرع الأول: شروط تدخل القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

إن تدخل المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم ليس مطلقا، إنما مقيد بتوافر مجموعة من الشروط والضوابط، نعرضها على النحو التالي:

#### أولا: إن دور المحكمة في تعيين المحكمين هو مجرد دور احتياطي

ويبرر ذلك أن الأصل هو التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، بالتالي فإن المحكمة لا تتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلا إذا انعدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين، باعتبار أن تدخلها هو دور احتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (11) من قانون التحكيم. وقد جاء تعداد تلك الحالات باعتقادنا على سبيل المثال وليس الحصر؛ وهذا يعني أن المحكمة المختصة تستطيع التدخل في جميع الحالات التي يعترض فيها تشكيل هيئة التحكيم أي عارض لم يكن بالإمكان حسمه باتفاق الأطراف أنفسهم بشكل مباشر أو غير مباشر، حتى لو كانت تخرج عن الحالات المذكورة صراحة في النص المذكور. ويبرر ذلك ما قرره قضاء التحكيم الذي أكد على ذلك بقوله: "إن قرار تعيين المحكم الصادر من قضاء الدولة قرار وسيلي لازم لبدء إجراءات التحكيم به يحل القضاء محل الخصم المتعنت في تعيين الحكم وهذا يؤكد على أن دور قضاء الدولة في هذا المقام هو دور معاون لتحقيق فاعلية التحكيم" (478).

(478) الدعوى التحكيمية رقم 332 لسنة 2003، جلسة 2003/11/18، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، ص 167، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 336.

## ثانياً: إن دور المحكمة في تعيين المحكمين مرهون بتقديم طلب إلى المحكمة المختصة للمساهمة في تشكيل هيئة التحكيم

فتدخل المحكمة بخصوص المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، مطلوب غير مفروض، على أساس أنه لا يجوز للمحكمة التدخل من تلقاء نفسها، إنما يتوقف تدخلها على تقديم طلب من أحد الأطراف أو كليهما أو هيئة التحكيم يطلب فيه مساهمة المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم<sup>(479)</sup>، وبدون هذا الطلب، لا يحق للمحكمة التدخل في تشكيل هيئة التحكيم. كما أنه لا يجوز للمحكمة أن تتدخل في تعيين المحكمين، إذا وجد اتفاق بين الأطراف يضع قواعد أخرى لتعيين المحكمين غير التعيين القضائي. أما إذا غاب مثل هذا الاتفاق، وتم التقدم بالطلب المذكور، فإن المحكمة تصبح ملزمة بالمساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، ولا يستطيع القاضي إعلان عدم الحاجة لتعيين المحكمين بسبب البطلان الظاهر لشرط التحكيم إلا إذا تم الطلب منه المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم<sup>(480)</sup>، وكذلك احتراماً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>(481)</sup>. كما أن تدخل المحكمة الفلسطينية في تشكيل هيئة التحكيم في التحكيم الدولي مقيد بتوافر صلة قوية بين عملية التحكيم وفلسطين تبرر تدخل القاضي الفلسطيني، كأن يجري التحكيم في فلسطين، أو اتفق الأطراف على تطبيق قواعد قانون التحكيم الفلسطيني، أو أعطى هؤلاء القضاء الفلسطيني سلطة اتخاذ ما يلزم من إجراءات لاستكمال تشكيل هيئة التحكيم.

## ثالثاً: إن تدخل المحكمة في تعيين المحكمين ليس مطلقاً إنما مقيد باحترام بعض القواعد والضوابط

1. إذا كان الأصل هو التعيين الاتفاقي لهيئة التحكيم<sup>(482)</sup>، فإن القاضي الذي يطلب منه المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، يلزم باحترام الإرادة المشتركة للأطراف<sup>(483)</sup>، وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف رام الله بقولها: "الأمر الأول والمتعلق بأشخاص المحكمين والذين تم اختيارهم ليس الأشخاص المنوه عنهم والذي كان يتوجب وفق اتفاقية التحكيم من قبل محاسبين يعينهم هؤلاء الأشخاص الثلاثة وبالتالي قرار التحكيم والحالة هذه يكون صدر من جهة غير مختصة"<sup>(484)</sup>. ليس هذا فحسب، إنما لا يجوز للقاضي أن يحل إرادته محل إرادة الأطراف، أو حتى محل الشخص أو الجهة التي عينها الأطراف

(479) تمييز دبي، طعن 167، بتاريخ 2002/6/2، عدد 13، ص 486، مذكور في حمزة حداد، ص 229.

(480) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mai 1995, Bull. Civ. II, n° 135.

(481) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, D 2006, IR, obs. Avena-Robardet et pan. 3028, obs. Clay.

(482) TGI Paris, 22 mars 1983 : JCP 1983, II, 2004, note Antin et La corne ; RTD civ. 1984, 545, obs. Normand ; RTD com. 1983, 533, obs. Dubarry et Bénabent ; Rev. Arb. 1983, 479, note Moreau.

(483) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mars 2000 : D 2000, IR, 149 ; JCP 2000, IV, 1783.

(484) استئناف مدني رام الله، رقم 2009/345، بتاريخ 2010/6/14. المقتي.



لتعيين المحكمين<sup>(485)</sup>. كما لا يجوز للقاضي أيضا أن يتدخل للتحقق من صحة التعيين الذي تم من قبل الأطراف. كما لا يستطيع التدخل إذا كانت قواعد مركز التحكيم من شأنها حل الصعوبات المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم<sup>(486)</sup>.

2. لا يجوز للقاضي تجاوز حدود صلاحياته في تعيين هيئة التحكيم؛ فإذا حدد شرط التحكيم مهمة القاضي في تعيين المحكم الثالث (الوتر أو المرجح) في حال عدم اتفاق الأطراف على تعيينه، فإن القاضي ينتهك اتفاق الأطراف إذا قام بتعيين المحكم الذي رفض أحد الأطراف تعيينه<sup>(487)</sup>. كما يعتبر متجاوزا لصلاحياته، القاضي الذي يقوم بتعيين المحكم الفرد، مع أنه لا يوجد شرط تحكيم يعطيه هذه الصلاحية<sup>(488)</sup>. كما أنه لا يجوز الرجوع إلى التعيين من قبل المحكمة المختصة إذا تم تعيين المحكمين استنادا إلى الأسس التي حددها شرط التحكيم<sup>(489)</sup>.

3. يجب أن تراعي المحكمة في تعيين المحكمين عنصري حياد واستقلال المحكم بما يحقق ثقة الأطراف بالتحكيم<sup>(490)</sup>. وقد يترتب على تدخل المحكمة خلافا لاتفاق الأطراف، الطعن ببطان قرار التحكيم أو رفض تنفيذه طالما أن الأطراف لم يتنازلوا بإرادتهم عن التمسك بمخالفة تشكيل هيئة التحكيم<sup>(491)</sup>. وتسير في هذا الاتجاه، اتفاقية نيويورك لعام 1985، والتي تنص صراحة على إمكانية رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، إذا تبين أن تشكيل هيئة التحكيم قد جاء مخالفا لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي جرى في التحكيم<sup>(492)</sup>. وتراعي المحكمة المختصة في تعيين المحكمين توافر الشروط التي يتطلبها القانون أو تلك المتفق عليها بين الأطراف<sup>(493)</sup>.

4. تلزم المحكمة بتعيين المحكمين من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل، وقد نصت على ذلك صراحة المادة (11/1) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي ألزمت

(485) TGI Paris, 28 oct. 1983, Rev. Arb. 1985, 151.

(486) CA Paris, 15 avril 1992, Ikor, Rev. Arb. 1994, 557, Ph. Fouchard.

(487) Cass. com. 19 nov. 1985 : Rev. Arb. 1986, 425, note Fouchard.

(488) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mars 2000 : Rev. Arb. 2002, 675.

(489) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 nov. 1993, JCP 1994, IV, 4 ; Gaz. Pal. 199, 1, pan. 51.

(490) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2006 : D 2006, IR, 1840, note Avena-Robard ; D. 2008, pan. 185, obs. Clay ; JCP 2006, II, 10155, note Chabot ; Dr. Et Proc. 2006, p. 342, note Asfar-Cazenave ; CA Paris, 10 févr. 2005 : D 2005, pan. 3057, obs. Clay ; Rev. Arb. 2005, 709, note Henry.

(491) CA Paris, 11 juill. 1978 : Rev. Arb. 1979, p. 258, note Boitard.

(492) المادة (i/5/1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958.

(493) جاء في قرار محكمة استئناف رام الله (مكرر): "الأمر الأول والمتعلق بأشخاص المحكمين والذين تم اختيارهم ليس الأشخاص المنوه عنهم والذي كان يتوجب وفق اتفاقية التحكيم من قبل محاسبين يعينهم هؤلاء الأشخاص الثلاثة وبالتالي قرار التحكيم والحالة هذه يكون صدر من جهة غير مختصة": استئناف مدني رام الله، رقم 2009/345، بتاريخ 2010/6/14، المقتضي.

القاضي بتعيين المحكم أو المرجح من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل حصراً<sup>(494)</sup>، حيث جاء فيها: "1- بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعيين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل...". وقد تم تكرار نفس الحكم في المادة (6) من اللائحة التنفيذية<sup>(495)</sup>. ويرتب على ذلك أيضا، التزام القاضي باحترام التصنيف الثلاثي للمحكمين المعتمدين لدى وزارة العدل، وفق ما جاء في المادة (8) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم.

## الفرع الثاني: إجراءات التعيين القضائي

نتناول إجراءات تعيين هيئة التحكيم من قبل المحكمة من خلال عرض آلية التعيين، وقرار التعيين.

### أولا: آلية تعيين المحكمين من قبل المحكمة

لا يجوز للمحكمة أن تتدخل في تشكيل هيئة التحكيم من تلقاء نفسها، إنما يجب تقديم طلب إليها من أحد الأطراف أو كليهما أو من هيئة التحكيم حتى تستطيع المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم. ولم يبين قانون التحكيم الفلسطيني آلية تقديم هذا الطلب، ولا تحديد مضمونه ولا كيفية الفصل فيه، وذلك على عكس بعض الدول العربية<sup>(496)</sup>، ولكن القضاء الفلسطيني جرى على أن يقدم الطلب الخاص بتشكيل هيئة التحكيم بالطرق والإجراءات المعتادة لرفع الدعوى القضائية.

وأوجب المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني على المحكمة أن تصدر قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن. ونورد بهذا الصدد ملاحظتان: الأولى، أن النص قد حدد مدة زمنية معينة، وهي خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، تلزم المحكمة خلالها بإصدار قرارها بتعيين المحكمين، في حين أن معظم القوانين لم تحدد مدة زمنية معينة لذلك، إنما بينت بأن التعيين يجب أن يتم "على وجه السرعة" كما هو الحال في الأردن ومصر، وقد يكون موقف المشرع الفلسطيني أفضل من هذه الناحية على أساس أن تعبير "على وجه السرعة" هو معيار مرن وفضفاض مما يفتح مجالا للاختلاف في التفسير والتطبيق. والثانية، نرى أنه كان الأجدر

(494) حول تنظيم قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وشروطها وضوابطها: راجع خصوصا المواد (5-17) من اللائحة التنفيذية.

(495) تنص المادة (6) من اللائحة التنفيذية: "إذا طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم من المحكمة المختصة تعيين محكم أو مرجح فإنه يتعين عليها اختيار ذلك المحكم أو المرجح من ضمن قوائم المحكمين المعتمدين بالوزارة".

(496) نصت بعض الدول صراحة على أن تقديم الطلب يتم بالطرق المعتادة لرفع الدعوى القضائية، انظر على سبيل المثال المادة (204) إماراتي، والمادة (235) بحريني، والمادة (195) قطري والمادة (10) سعودي.

بالمشروع الفلسطيني ترك مدة زمنية معينة تبدأ من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، قبل قيام المحكمة بتعيين المحكمين، وذلك لفسح المجال أمام الطرف المتقاعس ليقوم بالتعيين إذا رغب في ذلك، بالتالي فإن موقف المشروع الفلسطيني يتسم بالقسوة والشدة وينطلي من هذه الناحية على إجحاف بحق الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم<sup>(497)</sup>. وهو أمر تجاوزه المشرعين الأردني والمصري. وقد جاء بهذا الصدد في قرار محكمة التمييز الأردنية في ظل قانون التحكيم القديم أنه: "أجازت المادة السابعة من قانون التحكيم رقم 18 لسنة 53 لفريقي التحكيم إذا رفض المحكم القيام بالتحكيم أو كان حائز الأهلية أو توفي المحكم ولم يعين الفريقان خلفا له أن يبلغ الفريق الآخر إشعارا بواسطة الكاتب العدل لتعيين خلفا لذلك المحكم لفض الخلاف بين الطرفين وإذا لم يعين المحكم خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ ذلك الإشعار فللمحكمة بناء على طلب الفريق الأول أن تعين هذا المحكم وأنه متى تم تعيينه على هذا الوجه كان له الصلاحية في النظر في الخلاف وإصدار القرار كما لو كان معينا باتفاق الطرفين"<sup>(498)</sup>. بالتالي فإن مدة الخمسة عشر يوما هي المدة الممنوحة للطرف المتقاعس عن تعيين محكمه وليس مدة إصدار قرار التعيين من قبل المحكمة، وهو نهج نعتقد بأنه أفضل من توجه القانون الفلسطيني من هذه الناحية، خصوصا وأن الأصل هو التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، ودور المحكمة في ذلك هو مجرد دور إحتياطي ليس إلا.

أما بالنسبة لكيفية البت في طلب التعيين من قبل المحكمة، فإن المحكمة تعقد جلسة أو جلسات متتالية لهذا الغرض بحضور الأطراف، وتظهر في طلب تعيين المحكم أو المرجح بكامل هيئتها، وتستطيع المحكمة استطلاع رأي الأطراف في المحكمين المراد تعيينهم دون أن تكون ملزمة بذلك، مع ضرورة احترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، وتصدر فيه حكما قضائيا في جلسة علنية ويكون قرار تعيين المحكمين الصادر من المحكمة المختصة قطعيا لا يقبل الطعن به بأي طريق من طرق الطعن.

وقد يكون مفيدا إيراد المراحل والإجراءات التي يتم فيها تعيين المحكمين من قبل المحكمة وفق التدرج الذي ورد في قرار محكمة استئناف رام الله الصادر بتاريخ 2011/1/6<sup>(499)</sup>، والذي

(497) "إذا لم يتم المستدعي ضدهم بتسمية محكمهم من خلال جوابهم على الإنذارين وبأن المستدعية تقدمت بهذا الطلب لتعيين محكم من المستدعي ضدهم لتمنعهم عن تعيين محكمهم وبأن المستدعي ضدهم لم يقوموا بذلك من خلال أقوالهم في الطلب لذلك وعملا بأحكام المادة 16 من قانون التحكيم تعيين المحكم المهندس فيصل المصري محكما عن المستدعي ضدهم وعلى أن يقوم المحكمان المحامي يعقوب الفار المسمى من المستدعية والمهندس فيصل المصري باختيار المحكم الثالث خلال خمسة عشر يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما وعلى أن تباشر هيئة التحكيم إجراءات التحكيم لفض النزاع بين المستدعية والمستدعي ضدهم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل الهيئة وعلى أن تراعى... وأحكام العقد وأن تصدر حكمها خلال المدة المحكومة في قانون التحكيم". قرار محكمة استئناف عمان، رقم 2007/45، بتاريخ 2008/3/26، منشورات مركز عدالة.

(498) تمييز حقوق أردني، رقم 3316/2004، بتاريخ 2005/8/2. منشورات مركز عدالة.

(499) استئناف مدني رام الله، رقم 2010/371، بتاريخ 2011/1/6. المقتفي. انظر أيضا على سبيل المثال، محكمة بداية نابلس، دعوى حقوق رقم 2011/429، بتاريخ 2012/4/19، المقتفي.

يبين تماما آلية تعيين المحكمين من قبل المحكمة حسب التدرج التالي:

1. يتم تقديم طلب سندا لأحكام المادة (11) من قانون التحكيم يلتمس فيه المستدعي تعيين محكم أو مرجح، ويقدم بالطريقة المعتادة لرفع الدعوى القضائية.
2. يحق للمستدعي ضده التقدم بلائحة جوابية ردا على الطلب، ويمكنه أن يلتمس فيها تسمية محكم وطريقة تعيين المرجح.
3. تعقد المحكمة جلسة للنظر في الطلب، وبعد تكرار لوائح الطرفين، واحترام مبدأي المواجهة وحقوق الدفاع، وإمكانية أن يتقدم الأطراف بالتماس إلى المحكمة يطلبان فيه اعتماد المحكم أو المحكمين أو طريقة تعيين المرجح.
4. تصدر المحكمة قرارها بالتعيين إما بتعيين الأشخاص الذين أشار إليهم الأطراف ووافقت عليهم المحكمة، أو الأشخاص الذين اختارتهم المحكمة من تلقاء نفسها في حال عدم اتفاق الأطراف.
5. يصدر قرار التعيين في جلسة علنية، ويعتبر قرار تعيين المحكم قطعي غير قابل للطعن.

### ثانيا: قرار التعيين

يشير قرار تعيين المحكمين من قبل المحكمة إشكالياتان: تتعلق الأولى بتحديد طبيعة قرار التعيين، وتتعلق الثانية بعدم إمكانية الطعن بقرار التعيين الصادر من المحكمة بأي طريق من طرق الطعن.

### 1) الطبيعة القانونية لقرار تعيين المحكم من قبل المحكمة

لقد أثار تحديد طبيعة قرار تعيين المحكم من قبل المحكمة ترددا كبيرا في القضاء المصري والأردني. فبينما ترى محكمة التمييز الأردنية أن هذا القرار لا يعتبر قرارا قضائيا، إنما مجرد عمل من أعمال الإدارة القضائية ولا يخضع لنظام الأحكام لأنه لا يوجد نزاع ولا خصومة يصدر فيها حكم<sup>(500)</sup>، وعلى هذا الأساس، فإن قرار تعيين المحكمين الصادر من المحكمة لا يعد حكما قضائيا، وبالتالي لا يقبل أي طريق من طرق الطعن. في حين ترى محكمة استئناف القاهرة العكس تماما، بأن طلب تعيين المحكم يجب أن يتم بطريق رفع الدعوى القضائية

(500) تمييز حقوق أردني، رقم 4253 / 2005، بتاريخ 2006/9/25، منشورات مركز عدالة. وقد جاء في هذا القرار أنه: "لا يعتبر قرار محكمة الاستئناف المتضمن تعيين محكمين حكما قضائيا بل هو عمل من أعمال الإدارة القضائية ولا يخضع لنظام الأحكام لأنه لا يوجد نزاع ولا خصومة يصدر فيها حكم وأن هذا القرار هو عمل من الأعمال القضائية.... وحيث أن الثابت أن طريقة تعيين هيئة التحكيم التي أصدرت حكم التحكيم تم تشكيلها بصورة مخالفة لأحكام المادة (16) من قانون التحكيم إذ جرى تعيين محكمين... دون مراعاة أحكام هذه المادة. بينت المادة (49) من قانون التحكيم أن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تقبل إلا في الحالات الواردة فيها على سبيل الحصر ومن تلك الحالات الحالة الواردة في الفقرة (5) من تلك المادة، وعليه فإن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم والتي تم تشكيلها على وجه مخالف للقانون يكون باطلا عملا بالمادة (49/5) من قانون التحكيم وحيث أن محكمة الاستئناف توصلت إلى هذه النتيجة فيكون قرارها واقعا في محله ومتفقا وأحكام القانون". انظر أيضا في نفس الاتجاه، تمييز حقوق أردني رقم 2480/2007، بتاريخ 2008/1/29، عدالة.

وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويجب أن تنظر فيه المحكمة بكامل هيئتها، وبحضور الأطراف مع السماح لهم بتقديم طلباتهم ودفعاتهم، وقرار التعيين الصادر عن المحكمة يعتبر قرارا قضائيا وليس أمرا على عريضة، ويستدل على الطبيعة القضائية لقرار التعيين الصادر من المحكمة، من منع القانون الطعن بقرار التعيين الصادر من المحكمة، لأن الطعن لا يكون إلا بالأحكام، مما اقتضى قيام المشرع بالنص على عدم جواز الطعن بهذا القرار باعتباره حكما قضائيا<sup>(501)</sup>. ويؤكد على الطبيعة القضائية لقرار تعيين المحكمين من قبل المحكمة، هو أن ذات المحكمة تقر بطلان تعيين المحكم إذا تم بناء على أمر على عريضة وليس بقرار من المحكمة المختصة بكامل هيئتها<sup>(502)</sup>. ويبدو أن القضاء الفلسطيني يأخذ بالاتجاه المصري، والذي يعتبر أن قرار تعيين المحكمين من قبل المحكمة هو حكم قضائي ولكنه حكم غير قابل للطعن<sup>(503)</sup>.

## 2) عدم إمكانية الطعن بقرار تعيين المحكمين من قبل المحكمة

تشير المادة (11/2) من قانون التحكيم الفلسطيني والمادة (24/2) من اللائحة التنفيذية إلى أن تعيين المحكمين الذي يتم من قبل المحكمة، يكون غير قابل للطعن. وبذلك يكون المشرع الفلسطيني قد اتبع في هذا الصدد النهج السائد في معظم القوانين، والتي تمنع الطعن بقرار تعيين المحكمين الصادر من المحكمة المختصة. ويبرر هذا التوجه أمران: الأول، عدم تعطيل إجراءات التحكيم والحرص على متابعة سيرها خصوصا وأن مبرر السرعة يكون في العادة هو الدافع من وراء لجوء الأطراف للتحكيم. والثاني، تجنب الممارسات الإحتيالية والمماطلة التي قد ينتهجها أحد الاطراف لتعطيل البدء بإجراءات التحكيم، من خلال تقاعسه عن تعيين محكمه، أو امتناعه عن المشاركة في تشكيل هيئة التحكيم بهدف تضييع الوقت<sup>(504)</sup>.

(501) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى بطلان رقم 18 لسنة 119 قضائية، جلسة 2002/4/30، 1-401 وما بعدها، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 417، والتي ترى أن طلب تعيين المحكم يجب أن يتم بطريق رفع الدعوى وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، أي ترفع بصحيفة وتنظره المحكمة بكامل هيئتها بالإجراءات المعتادة لنظر الدعوى وليس بأمر على عريضة، حيث قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: "النص في المادة 17 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أن... كذلك النص على أن يكون إصدار القرار بتعيين المحكم على وجه السرعة لا ينطبق إلا إذا كانت هناك دعوى كما أن عدم قابلية ذلك القرار للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن يؤكد أن المقصود هو حكم بتعيين المحكم وليس أمرا على عريضة بتعيينه لأن طرق الطعن مقصورة على الأحكام... وما أوجبه المادة 17 سالفه البيان على المحكمة أن تراعي في المحكم الذي تختاره الشروط التي اتفق عليها الطرفان... والمحكمة لن تقف على تلك الشروط إلا إذا ضمنت إجراءاتها مبدأ المواجهة بمثل طرفي النزاع والاستماع إلى أوجه دفاع كل منهما لمعرفة حقيقة ما تم الاتفاق بينهما".

(502) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/18 ق جلسة 2002/4/30، أحمد محمد عبد الصادق، نفس المرجع، ص 433.

(503) انظر استئناف مدني رام الله، رقم 2010/371، بتاريخ 2011/1/6. المقتضي. انظر أيضا على سبيل المثال، محكمة بداية نابلس، دعوى حقوق رقم 2011/429، بتاريخ 2012/4/19، المقتضي.

(504) Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 22 nov. 1989, Philipp Brother, Rev. arb. 1990, 142, S. Guinchard.

ويبدو من ظاهر النصين السابقين، عدم قبول الطعن مطلقا بقرار المحكمة المختصة المتعلق بتعيين المحكمين، سواء كان ذلك بطريق الاستئناف أو النقض<sup>(505)</sup>. والواقع أن هذا المبدأ ترد عليه العديد من الإستثناءات، ويمكن الاستعانة في ذلك بما أورده الفقه والقضاء المقارن بهذا الصدد؛ حيث قضت محكمة تمييز دبي، بأن "النص الذي يحظر الطعن بالأحكام هو استثناء على القواعد العامة، فلا يجوز التوسع فيه، ومخالفة المحكمة لاتفاق التحكيم في عدد المحكمين، هي مخالفة موضوعية تخضع للطعن، ولا تطبق عليها المادة 204 إجراءات مدنية"<sup>(506)</sup>. كما أن القرار الذي لا يقبل الطعن يقتصر على الحالة التي تقرر فيها المحكمة تعيين المحكمين، أما قرار رفض التعيين فيجوز فيه الطعن. ويجوز الطعن بقرار التعيين إذا صدر عن محكمة غير مختصة، أو صدر عن محكمة مختصة ولكنها خرجت عن حدود اختصاصها<sup>(507)</sup>، كما لو خالفت المحكمة طريقة تعيين المحكمين أو عددهم، أو خالفت اتفاق الأطراف بشأن تعيين المحكمين؛ كتعيين محكم واحد بدلا من ثلاثة أو العكس خلافا لما اتفق عليه الأطراف، ففي جميع هذه الحالات يجوز الطعن بقرار التعيين الصادر عن المحكمة.

وقد سار على هذا النحو أيضا القضاء الفرنسي، فهو وإن كان يمنع كقاعدة عامة الطعن بقرار تعيين المحكمين الصادر عن المحكمة<sup>(508)</sup>، إلا أنه أورد عدة استثناءات على هذه القاعدة؛ فهو يجيز الطعن بقرار التعيين إذا تجاوز القاضي حدود صلاحياته<sup>(509)</sup>، أو عندما ينتهك القاضي

(505) في القضاء الفلسطيني: "قرار محكمة الموضوع بتعيين هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الخصوم لا يقبل الطعن وفقا لأحكام المادة 11 من قانون التحكيم لسنة 2000: نقض مدني رام الله، طعن رقم 267 لسنة 2008، بتاريخ 26/11/2008، المقتضي. وفي ذات السياق، "قرار تعيين المحكم من قبل المحكمة غير قابل للاستئناف ويعتبر قرارا قطعيا وغير قابل للطعن": استئناف مدني رام الله، رقم 371/2010، بتاريخ 6/1/2011، المقتضي. وفي القضاء الأردني: "يستفاد من المادة (16) من قانون التحكيم أن الفقرة (ج) من هذه المادة قد نصت (تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان. وتصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة ولا يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه بأي من طرق الطعن). وان المستفاد من النص أن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتعيين محكم يكون هذا القرار غير قابل للطعن: تمييز حقوق أردني، رقم 2598/2006، بتاريخ 18/12/2006. منشورات مركز عدالة. وأيضا "يستفاد من المادة 16 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، ان القرار الذي تصدره محكمة الاستئناف بتعيين محكم يكون قرارا قطعيا ولا يقبل الطعن بطريق التمييز سواء بإذن أو بدون إذن مما يجعل هذا التمييز مستوجب للرد شكلا: تمييز حقوق أردني، رقم 1934/2006، بتاريخ 6/3/2007. منشورات مركز عدالة. انظر في نفس الاتجاه: "عدم جواز الطعن بالتمييز بشأن تعين المحكم من المحكمة: تمييز حقوق أردني 4449/2005، بتاريخ 29/6/2006. وتمييز حقوق أردني، رقم 3820/2004، بتاريخ 9/3/2004. وتمييز حقوق أردني، رقم 3094/2003، بتاريخ 10/12/2003، الجميع منشورات مركز عدالة. كما ان قرار تعيين المحكم من قبل المحكمة لا يقبل الطعن أيضا بطريق اعادة المحاكمة: وتقول في ذلك محكمة التمييز الأردنية: "...وعليه وحيث أن القرار الصادر بتعيين المحكم استنادا لنص المادة 16 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 يكون قطعيا وغير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن سواء العادية أو الاستثنائية غير العادية ويضاف إلى ذلك أن هذا القرار غير مشمول بحكم المادة 213 من قانون أصول المحاكمات المدنية باعتباره ليس حكما بالمفهوم الوارد في تلك المادة وعليه يكون من المتعين رد الطلب شكلا...". تمييز حقوق أردني، رقم 3094/2003، بتاريخ 10/12/2003، منشورات مركز عدالة.

(506) تمييز دبي رقم 2003/471، بتاريخ 17/4/2004، مذکور في حمزة حداد، هامش 3، ص 233.

(507) تمييز دبي، طعن 79، بتاريخ 12/5/2002، عدد 13، ص 380، مذکور في حمزة حداد هامش 1، ص 234. (508) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 Déc. 2000, Bull. Civ. II, n° 162 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2006, D 2006, IR, 2809.

(509) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2000, Rev. Arb. 2000, 447, note Lacarabats.

أحد المبادئ الأساسية أو النظام العام<sup>(510)</sup>، سواء كان تجاوز القاضي لتلك الصلاحيات بفعل إيجابي أو سلبي. ويعتبر من قبيل تجاوز القاضي لصلاحياته بفعل إيجابي، قيامه بتعيين محكم منفرد مع أن شرط التحكيم لا يعطيه تلك الصلاحية<sup>(511)</sup>، أو قام بتعيين المحكم الذي رفض أحد الأطراف تعيينه في حين أن شرط التحكيم لم يعط القاضي إلا صلاحية تعيين المحكم الثالث (الوتر) في حال عدم اتفاق الأطراف على تعيينه<sup>(512)</sup>. أما إذا لم يتجاوز المحكم صلاحياته المتعلقة بتعيين المحكم المنفرد وفق ما جاء في شرط التحكيم، فلا يجوز الطعن بقراره<sup>(513)</sup>. وقد يكون القاضي متجاوزاً لصلاحياته بفعل سلبي، كأن يرفض القاضي المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم بحجة وجود صعوبات حقيقية تخرج عن حدود صلاحياته<sup>(514)</sup>، أو رفض المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم دون التحقق من أن شرط التحكيم كان ظاهر البطلان أو غير كافي لتشكيل هيئة التحكيم<sup>(515)</sup>، ففي مثل هذه الحالات، يجوز الطعن بهذا القرار.

في المقابل، فإن المحكمة تستطيع الامتناع عن تعيين المحكم إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أصلاً<sup>(516)</sup>، أو وجدت بأن النزاع لم يعد قائماً بين الأطراف<sup>(517)</sup>، أو تحققت من أن شرط التحكيم قد تنازل عنه الطرفان أو انقضى بانقضاء مدته، أو كان ظاهر البطلان أو أنه غير كافي للسماح بتشكيل هيئة التحكيم<sup>(518)</sup>؛ ويبرر قرار رفض التعيين، هو عدم جدوى تعيين المحكمين في مثل هذه الحالات. أما التسوية المعقودة بين الأطراف، والتي تفرض على كل من القاضي والمحكم، فإنها لا تمنع القاضي المساند من ممارسة صلاحيته الذاتية في المساهمة بتشكيل هيئة التحكيم<sup>(519)</sup>.

(510) CA Paris, 17 sept. 1996, Rev. Arb. 2002, 679 ; CA Paris, 19 déc. 1995, Geci, Rev. Arb. 1996, 110, A. Hory.

والبطلان الناجم عن إغفال ذكر أسماء المحكمين ليس من النظام العام.

CA Paris, 13 janv. 1981, Rev. Arb. 1982, 66, note Rebellin-Devichi.

"خضوع الاتفاق للقانون الإنجليزي الذي لا يستلزم تسمية المحكمين لا يعد خروجاً على النظام العام إذ مناط فكرة النظام العام هو التصادم مع الأسس والمصالح العليا للبلاد"، نقض مدني مصري، الطعن رقم 714 لسنة 47 ق، 1984/4/26، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 199.

(511) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mars 2000, Rev. Arb. 2002, 675 ; D 2000, IR, 149 ; JCP 2000, IV, 1783.

(512) Cass. com. 19 nov. 1985, Rev. Arb. 1986, 425, note Fouchard.

(513) CA Paris, 10 oct. 2002, Rev. Arb. 2003, 1277, note Lacarabats ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 juin 2004, JCP E 2005, 675, obs. Ortscheidt ; Rev. Arb. 2004, 855 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 sept. 2006, D 2006, IR, 2343.

(514) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 1998, Rev. Arb. 1998, 373, obs. Hory.

(515) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2002, JCP 2002, IV, 2325.

(516) تستطيع المحكمة رفض تعيين المحكم وفقاً لنص المادة (11) من قانون التحكيم إذا لم يكن هناك اتفاق تحكيم أصلاً، استئناف مدني رام الله، رقم 2009/488، بتاريخ 2010/10/7، المقتضي.

(517) Cass. civ. 16 mai 1994 : D 1994, 423, note Chartier.

(518) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2002 : D. 2002, IR, 2098 ; JCP 2002, IV, 2325 ; RTD com. 2002, 655, obs. Loquin.

(519) CA Paris, 14 nov. 2007 : LPA, 24-25 mars 2008, p. 6, note Dmytrov.

وفي جميع الأحوال، فإن قرار المحكمة بتعيين محكم عن الطرف الذي امتنع عن اختيار محكمه يقتضي تحقق المحكمة من أن نزاعاً قد نشأ فعلاً بين الطرفين وأن هناك اتفاقاً صحيحاً وقائماً بينهما على التحكيم<sup>(520)</sup>.

ويلاحظ أخيراً أنه حتى لو لم يقبل الطعن بقرار المحكمة بشأن تعيين المحكمين، فيمكن لاحقاً الطعن به بالبطلان على أساس وجود عيب أو خلل في تشكيل هيئة التحكيم، أو عند إكساء الحكم صيغة التنفيذ. وتجدر الإشارة بهذا الصدد أن: "عدم وجود اتفاق على التحكيم يبطل حكم المحكمين إلى درجة الانعدام لصدوره ممن ليست له ولاية إصداره - والبطلان هنا يتعلق بالنظام العام وتقتضي به المحكمة من تلقاء نفسها<sup>(521)</sup>". كما أن عدم الاعتراض على تعيين المحكم طوال مدة سير إجراءات التحكيم إلى حين صدور الحكم، يعد نزولاً عن الحق في الاعتراض<sup>(522)</sup>.

## المبحث الثالث: مهمة التحكيم

نتناول في هذا المبحث المقصود بقبول مهمة التحكيم، واشتراطات الكتابة لقبول مهمة التحكيم، والقيمة القانونية لمستند مهمة التحكيم.

### المطلب الأول: قبول مهمة التحكيم

على عكس القاضي الذي هو موظف عام، تعيينه الدولة للفصل في المنازعات طوال حياته الوظيفية، فإن المحكم هو شخص عادي يختاره الأطراف أو تعيينه المحكمة المختصة في حالات معينة أو مركز التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً، للفصل في النزاع القائم بين الأطراف. فما دام المحكم من الغير<sup>(523)</sup>، فإنه لا يلزم باتفاق التحكيم، استناداً لقاعدة نسبية

(520) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى بطلان رقم 18 لسنة 119 قضائية، جلسة 2002/4/30، 401-1 وما بعدها، المرجع السابق، ص 417.

(521) استئناف القاهرة، طعن رقم 19/12 ق الدائرة 91 جلسة 2002/12/30.

(522) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/67 ق تحكيم جلسة 2003/1/29.

(523) تقول محكمة النقض المصرية بهذا الصدد: "المحكم ليس طرفاً في خصومة التحكيم وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شأنه شأن أحكام القضاء بحجوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره ومن ثم لا يتصور أن يكون خصماً وحكماً في ذات الوقت". نقض مدني مصري، الطعنان، رقما 887، 1154 لسنة 59 ق جلسة 1991/1/14، مجموعة الأحكام س 42 ج 1، ق 33. وتضيف المحكمة العليا المصرية أيضاً: "الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية...": المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن 65 لسنة 18 ق جلسة 2001/1/6. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 473 و474.



أثر العقود والإتفاقات. بناء عليه، فإن المحكم لا يجبر ابتداءً على القيام بمهمة التحكيم حتى لو تم تعيينه محكماً، فيحق له دائماً رفض تلك المهمة. كما يجوز له في المقابل، الموافقة على قبول مهمة التحكيم، مما يقتضي منه التوقيع على محرر أو مستند يسمى "مستند المهمة"، يعلن فيه قبوله القيام بمهمة التحكيم التي خول بها. ويعتبر قبول مهمة التحكيم بمثابة عقد منفصل عن اتفاق التحكيم<sup>(524)</sup>، يوقع بين المحكم والأطراف يعلن فيه المحكم قبوله مهمة التحكيم. ويخضع هذا العقد من حيث انعقاده وترتيب آثاره وانقضائه لقانون الإرادة، ويرتب التزامات متقابلة على عاتق أطرافه: حيث يلتزم المحكم بموجبه بالفصل في النزاع وبذل العناية اللازمة في سبيل ذلك، مقابل حصوله على مكافأة مالية متفق عليها.

وقد نظمت المادة (12) من قانون التحكيم مسألة قبول المحكم مهمة التحكيم، حيث نصت على أنه: "1. يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على اتفاق التحكيم، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده. 2. لا يجوز للمحكم بدون عذر أن يتخلى عن إجراء التحكيم بعد قبوله مهمته".

ثم أضافت المادة (26) من اللائحة التنفيذية:

1. يكون للمحكم الذي تم اختياره لمهمة التحكيم أن يقبل أو يرفض هذه المهمة، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغه باختياره، وفي حالة القبول عليه أن يثبت ذلك بإحدى حالتين:

أ. كتابة بتوجيه خطاب للأطراف يعلن فيه قبوله مهمة التحكيم.

ب. التوقيع على اتفاق التحكيم المذكور فيه اسمه.

2. يجب على المحكم إذا قبل مهمة التحكيم أن يفصح للأطراف عن أية ظروف من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده واستقلاليته، فإذا قبل الأطراف بعد هذا الإفصاح بالمحكم، لا يجوز لهم طلب رده.

3. إذا قبل المحكم مهمة التحكيم فلا يجوز له أن يتخلى عن إجراءات التحكيم بدون عذر مقبول". إن قراءة هذين النصين، تقتضي توضيح مسألتين في غاية الأهمية، تتعلق الأولى بقبول مهمة التحكيم كتابة، وتتعلق الثانية بالقيمة القانونية لمستند مهمة التحكيم.

### الفرع الأول: شرط الكتابة لقبول مهمة التحكيم

لقد اشترط قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية أن يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة،

(524) عن تلك العلاقة التعاقدية بين الأطراف والمحكم، انظر:

CA Paris, 12 mai 1993 : Gaz. Pal. 1993, III, som., p. 578.



إما بالتوقيع على اتفاق التحكيم ذاته أو في مستند مستقل. وبالتالي فقد تم التعبير بوضوح عن القيمة القانونية للكتابة؛ فهي مفروضة صراحة للإثبات وليست للانعقاد، وبذلك يكون القانون الفلسطيني قد تجاوز النقد الذي يمكن توجيهه لقانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم المصري، اللذين نصا على أن يكون قبول المحكم لمهمته كتابة، دون بيان القيمة القانونية للكتابة، أي للإثبات أم للانعقاد<sup>(525)</sup>. مع ذلك، فإن القضاء المصري قد سار في ظل قانون التحكيم القديم إلى اعتبار الكتابة متطلبا للإثبات وليس للانعقاد، بقوله إن: "الكتابة شرط لإثبات قبول المحكم مهمة التحكيم وليست شرطا لانعقاد مشاركة التحكيم وإذا كان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه على أن توقيع المحكمين على العقد يعتبر ركنا لاتعقاده، إذ استلزم أن يكون توقيع المحكم على ذات العقد وإلا اعتبر باطلا واستبعد على هذا الأساس الإقرار الصادر من المحكم والذي ضمنه سبق موافقته على مهمة التحكيم وهو محرر له قوة الكتابة في الإثبات ورتب الحكم على ذلك بطلان المشاركة لعدم انعقادها فإنه يكون قد خالف القانون"<sup>(526)</sup>.

وتبدو الغاية واضحة من اشتراط الكتابة لقبول مهمة التحكيم، وهي تسهيل عملية الإثبات، وضمان عدم الإنكار أو المنازعة في تنصيب المحكم لأداء مهمة التحكيم، وقد أشارت إلى ذلك محكمة استئناف القدس بقولها: "إن قبول المحكم لمهمته كتابة أو توقيعه على اتفاق التحكيم جاء لإثبات حقيقة قبول المحكم لمهمته وعدم تخليه عنها في حال قبوله لها"<sup>(527)</sup>.

أما الكتابة، فيؤخذ بالمفهوم الواسع لها، في تشمل جميع أنواع الكتابة دون استثناء، سواء كانت عادية أو الكترونية، بالفاكس والتلكس والمكاتبات عبر البريد الإلكتروني وغيرها، وتشمل جميع أنواع السندات، سواء كانت سندات رسمية أو عرفية، أو حتى أوراق غير موقع عليها، إذا تحققت فيها شروط مبدأ الثبوت بالكتابة. بل يمكن اعتبار شرط الكتابة متحققا، في حال عقد جلسة محاكمة من قبل المحكم بحضور الأطراف، وتدوين ذلك في محضر أو إرسال المحكم كتابا للأطراف يعلمهم فيه بموعد الجلسة، فإن ذلك يعطي دلالة واضحة على قبول المحكم لمهمته كتابة. إلا أن بعض القوانين استثنت من شرط الكتابة لقبول مهمة التحكيم، حالة تعيين المحكم من قبل المحكمة<sup>(528)</sup>. ويرى البعض أن هذا الحكم لا مبرر له

(525) تنص المادة (14/ج) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 على أنه: "يكون قبول المحكم بمهمته كتابة..." والمادة (3/16) من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 تنص على أنه: "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة..."

(526) نقض مصري، الطعن رقم 489 لسنة 37 ق - جلسة 1973/2/24 - مجموعة الأحكام - س 24، ص 321.

(527) استئناف مدني القدس، رقم 2009/311، بتاريخ 2010/5/9. المقتضي

(528) انظر على سبيل المثال، المادة (194) من قانون التحكيم القطري.

لأن المحكم لا يجبر على قبول مهمة التحكيم حتى لو تم التعيين من قبل المحكمة، بل إن من حقه رفض ذلك التعيين أو حتى عدم الاستجابة له، ولا يعتبر ذلك رفضاً لمهمة التحكيم في هذه الحالة ما دام أنه لم يقبل مهمة التحكيم كتابة. أما إذا قبل المحكم مهمة التحكيم، فيصبح عندها ملزماً بإجراء التحكيم وإلا تحمل المسؤولية<sup>(529)</sup>.

ولكن على الرغم من صراحة النصين السابقين، في وجوب إثبات مهمة التحكيم كتابة، فإن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، هل يجوز إثبات قبول مهمة التحكيم بطرق أخرى غير الكتابة؟

في الإجابة على هذا السؤال، فإن معظم الفقه يرى أنه يجوز إثبات مهمة التحكيم بغير الكتابة، ويقول في ذلك الدكتور أحمد سلامة: "إذا كان القانون يسلم التزام الكتابة في قبول المحكم مهمته، فهذا لا يعني بحال أن مستند المهمة هو عمل أو تصرف شكلي يترتب البطلان على عدم الكتابة. فالكتابة متطلب للإثبات فقط، وليس لصحة ذلك المستند، بحيث إذا تخلفت الكتابة، فإنه يمكن إثبات قبول المحكم مهمته بكل طرق الإثبات، بل يمكن أن يكون قبول المهمة ضمناً، كدعوة المحكم الأطراف إلى الحضور أمامه في تاريخ معين لتقديم طلباتهم وإبداء دفعوهم، وحضوره جلسات التحكيم، دون اعتراض من أحد الخصوم". ويؤيد هذا الرأي أيضاً، الدكتور حمزة حداد والذي يرى أنه يمكن إثبات قبول المحكم لمهمته بكافة طرق الإثبات، بل قد يكون قبولاً ضمناً كدعوة المحكم الأطراف بالحضور أمامه في تاريخ معين لتقديم طلباتهم ودفعوهم وحضور جلسات التحكيم دون اعتراض من أحدهم، يكون قبولاً ضمناً من جانبهم. وقد أيد القضاء الفلسطيني هذا الرأي الفقهي، حيث أجازت محكمة استئناف القدس قبول مهمة التحكيم دون التوقيع على مستند المهمة بقولها: "إن عدم الطعن في الواقع والإجراءات التي وردت في قرار المحكمة من أنهم أجمعوا الطرفين واستمعوا إلى أقوالهم وحججهم واطلعوا على مستنداتهم وذلك في أية مرحلة من مراحل الدعوى يجعل هذه الأمور من الوقائع المسلم بها ويدل على رضا الطرفين بانتخاب المحكم ولذلك لا يقبل الاعتراض على صحة اختيار المحكمة بعد صدور الحكم وتوقيع الفريقين المحكمين ذلك قرار المحكمين بما يفيد موافقتهم عليه يمنع عليها توجيه أي طعن إليه وأن إجراء التحكيم قانوناً يعد بمنزلة عقد صلح"<sup>(530)</sup>. ويبدو هذا الاتجاه مبرراً، على أساس أن شرط موافقة المحكم كتابة على قبول المهمة لا يتعلق بالنظام العام، وهو ما أكدته محكمة استئناف القاهرة بقولها: "موافقة المحكم الكتابية ليست شرطاً متعلقاً بالنظام العام وإنما هو إجراء تنظيمي يكفي حضور المرشح للجلسات لتكون موافقه ضمنية منه على الترشيح خلت المادة (47) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 من ثمة جزاء يوقع على عدم إيداع أصل حكم التحكيم أو صورة منه كتاب المحكمة المختصة بنظر الدعوى في مدة

(529) حمزة حداد، المرجع السابق، ص 240.

(530) استئناف مدني القدس، رقم 237/2010، بتاريخ 10/1/2011، المقتضي.

الخمس عشرة عشر يوما التالية لصدوره وانحصر جزاء البطلان على الحالات الواردة في المادة (53) من هذا القانون ولم تكن الحالة المطروحة من بينها مما يجعل ما ورد في المادة (47) من بين المسائل التنظيمية التي لا يرتب المشرع على مخالفتها جزاء البطلان<sup>(531)</sup>.

والواقع أنه يمكن تطبيق الحلول السابقة بصورة نسبية، ولا يمكن وضع حكم عام بشأنها، لأن الأمر يعود في نهاية المطاف إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فهو الذي يحدد القيمة القانونية لمستند المهمة وما إذا كان شرطا للانعقاد أم للإثبات، ومدى إمكانية جواز إثبات مهمة التحكيم بغير الكتابة.

### الفرع الثاني: القيمة القانونية لمستند مهمة التحكيم

مستند المهمة هو بمثابة عقد يبرم بين المحكم والأطراف يلتزم المحكم بمقتضاه بالفصل في النزاع المعروف عليه بحكم ملزم للأطراف، مقابل حصوله على مكافأة مالية. وعلى هذا الأساس، فإن مستند المهمة يختلف عن كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي واللذين هما عقدين مستقلين عن بعضهما.

فمستند المهمة يختلف عن اتفاق التحكيم من عدة أوجه:

- من حيث الأطراف، فإن اتفاق التحكيم يبرم بين أطراف النزاع أنفسهم، في حين أن مستند المهمة يبرم بين المحكم والأطراف.
- ومن حيث القوة، فإن اتفاق التحكيم هو الأصل، في حين أن مستند المهمة هو تابع لاتفاق التحكيم. ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أنه إذا بطل اتفاق التحكيم أو فسخ أو انقضى لأي سبب كان، لأدى ذلك إلى انقضاء مستند المهمة بالتبعية، ولكن العكس غير صحيح، فإذا انقضى مستند المهمة، فلا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم الذي يبقى قائما منتجا لآثاره ما دام أنه قد انعقد صحيحا في ذاته.
- ومن حيث الزمان، فإن مستند المهمة يوقع في العادة بعد إبرام اتفاق التحكيم، سواء كان شرط تحكيم أم مشاركة.
- ومن حيث المحل، فإن موضوع مستند المهمة هو تعيين محكم للفصل في النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، في حين أن موضوع اتفاق التحكيم هو إحالة النزاع الموضوعي الناشئ بين الأطراف عن علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية للتحكيم لحسمه بعيدا عن قضاء الدولة

(531) استئناف القاهرة - دائرة 91 تجاري، دعوى رقم 64 لسنة 122 ق، جلسة 2006/5/30، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 421.

■ ومن حيث الهدف، فغاية توقيع مستند المهمة هو إثبات قبول المحكم لمهمة التحكيم ومنعه من إنكار قبوله لتلك المهمة، أو إنسحابه منها دون مبرر مشروع، وضمنان حياده واستقلاله عن الأطراف، وهي جميعا مسائل تتعلق بتشكيل هيئة التحكيم، في حين أن الغاية من اتفاق التحكيم لا تتعلق لا من قريب ولا من بعيد بتشكيل هيئة التحكيم، إنما باتفاق التحكيم ذاته من حيث اتخاذ التحكيم وسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة بين الأطراف دون قضاء الدولة.

كما يختلف مستند المهمة أيضا عن العقد الأصلي، فهذا الأخير يقوم على تحديد الحقوق والتزامات الموضوعية للأطراف ومراكزهم القانونية، في حين أن مستند المهمة لا يتعلق بتلك الحقوق والتزامات إلا بشكل غير مباشر؛ لأن مستند المهمة يأتي لتحويل المحكم سلطة الفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد بطريق التحكيم، استنادا إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف. فهذا الارتباط غير المباشر بين العقد الأصلي ومستند المهمة لا يخلو من آثار قانونية، خصوصا في حالة انعدام العقد الأصلي، لأن ذلك يعني بالتبعية عدم الحاجة إلى توقيع مستند المهمة، فحتى وإن وقع، فلا يمكن القيام بمهمة التحكيم، على أساس أن مستند المهمة يجد أساسه في اتفاق التحكيم، واتفاق التحكيم يأتي لحسم منازعات متعلقة بالعقد الأصلي، فإذا لم يوجد العقد الأصلي، فلا يمكن إعمال اتفاق التحكيم ولا مستند مهمة التحكيم بالتبعية. هذا بالإضافة إلى اختلاف مستند المهمة عن العقد الأصلي من حيث أطراف كل منهما، وزمان ومحل كل منهما.

## المطلب الثاني: حياد واستقلال المحكم

المحكم كالقاضي، يقوم بمهمة قضائية، بالتالي يجب أن يكون محايدا ومستقلا ويلتزم الموضوعية في اتخاذ قراره الفاصل في موضوع النزاع. فحياد واستقلال المحكم كما عبرت عنهما محكمة استئناف باريس "يمثلان جوهر الوظيفة القضائية، ويستبعدان بطبيعة الحال وجود أية رابطة تبعية تجاه الأطراف، والأحكام المسبقة"<sup>(532)</sup>. وتقول محكمة استئناف القاهرة في ذات السياق أن: "الحيدة التي هي جوهر مبدأ الاستقلال ليست حكرا على العمل القضائي بل هي لازمة أيضا في العمل التحكيمي لأن المحكم وإن كان يشترك مع القاضي في وظيفته الأساسية المتمثلة في حسم المنازعات، فإنه أيضا يتبع المنهج القضائي في مراعاة الضمانات الأساسية للتقاضي عند تحقيق الإدعاءات ونظر الطلبات وأسلوب فض المنازعة سواء بهدف إنزال حكم القانون عليها أو إجراء تسوية وفقا لقواعد العدالة والإنصاف، فبطبيعة مهمة المحكم ذات طابع موضوعي غير شخصي"<sup>(533)</sup>.

(532) CA Paris, 28 nov. 2002, Rev. Arb. 2003, 445, note Belloc ; JCP 2003, 1, 164, n° 3, obs. Seraglini.

(533) استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 72 لسنة 117 ق جلسة 2002/1/8.

كما أن اشتراط حياد واستقلال المحكم يبرره كون المحكم شخصا من الغير، أولاه الأطراف ثقتهم ليتولى سلطة الفصل في النزاع بكل موضوعية وحياد وتجرد<sup>(534)</sup>. وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "المحكم ليس طرفا في خصومة التحكيم وإنما هو شخص يتمتع بثقة الخصوم واتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم شأنه شأن أحكام القضاء يحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدوره ومن ثم لا يتصور أن يكون خصما وحكما في ذات الوقت"<sup>(535)</sup>. فعدم جواز أن يكون المحكم خصما وحكما في ذات الوقت، يفترض أن يكون المحكم محايدا ومستقلا عن أطراف النزاع، وأن لا تكون له مصلحة شخصية أو مادية مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى التي ينظرها.

أما من حيث مفهوم كل من الحياد والاستقلال، فهما مفهومان مختلفان عن بعضهما البعض. فأما الحياد فهو "حالة نفسية قوامها مجموعة من المفاهيم والقناعات التي تستقر في ضمير القاضي أو المحكم، وتشكل فكرته عما هو حق أو عدل، دون ميل أو هوى"<sup>(536)</sup>، بالتالي فإن الحياد هو أمر شخصي ذاتي غير محسوس ويتمثل في عدم الانحياز، وهو أمر يصعب التحقق منه أو إثباته، كالميل العاطفي للمحكم، وصلة القرابة، والمصاهرة، والصدقة، والمودة الحميمة، والتي تجعل المحكم يميل مع أحد الخصوم. وأما الاستقلال فهو على عكس الحياد، "حالة واقعية

(534) إن اعتبار المحكم شخصا من الغير، واشتراط أن يكون محايدا ومستقلا، ينفي بصورة قاطعة القول بأن المحكم يعتبر وكلا عن الطرف الذي عينه. وقد أشارت إلى هذا الأمر محكمة استئناف باريس بقولها: "أنه لا يمكن بحال اعتبار المحكمين رغم اختيارهم الأكيد من قبل الأطراف، وكلاء عنهم أو ممثلين لهم، إنما مهمتهم تخرج عن ذلك، وهي مهمة ذات طبيعة قضائية:

CA Paris, 24 mars 1992, Rev. Arb. 1993, p. 272.

ويقول الدكتور أحمد سلامة في ذات السياق: "ولا نغالي إذا قلنا إن الطبيعة القضائية أو مهمة المحكم تستتبع انفصال المحكم واستقلاله عن اختياره بمجرد إبرام عقد التحكيم، فلا يكون تابعا له، ولا يتلقى توجيهاته، ولا يكون محاميا عنه يدافع عن وجهة نظره أو يحمي مصالحه. ولا يجوز للمحكم التخلص من مهمته إذا استشعر أن الحكم سيكون في غير صالح من اختاره. وعلى المحكم أن يدرك ذلك، ويلزم باحترام الحكم الذي سيصدره ولو كان في غير صالحه": أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 201، ص 699.

(535) نقض مدني مصري، الطعنان، رقما 887، 1154 لسنة 59 ق جلسة 14/1/1991، مجموعة الأحكام س 42 ج 1، ق 33، ص 184. وتضيف المحكمة الدستورية العليا في هذا الصدد أن: "الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة من جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذا لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا ذلك أن التحكيم مصدره الإتفاق إذ يحدد طرفاه - وفقا لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما وإليه ترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه كاملا وفقا لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون من سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر بديلا عن القضاء فلا يجتمعان ذلك أن مقتضى الاتفاق عليه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها ومؤدى ما تقدم أنه إذا ما فرض المشرع التحكيم قسرا قاعدة قانونية أمره فإن ذلك يعد إنتهاكا لحق التقاضي الذي كفله الدستور...". المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن 65 لسنة 18 ق جلسة 18/1/2001، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 473 و474.

(536) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 203، ص 705.

قوامها مجموعة من العوامل والظروف التي يجب توافرها حتى ينأى القاضي أو المحكم بنفسه عن أداء مهمته عن تبعية المحكم الذي اختاره<sup>(537)</sup>. بالتالي فإن الاستقلال هو أمر موضوعي محسوس على عكس الحياد، ويتمثل في مجموعة من الظروف والعوامل التي من شأنها التأثير على عمل المحكم. ويفرض الاستقلال على المحكم أن يكون مستقلا عن أطراف النزاع وممثلهم وحتى عن الغير، ومنع التدخل في مهمته من أية جهة كانت، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وانتفاء مصلحة وصلة المحكم بموضوع النزاع بشكل مباشر أو غير مباشر.

يتبين لنا من خلال هذا العرض لمفهوم كل من الحياد والاستقلال، مدى صعوبة إثبات الحياد باعتباره أمر شخصي غير محسوس، وذلك على عكس الاستقلال الذي هو أمر موضوعي محسوس يمكن بسهولة تحريره وإثباته. تجنباً لصعوبة إثبات عدم الحياد، فقد جرى الواقع العملي على الإكتفاء بإثبات عدم الاستقلال باعتباره أمر موضوعي محسوس يمكن إثباته، كوجود مصلحة للمحكم مرتبطة بموضوع النزاع، كأن يكون شريكا أو دائنا أو مدينا متضامنا أو كفيلا لأحد الخصوم، أو ثبت وجود رابطة وظيفية أو مصالح مالية أو روابط الخضوع الإداري أو المهني بين المحكم وأحد الأطراف، ففي جميع هذه الحالات تقوم قرينة على عدم الحياد. فمن خلال إثبات أمر موضوعي محسوس (هو عدم الاستقلال) تقوم قرينة على أمر غير محسوس (هو عدم الحياد). فإثبات المحسوس يدل على غير المحسوس.

فمن دلائل انتفاء الحياد والاستقلال والتي تصلح أساسا لطلب رد المحكم: صلة القرابة، ووجود مصلحة، وسبق النظر في موضوع النزاع كوكيل أو محامي أو مستشار لأحد الخصوم، أو العلم المسبق بظروف النزاع (يصلح كشاهد وليس كمحكم)، وتعصب المحكم لجنسية أو ديانة أو ضد جنسية أو ديانة معينة، أو عنصريته تجاه جنس معين، وقبوله للهدايا والرشوة وغيرها.

وقد ساق القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة التي تعبر عن عدم حيادية واستقلال المحكم؛ فمن الظروف التي من شأنها إثارة شكوك حول حياد واستقلال المحكم، تعيين محكم من طرف كان قد أعطاه استشارة قانونية بشأن القضية المعروضة للتحكيم دون علم الطرف الآخر<sup>(538)</sup>، أو كان المحكم على تعارض في المصالح مع أحد الأطراف<sup>(539)</sup>، أو عندما يكون للمحكم مصلحة مباشرة من قرار التحكيم دون علم أحد الأطراف بذلك، مما أدى إلى انتهاك حقوق الدفاع<sup>(540)</sup>. بل أكثر من ذلك، فإن تعيين ذات المحكم لمرات متكررة من نفس الشركة في المنازعات التي تثور مع أحد زبائنها المرتبطين معها بعقد امتياز، من شأنه أن يثير شكوكا مشروعة في ذهن هذا الزبون حول اتسام المحكم بالموضوعية، مما يصلح سببا لطلب رده<sup>(541)</sup>.

(537) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 203، ص 705.

(538) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 avr. 1972, D. 1973, 2, note Robert ; Rev. Arb. 1975, 235. CA Paris, 20 nov. 1997, D. 1998, IR, 9.

(539) Cass. com. 26 févr. 1973, Rev. Arb. 1974, 290, note Rubellin-Devichi.

(540) CA Paris, 13 mars 1981, Rev. Arb. 1983, 83, note Moreau.

(541) T. com. Paris, 6 juill. 2004, Rev. Arb. 2005, 709, note Henry.

وضمامنا لتأكيد حياد المحكم واستقلاله، فقد ألزمت المادة (12) من قانون التحكيم الفلسطيني المحكم بالإفصاح "عند قبوله مهمة التحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاليته أو حيده" (542)، وأعطت المادة (13) من ذات القانون الخصوم الحق في طلب رد المحكم إذا وجدت ظروف تثير شكوكا حول حيده واستقلاله لم يكشف عنها المحكم عند قبوله مهمة التحكيم<sup>(543)</sup>. بل إن قرار التحكيم الذي يصدر عن محكم لا يتمتع بصفتي الحياد والاستقلال، يكون عرضة للطعن به بالبطلان أو بالفسخ.

وقد يكون مفيدا ذكر ما أورده محكمة استئناف القاهرة بشأن حياد واستقلال المحكم، مع توضيح لمفهوم الكشف أو الإفصاح الذي يلزم المحكم القيام به عند قبوله مهمة التحكيم، حيث جاء فيه: "إن تعبير "ظروف تثير شكوكا حول حيده المحكم أو استقلاله" يتسع لجميع أسباب عدم صلاحية القضاة المنصوص عليها في المادتين 146، 148 من القانون المذكور وإن كان المشرع لم يضع تعريفا للمقصود بكل من الحيده والاستقلال فإنه يمكن القول بأن الحيده Impartialité عبارة عن ميل نفسي أو ذهني للمحكم يكون لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو الغير أو الدولة بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل لأحد ممن ذكروا ضده، فوجود عداوة أو مودة بين المحكم وأحد الخصوم يرجح معها عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى بيد أنه يجب أن تكون العداوة أو المودة الشخصية من القوة بحيث يستتج منها قيام خطر عدم الحيده عند إصدار الحكم - ويلاحظ أن إثبات عدم حيده المحكم أصعب وأدق من إثبات عدم استقلاله ذلك أن عدم الحيده حالة نفسية ذات طابع شخصي تخضع لنية المحكم وتفكيره ويندر أن يكون لها إمارات خارجية تدل عليها الأمر الذي يصعب معه إثباتها مباشرة، والحيده في ذلك تختلف عن الاستقلال Independance حيث أن إثبات عدم الاستقلال يكون عادة أسهل لوجود مظاهر مادية تدل على روابط التبعية القائمة بين المحكم وأحد أطراف النزاع وتلك المظاهر المادية تكفي لقيام الشك في استقلاله حتى ولو كانت تلك الروابط ليست بالدرجة التي تؤدي إلى انحياز المحكم أو عدم حيده كما هو الحال مثلا بالنسبة لمحكم يعمل موظفا أو مستشارا بأجر لدى أحد اطراف النزاع - ومن هنا يمكن القول أن استقلال المحكم يعني عدم ارتباطه بأي رابطة تبعية خصوصا بأطراف النزاع أو الدولة أو الغير، وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتنافى مع استقلاله بحيث تشكل خطرا مؤكدا للميل

(542) هذا النص مأخوذ عن المادة (12/1) من القانون النموذجي لعام 1985، والتي تنص: "على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه مكما أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده واستقلاله. وعلى المحكم، منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظرف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علما بها".

(543) انظر أيضا المادتين (26) والمادة (27) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني. وتسير في هذا الاتجاه أيضا: المادة (6/4) من قواعد الأونسترال لعام 1976 بنصها: "تراعي سلطة التعيين، وهي بصدد اختيار المحكم، الاعتبار التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحايد". والقانون النموذجي لعام 1985 بنصها: "أن تراعي الاعتبار التي من شأنها تعيين محكم مستقل ومحايد". والمادة (14/2) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 بنصها: "يؤدي المحكمون قبل مباشرة مهامهم اليمين التالية أمام رئيس المركز أو من ينيبه (أقسم بالله العظيم أن أحكم بالعدل وأن أراعي القانون الواجب التطبيق، وأؤدي مهمتي بأمانة ونزاهة وتجرد). المادة (14/1) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن منازعات الإستثمار.



إلى جانب أحد أطراف التحكيم فيتناهى مع استقلال المحكم أن تكون له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أحد من طرفي الخصومة المعروضة عليه، أو إذا كان ينتظر من أحد الأطراف ترفيعاً أو ترقية أو أن يكون خاضعاً لتأثيره أو توجيهه أو وعده أو وعيده - ونظراً لصعوبة وضع تعريف لكل من حيده المحكم واستقلاله فإن القضاء الفرنسي كثيراً ما يستعمل في شأنهما مصطلح الاستقلالية الذهنية باعتبارها ضماناً جوهرية لمباشرة السلطة القضائية أياً كان مصدرها (سواء كان ذلك المصدر هو القانون كما هو الحال في قضاء الدولة، أو الاتفاق كما هو الحال في التحكيم) بحيث تبدو صفتي الحيده والاستقلال وقد امتزجت كل منهما بالأخرى، كما ذهب محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها صدر في 14/11/1990 إلى أن أسباب رد المحكم هي ذات الأسباب الخاصة برد القضاة طبقاً للمادة 341 من قانون المرافعات الجديد<sup>(544)</sup>.

والالتزام بالكشف عن أية ظروف من شأنها التأثير على حياد واستقلال المحكم، يجب أن تستمر، على خلاف ظاهر نص المادة (12) من قانون التحكيم الفلسطيني المشار إليها أعلاه، طوال مدة التحكيم، وليس فقط عند قبول المحكم لمهمة التحكيم.

وقد كانت محكمة النقض الفرنسية تقضي بأن: "التزام المحكم بالكشف لا يفرض إلا إذا تعلق الأمر بواقعة وردت في نص، فإذا كانت الواقعة المتمسك بها ضد المحكم لا تدخل ضمن إحدى الحالات المشار إليها في المادة 341، باعتبارها إحدى حالات الرد في حال عدم وجود اتفاق خاص، فيعتبر طلب الرد غير مبني على أساس قانوني"<sup>(545)</sup>. ولكن يبدو أن محكمة النقض الفرنسية قد رجعت عن هذا التوجه، وأصبحت تعتمد معياراً أكثر واقعية وعدلاً من قرارها السابق، بقولها: "يجب على المحكم كقاعدة عامة أن يكشف للأطراف عن أية ظروف من شأنها التأثير على قضاائه مما يثير بدرجة معقولة شكوكاً في ذهن الأطراف حول متطلبات الحياد والاستقلال، واللذين يمثلان جوهر الوظيفة التحكيمية"<sup>(546)</sup>.

أما الجزاء المترتب على عدم كشف المحكم عن أية ظروف تثير شكوكاً حول حيده واستقلاله، فإنه يختلف حسب اللحظة التي يظهر فيها عدم حياد المحكم واستقلاله؛ فإذا ظهر ذلك خلال سير إجراءات التحكيم، فيتم عندها تطبيق القواعد القانونية الناظمة لرد المحكمين. أما إذا ظهر عدم الحياد والاستقلال بعد صدور قرار التحكيم، فيمكن الطعن بقرار التحكيم الصادر مخالفة لمتطلبات حياد واستقلال المحكم بالبطلان. غير أن تقرير البطلان في هذه الحالة ليس على هذه الدرجة من السهولة، نظراً لصعوبة إثبات الواقعة السلبية المتمثلة في عدم استقلال وحياد المحكم، لذلك فإنه من الضروري الاكتفاء في هذه الحالة

(544) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 120/78 ق جلسة 2004/3/30، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 447 و448.

(545) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 nov. 1990, Bull. Civ. II, n° 230 ; Rev. arb. 1991, 75, note Jarrosson.

(546) CA Paris, 2 avr. 2003, D 2003, IR, 2472 ; Rev. Arb. 2003, 1231, note Gaillard.

بإيراد بعض الظروف التي تشكك في حيطة المحكم واستقلاله، بحيث تصبح قرينة كافية على انتفاء حياد واستقلال المحكم. ويبدو أن محكمة النقض الفرنسية تسير على هذا النحو، بقولها أنه: "إذا كان المحكم ملزماً بالكشف للأطراف عن وجود أية ظروف من شأنها التأثير في حكمه أو تشكل خطراً مؤكداً تجاه أحد الأطراف يجدر توقيه، فإن انتهاك هذا الالتزام يؤدي إلى البطلان إذا كان من شأن هذا الكتمان، سواء بذاته أو بالاشتراك مع عناصر أخرى، أن يشكل قرينة كافية على عدم الاستقلال والحياد"<sup>(547)</sup>. وتقول محكمة استئناف باريس في ذات السياق أنه: "يجب على المحكم إعلام الأطراف بوضعه من لحظة تعيينه محكماً حتى انتهاء الإجراءات، ويتم تقدير هذا الالتزام بالنظر إلى درجة وضوح الحالة المنتقدة ومدى تأثيرها المتوقع بدرجة معقولة على قضاء المحكم بالنسبة للأطراف؛ فكل انتهاك لا يؤدي إلى ابطال قرار التحكيم، إنما يجب تقدير الآثار المحتملة لهذا الكتمان من قبل قاضي البطلان"<sup>(548)</sup>. وتضيف ذات المحكمة في قرار آخر لها أن: "الظروف المتمسك بها للاعتراض على هذا الاستقلال أو الحياد يجب أن تتجسد، بوجود روابط مادية أو ذهنية، أو موقف من شأنه التأثير في قضاء هذا المحكم أو تشكل خطراً مؤكداً تجاه أحد أطراف التحكيم يلزم توقيه؛ التزام المحكم بالكشف يجب أن يقدر بالنظر إلى حقيقة الموقف المطعون به ودرجة تأثيره على قضاء المحكم"<sup>(549)</sup>. ويلاحظ بهذا الشأن أن القضاء الفرنسي يظهر تشدداً خاصاً بشأن قبول الكشف عن الظروف التي من شأنها إثارة شكوك مشروعة حول استقلال المحكم، عندما تأتي في مرحلة تنفيذ قرار التحكيم<sup>(550)</sup>.

### المطلب الثالث: رد المحكمين وإنهاء مهمتهم

نتناول في هذا المطلب موضوع رد المحكمين من خلال بيان أسباب الرد، وضوابط وقيود رد المحكمين، وتقديم طلب الرد والجهة المختصة بتلقيه وإجراءاته والفصل فيه، والآثار المترتبة على تقديم طلب الرد، وآلية رد المحكمين في التحكيم المؤسسي.

#### الفرع الأول: رد المحكمين

يقصد برد هيئة التحكيم، إقصاء المحكمين ومنعهم من الفصل في النزاع وذلك لأسباب تتعلق بعدم حيديتهم واستقلالهم. ويخضع رد المحكمين للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم. وقد

(547) CA Paris, 29 janv. 2004, D. 2004, Somm. 3182, obs. Clay ; JCP 2004, I, 179, n° 5, obs. Seraglini ; Rev. arb. 2004, 448, et 2005, 709, note Henry.

(548) CA Paris, 17 févr. 2005, Rev. Arb. 2005, 709, note Henry.

(549) CA Paris, 28 nov. 2002, Rev. Arb. 2003, 445, note Belloc ; JCP 2003, 1, 164, n° 3, obs. Seraglini.

(550) CA Paris, 10 juin 2004, Gaz. Pal. 3-4 déc. 2004, p. 50.

رسم قانون التحكيم الفلسطيني في المادتين (13 و 14) ولائحته التنفيذية في المواد (27-32) آلية رد المحكمين، من خلال بيان أسباب الرد، وتحديد ضوابط الرد وقيوده وإجراءاته والآثار المترتبة على قبول طلب الرد أو رفضه.

### أولاً: أسباب رد المحكمين

لم يحدد قانون التحكيم الفلسطيني أسباب رد المحكمين على وجه الدقة، إنما أكتفت المادة (13/1) منه بالنص على أنه: "1- لا يجوز طلب رد المحكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكا لها ما يبررها حول حيده أو استقلاله"<sup>(551)</sup>. ويتفق هذا التوجه مع ما تسير عليه معظم القوانين، والتي تكتفي في العادة بإيراد بعض الحالات التي تصلح سببا لرد المحكمين، ولكنها تجيء على سبيل المثال وليس الحصر.

وقد أوردت المادة (27) من اللائحة التنفيذية عدة أسباب تمس حياد المحكم واستقلاله، وهي تصلح أساسا لطلب رد المحكم، وذلك بنصها على أنه:

"1. يكون من قبيل الظروف التي من شأنها أن تثير الشكوك حول حيده المحكم واستقلاله توافر إحدى الحالات الآتية:

- أ. إذا كان قريبا لأحد الأطراف أو زوجه حتى الدرجة الرابعة.
  - ب. إذا كان له أو لزوجته نزاع قائم مع أحد الأطراف أو زوجه.
  - ت. إذا كان ممثلا قانونيا أو شريكا لأحد الأطراف أو كان وارثا ظنيا 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 لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة أو لمن يكون هو ممثلا قانونيا له.
  - ج. إذا كان قد سبق له أن أفتى في موضوع النزاع أو ترافع عن أحد الأطراف فيه أو كتب أو أدلى بشهادة فيه.
  - ح. إذا كان قد سبق له نظر النزاع بصفته قاضيا أو خبيرا أو محكما أو وسيطا.
  - خ. إذا كان بينه وبين أحد أعضاء هيئة التحكيم صلة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.
2. تعتبر الحالات السابقة أسبابا لرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها".

(551) تقابل المادة (12) من القانون النموذجي للعام 1985، والمادة (18/1) من قانون التحكيم المصري لعام 1994.

جميع الأسباب السابقة من شأنها المساس بحياد المحكم واستقلاله وبالتالي تصلح أساسا لطلب رد المحكم. وقد جاءت هذه الأسباب على سبيل المثال وليس الحصر، وعليه يمكن إيجاد أسباب أخرى تتعارض مع حياد المحكم واستقلاله، منها على سبيل المثال، أن يكون المحكم دائئا أو مدينا متضامنا أو كفيلا لأحد الخصوم وكان النزاع المعروض على التحكيم يتعلق بهذا الدين، فهذا يصلح سندا لطلب رد المحكم، على اعتبار أنه لا يجوز أن يكون المحكم خصما وحكما في نفس الوقت، ذلك لأن له مصلحة مباشرة في النزاع. فالأطراف هم أنفسهم من يقدر ما إذا كان السبب صالحا لرد المحكم من عدمه، وذلك تحت رقابة الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد.

وما دمننا بصدد دراسة أسباب رد المحكمين، فإن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، هل أسباب رد المحكمين هي ذات أسباب رد القضاة، أم أن كلا منها تختلف عن الأخرى؟ لقد أثار هذا السؤال ترددا كبيرا، خصوصا في قضاء التحكيم.

فبينما تشير بعض القرارات إلى أن أسباب رد المحكمين هي ذات أسباب رد القضاة، حيث نقرأ: "ويكون القاضي غير صالح لنظر الدعوى ممنوعا من سماعها إذا كان قد أفتى أو ترفع عن أحد الخصوم في الدعوى أو كان قد سبق له نظره قاضيا أو خبيرا أو محكما، ويقع باطلا عمل القاضي أو قضاءه في الأحوال المتقدمة الذكر ولو تم باتفاق الخصوم، وعلّة عدم صلاحية القاضي للفصل في الدعوى التي سبق أن نظرها القاضي الخشية من أن يلزم برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم، واستنادا إلى أن أساس وجوب امتناع القاضي عن نظر الدعوى وعلى ما حملته المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى تعليقا على المادة 313 المقابلة للمادة 146 من قانون المرافعات - هو قيامه بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط في القاضي من خلو الذهن عن موضوعها ليستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا أخذا بأن إظهار الرأي قد يدعو إلى إلزامه مما يتنافى مع حرية العدول عنه. كما أن المعمول عليه في إبداء الرأي الموجب لعدم صلاحية القاضي إفتاء كان أو مرافعة أو قضاء أو شهادة هو أن يقوم القاضي بعمل يجعل له رأيا في الدعوى أو معلومات شخصية تتعارض مع ما يشترط فيه من خلو الذهن عن موضوع الدعوى أو حتى يستطيع أن يزن حجج الخصوم وزنا مجردا مخافة أن يتشبث برأيه الذي يشف عنه عمله المتقدم ولو خالف مجرى العدالة وظنا بأحكام القضاء من أن يعلق بها استرابه من جهة شخص القاضي لدواعي يدعن لها عادة أغلب الخلق"<sup>(552)</sup>.

في حين أن قرارات أخرى ترى أن أسباب رد المحكمين تختلف عن أسباب رد القضاة بقولها: "إن رد المحكمين وعدم صلاحيتهم يختلف عن رد وعدم صلاحية القضاة في أن طلب رد المحكم أو عدم صلاحيته يجوز أن يتم التنازل عنه في مرحلة لاحقة ويترتب على ذلك زوال أثر الطلب وصلاحية

(552) القضية التحكيمية رقم 129 لسنة 1999 ad hoc جلسة 10/6/1999، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني يناير 2000، ص 226.

المحكم المطلوب رده أو المطلوب عدم صلاحيته للفصل في النزاع ولو صحت أسباب الرد أو عدم الصلاحية، وهو ما لا يتحقق في شأن عدم صلاحية القضاة، فإن التنازل عن الطلب لا يحول دون إعتبار حكم القاضي غير الصالح لنظر الدعوى معدوما ولو قبله الخصوم. بالإضافة إلى ذلك فلم يضع القانون أي شروط أو قيود تحول دون تعيين الأقارب والأصهار كمحكمين في دعاوى تحكيمية طالما قبل ذلك الأطراف الآخرون في الدعوى بينما يضع القانون قيودا صارمة تتعلق بعدم صلاحية القضاة إذا عرضت عليهم أي منازعات تتعلق بأقارب لهم من درجات معينة<sup>(553)</sup>.

ويبدو أن محكمة النقض المصرية تسير في هذا الاتجاه الأخير، القاضي بأن أسباب رد المحكمين تختلف عن أسباب رد القضاة، ويظهر ذلك جليا من قرارها الصادر بتاريخ 1986/2/6 حيث تقول أن: "المشرع لا يحيل إلى القواعد المقررة في رد القضاة أو عدم صلاحيتهم للحكم وأنه أوجب رفع طلب برد المحكم سواء في الحالات التي يجوز فيها رده أو تلك التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم"<sup>(554)</sup>.

ونحن نرى أنه لا طائفة من هذه المقاربة بين أسباب رد المحكمين وأسباب رد القضاة، لأن لا فائدة عملية منها، على أساس أن القانون قد نظم قواعد كل منهما على إنفصال، وخص كل منهما بقواعد خاصة كافية وقادرة على رد كل من المحكم والقاضي على حد سواء، بتطبيق تلك القواعد الخاصة، دون حاجة للرجوع إلى القواعد التي تخص الآخر.

### ثانيا: ضوابط وقيود رد المحكمين

تجنباً لمماثلة أحد الأطراف والحيلولة دون قيامه بطلب رد المحكمين دون وجود أسباب تبرره، وللسير قدما في إجراءات التحكيم وعدم تعطيلها، فقد أخضع قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية رد المحكمين لمجموعة من الضوابط والقيود هي:

- يتعلق رد المحكم بمصلحة خاصة للأطراف، فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجب التمسك به من قبل طالب الرد خلال مدة معينة وإلا سقط حق التمسك به<sup>(555)</sup>.

(553) القضية التحكيمية رقم 357 لسنة 2003، جلسة 2004/12/30، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثامن، ص 171.

(554) نقض مدني مصري، الطعن رقم 1083 لسنة 52 ق جلسة 1986/2/6، مجموعة الأحكام س 37.

(555) تجدر الإشارة إلى أن طلب رد المحكم يمثل مصلحة خاصة يجوز التنازل عنه، لذا يجب عدم الخلط بين طلب رد المحكم وقواعد رد المحكمين، فهذه الأخيرة تعتبر من النظام العام لا مخالفتها نظرا لإرتباطها الوثيق بضمانتي حياد واستقلال المحكم. وهو ما يستخلص بوضوح من قرار محكمة استئناف القاهرة، الصادر بتاريخ 2003/4/29، بقولها أن: "المقرر ان القواعد الخاصة برد المحكمين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وذلك لأنها تتعلق بضمانتي الحيادة والاستقلال اللتين لا غنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها، ويتعين توافرها، من ثم في المحكم أسوة بالقاضي ليغدو الحق في رد الأول قرينا للحق في رد الثاني، فضلا عن ان الحق في رد قاضي بعينه عن نظر نزاع محدد وثيق الصلة بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة (68) من الدستور. جرت المادة (18/1) من قانون التحكيم على انه: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكا جدية حول حيده أو استقلاله" واشترط الحيادة والاستقلال - باعتبارهما ضمانتان

- عدم جواز تقديم طلب رد المحكم من قبل الطرف الذي عينه أو اشترك في تعيينه، بشرط أن تكون أسباب الرد سابقة على تعيينه، أو كان يعرفها أو أفصح المحكم له عنها قبل قبوله مهمة التحكيم، لأن ذلك يعد تنازلاً ضمناً من طرفه عن حقه في طلب الرد. أما إذا كانت أسباب الرد لاحقة، ولم يكشف المحكم عند قبوله مهمة التحكيم عن جميع الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيديته واستقلاله، فيجوز له طلب رده بناء على هذه الأسباب. وبمفهوم المخالفة فإن الطرف الذي لم يعين المحكم المطلوب رده ولم يشترك في تعيينه، فيحق له طلب رده سواء كانت أسباب الرد سابقة أو لاحقة على تعيينه ما دام أن المحكم لم يفصح له عما يثير شكوكاً حول حيديته واستقلاله عند قبوله مهمة التحكيم. أما إذا أفصح المحكم له عن هذه الأسباب، فلا يجوز له طلب رده إلا لأحد أسباب الرد التي ظهرت أو نشأت بعد تعيين المحكم<sup>(556)</sup>.
- عدم جواز تقديم طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد ذات المحكم في ذات التحكيم. والغاية من ذلك هي عدم تعطيل أو عرقلة السير في إجراءات التحكيم، والحيلولة دون المماطلة والغش من خلال تقديم طلب الرد لأسباب لا تصلح لرد المحكم.
- عدم جواز تقديم طلب الرد بعد اختتام المرافعات وفقاً لنص المادة (13) من قانون التحكيم الفلسطيني، وذلك تجنباً للمماطلة.
- يقع عبء إثبات أسباب الرد على طالب الرد (البينة على من أدعى ...)، غير أن معظم التشريعات قد جعلت عبء إثبات الحيادة والاستقلال على كاهل المحكم، لأنه يصعب على الأطراف إثبات واقعة سلبية والمتمثلة بعدم حياد واستقلال المحكم. وعليه تكفي الدول في العادة بالزام طالب الرد بأن يثير أسباباً تشكك في حياد المحكم واستقلاله، عندها ينقلب عبء إثبات الحيادة والاستقلال على المحكم<sup>(557)</sup>.

أساسيتان للتقاضي - قاعدة مجمع عليها، بل وتنص عليها غالبية النظم القانونية للدول والاتفاقيات الدولية للتحكيم فضلاً عن اللوائح الخاصة بمراكز التحكيم - وإذا كانت حيادة المحكم غير استقلاله، فإنه من الصعب وضع تعريف لكل منهما .... ومع ذلك فإن اشتراط حيادة القاضي أو المحكم يقوم على قاعدة أصولية تقضي بوجود إطمئنان المتقاضي إلى قاضيه وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى، وقد سبق بيان أن القضاء الفرنسي كثيراً ما يعبر عن الحيادة بمصطلح الاستقلالية الذهنية بحيث تبدو صفة الحيادة لدى المحكم وكأنها قد امتزجت باستقلاله - وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية قد ذهبت في حكم حديث لها صدر بتاريخ 14/11/1990 - إلى أن أسباب رد المحكم هي ذات الأسباب الخاصة برد القضاة في المادة 341 من قانون المرافعات الجديد، وهو ما لا يتفق مع ما قرره قانون التحكيم المصري الذي حصر أسباب الرد في قيام ظروف تثير شكوكاً جديدة حول حيادة المحكم أو استقلاله مخالفاً بذلك ما كان عليه نص المادة 503 من قانون المرافعات الملغاة: استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري، جلسة 2003/4/29، طعن رقم 201 لسنة 120 ق. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 439 و440.

(556) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 1999, D. 1999, IR, 107 ; Gaz. Pal. 2001, 1477, note Bouche et Fourtoy.

(557) أحمد سلامة، المرجع السابق، بند 208، ص 731 و732.

## ثالثاً: تقديم طلب الرد والجهة المختصة بتلقيه وإجراءاته

توجب المادة (14) من قانون التحكيم على طالب الرد أن يقدم طلب الرد كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم بأسباب الرد إلى هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً. وهذه المدة هي مدة سقوط، فإذا لم يقدم طلب الرد خلالها، سقط حق طالب الرد في التمسك به، وبعد متازلاً ضمناً عن ذلك<sup>(558)</sup>. كما أنه لا يشترط التمسك بالرد قبل الدخول بالأساس، على الأقل بالنسبة لأسباب الرد التي حدثت أو اكتشفت بعد ذلك، ولم يعلم بها طالب الرد إلا بعد الدخول بالأساس<sup>(559)</sup>. ويتم الرجوع في حكم هذه المسألة إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ويجب تقديم طلب الرد المحكم مكتوباً، وإلا تم رفضه شكلاً. واشترط الكتابة جاء للتوثق وتحديد موضوع الطلب بدقة. كما يجب أن يشتمل الطلب على أسباب الرد مبيناً فيها الظروف والوقائع التي يستند إليها طالب الرد مع أدلتها، وبيان الوقت الذي تم فيه العلم بأسباب الرد، وما إذا كان سابقاً على قبول المحكم مهمته أم بعد ذلك.

وبينت المادة (16/3) بأن هيئة التحكيم تختص بالنظر في طلبات رد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، وأنه لا يجوز إعطاء الاختصاص للنظر في طلب الرد إلى جهة أخرى غير جهة التحكيم مباشرة. ولكن هذا التوجه منتقد بشدة، إذ كيف تقضي هيئة التحكيم في رد أعضائها خصوصاً إذا كانت الهيئة مشكلة من محكم منفرد؟ فلا يجوز أن يكون المحكم حكماً وخصماً في نفس الوقت! وقد أثار هذا الأمر جدلاً قانونياً في مصر، استدعى تدخل المحكمة الدستورية والتي اعتبرت أن نص المادة (19/ الفقرة 1) من قانون التحكيم المصري والذي يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في طلب رد المحكمين غير دستوري<sup>(560)</sup>، ما أدى إلى تعديل هذه المادة لاحقاً، حيث أعطى سلطة الفصل في قبول أو رفض طلب الرد إلى القضاء العادي، مع اقتصار دور هيئة التحكيم على تلقي طلب الرد فقط<sup>(561)</sup>. ولكن يبدو أن قانون التحكيم

(558) يجب رفع طلب رد المحكم خلال الميعاد الذي حدده القانون سواء في الحالات التي يجوز فيها رده أو تلك التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم، نقض مصري، 1987/3/19، س 38 ج 3، مجموعة الأحكام ص 968.

(559) في هذا الاتجاه، أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 740.

(560) تقول المحكمة الدستورية في هذا الطعن: "... وكان النص الطعين، قد خول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها، وكان ذلك مما يناهض قيم العدل ومبادئه، وينتقص مبدأ خضوع الدولة للقانون، وينتهك ضمانات الحيادة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين، بينما هي مكفولة لغيرهم فإنه بذلك يكون قد خالف المواد 40 و 65 و 67 و 68 و 69 من الدستور". الحكم الصادر في الطعن الدستوري رقم 84 لسنة 19 قضائية، منشور في مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا 1999، مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، الهامش (1)، ص 743.

(561) وبناء على هذا الحكم الدستوري، تم إعادة صياغة نص المادة (19) من قانون التحكيم المصري، بموجب القانون رقم (8) لسنة 2000، حيث جاء في فقرتها الأولى: "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيها أسباب الرد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتبع 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". وفي تطبيق هذا النص تقول محكمة استئناف القاهرة أن: "النص في المادة 19 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 المعدلة بالقانون رقم 2000/8 قد جرت على أن يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبيناً فيها أسباب الرد خلال

الفلسطيني قد تجاوز هذا الأمر عندما سمح لطالب الرد بالطعن أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا رفضت هيئة التحكيم طلب الرد، ويكون قرارها غير قابل للطعن. ويبدو أن إعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في قبول أو رفض طلب الرد، هدفه إفساح المجال للمحكم المطلوب رده للتحكي من تلقاء نفسه عن أداء مهمته، وأيضاً كسباً للوقت، فإذا تم قبول طلب الرد، فهذا يعني عن الذهاب إلى المحكمة المختصة<sup>(562)</sup>.

#### رابعاً: آثار تقديم طلب الرد

بينت المادة (14/3) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه يترتب على تقديم طلب الرد أو الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن، وهذا يترك مجالاً للمحكم المطلوب رده للدفاع عن نفسه بإثبات حيده واستقلاله. في حين أن المادة (19/الفقرة 3) من قانون التحكيم المصري، والمادة (18/ج) من قانون التحكيم الأردني، لم ترتب أي منهما على تقديم طلب الرد، وقف إجراءات التحكيم؛ وذلك لسد باب التحايل أمام الطرف المماطل وعدم تعطيل سير إجراءات التحكيم<sup>(563)</sup>. مع ذلك يرى البعض<sup>(564)</sup> بأنه يجب وقف إجراءات التحكيم في حالتين:

خمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم يتتح 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... ومفاد ذلك أنه لا يجوز تقديم طلب رد المحكم قبل تشكيل هيئة التحكيم ذلك أن المشرع قد اختص الهيئة المذكورة بتلقي طلب الرد وبإحالته إلى المحكمة... إذا لم يتتح المطلوب رده كذلك فإن المشرع حدد ميعاد تقديم طلب الرد بخمسة عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم - كذلك فإن طلب الرد - يجب تقديمه كتابة إلى هيئة التحكيم وليس للمحكمة سألقة البيان مباشرة، وكانت الأوراق قد خلت مما يدل على أن هيئة التحكيم التي تضم المطلوب رده قد تم تشكيلها فصلاً ومن ثم فإن طالب الرد يكون غير مقبول لتقديم قبل الأوراق وباعتبار أنه لا يقدم إلى المحكمة مباشرة بل إلى هيئة التحكيم التي تضم المحكم المطلوب رد. استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى بطلان رقم 120 ق 119 ق جلسة 2002/6/26، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 418.

(562) أما القانون النموذجي لعام 1985 فقد أعطى الأطراف الحق في المادة (13) الحرية في الاتفاق على إجراءات رد المحكم، وهذا أمر مستغرب.

(563) وقد أشارت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها إلى أن الغاية من عدم وقف إجراءات التحكيم في حال تقديم طلب الرد هو عدم إعاقة إجراءات التحكيم، ولكن ذلك يوجب الفصل في طلب الرد قبل النظر في دعوى البطلان، حيث جاء فيها: "يستفاد من الفقرة ج من المادة 18 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، أن المشرع أراد أن لا يؤثر تقديم طلب رد المحكم على إجراءات التحكيم ويكون سبباً معيقاً لها وفي إطالة أمدها وتأخيرها عندما يرى المحكم أن طلب رده غير مبني على أسس قانونية توجب عليه التحكي من تلقاء نفسه بعد إشعاره بتقديم هذا الطلب وان على المحكم في هذه الحالة الاستمرار في إجراءات 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 إلا بعد الفصل في طلب رد المحكم واكتسابه 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 سابقاً 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": تمييز حقوق أردني، رقم 2575/2005، بتاريخ 2006/3/13. منشورات مركز عدالة.

(564) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 749.



الأولى، إذا اتفق الأطراف صراحة على وقف إجراءات التحكيم بعد دراستهم الموقف وقياس مدى تضرر مصالحهم من وقف الإجراءات من عدمه.

الثانية، إذا ارتأت هيئة التحكيم وفق سلطتها الموضوعية إمكانية وقف إجراءات التحكيم من عدمه، وذلك على ضوء وزنها لحقيقة أسباب الرد التي قدمها طالب الرد ومدى جديتها.

وفي جميع الأحوال، إذا تم قبول طلب الرد، فتعد جميع الإجراءات السابقة عليه كأن لم تكن، أما إذا رفض طلب الرد فلا يؤثر ذلك على الإجراءات السابقة. ويحق لطالب الرد في حال رفض طلبه بالرد من قبل هيئة التحكيم، أن يطعن في هذا القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، ويكون القرار الصادر عن المحكمة غير قابل للطعن<sup>(565)</sup>. وإذا تتحى المحكم من تلقاء نفسه في أية مرحلة كان عليها طلب الرد، فلا تعود هناك حاجة للفصل في طلب الرد لأنه يكون بدون معنى، أما إذا رفض المحكم المطلوب رده التتحي، فيجب السير قدماً في نظر طلب الرد إلى حين صدور القرار بقبول الطلب أو رده.

وإذا تتحى المحكم أو تم قبول طلب رده، يجب عندها تعيين محكما بديلاً عنه بذات الطريقة التي تم فيها تعيينه ابتداءً، وطبقاً للإجراءات التي يحددها القانون<sup>(566)</sup>.

### خامساً: رد المحكمين في التحكيم المؤسسي

لا تطبق إجراءات رد المحكمين سابقة الذكر على التحكيم المؤسسي، إذ أن لوائح تلك المراكز الدائمة هي التي تبين آليات تعيين ورد المحكمين المعتمدين أمامها، والمشهود لهم في العادة بالحيادة والاستقلال والنزاهة، فإذا حدث مع ذلك تقديم طلب لرد المحكم، فإنه يتم في ظل لوائحها وأنظمتها حسم الأمر.

### الفرع الثاني: انتهاء مهمة المحكم

إضافة إلى حالة رد المحكم، قد تظهر بعد قبول مهمة التحكيم، ظروف أو أسباب إرادية أو غير إرادية، تحول دون قيام المحكم بأداء مهمته، مما يؤدي إلى تعطيل إجراءات التحكيم، وبالتالي التأخر في الفصل في النزاع. فقد يتحى المحكم من تلقاء نفسه أو بطلب من الأطراف، وقد يضطر الأطراف في ظروف معينة إلى عزل المحكم وإنهاء مهمته، وقد يصدر قرار من المحكمة بإنهاء مهمة المحكم في حالات معينة.

(565) المادة (14/3) من قانون التحكيم.

(566) المادة (15/1) من قانون التحكيم.

## أولاً: تنحي المحكم

قد يضطر المحكم إلى التنحي عن أداء مهمة التحكيم، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الأطراف، إما لظروف صحية أو السفر أو بسبب إنشغاله بأمور هامة أخرى. وقد يتنحي المحكم لأسباب تتعلق بعدم حيده واستقلاله، كأن يستشعر الحرج من الفصل في نزاع تكون له فيه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة، أو يخشى عدم الموضوعية أو الإنحياز مع أحد الخصوم عند فصله في النزاع، أو يستشعر بأن أحد الأطراف عازم على تقديم طلب برده، أو قدم طلباً برده إلى المحكمة المختصة فيبادر إلى التنحي من تلقاء نفسه قبل صدور حكم برده.

وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون التنحي مبنيًا على أسباب معقولة تبرره، كأن يعين المحكم في وظيفة رسمية تتعارض مع قيامه بمهمة التحكيم. أما إذا تنحي المحكم دون مبرر معقول، فيمكن ملاحقته بالتعويض على أساس المسؤولية المدنية.

فإذا تنحي المحكم، وجب تعيين محكم بديل عنه، بذات الطريقة التي عين بها وفقاً للإجراءات التي حددها القانون<sup>(567)</sup>. وتقول محكمة استئناف غزة بهذا الخصوص أنه: "طالما اتفق الأطراف على التحكيم فلا يحق لهما النكول عنه، وإن كان أحد المحكمين قد انسحب فلا يجوز أن تعاد القضية إلى محكمة أول درجة لنظرها كمحكمة موضوع، إذ من الواجب اختيار بديل للمحكم الذي انسحب طالما أن انسحابه له ما يبرره قانوناً، وتكون محكمة الدرجة الأولى إذ فعلت ذلك قد أعملت نص المادة 6 من قانون التحكيم"<sup>(568)</sup>.

## ثانياً: عزل المحكم

يجوز للأطراف أن يتفقوا جميعاً على عزل المحكم ومنعه من الاستمرار في نظر النزاع، إذا توافرت أسباب تستدعي عزله، كتقصير المحكم في أداء مهمته أو تأخره أو تقاعسه عن أدائها. ويجوز عزل المحكم في أية مرحلة كانت عليها خصومة التحكيم، بشرط أن يأتي

(567) قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "إذا تنحي المحكم عن مهمة التحكيم بسبب تعيينه قاضياً في ملاك وزارة العدل وان اشغاله لمنصب أشغاله في وزارة العدل يحول بينه وبين القيام بمهامه فإن هذا التنحي من قبل المحكم يدخل في مفهوم الفقرة ب من المادة 7/1 من قانون التحكيم رقم 18 لسنة 53 وبالتالي فقد كان يتوجب على الطاعن أن يتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 7/1 من قانون التحكيم ... فإذا كان تعيين المحامي محكماً من قبل محكمة البداية خلافاً لمقتضيات المادة 7 ... وأصدرت قرارها تدقيقاً دون دعوة الطرفين للترافع أمامها وعليه فليس للمحكم المحامي صلاحية النظر في الخلاف وإصدار القرار فيه ذلك أنه تعيين باطل ... وكما أن حضور طرفي الخصومة لجلسات التحكيم لدى المحكم ... لا يصح الإجراءات الباطلة عملاً بالمادة 13/3 من قانون التحكيم لأن البطلان لا تلحقه الإجازة وعليه وحيث توصل القرار المطعون فيه إلى ذات النتيجة وقضى ببطلان إجراءات التحكيم وبطلان حكم التحكيم طبقاً للمادة 49 من قانون التحكيم رقم 31/2001 فيكون متفقاً والقانون": تمييز حقوق أردني، رقم 3316/2004، بتاريخ 2005/8/2. منشورات مركز عدالة. انظر في ذات السياق، تمييز حقوق أردني، رقم 2973/99، بتاريخ 2000/5/31، منشورات مركز عدالة.

(568) محكمة استئناف مدني غزة، رقم 297 لسنة 2000، بتاريخ 2001/3/17. المقتضي.

ذلك قبل صدور قرار التحكيم. ويجب موافقة جميع الأطراف على العزل، وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف أن يعزل المحكم بإراداته المنفردة إلا إذا وجد اتفاق مخالف بين الأطراف يجيز له ذلك. وإذا لم يتفق جميع الأطراف على العزل، يجوز لأحدهم أن يطلب من المحكمة المختصة عزل المحكم. وحتى تقرر المحكمة عزل المحكم، يجب أن تتوافر الشروط التالية:

- وجود أسباب جدية تبرر العزل، كانقطاع المحكم أو تقاعسه عن أداء مهمته، أو تأخره عن اتخاذ ما يلزم من إجراءات للسير قدما في عملية التحكيم، دون سبب مبرر ومشروع، أو كان ذلك لأسباب صحية أو السفر أو العجز أو عدم الكفاءة للقيام بمهمة التحكيم. ويقع على عاتق مقدم الطلب إثبات ما يدعيه.
- عدم اتفاق الأطراف على العزل رغم توافر موجبات العزل.
- أن يؤدي عدم قيام المحكم بمهمته إلى تعطيل أو تأخير السير في إجراءات التحكيم مما قد يضر بمصلحة الأطراف.
- أن يرفض المحكم التحي اختيارا رغم توافر الأسباب الموجبة لعزله وإنهاء مهمته.

### ثالثا: وفاة المحكم

تنتهي مهمة التحكيم بوفاة المحكم، مما يقتضي تعيين محكم بديلا عنه. ولكن هل يمكن اعتبار شرط التحكيم لاغيا عند وفاة المحكم المعين من قبل الأطراف في العقد الأصلي؟

في الإجابة على هذا السؤال، تفرق محكمة النقض الفرنسية<sup>(569)</sup> بين فرضين: إذا كانت شخصية المحكم محل اعتبار لدى الأطراف، فإن وفاة المحكم تؤدي إلى انقضاء شرط التحكيم، أما إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار لديهم، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا منتجا لآثاره، مما يجيز لهم تعيين محكم جديد بديلا عنه. ويضاف إلى حالة انقضاء شرط التحكيم بسبب وفاة المحكم، الحالة التي يعين فيها المحكم باسمه أو بشخصه في اتفاق التحكيم ذاته، نظرا لعدم إمكانية أعمال اتفاق التحكيم في هذه الحالة.

وفي جميع الأحوال، فإن شغور مكان المحكم، بسبب الرد أو التحي أو العزل أو الوفاة، يستتبع تعيين محكم بديل عنه بنفس الطريقة التي عين بها المحكم ابتداء، وهو ما نصت عليه المادة (15/1) من قانون التحكيم<sup>(570)</sup>.

(569) Cass. 2e civ., 23 mai 1973, Rev. Arb. 1974, p. 102.

(570) تنص المادة (15) من قانون التحكيم: "1- إذا انتهت مهمة التحكيم بوفاته أو برده أو تحيته أو لأي سبب آخر وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول، أو طبقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة (11) من هذا القانون. 2- توقف إجراءات التحكيم لحين تعيين محكم جديد..."

## المطلب الرابع: مسؤولية المحكم

لضمان استقلال القاضي وإطلاق يده في الفصل في المنازعات دون خوف أو تردد، فإن القانون الفلسطيني قد حصن القاضي من المسؤولية المدنية عن أخطائه المهنية، ولم يجعله مسؤولاً إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم وفي الحالات الأخرى التي ينص عليها القانون<sup>(571)</sup>. فلو أطلق القانون مسؤولية القاضي المدنية عن كل خطأ مهني يرتكبه، لأدى ذلك إلى قعوده عن الفصل في المنازعات، خوفاً من أن يلاحق مدنياً بالتعويض. ولما كان المحكم كالقاضي، من حيث أن كلاهما يمارس عملاً قضائياً، مع الاختلاف بينهما في أن المحكم يستمد مهمته للفصل في النزاع من اتفاق الأطراف، في حين يستمدها القاضي من القانون. ولكن، هل يعامل المحكم معاملة القاضي من حيث تحمله المسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهمته، أم أنه يعامل معاملة مختلفة. بمعنى آخر، هل يسأل المحكم عن أخطائه التي يرتكبها أثناء قيامه بمهمة التحكيم؟

في الإجابة على هذا السؤال، فإن معظم القوانين تأخذ بالمسؤولية المدنية للمحكم كمبدأ عام<sup>(572)</sup>، وذلك على عكس القاضي الذي تكون مسؤوليته استثنائية. ومثال على مسؤولية المحكم، ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بقولها إن "تركهم (أي المحكمين) مدة التحكيم تنقضي، دون طلب تمديدها من القاضي المساند، في غياب اتفاق الأطراف أو عدم طلبهم ذلك، فإن المحكمين، يقع على عاتقهم التزاما بتحقيق نتيجة، وارتكبوا خطأ أدى إلى أبطال حكم التحكيم، وبذلك تحققت مسؤوليتهم"<sup>(573)</sup>. وجاء في القضاء المصري أيضاً أنه: "إذا انقطع المحكم عن أداء مهمته دون عذر مقبول وهو ما يتنافى مع مميزات الدعوى التحكيمية التي تتطلب سرعة الفصل فيها، حيث كان يتعين على المحكم المذكور حضور

(571) راجع المادتين (153 و 163) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001. وانظر أيضاً قرارات محكمة النقض الفلسطينية في رام الله: نقض مدني، رقم 2009/294، بتاريخ 2009/11/1؛ نقض مدني رقم 2009/298، بتاريخ 2009/12/15؛ نقض مدني رقم 2004/1، بتاريخ 2007/4/30، المقتفي.

(572) من القوانين القليلة التي نصت صراحة على مسؤولية المحكم، قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996، والذي حصن المحكم من أية مسؤولية مدنية في المادة (29/1) إلا إذا قام بفعل إيجابي أو سلبي متعلق بأداء مهمته بسوء نية. في المقابل فإن القانون الأمريكي يخالف معظم القوانين حيث يعترف بالحصانة القضائية للمحكم مثله مثل القاضي على اعتبار أن المحكم يقوم بعمل قضائي.

(573) « En laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation au juge d'appui, à défaut d'accord des parties ou faute pour celles-ci de la solliciter, les arbitres, tenus à cet égard d'une obligation de résultat, ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence, et ont engagé leur responsabilité ». Cass. 1re civ., 6 déc. 2005 : D. 2006, 274, note Gautier ; D 2006, pan. 3031, obs. Clay ; RTD civ. 2006, 144, obs. Théry ; RTD com. 2006, 299, obs. Loquin ; JCP 2006, II, 10066, note Clay ; Rev. Arb. 2006, 126, note Jarrosson ; JCP E 2006, 1284, note Chabot ; ibid. 1395, obs. Paillusseau ; RLDC, Avr. 2006, 14, note Train.

انظر أيضاً في ذات الإطار، حول ضرورة إثبات خطأ المحكم لعدم إحترام التزامه بالسرية: CA Paris, 22 janv. 2004, Rev. Arb. 2004, 647, note Loquin.

جلسات التحكيم وإبداء ما يتعين عليه وإثباته بمحاضر جلساتها بدلا من الانقطاع عن تلك الجلسات مع ما يترتب على ذلك من تعطيل الفصل في الدعوى التحكيمية<sup>(574)</sup>.

فإذا كان الأصل هو أن يتحمل المحكم المسؤولية المدنية عن أخطائه في ممارسة مهمة التحكيم، فما هي طبيعة هذه المسؤولية: أهى عقدية أم تقصيرية؟ إن قبول المحكم لمهمة التحكيم، وتوقيعه على مستند المهمة، يجعله مرتبطا مع الأطراف بعقد، حيث يلزم المحكم بموجبه بالفصل في النزاع وبذل العناية اللازمة للوصول إلى ذلك. بالتالي يمكن القول أن مسؤولية المحكم هي بالأصل عقدية، ولكنها استثناء قد تكون تقصيرية.

### الفرع الأول: المسؤولية العقدية للمحكم

المحكم ليس قاضيا يتولى وظيفة عامة، إنما شخص عادي يقوم بعمل قضائي، بموجب عقد مبرم بينه وبين الأطراف (قبول مهمة التحكيم أو توقيعه على مستند المهمة)، بالتالي فإن المسؤولية العقدية للمحكم تقوم على أساس انتهاك التزام تعاقدي، مما يوجب التحقق من قيام أركانها استنادا إلى القواعد العامة<sup>(575)</sup>: وجود إخلال بالتنفيذ (خطأ عقدي) وضرر وعلاقة سببية بينهما. ولكن احتراما للمهمة القضائية التي يؤديها المحكم، فإنه من غير المقبول مساءلة المحكم وملاحقته عن كل خطأ يرتكبه أثناء ممارسة مهمته، إنما يجب حصر مسؤولية المحكم بحالات محددة عندما يقع من جانبه خطأ يمكن تكييفه على أنه "خطأ شخصي" يستوجب المؤاخظة، ويمكن أن يدخل ضمن هذا المفهوم (الخطأ الشخصي)، جميع الأفعال الإيجابية والسلبية الصادرة عن المحكم ويظهر فيها عامل الاحتيال أو التواطؤ أو الغش أو الخطأ الجسيم أو ارتكاب جريمة. فهذا الضابط باعتقادنا هو ضابط هام، لأن من شأنه ضمان عدم ملاحقة المحكم بطريقة آلية وبسهولة إلى درجة ملاحقته عن كل خطأ يرتكبه مهما كان يسيرا.

ويفرق الفقه بوجه عام في إطار المسؤولية العقدية، بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، فما هي طبيعة التزام المحكم بهذا الشأن؟

يصعب وضع إطار عام لالتزام المحكم وتحديد ما إذا كان إلتزامه بتحقيق نتيجة أم بذل عناية، إنما يتوقف الأمر على طبيعة العمل الذي يؤديه المحكم: فبعض هذه الأعمال يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة بينما يعد بعضها الآخر التزاما ببذل عناية.

فبعض التزامات المحكم هي إلتزامات بتحقيق نتيجة، ويشمل ذلك جميع الأعمال التي يستقل المحكم بإجرائها دون إمكانية تعطيلها من خلال تدخل أطراف النزاع، ومنها: التزام المحكم

(574) محكمة شمال القاهرة الابتدائية، د 36 تجاري، جلسة 2005/6/26.

(575) تخضع المسؤولية العقدية للمحكم للقانون الذي اختاره الأطراف، وعند غياب الاتفاق، يخضع للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم.

انظر حول مسؤولية المحكم، أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 206، ص 720.



بنظر النزاع، وعدم التحي بإرادته المنفردة دون سبب مبرر جدي ومشروع، والاشتراك في المداولة، وأن يكون محايداً ومستقلاً ونزيهاً، والمحافظة على سرية الجلسات والمداولة، والتزامه بصياغة وتوقيع قرار التحكيم خصوصاً إذا كانت هيئة التحكيم معقودة من محكم منفرد. ففي جميع هذه الحالات يمكن بسهولة إعلان مسؤولية المحكم العقدية.

ولكن معظم إلتزامات المحكم هي إلتزامات ببذل عناية، ولكنها ليست جميعاً على نفس الدرجة من القوة، وبالتالي تختلف أحكامها تبعاً لذلك: فبعض الإلتزامات المحكم، يمكن إعلان مسؤوليته فيها بسهولة وبمجرد وقوع خطأ من جانبه: كعدم الجدية وعدم بذل العناية اللازمة للفصل في النزاع.

في المقابل، فإن باقي الإلتزامات المفروضة على المحكم هي الإلتزامات ببذل عناية، حيث لا يمكن فيها إعلان مسؤولية المحكم إلا إذا ثبت أنه قد ارتكب خطأ شخصياً من جانبه: فمثلاً، إن عدم إصدار المحكم لقرار التحكيم لا يعني إعلان مسؤوليته، وكذلك الأمر بالنسبة لتجاوز مدة التحكيم، ففي مثل هذه الحالات، لا يمكن تحميل المحكم المسؤولية إلا إذا ثبت أنه قد ارتكب خطأ شخصياً، بحيث كان يعود إليه بشكل مستقل عدم إصدار قرار التحكيم وتجاوز المدة. وكذلك الأمر بالنسبة للإلتزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم، وكذلك الإطلاع والمعرفة الدقيقة بملف الدعوى، وتنظيم سير إجراءات التحكيم، وصياغة قرار التحكيم في حدود طلبات الأطراف وغيرها من الحالات. بالتالي يجب إثبات وقوع خطأ شخصي من جانب المحكم في جميع هذه الحالات لأجل تحميله المسؤولية العقدية.

ولكن المحكم لا يسأل مدنياً، لا بناء على أحكام المسؤولية العقدية ولا التقصيرية، بشأن الأخطاء التي يرتكبها أثناء أداء مهمته والمتعلقة بالخطأ في فهم الوقائع وتقدير الأدلة والخطأ في تطبيق القانون أو عدم كفاية أو تناقض أسباب الحكم، ما دام أنه قد بذل في ذلك جهداً معقولاً؛ لأن الخطأ في مثل هذه الحالات هو أمر لصيق بالعمل القضائي بوجه عام، سواء وقع من المحكم أو القاضي، ما يستبعد إمكانية مساءلته مدنياً بشأنها.

### الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية للمحكم

مع أن مسؤولية المحكم هي في الأصل عقدية، إلا أنه يمكن ملاحظته استثناء استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، وذلك إذا ارتكب المحكم مثلاً جريمة رشوة أو غشا أو خطأ جسيماً، كأن يتواطأ مع أحد الأطراف، أو يتحى عن أداء مهمته دون سبب أو مبرر مشروع، حيث يتم مساءلة المحكم عن أفعاله الإيجابية والسلبية على حد سواء، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية. وتتمثل الفائدة العملية في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في مثل هذه الحالات، في سهولة إثبات الخطأ التقصيري والذي يمكن حمل الدليل على وقوعه بكافة

طرق الإثبات، بينما الأصل في إثبات الخطأ العقدي هو الكتابة، وكذلك لأن نطاق التعويض في المسؤولية التقصيرية أوسع منه في المسؤولية العقدية، حيث يعوض في الأولى عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، بينما لا يشمل التعويض في الثانية إلا الضرر المباشر المتوقع.

إضافة إلى ذلك، يمكن ملاحقة المحكم على أساس المسؤولية التقصيرية ابتداءً، إذا رفعت الدعوى من شخص ثالث من غير أطراف التحكيم، على أساس أن هذا الشخص لا تربطه رابطة عقدية بالمحكم. وفي جميع الأحوال، فإن تحقق أركان المسؤولية التقصيرية ودعوى التعويض، يحكمها في معظم البلدان العربية في إطار القانون الدولي الخاص، قانون البلد الذي حدث فيه الفعل أو الواقعة المنشئة للإلتزام، ويكون في العادة هو المكان الذي جرى فيه التحكيم.

وتجدر الملاحظة أن يمكن ملاحقة المحكم جنائياً إذا ثبت ارتكابه جريمة، رشوة مثلاً. في حين لا تطبق بحقه الجزاءات التأديبية وذلك على عكس القاضي لأن المحكم ليس موظفاً عاماً. أما في إطار التحكيم المؤسسي، فإن ارتكاب المحكم أخطاء وانتهاك واجباته التحكيمية قد يدفع مؤسسة التحكيم إلى استبعاد اسمه من قائمة المحكمين المعتمدين لديها.

وأخيراً، فإنه في إطار التحكيم المؤسسي، يمكن لمؤسسة أو غرفة التحكيم أن تضع شرطاً يعفيها أو يقيد مسؤوليتها بشأن الأخطاء التي يرتكبها المحكم أثناء قيامه بمهمة التحكيم، وهذا ما أخذت به صراحة المادة (34) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، مبينة أن المحكمين غير مسؤولين عن جميع الأفعال الإيجابية والسلبية ذات العلاقة بالتحكيم. في حين يصعب من الناحية العملية تطبيق مثل هذا الشرط المعفي أو المحدد للمسؤولية في إطار التحكيم الفردي أو تحكيم الحالات الخاصة.

## المبحث الرابع: اختصاص هيئة التحكيم

إذا كانت هيئة التحكيم تستمد سلطتها لحسم النزاع من اتفاق التحكيم، وتلزم بالفصل في جميع المسائل المشمولة بهذا الاتفاق دون غيرها، وإصدار قرار ملزم للأطراف فاصل في موضوع النزاع، فإن ذلك يقتضي بداية وبصورة أولية التحقق من ثبوت اختصاصها للفصل في النزاع، وذلك على غرار المحكمة العادية التي تبحث قبل الدخول في الأساس عما إذا كانت مختصة أم لا بنظر الدعوى. بناءً عليه، فإن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، من هي الجهة المختصة بالبت في اختصاص هيئة التحكيم، هل هي هيئة التحكيم ذاتها، أم القضاء العادي؟ في الإجابة على هذا السؤال، فإن معظم القوانين تعطي هيئة التحكيم ذاتها سلطة الفصل في مسألة اختصاصها، وذلك إعمالاً للأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم. أما المحكمة العادية فلا تملك كأصل عام صلاحية البت في اختصاص هيئة التحكيم، وذلك إعمالاً للأثر السلبي لاتفاق التحكيم. مع ذلك، فإن سلطة هيئة التحكيم ليست مطلقة بشأن اختصاصها، إنما يحتفظ

القضاء العادي بقدر معين من الرقابة لاحقا على اختصاص هيئة التحكيم من حيث النتيجة. كما ترد على مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها عدة استثناءات. وعليه، نتناول دراسة كل من: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وكيفية إعمال هذا المبدأ، وبيان الاستثناءات الواردة عليه، وذلك في ثلاثة مطالب مستقلة.

## المطلب الأول: اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها

لقد أصبح من المبادئ المستقرة في التحكيم، خصوصا في مجال التحكيم الدولي، أن هيئة التحكيم هي نفسها التي تختص أصلا بالبت في مسألة اختصاصها. ويعبر الفقه والقضاء عن هذه المسألة بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص". ويقصد بهذا المبدأ أن هيئة التحكيم هي التي تملك سلطة البت في مسألة اختصاصها، حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلا أو منقضيا أو سقط بانتهاء مدته. وتملك هيئة التحكيم سلطة التثبت من اختصاصها، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على دفع يقدم من أحد اطراف التحكيم للاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع، ولا يهم بعد ذلك الأسباب التي بني عليها هذا الدفع، سواء كان دفعا ببطلان اتفاق التحكيم أو العدول عنه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وقد رسخت معظم الدول والأعمال الدولية ومراكز التحكيم الدائمة، مبدأ اختصاص هيئة التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها، إما بنصوص صريحة<sup>(576)</sup>، أو من خلال قرارات قضائية، لا سيما في مجال التحكيم الدولي. وقد لعب القضاء الفرنسي دورا هاما في ترسيخ هذا المبدأ

(576) انظر في تقنين مبدأ الاختصاص بالاختصاص: المادة (5/فقرة 3) من الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، حيث نصت على أنه: "مع التحفظ بالنسبة للرقابة القضائية اللاحقة التي ينص عليها قانون القاضي، لا يتخلى المحكم الذي نوزع في اختصاصه عن نظر القضية، حيث تكون له سلطة الفصل في اختصاصه وفي وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل ذلك الاتفاق جزءا منه". والمادة (41/1) من اتفاقية واشنطن لعام 1965، والمادة (22/1) من قانون التحكيم المصري لعام 1994، والتي نصت على أن: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو شموله لموضوع النزاع"، والمادة (16/1/1) من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، والمادة (21/1) من قواعد اليونسترال لعام 1976 بنصها على أن: "هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، ويدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق"، والمادة (16/1) من القانون النموذجي لعام 1985 والتي نصت: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته...". والمادة (5/ب) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994 حيث نصت: "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، ويشمل ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضائه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، والمادة (19) من لائحة اجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994. والمادة (6/2) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (15/1) من لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992، والمادة (14/1) من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985. والمواد (1448 و 1449 و 1465) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي (وقد جاءت هذه المواد في التعديل الجديد، بموجب المرسوم الفرنسي رقم 48-2011 بتاريخ 13/1/2011 المتعلق بتعديل التحكيم). Décret n° 2011-48 du 13 janvier 211 Portant réforme de l'arbitrage)



في إطار التحكيم الدولي، حيث أكد على أن هيئة التحكيم هي المختصة بنظر اختصاصها، ويقتصر دور القضاء العادي فقط على الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظهر أنه غير قابل للتطبيق<sup>(577)</sup>. فقد جاء في حكم محكمة استئناف Colmar الفرنسية الصادر بتاريخ 29/11/1968 أنه من المسائل المسلم بها أن: "مبدأ أن القاضي المطروح عليه النزاع يكون مختصا للفصل في اختصاصه، يستلزم بالضرورة، عندما يكون القاضي محكما حيث يستقي سلطاته أصلا من اتفاق التحكيم، فحص وجود وصحة هذا الاتفاق"<sup>(578)</sup>. بل أكثر من ذلك، فإن القضاء الفرنسي يعتبر قاعدة الاختصاص بالاختصاص قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، وذلك في قضية Zanzi الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5/1/1999<sup>(579)</sup>، ووضع قرينة على صحة اتفاق التحكيم: "بالنظر إلى المبدأ الذي يقضي بأن المحكم نفسه يختص بالتثبت من اختصاصه"<sup>(580)</sup>. إن تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص واسع جدا، ويعطي المحكم صلاحية النظر في اختصاصه حتى لو تعلق الأمر بمسائل غير قابلة للانقسام غير خاضعة للتحكيم أو وجود علاقة إرتباط مع نزاع آخر غير خاضع للتحكيم<sup>(581)</sup>، حيث قضت

(577) « le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage ; seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage qui serait relevée par le juge ferait obstacle à ce principe » : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, Bull. Civ. I, n° 183 ; Gaz. Pal. 26-27 juill. 2002, p. 11, obs. du Rusquec ; Rev. Arb. 2001, 529, note Gaillard. « le juge étatique n'est pas compétent pour statuer à titre principal sur une demande en annulation de la convention d'arbitrage pour vice du consentement » : CA Paris, 4 mai 1988, Rev. Arb. 1988, 657 (2<sup>e</sup> esp.), note Fouchard.

في نفس الاتجاه أيضا :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, Bull. Civ. I, n° 2 ; D 1999, IR, 31 ; D Aff. 1999, 474, obs. X. D. « seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle au principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999, Bull. Civ. I, n° 325 ; D 2000, IR, 1 ; JCP 2000, IV, 1095.

(578) CA Colmar, 29 nov. 1968, aff. Impex : JCP 1970, 2, 1624, note P. Level et B. Oppetit ; Rev. Arb. 1968, p. 149.

جاء تأكيد هذا الأمر في حكم غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم (1507) لعام 1970 :

Clunet, 1974, p. 913. والحكم الصادر عن مركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في القضية رقم (305) بتاريخ 4 فبراير 2003، مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 526 و 527.

(579) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, 260, Ph. Fouchard ; Rev. crit. DIP 1999, 546, D. Bureau ; JDI 1999, 784, S. Poillot-Peruzzetto ; RTD com. 1999, 380, E. Loquin.

انظر في ذات الاتجاه أيضا :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999 (1<sup>re</sup> esp. Métau), Rev. Arb. 2000, 96, Ph. Fouchard ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, Rev. Arb. 2001, 529, 3. Gaillard.

(580) « Vu le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence » : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999 : Rev. Arb. 1999, 260, Ph. Fouchard.

انظر في ذات الإتجاه أيضا :

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999 (1<sup>re</sup> esp. Métau), Rev. Arb. 2000, 96, Ph. Fouchard ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, Rev. Arb. 2001, 529, 3. Gaillard

(581) Voir, Guide pratique de l'arbitrage et la médiation commerciale, préc. n° 67, p. 43. إن تمسك أحد الأطراف، سعيا منه للتهرب من اتفاق التحكيم، بوجود علاقة إرتباط بين نزاعين أحدهما منظور

محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها بوجود: "مبدأ يقضي بأن المحكم يملك سلطة التثبيت من اختصاصه الذاتي، وأن محكمة الدولة التي رفع إليها نزاع معروض للتحكيم يجب عليها إعلان عدم اختصاصها، إلا بطلان ظاهر أو عدم إمكانية تطبيق اتفاق التحكيم"<sup>(582)</sup>. أما الفقه، فيعتبر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد أصبح اليوم قاعدة عرفية في نظام التحكيم الدولي<sup>(583)</sup>.

وقد سار المشرع الفلسطيني في ذات الإتجاه السابق، من خلال ترسيخه لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة (16/1) من قانون التحكيم في معرض بيانه لاختصاصات هيئة التحكيم<sup>(584)</sup>، والتي تنص على أن: "تختص هيئة التحكيم بالفصل في المسائل التالية: 1- المسائل المتعلقة باختصاصها...".

ويعود ترسيخ قاعدة الاختصاص بالاختصاص إلى مجموعة مبررات قانونية وعملية<sup>(585)</sup>، نعرض أهمها على النحو التالي:

1) المحكم كالقاضي؛ فإذا كان يحق للقاضي أن يفصل بصورة أولية في مسألة اختصاصه، فإنه يجب الاعتراف للمحكم كذلك بالحق في تقرير اختصاصه من عدمه، وتقول في ذلك محكمة استئناف القاهرة: "... وإذ أرسى المادة 22 من قانون التحكيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه، فإن هذا لا

أمام القضاء والآخر منظور أمام التحكيم، أو عدم القابلية للانقسام بين نزاعين أحدهما خاضع للتحكيم والآخر لا، لا يحول دون اختصاص هيئة التحكيم بنظر اختصاصها. وقد قضي في لبنان بأنه يمكن للمحكم أن يفسر البنود الغامضة أو غير الدقيقة في اتفاق التحكيم لتوسيع اختصاصه، تمييزاً لبناني، الغرفة الخامسة، 2005/222، بتاريخ 2005/11/29، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 36: مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق، هامش 2، ص 302.

(582) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 oct. 2001, Société Chidren's Books Limited c/ Société Editions du Seuil et autres, Rev. Crit. 2002, vol. 3, p. 555, F. Jault-Seseke, Rev. Arb. 2001, 920.

(583) يقول الدكتور أحمد سلامة في هذا الصدد: "لن يكون متجاوزاً الحقيقة القول أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه، على الأقل في نظام التحكيم الدولي، في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية، قبل أن يصير قاعدة قانونية تطبق في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي كلاهما. بل يمكن تقرير أن ذلك المبدأ يعد قاعدة موضوعية أو مادية من قواعد التحكيم التجاري... ويدعم هذا التحليل، أن ذلك المبدأ يكون واجب الأعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي، وعن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به": أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 148، ص 527. ويسير في هذا الاتجاه أيضاً، حمزة حداد، المرجع السابق، البند 387، ص 292.

(584) "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية:

- 1- المسائل المتعلقة باختصاصها.
- 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم.
- 3- المسائل المتعلقة ببرد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها.
- 4- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها."

(585) انظر بخصوص هذه المبررات، أحمد سلامة، المرجع السابق، بند 149، ص 530 وما بعدها.

يخل بمبدأ حيده المحكم ولا تجعل عمله موطناً لشبهة فالمحكم مثله في هذا الشأن مثل القاضي، وتقضي القاعدة الأصولية بأن يختص القاضي بمسألة اختصاصه إذ لا سلطان له في الفصل في المنازعات المعروضة عليه قبل أن يتأكد بصفة أولية من اختصاصه بها والنص الطعين لأسباب اختصاص القضاء بالفصل في الدفوع المتقدمة ولا يجعل أمرها موكولاً كلية إلى هيئة التحكيم - القاضي الطبيعي لطرفي التحكيم - إذ أجاز الطعن على حكم التحكيم المنهي للخصومة بالبطلان بسبب رفض هيئة التحكيم أياً من تلك الدفوع (م/3/22 تحكيم) ولا يقدر في ذلك القول بأن النص الطعين يؤدي إلى ميل المحكمون إلى رفض الدفع بعدم الاختصاص حرصاً على قبض كامل أجرهم إذ هم فصلوا في موضوع التحكيم، ذلك أنه - على فرض أن المحكم لا يحصل على أجره كاملاً إذ هو فصل بعدم اختصاصه فإن وجود المحكم غير الصالح يعد استثناء ولا يمكن التسليم بأن مثل هذا الاستثناء يمكن أن يؤدي إلى مسخ وتشويه نظام التحكيم لذلك فإن فصل المحكم في مسألة اختصاصه على نحو ما ورد بنص المادة 22 أمر يحتمه المنطق القانوني وتعرضه الطبيعة الخاصة بالتحكيم، باعتباره نظاماً ارتضاه الأطراف لحسم خلافاتهم بغية عدم الإطالة أو اللدد يتفادى طرح النزاع على القضاء ومن ثم يضحى الدفع بعدم الدستورية غير جدي في تقدير المحكمة<sup>(586)</sup>.

(2) تحقيق السرعة؛ إذ أن أحد الدوافع الرئيسية من لجوء الأطراف إلى التحكيم، هو سرعة الفصل في النزاع؛ فلو أعطيت صلاحية البت في الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم إلى القضاء العادي، لأدى ذلك إلى فقدان ميزة السرعة التي يبتغيها الأطراف، نظراً لتعطيل سير إجراءات التحكيم إلى حين البت في صحة هذا الدفع من المحكمة المختصة<sup>(587)</sup>. وعليه، ينبغي إعطاء هيئة التحكيم ذاتها سلطة الفصل في الدفع بعدم اختصاصها من أجل الاقتصاد في الإجراءات وكسبها للوقت، مع إعطاء القضاء العادي دوراً رقابياً على اختصاص هيئة التحكيم من حيث النتيجة من خلال الطعن ببطلان قرار التحكيم<sup>(588)</sup>.

(3) إغلاق باب الاحتيايل والمماطلة؛ فلو أعطي الاختصاص للقضاء العادي للفصل في اختصاص هيئة التحكيم، لأصبح بإمكان أحد الأطراف تعطيل إجراءات التحكيم بنية المماطلة والامتناع عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن اتفاق التحكيم، إذ يكفي قيام أحد الأطراف بإثارة أي دفع ينكر فيه اختصاص هيئة التحكيم، حتى لو كان هذا الدفع غير جدي، فيؤدي ذلك إلى وقف إجراءات التحكيم وتعطيل سيرها. تجنباً لذلك وسداً لطريق الغش والتحايل أمام الطرف سيئ النية الذي يرغب في إعاقة سير عملية التحكيم من خلال لجوئه إلى القضاء العادي للفصل في مسألة الاختصاص بالنسبة للنزاع المتفق على إحالته

(586) استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 72 لسنة 117 ق جلسة 2002/1/8.

(587) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 384، ص 289.

(588) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 531.

للتحكيم<sup>(589)</sup>، فإنه من الأفضل إعطاء الاختصاص لهيئة التحكيم نفسها لتحديد ما إذا كانت مختصة أم لا بنظر النزاع.

(4) تثبيت اختصاص هيئة التحكيم إعمالاً لاتفاق التحكيم واحتراماً لإرادة الأطراف؛ إن الثقة التي يوليها الأطراف لقضاء التحكيم واتخاذ سبيلاً لفض منازعاتهم، يعني أن لديهم الثقة ليس فقط بالحكم الموضوعي الذي سيصدر عن هيئة التحكيم، إنما أيضاً بثقتهم بكل حكم تمهيدي تصدره الهيئة، كالحكم بثبوت الاختصاص أو نفيه<sup>(590)</sup>. كما أن إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع واستبعاد قضاء الدولة عن نظر النزاع يمثل جوهر التحكيم، ما يقتضي ضرورة احترام تلك الإرادة؛ فمبدأ الإختصاص بالاختصاص يمثل من هذه الناحية تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

(5) قد يقتضي البت في الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو انقضائه، الدخول في صلب موضوع النزاع؛ فما دام أن هذا الأمر يدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم وليس القضاء العادي؛ فإنه يجب إعطاء سلطة الفصل بمدى صحة هذه الدفع المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم من عدمه، لهيئة التحكيم ذاتها باعتبارها المختصة أصلاً بنظر موضوع النزاع.

(6) إن إعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يدعم مبدأ الاختصاص بالاختصاص؛ على أساس أن التحكيم يحجب سلطة القضاء العادي عن نظر النزاع، ومنها المنازعة في اختصاص هيئة التحكيم، بالتالي يجب الاعتراف لهيئة التحكيم بسلطة الفصل في مسألة اختصاصها<sup>(591)</sup>. كما أن تدخل القضاء المستمر في عملية التحكيم، يخالف من جهة رغبة الأطراف في حسم النزاع عن طريق التحكيم، ويتعارض مع مصالحهم المشروعة، ويتعارض أيضاً مع مصالح التجارة الدولية.

بناءً على هذه المبررات، عمدت الدول إلى ترسيخ قاعدة اختصاص هيئة التحكيم للبت في مسألة اختصاصها، وذلك احتراماً لاتفاق التحكيم ورغبة الأطراف المشتركة في حسم النزاع عن طريق التحكيم وعدم تعطيل سير إجراءات التحكيم، مع إعطاء القضاء العادي دوراً رقابياً لاحقاً من خلال الطعن ببطلان قرار التحكيم على أساس عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، أو أن اتفاق التحكيم كان ظاهراً البطلان.

## المطلب الثاني: إعمال قاعدة الاختصاص بالاختصاص

يرتب اتفاق التحكيم أثراً إجرائياً مترابطين: أثر سلبي يتمثل في منع القضاء العادي من نظر النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، وأثر إيجابي يتمثل في تخويل هيئة التحكيم سلطة الفصل

(589) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 530.

(590) أحمد سلامة، المرجع نفسه، ص 531 و 532؛  
P. Sanders, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Rev. Arb. 1980, p. 243

(591) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 532.

في هذا النزاع. وهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، يمنع الأطراف من عرض النزاع على القضاء المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، وذلك إعمالاً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم<sup>(592)</sup>. أما إذا خالف أحد الأطراف اتفاق التحكيم، ورفع دعواه أمام القضاء، فماذا تستطيع المحكمة أن تفعل في هذه الحالة؟ وهل يستطيع الطرف الآخر أن يدفع أمام المحكمة بوجود اتفاق التحكيم من أجل إلزام خصمه بالرجوع إلى التحكيم؟

لقد أجازت القوانين في هذه الحالة، للطرف الآخر بأن يدفع أمام القضاء العادي بوجود اتفاق التحكيم، فإذا تأكدت المحكمة من صحة اتفاق التحكيم، فإنها تقبل هذا الدفع وتحيل الأطراف للتحكيم. وهو ما أخذت به المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني، بنصها على أنه: "1- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة المختصة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتضت بصحة اتفاق التحكيم. 2- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم"<sup>(593)</sup>.

يلاحظ على هذا النص أن الدفع باختصاص أو بعدم اختصاص هيئة التحكيم لا يمكن أن يكون إلا في صورة دفع يتقدم به أحد الأطراف، إما أمام القضاء العادي أو أمام هيئة التحكيم، للاعتراض على اختصاص هيئة التحكيم أو التأكيد على اختصاصها بنظر النزاع. فلا يوجد في الحياة العملية دعوى قضائية مستقلة يكون موضوعها اختصاص هيئة التحكيم، إنما يأتي ذلك على شكل دفع بمناسبة دعوى قائمة، ولا يكون أبداً بدعوى أصلية.

ويشير الدفع بالتحكيم الذي أورده المادة (7) من قانون التحكيم التساؤل عن طبيعة هذا الدفع وكيفية البت فيه؟

(592) لقد اختلفت القوانين ولوائح مراكز وهيئات التحكيم الدائمة في تنظيم هذه المسألة. فقد جاء في المادة (203/5) من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أنه: "إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما، فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء". وقد جاء أيضاً في لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 على أن: "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه اللائحة أمام المركز يحول دون عرض النزاع أمام جهة أخرى". وجاء أيضاً في المادة (27) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 أن: "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى". وقد بينت المحكمة الدستورية العليا في مصر عام 1994 بأن اتفاق التحكيم يعزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها ذلك الاتفاق استثناءً من خضوعها أصلاً لها: 17 ديسمبر 1994، الطعن رقم 13 لسنة 15 قضائية، الجريدة الرسمية، العدد الثاني، 1995.

(593) تقابل المادة (13) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى، إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

## الفرع الأول: طبيعة الدفع بالتحكيم

إن تحديد طبيعة الدفع الوارد في المادة (7) سابقة الذكر، هو أمر في غاية الأهمية، نظرا للنتائج الهامة التي تترتب عليه، خصوصا من حيث تحديد الجهة التي تستطيع إثارة هذا الدفع، والوقت الذي يثار فيه، والآثار المترتبة على قبول هذا الدفع أو رفضه. وهذا يطرح التساؤل عن طبيعة هذا الدفع، فهل هو دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول أم دفع ذاتي من نوع خاص يقتصر على التحكيم؟

لقد اختلفت القوانين في الإجابة على هذا السؤال. فبعض التشريعات، اعتبرت هذا الدفع دفعا بعدم الاختصاص، أي أنه دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام، ويجب أن يتمسك به الخصم أمام المحكمة قبل الدخول في موضوع الدعوى وإلا سقط حق التمسك به. فإذا اقتنعت المحكمة بصحة الدفع، أي اقتنعت بوجود اتفاق التحكيم وصحته، فإنه يتعين عليها في هذه الحالة إعلان عدم اختصاصها بنظر النزاع<sup>(594)</sup>. وقد سار في هذا الاتجاه قانون المرافعات المدنية الفرنسية المعدل بموجب المرسوم الصادر بتاريخ 2011/1/13، وذلك بنصه في الفقرة الأولى من المادة (1448) على أنه: "عندما يرفع نزاع كان محلا لاتفاق تحكيم أمام قضاء الدولة، فيتعين عليه إعلان عدم اختصاصه إلا إذا كانت محكمة التحكيم لم يتم اللجوء إليها بعد، أو كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق"، وتضيف الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "لا يستطيع قضاء الدولة من تلقاء ذاته إثارة عدم اختصاصه". وهو ذات التوجه الذي أخذ به القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 في المادتين (7) و (186/2). حيث جاء في الأولى أنه: "إذا أبرم الأطراف اتفاق بشأن نزاع يجوز فيه التحكيم، فيجب على المحكمة السويسرية أن تحكم بعدم اختصاصها"، وجاء في الثانية أنه: "يجب إبداء الدفع بعدم الإختصاص قبل أي دفع في الموضوع".

في حين أن تشريعات أخرى قد اعتبرت هذا الدفع دفعا بعدم القبول، أي أنه دفع موضوعي حيث ينكر فيه الخصم سلطة الخصم الآخر في اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المتفق على حسمه بطريق التحكيم. ويعنى ذلك، أن المحكمة العادية هي المختصة أصلا بنظر النزاع ولكنها تفقد سلطة الفصل في النزاع بسبب وجود اتفاق التحكيم، فالقانون الموضوعي لا يجيز اللجوء إلى القضاء لحماية الحقوق والمراكز القانونية المبرم بشأنها اتفاق التحكيم<sup>(595)</sup>. فبموجب اتفاق تحكيم، يتنازل الخصم عن اللجوء إلى القضاء العادي لحماية حقوقه أو مركزه القانوني. لذا فإن الأمر لا يتعلق بعدم الاختصاص لأن بإمكان الأطراف التنازل بارادتهم المشتركة عن اتفاق التحكيم، فيعود الاختصاص للقضاء العادي<sup>(596)</sup>. ومن القوانين التي أخذت بتكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفعا

(594) جاء في القضاء اللبناني أن الفصل باختصاص المحكم هو حصرا من مهمة المحكم، وإذا عرضت المسألة على المحكمة العادية، فعليها أن تقرر عدم اختصاصها بنظر هذه المسألة، رئيس المحكمة الابتدائية الأولى، 2005/10/24، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 42: حمزة حداد، المرجع السابق، هامش 2، ص 301.

(595) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 500 و 501.

(596) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 501. وأحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، بند 45، ص 122 وما بعدها.

بعدم القبول، قانون التحكيم المصري لعام 1994، حيث جاء في المادة (13) منه على أنه: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم". وقد سار في هذا الاتجاه كل من محكمة النقض المصرية وقضاء التحكيم، حيث اعتبرا أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم القبول<sup>(597)</sup>، ولكن هذا التوجه لم يسلم من انتقادات الفقه<sup>(598)</sup>.

والسؤال المطروح بهذا الصدد هو، هل الدفع الوارد في المادة (7) من قانون التحكيم الفلسطيني هو دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول أم دفع من نوع خاص؟

إن الإجابة على هذا السؤال تتوقف على تفسير تعبير "وقف الإجراء" الوارد المادة المذكورة، وما إذا كان يفسر على أنه دفع بعدم الاختصاص أم دفع بعدم القبول.

لقد أصدر القضاء الفلسطيني العديد من القرارات القضائية بمناسبة تطبيق نص المادة (7)، وأكدت جميعها بالإشارة إلى أن الدفع بالتحكيم يوقف الإجراءات دون أي تحديد آخر<sup>(599)</sup>،

(597) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أنه: "إذا قبلت محكمة أول درجة الدفع بالتحكيم وقضت بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم فإنها لا تكون قد اسقطت ولايتها في نظر الدعوى، بحيث إذا استؤنف حكمها وقضت محكمة الاستئناف بإلغاء هذا الحكم وبرفض الدفع فإنه يتعين عليها في هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لتتظر موضوعها لأنها لم تقل كلمتها فيه ولا تملك محكمة الاستئناف الفصل في الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت لإحدى درجات التقاضي على الخصوم". (نقض مدني مصري، 1976/1/6، مجموعة الأحكام السنة 27، قاعدة 6، ص 138. وجاء في قضاء التحكيم: "... وتلتزم المحاكم التي يرفع إليها نزاع بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى وبعبارة أخرى يقضن المشرع أثر اتفاق التحكيم على حق الخصوم في عدم اللجوء إلى القضاء واللجوء إلى التحكيم لحل نزاعهم، ويجب الدفع بعدم القبول في أول جلسة وقبل إبداء أي دفع أو طلب أو دفاع وإلا سقط الحق فيه، لأن الدفع بعدم القبول لا يتعلق بالنظام العام، وهو مقرر لمصلحة الخصوم، وأساس هذا الدفع هو اتفاق الخصوم على التحكيم". الدعوى التحكيمية رقم 332 لسنة 2003، جلسة 2003/11/18، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، ص 167.

(598) حول الانتقادات الموجهة إلى هذا النص، انظر أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 501 و 502.

(599) وقد جاء في هذه القرارات:

- "إذا لم يتمسك المدعى عليه بشرط التحكيم أمام محكمة البداية قبل الدخول في أساس الدعوى، وإذا لم يثر هذا الدفع في لائحة استئنافه، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تثيره من تلقاء نفسها وأن تقرر وقف إجراءات الدعوى لحين استنفاد إجراءات التحكيم"، نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 171 لسنة 2004، بتاريخ 2005/1/30، المقتضي.

- "... حددت المادة السابعة من قانون التحكيم الأحكام الواجب تطبيقها في حالة اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم أن يطلب من المحكمة قبل الدخول في الأساس وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتضت بصحة اتفاق التحكيم وبما أن اتفاقية المشاركة لا تخالف النظام العام وتحتوي على شرط تحكيم والذي يعتبر اتفاقاً مستقلاً وبما أن المستأنف لجأ إلى المحكمة قبل اللجوء إلى التحكيم وبما أن المستأنف ضده قد تقدم بطلب رد الدعوى قبل الدخول بالأساس فكان على المحكمة إعمال نص المادة 7/1 من قانون التحكيم وان تقرر وقف الإجراءات في الدعوى لا ردها"، استئناف مدني رام الله، رقم 2007/27، بتاريخ 2008/5/19، المقتضي.

- "فيما يتعلق بدفع المستأنف بعدم جدية المستأنف ضدها في اللجوء إلى التحكيم فإننا لا نجد في نصوص قانون

سوى قرار منفرد صادر عن محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2011/3/2، حيث تصدت فيه لتفسير مصطلح "وقف الإجراء"، جاء فيه: "وحيث أن محكمة أول درجة قررت توقيف الإجراءات وليس رد الدعوى فإننا نرى أنه لا بد لنا في هذا الشأن من الوقوف على حقيقة وقف الإجراء المنصوص عليه في المادة 7 من قانون التحكيم حيث نجد أن الطلب بوقف الإجراء أو الدعوى هو في حقيقته دفع بعدم قبول الدعوى وإن ورد التعبير عنه في المادة المذكورة بعبارة وقف الإجراء ونشير في ذلك إلى قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1996/296 المنشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة 1996 صفحة 1221 والذي جاء فيه (الاتفاق على التحكيم قبل إقامة الدعوى ولجوء أحد الأطراف إلى القضاء يجيز للطرف الآخر وقف الإجراءات قبل الدخول بأساس الدعوى، والطلب في هذه الحالة هو في حقيقته دفع بعدم قبول الدعوى وإن ورد التعبير عنه في المادة السادسة من قانون التحكيم بعبارة توقيف الإجراءات. فإذا أجابت المحكمة الطلب وقررت توقيف الإجراءات فإن عودة أطراف التحكيم عن التحكيم والطلب إلى المحكمة متابعة السير في إجراءات الدعوى فإن ذلك يستلزم أن يكون بدعوى جديدة ورسوم قانونية جديدة...) حيث تم التفريق في القرار المذكور بين ما إذا كانت الإحالة للتحكيم بناء على وجود اتفاق على التحكيم قبل إقامة الدعوى وهنا يعتبر وقف الإجراء أو الدعوى عدم قبول للدعوى وبين ما إذا كان الاتفاق على اللجوء للتحكيم خلال السير في الدعوى إذ في هذه الحالة يتم وقف السير في الدعوى... وعليه ولما كان قرار محكمة أول درجة على النحو الذي بيناه هو

التحكيم رقم 3 لسنة 2000 ما يفرض على المدعى عليه إثبات رغبة جدية باللجوء إلى التحكيم سوى إلزامه بأن يكون تمسكه باللجوء إلى التحكيم قبل الدخول في أساس الدعوى وحيث أنه قد تم مراعاة هذا الشرط فإننا ولكل ما سبق بيانه نجد أن قرار محكمة أول درجة بوجوب إحالة النزاع إلى التحكيم في محله والدعوى تكون سابقة لأوانها وإن هذا السبب في غير محله ونقرر رده"، استئناف مدني رام الله، رقم 2010/163، بتاريخ 2011/3/2.

- "وفي الموضوع وحيث أن الجهة المستأنفة تتعنى على القرار المستأنف تخطئة محكمة أول درجة في تفسيرها للبند 19/أ من المبرز ط/1. فإن هذا النعي صحيح ذلك أنه بالرجوع إلى الاتفاقية المعقودة بين الطرفين بتاريخ 2006/7/1 نجد أن هذا البند قد نص على ما يلي: - حل الخلافات 1- إذا نشأ أي نزاع أو خلاف عن هذه الاتفاقية عند تنفيذها أو تفسيرها ولم يتمكن الفريقان من حله وديا خلال شهر من تاريخ نشوئه يحال هذا النزاع إلى التحكيم من قبل أي من الفريقين دون اللجوء للقضاء. ولما كان المستأنف ضده قد أقام دعواه لمطالبة المستأنفة بالمبالغ المبينة في لائحة الدعوى وبصرف النظر عن التكييف الذي أسبغه وكيل المستأنف عليه على المطالبة المذكورة فقد كان لزاما على محكمة الدرجة الأولى بالنسبة لذلك أن تقرر قبول الطلب ووقف إجراءات السير في الدعوى طالما أن المستأنفة قد تمسكت بوجود مشاركة التحكيم وفق البند 19/أ المشار إليه. ووفقا لمدلول المادة 7/1 من قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 التي نصت على أنه إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم. فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قرارا بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم. ولما كانت محكمة البداية قد توصلت إلى نتيجة مغايرة لما توصلنا إليه على الرغم من أن ما يستفاد من نص البند 19/أ من الاتفاقية المبرز ط/1 أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى حل أي نزاع أو خلاف ينشأ عن هذه الاتفاقية عند تنفيذها أو تفسيرها بطريق التحكيم وحيث أن هذا الاتفاق لا يخالف القانون والنظام العام في فلسطين. فيكون هذا الذي توصلت إليه من أن موضوع الدعوى المدنية التي أقامها المستأنف عليه موضوع الطلب ناشئة عن عقد عمل وليست ناشئة أو متعلقة بتنفيذ أو تفسير المبرز ط/2 وبالتالي رد الطلب في غير محله ومخالف للقانون"، استئناف مدني رام الله، رقم 2009/470، بتاريخ 2010/10/23، المقتفي.



في حقيقته عدم قبول للدعوى كونها سابقة لأوانها لوجود شرط التحكيم فإن المحكمة بذلك تكون قد قضت بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى الأمر الذي يعدو معه تعرضها لمسألة الاختصاص المكاني في غير محله بعد أن رفعت يدها عن النظر في الدعوى. وعليه نقرر رد الغاء قرار المحكمة المتعلق بحالة الدعوى إلى محكمة بداية أريحا موقوفاً للنظر فيها (كما جاء بالقرار المستأنف) لما بيناه من أسباب وليس للأسباب الواردة في الاستئناف<sup>(600)</sup>.

والواقع أن توجه المحكمة الموقرة في تفسيرها لتعبير "وقف الإجراء" على أنه دفع بعدم القبول، منتقد بشدة وذلك لعدة أسباب:

الأول، أن المادة (7) ذاتها لم تحدد نوع هذا الدفع، بل سارت على هدي المادة (8/1) من القانون النموذجي لعام 1985 والتي ألزمت المحكمة التي يرفع إلى نزاع كان محللاً لاتفاق تحكيم، أن تحيل الأطراف إلى التحكيم دون أن تبين نوع هذا الدفع وهل هو دفع بعدم القبول أو دفع بعدم الاختصاص، وذلك بنصها على أنه: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الأطراف في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع...". وهو ذات الإتجاه الذي سارت فيه أيضاً، المادة (2/3) من اتفاقية نيويورك لعام 1985 بنصها في على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم...". وما دام أن قانون التحكيم الفلسطيني قد استقى معظم أحكامه من القانون النموذجي السابق، فإن المشرع قصد بالفعل من الدفع بوجود اتفاق التحكيم "وقف الإجراء" وليس أمراً آخر، ولم يعتبره لا دفعا بعدم القبول ولا دفعا بعدم الاختصاص. بل إن استخدام المشرع الفلسطيني لتعبير "وقف الإجراء" هو تعبير في منتهى الدقة، لأن سلطة المحكمة تبقى قائمة على الدعوى، ولكن هذه السلطة محجوبة بسبب وجود اتفاق التحكيم، ما يوجب عليها "وقف الإجراء". ولتفسير حقيقة المقصود من تعبير "وقف الإجراء"، يمكن الرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، والذي يستخدم تعبير وقف السير في الدعوى<sup>(601)</sup>، والذي يعبر في حقيقة الأمر عن وقف الإجراء.

الثاني، أن المادة (7) قد بينت أيضاً بأن الدفع بالتحكيم "يوقف الإجراء" واتبعت بتعبير "إذا اقتضت (المحكمة) بصحة اتفاق التحكيم"؛ وبالتالي فإن المحكمة لا توقف الإجراء إلا إذا تحققت من صحة اتفاق التحكيم؛ فإذا وجدته باطلاً لا توقف الإجراء وتستمر في نظر النزاع،

(600) استئناف مدني رام الله، رقم 2010/163، بتاريخ 2011/3/2، المقتضي.

(601) انظر على سبيل المثال، المادة (126) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001، والتي تنص: "1- للمحكمة أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم وقف السير في الدعوى إذا رأت أن الحكم في موضوعها يتوقف على الفصل في مسألة أخرى. 2- يحق لأي من الخصوم طلب تعجيل السير في الدعوى بمجرد زوال سبب الوقف". انظر أيضاً المادة (150) من ذات القانون التي تقضي بوقف السير في الدعوى الأصلية كأثر لتقديم طلب الرد. والمادة (50) بخصوص تعيين مرجع.

أما إذا وجدته صحيحا فإنها توقف الإجراء؛ وهذا يدل على أن الدفع بالتحكيم ليس دفعا بعدم الاختصاص ولا دفعا بعدم القبول. وهذا التوجه في تحقق المحكمة من صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه يتفق مع الاتجاهات الحديثة في التحكيم، والتي تقضي بأن المحكمة لا تتغلى عن نظر النزاع بمجرد تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم، إنما تتأكد أولا ما إذا كان هذا الاتفاق صحيحا أم باطلا، فإن كان صحيحا أوقفت الإجراءات وإن كان باطلا أو لاغيا استمرت في نظر النزاع. ويمكن قراءة ذلك في نص المادة (8/1) من القانون النموذجي: "... ما لم يتضح له أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه". وكذلك المادة (2/ فقره 3) من اتفاقية نيويورك لعام 1958: "... تبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"<sup>(602)</sup>.

الثالث، أن المادة (7) قد ألزمت الخصم الذي يتمسك بوجود اتفاق التحكيم بتقديم الدفع قبل الدخول في أساس الدعوى، لأن التحكيم أساسه إرادة الأطراف، وعدم التمسك به يعني تنازلا ضمنيا من جانبه وهجر طريق التحكيم، وعودة الاختصاص للقضاء العادي المختص أصلا بنظر النزاع. ولا تملك المحكمة كقاعدة عامة سلطة إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها، لأن الدفع بالتحكيم ليس من النظام العام. كما أن حجب سلطة القضاء عن الفصل في النزاع كان بسبب وجود اتفاق التحكيم، ولكنه مع ذلك لم يفقد اختصاصه، لأن بإمكان الأطراف هجر التحكيم والرجوع إلى المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع. فلو قيل أن المحكمة غير مختصة لما أمكن الرجوع إلى المحكمة، فالحجب جاء فقط بسبب وجود اتفاق التحكيم، فإن زال الاتفاق استرد القضاء اختصاصه.

وأخيرا، فإن المحكمة الموقرة تخالف بهذا القرار ذاتها، حيث قضت في قرارات أخرى سابقة لها بأن للمحكمة التي يقدم أمامها دفع بالتحكيم أن تأمر بوقف الإجراء إذا تحققت من صحة اتفاق التحكيم، وليس عدم قبول الدعوى أو ردها<sup>(603)</sup>، على أساس أن سلطة المحكمة تبقى قائمة على الدعوى رغم وقف الإجراء<sup>(604)</sup>.

(602) ونجد نصوص مشابهة في كثير من قوانين التحكيم الوطنية، كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987، (م 7/ فقره ب) : "ب- أثبتت المحكمة ان اتفاق التحكيم باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق. ولم تميز هذه القوانين من حيث سلطة المحكمة المختصة ببحث صحة أو بطلان اتفاق التحكيم فيما إذا كانت محكمة التحكيم قد تشكلت أم لا، بالتالي فالأمر سيان في الحالتين، ولكن توجه القانون الفرنسي في هذا الجانب مختلف، حيث نصت في المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية : "عندما يرفع نزاع، تختص به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم، أمام قضاء الدولة، فإنه يتعين عليه أن يعلن عدم اختصاصه. فإذا لم تكن محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع، كان على قضاء الدولة أيضا أن يعلن عدم اختصاصه ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهرا البطلان".

(603) وقد جاء في أحد قراراتها: "... حددت المادة السابعة من قانون التحكيم الأحكام الواجب تطبيقها في حالة اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم أن يطلب من المحكمة قبل الدخول في الأساس وقف ذلك الإجراء وعلى المحكمة أن تصدر قرارا بذلك إذا اقتضت بصحة اتفاق التحكيم وبما أن اتفاقية المشاركة لا تخالف النظام العام وتحتوي على شرط تحكيم والذي يعتبر اتفاقا مستقلا وبما ان المستأنف لجأ إلى المحكمة قبل اللجوء إلى التحكيم وبما أن المستأنف ضده قد تقدم بطلب رد الدعوى قبل الدخول بالاساس فكان على المحكمة إعمال نص المادة 7/1 من قانون التحكيم وان تقرر وقف الإجراءات في الدعوى لا ردها"، استئناف مدني رام الله، رقم 2007/27، بتاريخ 2008/5/19، المقضي.

(604) وتقول المحكمة ذاتها في أحد قراراتها: "... إذ أن موافقة المحكمة على طلب الخصوم باحالة النزاع

بناء عليه، فإننا نعتقد مع البعض أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم، هو دفع ذاتي من نوع خاص، يمكن تسميته دفعا بالتحكيم<sup>(605)</sup>، يؤدي إلى وقف الإجراءات فقط، بشرط أن يتمسك الخصم بوجود اتفاق التحكيم قبل الدخول بالأساس، وأن تقتنع المحكمة بصحة اتفاق التحكيم، فإذا كان ذلك، تلزم المحكمة بوقف إجراءات النظر في النزاع، وتحيل الأطراف للتحكيم، إعمالا للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم وللأثرين السلبي والإيجابي لهذا الاتفاق.

وفي جميع الأحوال، فإن المادة (7) قد بينت بأن رفع الدعوى أمام القضاء خلافا لاتفاق التحكيم، لا يحول دون بدء إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها وإصدار حكم فاصل في موضوع النزاع، فإن المقصود منه هو سد باب التحايل والمماطلة الذي قد ينتهجه أحد الأطراف بلجؤه إلى القضاء لإعاقة سير إجراءات التحكيم.

### الفرع الثاني: كيفية إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إن الفصل في اختصاص هيئة التحكيم هي مسألة أولية يجب البت فيها بداية، وهذا يقتضي بحث كيفية البت في الدفع بالتحكيم، ولا يخرج هذا الدفع عن فرضين: فهو إما أن يقدم أمام القضاء العادي، وإما أن يقدم أمام هيئة التحكيم.

### أولا: إثارة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم أمام القضاء العادي

إذا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء العادي لطلب الفصل في النزاع المبزم بشأنه اتفاق التحكيم، فإن الطرف الآخر يمكنه قبل الدخول في الأساس أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم، فإذا اقتنعت

للتحكيم لا يعتبر بأي حال منهيًا للخصومة ولا يرفع يد المحكمة من الدعوى وتبقى سلطتها على الدعوى قائمة ولا تنتهي إلا بالتصديق على قرار التحكيم أو بفسخه وتبقى الدعوى لدى المحكمة ولا تحذف من جدول القضايا ولا تعتبر مفصولة إلا بصدر قرارها الختامي بالتصديق أو بعد التصديق على قرار التحكيم وأنه وإلى أن تصدر قرارها بذلك يعفى من صلاحية المحكمة وسلطتها التعرف لكل طلب ويعترض إجراءات التحكيم كلما طلب منها ذلك طبقا لأحكام قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 ونشير إلى أحكام المادة 14 منه والتي نصت على أنه (إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أي من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابيا خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسيا) وأنه إذا رفض طلب الرد يحق لطالبه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ صدوره ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن) وأنه يترتب على تقديم طلب الرد أو الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن) الأمر الذي يشير وبوضوح بأن يد المحكمة تبقى قائمة على الدعوى التي تقرر فيها إحالة النزاع للتحكيم حتى بعد إحالته إلى أن يصدر القرار الختامي عن المحكمة بتصديق قرار المحكم أو بفسخه الأمر الذي يجعل أسباب الطعن ترد على القرار المستأنف، استئناف مدني رام الله، رقم 2009/98، بتاريخ 2010/3/10، المقتفي.

(605) ويقول د. أحمد سلامة بهذا الشأن: "ليس هناك ما يمنع من إضافة دفع جديد يسمى "الدفع بالتحكيم" وهو دفع بموجبه تلتزم المحكمة ألا تقضي بعدم الاختصاص أو بعدم القبول، بل تقوم بعملين: أحدهما سلبي، وهو الامتناع عن نظر النزاع، والثاني ايجابي، هو إحالة الأطراف وتوجيههم إلى قضاء التحكيم. والاول يظهر الاحترام لاتفاق التحكيم، أما الثاني، فيدعم فعالية ذلك الاتفاق بتوجيه الأطراف إلى القوة الملزمة لهذا الأخير، وتنفيذ كل منهم لالتزاماته بالمساهمة في إجراءات التحكيم". أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 506.

المحكمة بصحة اتفاق التحكيم، فيجب عليها وقف الإجراءات وإحالة الأطراف للتحكيم، أما إذا تبين لها بشكل واضح لا لبس فيه، وللوهلة الأولى وبقليل من التحري ودون الدخول في تفاصيل النزاع، أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو أنه غير قابل للتطبيق؛ كـمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أو عدم قابلية النزاع للتحكيم، أو عدم شموله لموضوع النزاع، فإن المحكمة تعلن نفسها مختصة بنظر النزاع على أساس بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم<sup>(606)</sup>. أما إذا تبين للمحكمة للوهلة الأولى ودون الدخول في التفاصيل، أن اتفاق التحكيم صحيحاً، يجب عليها أن تحكم بوقف الإجراءات، وتترك لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها من عدمه، ويكون للمحكمة دور رقابي لاحق من حيث النتيجة، عن طريق الطعن ببطلان أو بفسخ قرار التحكيم، أو عند طلب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم، على أساس أنه قد صدر عن هيئة تحكيم غير مختصة. فمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يعني انعدام الرقابة القضائية مطلقاً، "لأن تخويل هيئة التحكيم سلطة البت في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم لا يعني احتكارها لهذه السلطة وسلبها من القاضي. والقول بغير ذلك يمثل ... تعدياً على حق الالتجاء إلى القضاء"<sup>(607)</sup>.

### ثانياً: إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

إذا قدم أحد الأطراف دفعا أمام هيئة التحكيم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، على أساس بطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أو عدم شموله لموضوع النزاع مثلاً، فإن هيئة التحكيم تكون هي نفسها مختصة بالبت في هذا الدفع، تحت رقابة القضاء. ويحدث ذلك في الحياة العملية، عندما تكون هيئة التحكيم قد تشكلت، ويطلب أحد الأطراف منها الفصل في النزاع، فيدفع الطرف الآخر بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فيه، فيكون واجباً على هيئة التحكيم الفصل في هذا الدفع، سواء بإعلان اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر النزاع.

وطالما تم تقديم الدفع بعدم الاختصاص في الموعد المحدد، فيكون أمام هيئة التحكيم أحد خيارين:

الأول، يمكن لهيئة التحكيم أن تفصل في هذا الدفع بحكم تمهيدي أو أولي استقلاً عن حكمها الفاصل في موضوع النزاع، وهذا يحدث عادة عندما تجد هيئة التحكيم نفسها غير مختصة بنظر النزاع، فتسارع إلى إصدار قرار بعدم اختصاصها. ويعتبر قرارها في هذا الفرض حكماً نهائياً بالنسبة للجزئية التي فصلت فيها. مع ذلك، لا يجوز الطعن بهذا القرار الأولي إلا

(606) وهذا ما أخذ به صراحة القانون اللبناني، في المادة (764) من قانون المرافعات المدنية، حيث تعلن المحكمة نفسها مختصة بنظر النزاع، ويكون قرارها عرضة للطعن بالاستئناف. أما إذا تبين للمحكمة للوهلة الأولى صحة اتفاق التحكيم دون حقها في الدخول في التفاصيل، عندها يجب عليها أن تحكم برد الدعوى، لأن هيئة التحكيم تكون هي المختصة بالفصل في هذا الدفع بعدم اختصاصها. وقضي في لبنان، أن الفصل باختصاص هيئة التحكيم هو من اختصاص الهيئة نفسها، وغذا عرضت المسألة على القضاء العادي، فعليها أن تقرر عدم اختصاصها بنظر هذه المسألة: رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، 2005/10/24، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 42.

(607) محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 67.

مع الحكم النهائي الفاصل في موضوع النزاع<sup>(608)</sup>، هذا إذا أعلنت هيئة التحكيم نفسها مختصة بنظر النزاع، وذلك اقتصاداً للإجراءات وكسباً للوقت، وعدم تعطيل سير إجراءات التحكيم. أما إذا حكمت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها، فيجوز الطعن بالقرار النهائي في المسألة الأولية على استقلال نظراً لعدم وجود حكم نهائي ينتظر صدوره فاصل في موضوع النزاع ليطلب الطعن ببطلانه أو بفسخه<sup>(609)</sup>.

الثاني، يمكن لهيئة التحكيم أن ترجئ البت في الدفع بعدم الاختصاص لحين الفصل في موضوع النزاع وتصدر حكماً واحداً في هذا الدفع وفي الموضوع<sup>(610)</sup>، وهذا يحدث في العادة عندما تتأكد هيئة التحكيم من ثبوت اختصاصها، وهذا يضمن سرعة الفصل في النزاع والاقتصاد في الإجراءات. ويجوز الطعن في القرار المتعلق بالدفع بعدم الاختصاص مع قرار التحكيم الفاصل في الموضوع، من خلال الطعن ببطلان هذا القرار على أساس صدوره من جهة غير مختصة أو على أساس بطلان أو عدم وجود اتفاق التحكيم<sup>(611)</sup>.

بناءً على ما سبق، فإن هيئة التحكيم هي التي تحدد اللحظة والطريقة التي تبت فيها في مسألة اختصاصها أو عدم اختصاصها<sup>(612)</sup>.

ويحكم مبدأ الاختصاص بالاختصاص عدد من القواعد:

1) إن قاعدة الاختصاص بالاختصاص ليست من النظام العام؛ وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على خلافها وإعطاء سلطة الفصل في اختصاص هيئة التحكيم للقضاء العادي وليس لهيئة التحكيم ذاتها؛ وببدر ذلك أن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق التحكيم؛ وعلى هذا الأساس، فإن من حق الأطراف الاتفاق صراحة على تعديل اختصاص هيئة التحكيم توسيعاً أو تضييقاً، وتلزم هيئة التحكيم بالتقيد باتفاق التحكيم وتعديلاته، بما في ذلك الاتفاق الذي يقضي بنزع اختصاص هيئة التحكيم للبت في مسألة اختصاصها، بل إن نزع

(608) أخذت بهذا الاتجاه، المادة (16/3) من القانون النموذجي، والمادة (22/3) من قانون التحكيم المصري، والمادة (21/2) من قانون التحكيم الأردني.

(609) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص 537-536.

(610) (م 22 / 3 تحكيم مصري): "تفصل هيئة التحكيم في الدفع... قبل الفصل في موضوع النزاع أو ضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها..."

(611) "إن هيئة التحكيم تفصل في الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، فإذا ما قضت برفض الدفع فلا يجوز الطعن عليه إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة 53 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، نقض مصري، الطعن رقم 291 لسنة 70 قضائية - جلسة 2001/6/17: مذكور في أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 162.

(612) قرار هيئة التحكيم بالاختصاص أو عدم الاختصاص، غير مربوط بوقت معين، والأمر يعود لتقديرها دون معقب عليها: نقض مدني لبناني، الغرفة الخامسة، 2006/23، بتاريخ 2006/2/2، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 44. حمزة حداد، هامش 2، ص 295.

هذا الإختصاص من هيئة التحكيم قد يكون ضمناً، كما لو حصل صلح بين الأطراف حول النزاع المعروض للتحكيم قبل الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم. كما أن إثارة الدفع بعدم الاختصاص يجب التمسك به من قبل الخصم في أول فرصة معقولة تسنح له قبل الدخول في الأساس، وإلا سقط حقه في التمسك به، واعتبر متنازلاً عنه<sup>(613)</sup>. ولكن يرى البعض أن هيئة التحكيم يمكنها قبول الدفع بعدم اختصاصها حتى لو قدم هذا الدفع متأخراً، إذا اقتنعت الهيئة أن هذا التأخير كان لعذر مقبول، كأن يكون هذا التأخير بسبب السفر أو المرض أو السجن، مما حال وفق تقدير الهيئة دون تمكن الطرف المعني من تقديم الدفع بعدم الاختصاص في الوقت المناسب<sup>(614)</sup>. وقد أخذت بهذا التوجه المادة (16/2) من القانون النموذجي لعام 1985.

**2) أن هيئة التحكيم لا تثير في العادة عدم اختصاصها من تلقاء نفسها، إنما بناء على دفع من صاحب المصلحة، فإذا لم يثر هذا الدفع مطلقاً أو قدمه في وقت غير مناسب ودون**

(613) وقد أخذت بذلك مثلاً: المادة (16/1) من القانون النموذجي، والمادة (21) من قواعد الاونسترال، والمادة (21) من قانون التحكيم الأردني، والمادة (22/2) من قانون التحكيم المصري والتي بينت أنه يجب التمسك بهذه الدفع ومن بينها الدفع بعدم الاختصاص في ميعاد لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه. وقد سار القضاء الفرنسي على أن الدفع بعدم الاختصاص يطبق عليه ما يطبق على الدفع المتعلقة بالإجراءات، ويجب إثارته قبل أي دفاع في الموضوع، وإلا كان مصيره عدم القبول.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2001, Rev. Arb. 2002, 371, note Théry ; JCP 2002, II, 10174, note Boillot ; Procédures 2002, 109, note Perrot ; Dr. et proc. 2002, 109, note Douchy ; CA Paris 10 janv. 2003, Gaz. Pal. 30-31 mai 2003, p. 16.

ومن التطبيقات القضائية على أن اختصاص هيئة التحكيم لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها إنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، انظر في القضاء المصري: نقض مصري رقم 3608 لسنة 58 قضائية، جلسة 1998/12/21؛ نقض مصري، الطعن رقم 714 لسنة 47 قضائية، جلسة 1982/4/26، مجموعة الأحكام س 33 ص 442؛ نقض مصري، الطعن رقم 9 لسنة 42، جلسة 1976/1/6، مجموعة الأحكام س 27 ص 138؛ نقض مصري، الطعن رقم 194 لسنة 37 ق جلسة 1972/2/15، مجموعة الأحكام س 23 ص 168. وفي القضاء الأردني: تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30. منشورات مركز عدالة. قرار مماثل: تمييز حقوق أردني، رقم 3691/2004. تاريخ 2005/2/7. وقرار تمييز حقوق أردني رقم 4150/2003، بتاريخ 2004/4/26؛ تمييز حقوق أردني، رقم 2006/1352، بتاريخ 2007/1/16. منشورات مركز عدالة؛ تمييز حقوق أردني، 2008/1837، بتاريخ 2008/8/6. وقد جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية أنه "إذا لم يتمسك المدعى عليه بشرط التحكيم أمام محكمة البداية قبل الدخول في أساس الدعوى، وإذا لم يثر هذا الدفع في لائحة استئنافه، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تثيره من تلقاء نفسها وأن تقرر وقف إجراءات الدعوى لحين استنفاد إجراءات التحكيم": نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 171 لسنة 2004، بتاريخ 2005/1/30. وجاء في قرار لمحكمة استئناف رام الله أنه: "فيما يتعلق بدفع المستأنف بعدم جدية المستأنف ضدها في اللجوء إلى التحكيم فإننا لا نجد في نصوص قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 ما يفرض على المدعى عليه إثبات رغبة جدية باللجوء إلى التحكيم سوى إلزامه بأن يكون تمسكه باللجوء إلى التحكيم قبل الدخول في أساس الدعوى وحيث أنه قد تم مراعاة هذا الشرط فإننا ولكل ما سبق بيانه نجد أن قرار محكمة أول درجة بوجوب إحالة النزاع إلى التحكيم في محله والدعوى تكون سابقة لأوانها وان هذا السبب في غير محله ونقرر رده: استئناف مدني رام الله، رقم 2010/163، بتاريخ 2011/3/2، المقتضي.

(614) حمزة حداد، المرجع السابق، البند 398، ص 298. وقد سار في هذا الاتجاه القضاء اللبناني الذي بين أن الدفع باختصاص أو عدم اختصاص هيئة التحكيم، غير مربوط بوقت معين، وأمر يعود لتقديرها دون معقب عليها: نقض لبناني، الغرفة الخامسة، 2006/23، 2006/2/2، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 44. مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق، نفس الصفحة.

عذر مقبول، فإنه يعد متنازلاً ضمناً عن التمسك بعدم اختصاص هيئة التحكيم، وينعقد عندها الاختصاص للهيئة للفصل في النزاع. مع ذلك، فإنه يجوز لهيئة التحكيم في بعض الأحيان أن تثير عدم اختصاصها من تلقاء نفسها حتى لو لم يثره أحد الخصوم، لا سيما إذا تأكدت الهيئة أن موضوع النزاع غير قابل للتحكيم بسبب مخالفته للنظام العام أو لأنه لا يقبل الصلح قانوناً، أو ثبت لها أن النزاع غير مشمول باتفاق التحكيم. ولا شيء يمنع هيئة التحكيم من التثبت من اختصاصها من تلقاء نفسها في مثل هذه الحالات، لأن المحكم كالقاضي يملك المبادرة إلى التحقق من اختصاصه، بل يكون ذلك واجباً عليه إذا تأكد من عدم اختصاصه<sup>(615)</sup>.

**3** يمكن لهيئة التحكيم أن تقرر اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر النزاع كلياً أو جزئياً، وذلك بإصدار قرار أولي قبل الفصل في الموضوع بحكم نهائي؛ وفي هذه الحالة لا يجوز الطعن بهذا الحكم النهائي في هذه الجزئية إلا مع الحكم النهائي الفاصل في موضوع النزاع، وذلك ضماناً لسرعة الفصل في النزاع وعدم تعطيل إجراءاته<sup>(616)</sup>. كما يمكنها في المقابل، ضم الدفع المتعلق بعدم الاختصاص للموضوع لتفصل فيهما معاً بحكم واحد مع الحكم النهائي الفاصل في الموضوع. وتتبع هيئة التحكيم في العادة الخيار الأول، إذا وجدت نفسها غير مختصة بنظر النزاع، فتبادر إلى إصدار قرار أولي بعدم اختصاصها، وتقرر إنهاء إجراءات التحكيم. في حين أنها تتبع في العادة الخيار الثاني إذا تأكدت من ثبوت اختصاصها، عندها تستمر في نظر النزاع وتصدر الحكم النهائي الفاصل في الموضوع مضافاً إليه الحكم باختصاصها.

**4** إن لجوء أحد أطراف اتفاق التحكيم إلى القضاء العادي، لا يمنع الطرف الآخر من البدء في إجراءات التحكيم، أما إذا كانت الإجراءات قد بدأت، فرفع الدعوى أمام القضاء لا يمنع استمرار هيئة التحكيم من السير في الإجراءات وإصدار حكم التحكيم، مع ضرورة إعلام الطرف الآخر المتغيب بأن إجراءات التحكيم قد بدأت ليقوم بتقديم طلباته ودفوعه وإخطاره بضرورة تقديمها خلال مدة محددة، فإذا امتنع عن ذلك، تستطيع هيئة التحكيم أن تفصل في النزاع بناءً على المستندات والوقائع والأدلة المقدمة أمامها.

### المطلب الثالث: الاستثناءات على قاعدة الاختصاص بالاختصاص

على الرغم من الاعتراف الواسع بقاعدة الاختصاص بالاختصاص في القوانين والفقهاء والقضاء، إلا أنها ترد عليها استثناءات:

(615) Cass. com. 11 janv. 1960, JCP 1960, II, 11764.

(616) أخذ بهذا التوجه، القانون النموذجي للأمم المتحدة لعام 1985، في المادة (16/3)، والمادة (21/ج) من القانون الأردني.

## الفرع الأول: استثناء متعلق بحالتي البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وعدم قابلية هذا الاتفاق للتطبيق

إذا كانت هيئة التحكيم هي المختصة بتقرير اختصاصها من عدمه، وبالنظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، فإنه يستثنى من ذلك حالتي البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وعدم قابلية هذا الاتفاق الظاهرة للتحكيم<sup>(617)</sup>؛ ففي هاتين الحالتين يستطيع القاضي العادي استبعاد تطبيق اتفاق التحكيم، وإعلان نفسه مختصاً بنظر النزاع. وفي هذا الإطار، قضت محكمة النقض الفرنسية أن حالة "البطلان الظاهر" لاتفاق التحكيم تعد الحالة الوحيدة التي تؤدي إلى استبعاد تطبيق قاعدة "الاختصاص بالاختصاص"<sup>(618)</sup>، وبينت بأنه يجب تفسير عبارة "البطلان الظاهر" تفسيراً ضيقاً عند تطبيقه<sup>(619)</sup>. إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تقف عند هذا الحد، بل وسعت نطاق تطبيق حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، على حالة عدم إمكانية التطبيق الظاهر لاتفاق التحكيم، فقد جاء في قرارها الصادر بتاريخ 2001/10/16 أنه: "يختص المحكم بالتحقق من اختصاصه الذاتي؛ بموجب هذا المبدأ، فإن محكمة الدولة التي تم اللجوء إليها بشأن نزاع موجه للتحكيم يجب عليها إعلان عدم اختصاصها، إلا بطلان ظاهر أو عدم إمكانية التطبيق الظاهر لاتفاق التحكيم"<sup>(620)</sup>. وقد سارت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه قبل أن يأتي المشرع الفرنسي ويرسخ ذلك بنص قانوني<sup>(621)</sup>. بناء عليه، يجب تفسير ليس فقط تعبير "البطلان الظاهر" تفسير ضيقاً، إنما أيضاً تعبير "عدم إمكانية التطبيق الظاهر لاتفاق التحكيم"؛ لأن الأمر يتعلق في الحالتين باستثناء على قاعدة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها. ويمكن اعتبارها من حالات البطلان الظاهر أو عدم إمكانية التطبيق الظاهر لاتفاق التحكيم، الحالة التي يعبر فيها الأطراف عن إرادة مخالفة لاتفاق تحكيم سابق، ما يجعل اتفاق التحكيم السابق غير قابل للتطبيق<sup>(622)</sup>. وكذلك حالة

(617) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 mai 1997, Bull. Civ. II, n° 141.

(618) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, American Bureau Shipping c/Copropriété Maritime Jules Verne et autres : Rev. Arb. 2001, 529, E. Gaillard ; RTD com. n° 1, 2002, p. 49.

(619) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999 Métu ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 1999 Exporties : Rev. Arb. 2009, 96, Ph. Fouchard.

(620) "Il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ; selon ce principe, la juridiction de l'Etat saisie d'un litige destinée à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage" : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 oct. 2001, Rev. Crit. DIP 2002, note D. Cohen ; Gaz. Pal. 21-23 juill. 2002, p. 23, obs. Niboyet.

وفي نفس الإتجاه أيضا :

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2003 : RTD com. 2004, 257, obs. Loquin ; JCP 2004, III, 10075, note Noblot ; JCP 2004, I, 179, n° 2, obs. Béguin ; Defrénois 2004, 990, obs. Libchaber. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2004 : Rev. arb. 2004, 843. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 avr. 2004 : RTD civ. 2004, 770, obs. Théry ; JCP 2004, IV, 2141 ; Rev. arb. 2004, 849.

(621) المادة (1448) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، والتي أضيفت بموجب المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 2011/1/13.

(622) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006 : JDI 2007, 146, note Sana-Chaillé de Néré ; RTD com. 2006, 764, obs. Loquin ; D 2006, pan. 3029, obs. Clay ; Rev. crit. DIP 2007, 128, note Jault-Seseke.



وجود شرطين متعارضين في عقد واحد أو في عقدين مختلفين لكنهما مترابطين، أحدهما يتضمن شرط تحكيم، والآخر يتضمن شرط تحديد للاختصاص القضائي، ما يجعل إمكانية تطبيقهما معا مستحيلا. وفي قضية حديثة عرضت على محكمة النقض الفرنسية تتعلق بوجود عقدين منفصلين بين ذات الأطراف، واشتمل أحدهما على شرط تحكيم، والآخر على شرط تحديد للاختصاص القضائي، فقضت بأنه: "وحيث أن محكمة الاستئناف قد توصلت إلى أن المحكم لا يمكنه مد اختصاصه إلا إلى العقد الذي يشتمل على شرط التحكيم، وأن الأطراف قد أرادوا تمييز العقدين عن بعضهما بشرطين مختلفين، بالتالي فإن شرط التحكيم لا يمتد إلى العقد الآخر وهو عقد التوريد"<sup>(623)</sup>. ويمكن أن يلحق بهذه الحالات أيضا حالة عدم قابلية النزاع للتحكيم، وحالة عدم كتابة اتفاق التحكيم بالنسبة للدول التي تشترط الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم.

في المقابل، لا تعد من قبيل حالات البطلان الظاهر أن يكون النزاع خارجا عن نطاق اتفاق التحكيم الذي ينحصر دوره في حسم المنازعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد أو فسخه<sup>(624)</sup>. كما لا يشمل أيضا حالة بطلان أو انقضاء العقد الأصلي بسبب إقالته بالإرادة المشتركة للأطراف، إلا إذا اتفق هؤلاء على إقالة اتفاق التحكيم أيضا تبعا لإقالة العقد الأصلي<sup>(625)</sup>، أو أن يرد في اتفاق التحكيم تعيين مؤسستي تحكيم للفصل في ذات النزاع، ما دام أن نية الأطراف قد اتجهت بشكل واضح إلى حسم النزاع عن طريق التحكيم<sup>(626)</sup>، أو تدخل جهة ثالثة في تنفيذ عقد التوزيع محل النزاع، ما دام أن هذا التدخل لا يغير شيئا في وقائع النزاع<sup>(627)</sup>.

ولم يأخذ قانون التحكيم الفلسطيني صراحة بحالتي البطلان الظاهر وعدم قابلية اتفاق التحكيم الظاهر للتطبيق، كاستثناء على قاعدة الاختصاص بالاختصاص، إنما أوردت المادة (7) من هذا القانون أن للمحكمة أن تقرر وقف الإجراء عند الدفع أمامها بعدم اختصاصها بنظر النزاع "إذا اقتضت بصحة اتفاق التحكيم"، وهذا يثير التساؤل عن سلطة المحكمة في بحث مدى صحة اتفاق التحكيم؟

إذا أخذنا في الإجابة على السؤال بأن "المطلق يجري على إطلاقه ما لم يأت نص يقيد"، فإن ذلك يعطي القاضي سلطة بحث صحة اتفاق التحكيم من جميع جوانبه وإلى المدى الذي يراه مناسباً، ودون الاقتصار على حالتي البطلان الظاهر وعدم قابلية اتفاق التحكيم الظاهر

(623) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 2006 : D 2006, pan. 3029, obs. Clay ; RTD com. 2006, 764, obs. Loquin ; Rev. arb. 2006, 959, note Train ; JCP 2006, I, 187, n° 10, obs. Seraglini.

(624) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 nov. 2005, RTD civ. 2006, 143, obs. Théry.

(625) Cass. civ. 11 juill. 2006 : JCP 2006, II, 10182, note Callé.

(626) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2007 : D 2007, AJ, 734, obs. Delpech ; ibid. 2008, pan. 183, obs. Clay ; JCP 2008, I, 168, obs. Béguin ; RTD civ. 2008, 151, obs. Théry.

(627) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, RTD com. 2006, 765, obs. Loquin ; D 2006, pan. 3029, obs. Clay ; JCP 2006, I, 187, n° 11, obs. Seraglini.

للتطبيق، ولكن باعتقادنا فإن هذا الدور الواسع للقاضي في التحقق من صحة اتفاق التحكيم، سيؤدي في النهاية إلى مصادرة دور هيئة التحكيم ذاتها للفصل في مسألة اختصاصها وفق ما نصت عليه المادة (16/1) من قانون التحكيم، وهو أمر يتعارض مع القانون والمنطق؛ لأننا نعتقد بأن المشرع قد أراد بالفعل أن يكون لكل واحد من هذين النصين نطاق تطبيق مختلف عن الآخر، إذ ليس من المنطق أن ينص المشرع على الشيء ونقضيه في آن واحد؛ من خلال الإقرار لهيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها، وفي نفس الوقت إعطاء القضاء العادي سلطة واسعة في التحقق صحة اتفاق التحكيم؟

بناء عليه، ولغايات التوفيق بين النصين السابقين، يجب الاعتراف لهيئة التحكيم بالاختصاص كأصل عام بالبت في مسألة اختصاصها تحت رقابة القضاء من حيث النتيجة، وإعطاء المحكمة المختصة دوراً محدوداً في التحقق من صحة اتفاق التحكيم في حال تم الدفع أمامها باختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع؛ وهي النتيجة التي وصل إليها القضاء الفرنسي بالفعل عندما جعل اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها هو الأصل، وأن اختصاص القضاء العادي هو دور استثنائي محصور في حالتي البطلان الظاهر وعدم قابلية اتفاق التحكيم الظاهر للتطبيق.

### الفرع الثاني: استثناء متعلق باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية

يتعلق هذا الاستثناء بالحالة التي يطلب فيها أحد الأطراف من القاضي اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية تبررها صفة الاستعجال<sup>(628)</sup>. فتدخل القاضي لاتخاذ تلك الإجراءات مرهون بتوافر أمرين: تحقق صفة الاستعجال<sup>(629)</sup>، وعدم المساس بأصل الحق موضوع النزاع؛ لأن سلطة الفصل في الموضوع تنعقد لهيئة التحكيم وحدها استناداً لاتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف. ويجب تقدير صفة الاستعجال في حدود ضيقة وتبعاً للظروف، خصوصاً إذا لم تكن هيئة التحكيم قد تشكلت بعد؛ فيجوز للقاضي أن يأمر باتخاذ إجراءات تحفظية على المال للمحافظة على حقوق الدائنين، ولكن لا يجوز له أن يأمر مثلاً ببيع تلك الأموال، كما لا يجوز له اتخاذ إجراءات مانعة من التصرف أو مانعة من السفر لضمان تنفيذ قرار التحكيم الذي لم يكتسب بعد صيغة

(628) Cass. com., 29 mai 1978 : Rev. Arb. 1979, 221, note Rubellin-Devichi ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 1997 : Bull. Civ. I, n° 286 ; CA Paris, 3 juill. 1979 : Rev. arb. 1980, 78, note Courteault ; JCP 1980, II, 19389 (1<sup>re</sup> esp.), note Couchez ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989, D 1990, 147, note Peyrard ; RTD civ. 1989, 624, obs. Perrot ; JDI 1989, 1045, note Oppetit ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 juill. 1979 : JCP 1980, II, 19389 (2<sup>e</sup> esp.) note Couchez ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 1990, Bull. Civ. I, n° 64.

(629) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 oct. 1997 : Rev. arb. 1998, 673, note Degos (2<sup>e</sup> esp.) ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juin 2002 : D 2002, 2439, note Najjar ; Dr. et Patrimoine, mars 2003, 99, obs. Mestre. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avr. 1997 : Bull. Civ. IV, n° 147 ; Cass. com. 29 juin 1999 : D 1999, 649, note Najjar ; JCP 2000, II, 10228, note Vuitton ; CA Paris, 5 mai 2004 : Gas. Pal. 3-4 déc. 2004, p. 49 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 2005 : RTD com. 2006, 297, obs. Loquin.

التففيذ، إنما تم الطعن ببطلانه<sup>(630)</sup>. فعلى الرغم من وجود هذا الاستثناء على قاعدة الاختصاص بالاختصاص، إلا أن أطراف التحكيم يمكنهم بموجب اتفاق بينهم، استبعاد اختصاص القاضي العادي من اتخاذ بعض الإجراءات والتدابير الوقتية أو التحفظية بشأن المنازعات الخاضعة للتحكيم<sup>(631)</sup>، وتحويل هيئة التحكيم سلطة اتخاذ تلك الإجراءات في مواجهة أحد الطرفين، وفق ما نصت عليه المادة (33) من قانون التحكيم الفلسطيني<sup>(632)</sup>. إلا أن ذلك لا يمنع القضاء العادي من اتخاذ تلك التدابير إذا طلب أحد الأطراف منه ذلك وتوافرت صفة الاستعجال، خاصة إذا تعذر على هيئة التحكيم القيام بتلك التدابير لسبب أو لآخر، أو عندما يكون اتخاذ تلك التدابير خارج عن سلطة هيئة التحكيم، أو أن اتخاذ تلك التدابير يقتضي تدخل السلطة العامة كون هيئة التحكيم لا تملك سلطة القهر والجبر التي يملكها القضاء.

بناء عليه، إذا كانت قاعدة الاختصاص بالاختصاص هي الأصل، فإن اعتبارات الاستعجال والمحافظة على حقوق الأطراف قد تقتضي تدخل القضاء لاتخاذ تلك الإجراءات الوقتية والتحفظية<sup>(633)</sup>، كسماع شاهد يخشى وفاته، أو معاينة بضاعة أو أموال معينة يخشى تلفها أو تغير حالها، أو تعيين حارس على المال، أو تعيين خبير للقيام بأثبات حالة كإجراء وقتي، خصوصاً إذا كانت هيئة التحكيم لم تشكل بعد. إن إعطاء الاختصاص للقضاء العادي لاتخاذ تلك الإجراءات لا يمثل في الواقع اعتداء على قاعدة اختصاص هيئة التحكيم للفصل في اختصاصها<sup>(634)</sup>؛ لأن اتخاذ تلك الإجراءات الوقتية والتحفظية يمليه ظرف الاستعجال ولا يمس موضوع النزاع، إنما يقتصر دور القاضي على اتخاذ تلك الإجراءات، وتقوم على أساس الدور الاحتياطي أو المساند للقضاء في عملية التحكيم.

(630) Cass. com. 18 mai 2005, Bull. Civ. IV, n° 103, D 2005, IR, 1585 ; JCP 2005, IV, 2496.

(631) CA Paris, 13 févr. 1990 : D 1990, 593, note Peyrard.

(632) تنص المادة (33) من قانون التحكيم على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات".

(633) حول هذا الموضوع، راجع:

Mohammed Ali Bahmaie, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage, préf. J. Beguin, LGDJ 2002

تنص المادة 14 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر، بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها...". حول الإشكليات المتعلقة بتطبيق هذا النص لا سيما المتعلقة بإصدار أمر على عريضة، انظر نقض مصري، الطعن رقم 1975 لسنة 66 قضائية، جلسة 1996/12/12.

(634) "يجوز اللجوء إلى قضاء الدولة بالطلبات الوقتية والتحفظية دون أن يعد ذلك مساساً باتفاق التحكيم": الدعوى التحكيمية رقم 332 لسنة 2003، جلسة 2003/11/18، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، ص 167.

الفصل الثالث

# إجراءات التحكم



إن الطابع الاتفاقي للتحكيم لا ينزاع عنه الصفة القضائية، فقرار التحكيم هو في حقيقة الأمر عمل قضائي، وكل عمل قضائي يجب أن يصدر وفق إجراءات معينة، تضمن محاكمة عادلة للمتقاضين، وتوفر حماية للحقوق والمراكز القانونية للأطراف. بناء عليه، فإن المحكم يلزم في إصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع باتباع مجموعة من الإجراءات القضائية المشابهة إلى حد كبير للإجراءات القضائية المطبقة أمام المحاكم، من تكييف للنزاع وتقديم الطلبات والدفع والبيانات، وإجراء التبليغات وحضور الأطراف وعقد جلسات التحكيم، وخصوصا احترام المبادئ الأساسية للتقاضي: حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم؛ وفي النهاية إجراء مداولة بين أعضاء هيئة التحكيم وإصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع بالشكل الذي حدده القانون ووفق الشروط التي يفرضها.

غير أن إجراءات التحكيم تختلف مع ذلك عن الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي؛ ففي إطار القانون الدولي الخاص، تخضع مسائل الإجراءات لقانون دولة القاضي حصرا، أي لقانون الدولة التي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات، وذلك بصرف النظر عما إذا كانت العلاقة القانونية المراد الفصل فيها تشتمل على عنصر أجنبي أم لا. ويعود السبب في تقرير هذا الاختصاص الحصري لقانون دولة القاضي، إلى أن مسألة الإجراءات تتعلق بتنظيم مرفق القضاء وبحسن سير العدالة، وهي تعد أحد مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، ولا تقبل الدول عموما إخضاعه لقانون أجنبي أو لإرادة الخصوم. أما في مجال التحكيم، فإن الأمر مختلف تماما؛ لأن المحكم على عكس القاضي، ليس له قانون وطني يلزم بتطبيقه أو بالدفاع عنه، إنما هو شخص عادي يستمد سلطته للفصل في النزاع مباشرة من إرادة الخصوم أنفسهم. وعلى هذا الأساس، عمدت قوانين التحكيم الوطنية إلى تنظيم إجراءات التحكيم بشكل مستقل عن الإجراءات المتبعة أمام القضاء العادي، نظرا لخصوصية التحكيم وطابعه الاتفاقي. فإجراءات التحكيم هي من جهة أبسط وأكثر مرونة من الإجراءات المطبقة أمام المحاكم. كما أن القوانين قد اعترفت من جهة ثانية للأطراف بحرية واسعة في اختيار القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على النزاع والتي يرونها مناسبة، خصوصا في إطار التحكيم الدولي، وذلك على عكس الإجراءات القضائية المطبقة أمام المحاكم والتي تكون مفروضة على الخصوم ولا يملك هؤلاء أية حرية إزاءها.

وقد سار المشرع الفلسطيني على هذا النحو، حيث قام بتنظيم إجراءات التحكيم في المواد (20-34) من قانون التحكيم وفي المواد (34-68) من لائحته التنفيذية. ولم يبين قانون التحكيم الفلسطيني ولا لائحته التنفيذية، ما إذا كانت الإجراءات الواردة فيهما، تخص التحكيم الداخلي فقط أم تشمل التحكيم الدولي أيضا. ولكن يتبين من نصوص اللائحة التنفيذية أن إجراءات التحكيم الواردة فيهما تخص التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي معاً، وتخص أيضا التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي على حد سواء.

بالتالي، وتجنباً للتكرار، فإننا سنتناول إجراءات التحكيم في كل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي في نفس الوقت، مع الإشارة دائما إلى نقاط الاختلاف الرئيسية كلما

دعت الحاجة لذلك. وعليه نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: نتناول في الأول القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ونتناول في الثاني تعيين مكان التحكيم، ونتناول في الثالث إجراءات خصومة التحكيم.

## المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

لقد رسم قانون التحكيم الفلسطيني كغاية من القوانين، كيفية تحديد إجراءات التحكيم الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، وذلك بنصه في المادة (18) على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على القواعد الإجرائية الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم". وتضيف المادة (34) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم أنه: "يجري التحكيم أمام هيئة التحكيم وفقا للإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم، ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم على ألا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة".

استنادا إلى هذين النصين، توجد طريقتين لتحديد إجراءات التحكيم: الطريقة الأولى إرادية وتطبق بصفة أصلية، بموجبها يترك للأطراف حرية اختيار القواعد الإجرائية التي يرونها مناسبة. والطريقة الثانية، غير إرادية وتطبق بصفة احتياطية، بموجبها يترك لهيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في مكان إجراء التحكيم، وذلك إذا لم يتفق الأطراف على إجراءات التحكيم. وعليه سنتناول دراسة هاتين الطريقتين كل منهما على انفراد، ثم نبين كيفية تحديد إجراءات التحكيم في التحكيم المؤسسي.

### المطلب الأول: تحديد إجراءات التحكيم باتفاق الأطراف

إن الأصل هو التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم، ويجوز أن يأتي تحديد تلك الإجراءات في اتفاق التحكيم ذاته أو في مستند مهمة التحكيم أو في اتفاق مستقل، وقد اعترفت بقاعدة التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم معظم الأنظمة القانونية<sup>(635)</sup>، والأعمال الدولية<sup>(636)</sup>، ولوائح ومراكز التحكيم الدائمة.

(635) تنص المادة (25) من قانون التحكيم المصري: "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم...".

(636) تنص المادة (19/1) من القانون النموذجي لعام 1985: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم". انظر في نفس الاتجاه، المادة (4/1) من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي.

وقد بينت اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في المادة (1/5/د) أنه يمكن رفض الاعتراف بحكم التحكيم ورفض تنفيذه إذا أثبت الطرف المحكوم ضده أن "إجراءات التحكيم كانت مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

ويتمتع الأطراف بحرية واسعة في تحديد إجراءات التحكيم، إذ يمكنهم ابتداء تلك القواعد أو استلهاها من قانون وطني معين أو من عدة قوانين أو من السوابق القضائية في مجال التحكيم، أو اختيار قانون إجرائي وطني لإحدى الدول، أو اختيار قواعد الإجراءات الواردة في نظام أو لائحة أحد مراكز التحكيم الدائمة، أو الاتفاق على تطبيق قواعد الأونسترال لعام 1976 أو قواعد القانون النموذجي لعام 1985. إلا أن الغالب هو أن يختار الأطراف إما تطبيق القواعد الإجرائية الواردة في قانون وطني معين، أو اختيار القواعد الإجرائية الواردة في لوائح وأنظمة أحد مراكز التحكيم الدائمة.

كما أن حرية الأطراف تتسع لتشمل معظم إجراءات التحكيم، إذ بإمكان هؤلاء الاتفاق مثلا على كيفية تشكيل هيئة التحكيم وعدد المحكمين وتحديد آليات ردهم، وتحديد الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم ووقت انتهائها، وتحديد مكان ولغة ومدة التحكيم، وآليات الإخطار والتبليغ، وكيفية تقديم اللوائح والدفع وأدلة الإثبات، والمرافعات الشفوية وإمكانية سماع الشهود وكيفية تقديم الأوراق وحكم تخلف أحد الخصوم عن تقديم مستنداته التي يطلب منه تقديمها خلال مدة معينة، ووقت اقفال باب المرافعة، وكيفية انتهاء الإجراءات، وغيرها من المسائل الإجرائية.

كما أن حرية الأطراف في اختيار إجراءات التحكيم، تجيز لهم اختيار الوقت الذي يتم فيه تحديد تلك الإجراءات، إلا أنه يفضل أن يتم تحديدها منذ لحظة نشوء العلاقة الأصلية بين الأطراف. كما يحق للأطراف استبدال وتعديل القواعد الإجرائية المتفق عليها بقواعد أخرى، ولا يلجأ الأطراف في العادة إلى مثل هذا الاستبدال أو التعديل إلا إذا تبين لهم بعد الإتفاق على الإجراءات بأنها تصطدم مع أحكام قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها والتي سيصدر فيها قرار التحكيم، أو أنها تتعارض مع النظام العام في الدولة التي سيطلب منها الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم، فيأتي استبدال وتعديل تلك الإجراءات ضمانا لعدم الطعن ببطلان قرار التحكيم عند صدوره ولضمان الاعتراف به وتنفيذه مستقبلا في دولة التنفيذ. وقد أشارت المادة (34) من اللائحة التنفيذية لهذه المسألة ولكن بشكل غير مباشر، بنصها على أنه: "... ويجوز للأطراف اختيار إجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم على ألا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة". في حين أشارت إلى هذه المسألة بشكل أكثر وضوحا، المادة (13/ب) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1993 بنصها على أنه: "تكون قواعد الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم هي القواعد السارية وقت بدئه، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". وكذلك المادة (44) من اتفاقية واشنطن لعام 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بنصها على أنه: "يتم السير في إجراءات التحكيم طبقا لأحكام هذا القسم وتبعا لقواعد التحكيم السارية يوم الاتفاق على التحكيم ما لم يتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك..."

إلا أن السؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، هل يطبق التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم على التحكيم الدولي فقط، أم يشمل التحكيم الداخلي أيضا؟

لقد أثار هذا السؤال جدلا في الفقه المصري: فجاناب من الفقه يرى أن التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم يطبق على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضا، بدليل أن المشرع المصري عندما خول الأطراف إمكانية تنظيم سير عملية التحكيم ووضع القواعد الإجرائية التي تسير عليها هيئة التحكيم لم يفرق بين ما إذا كان التحكيم دوليا أم داخليا<sup>(637)</sup>. في حين أن جانبنا آخر يرى اقتصار التحديد الاتفاقي لإجراءات التحكيم على التحكيم الدولي فقط دون التحكيم الداخلي<sup>(638)</sup>، لأن العلة التي يسعى القانون لتحقيقها من وراء إعطاء الأطراف حرية في تحديد إجراءات التحكيم كنظام اتفاقي هي "الرغبة في تعظيم دور التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية، وتشجيع اللجوء إليه، قادت المقنن إلى توسيع دور سلطان إرادة طرفي التحكيم، حتى في مسائل الإجراءات، فأجاز لهم الاتفاق على الإجراءات، أو اختيار القانون الإجرائي الذي تسير عليه هيئة التحكيم. غير أنه إذا كان إعمال قاعدة قانون الإرادة في مجال العقود الدولية موقوف على العقود الدولية فقط، فكذلك إعمالها هنا موقوف على التحكيم الدولي فقط دون التحكيم الداخلي. ونصل إلى القول، أن قاعدة حرية الأطراف في اختيار قواعد الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم تخص التحكيم الدولي فقط دون الداخلي، حيث يظل هذا الأخير محكوما بالقواعد الإجرائية المنصوص عليها في قانون التحكيم الوطني"<sup>(639)</sup>.

والمواقع أننا نؤيد الاتجاه الأول، الذي يرى انطباق التحديد الاتفاقي للإجراءات على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي على حد سواء، وذلك على الأقل في إطار نصوص قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، لأن المشرع الفلسطيني لم يميز في النصوص المتعلقة بتحديد إجراءات التحكيم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ما يعني توحيد الحكم بينهما.

## المطلب الثاني: تحديد إجراءات التحكيم من قبل هيئة التحكيم

قد يغفل الأطراف عن تحديد إجراءات التحكيم، أو قد يختلف هؤلاء حول القواعد الإجرائية الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، فكيف يتم تحديد إجراءات التحكيم في مثل هذه الحالات؟

لقد أجاب المشرع الفلسطيني على هذه السؤال بإعطائه هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات التحكيم عند عدم اتفاق الأطراف على الإجراءات، من خلال نص المادة (18) من قانون

(637) مختار بري، المرجع السابق، البند 51 ص 92 و 93، والبند 53 ص 96 وما بعدها.

(638) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 165، ص 571 وما بعدها.

(639) المرجع نفسه، بند 165، ص 573 و 574.



التحكيم: "... فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم". والهدف من إعطاء هيئة التحكيم هذه الصلاحية هو السعي إلى السير قدما في عملية التحكيم وتجنب تعطيلها بسبب عدم اتفاق الأطراف على إجراءات التحكيم.

إن سلطة هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم ليست مطلقة، إنما مقيدة بمجموعة قيود وضوابط نعرضها على النحو الآتي:

أولاً، إن دور هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم هو دور احتياطي فقط فمكمل لإرادة الأطراف، فلا يجوز لها التدخل في تحديد الإجراءات إلا إذا تخلف اتفاق الأطراف بشأنها، أما إذا وجد اتفاق بين الأطراف حول الإجراءات الواجب اتباعها، فتلزم هيئة التحكيم باتباعها وامتنع عليها القيام بتحديد إجراءات التحكيم، أو اختيار تطبيق قواعد أخرى غير الإجراءات المتفق عليها.

ثانياً، إن دور هيئة التحكيم في تحديد الإجراءات مقيد حسب نص المادة (18) من قانون التحكيم بتطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في مكان التحكيم حصراً. وقد يبدو توجه المشرع الفلسطيني مبرراً من حيث إلزام هيئة التحكيم باختيار الإجراءات المعمول بها في مكان إجراء التحكيم نظراً للرابطة القوية التي تربط عملية التحكيم بإقليم تلك الدولة، خصوصاً إذا كان الأطراف أنفسهم هم من اختار مكان التحكيم، على أساس أن هذا الاختيار يعبر عن اتجاه إرادتهم الضمنية إلى تطبيق الإجراءات المعمول بها في هذه الدولة، فهم يتوقعون ابتداء تطبيق القواعد الإجرائية لتلك الدولة في حال عدم اتفاقهم على الإجراءات. كما يبرر ذلك أيضاً دور قضاء تلك الدولة المساند لهيئة التحكيم فيما يتعلق بالإجراءات، من المساهمة في تشكيل هيئة التحكيم، ورد المحكمين، وتمدّد مدة التحكيم، واتخاذ ما يلزم من إجراءات وقتية وتحفظية، وإلزام الشهود بالتمثل أمام هيئة التحكيم، وإلزام الخصوم والغير بتقديم ما بين أيديهم من أوراق ومستندات إذا تحققت شروط ذلك، والنظر بدعوى بطلان قرار التحكيم، وغيرها. هذا بالإضافة إلى أنه في مجال تنازع القوانين فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو قانون دولة القاضي، والمحكم كالقاضي، فإنه من المبرر تطبيق القانون الإجرائي في الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات، وهذا يتناسب تماماً مع تطبيق القواعد الإجرائية في مكان إجراء التحكيم. ويبدو أن المادة (1/5/د) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها تسير في هذا الاتجاه، حيث بينت بأن يمكن رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا أثبت المحكوم ضده أن هيئة التحكيم قد خالفت الإجراءات التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو خالفت الإجراءات المعمول بها في مكان التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

ولكن على الرغم من اتجاه المشرع الفلسطيني في إلزام هيئة التحكيم بتطبيق الإجراءات المعمول بها في مكان التحكيم، إلا أننا نرى أن هذا التقييد لحرية هيئة التحكيم منتقد

بشدة، إذا كان يجدر بالمشرع الفلسطيني أن يترك المجال أمام هيئة التحكيم في حال عدم اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية واجبة التطبيق، اختيار الإجراءات التي ترى أنها ملائمة أو مناسبة للنزاع، وعدم فرض الإجراءات المطبقة في مكان إجراء التحكيم، بالتالي السماح لهيئة التحكيم باختيار القواعد الإجرائية سواء المطبقة في مكان إجراء التحكيم، أو السماح لها بتطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع لما في ذلك من توحيد للقانون الذي يحكم الموضوع والقانون الذي يحكم الإجراءات، مما يسهل على هيئة التحكيم فهم هذا القانون بعمق، وتجنب تطبيق قانونين مختلفين على الموضوع والإجراءات وما يحيط ذلك من صعوبات<sup>(640)</sup>. أو السماح لهم أيضا بتطبيق قواعد إجرائية ذاتية.

وبالتالي، فإننا نرى أن المشرع الفلسطيني قد خالف من هذه الناحية العديد من الأنظمة القانونية، التي لا تلزم هيئة التحكيم بتطبيق إجراءات بلد معين، إنما تترك لهيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات التي ترى أنها أكثر ملاءمة ومناسبة لعملية التحكيم. وقد أخذت بهذا التوجه المادة (25) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 والتي نصت على أنه: "إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة". بالتالي فإن هذا النص قد أعطى هيئة التحكيم سلطة واسعة في اختيار القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة، وليس تقييدها باختيار الإجراءات المعمول بها في مكان التحكيم. كما سار على هذا النحو أيضا القانون النموذجي لعام 1985 حيث نصت المادة (19/2) على أنه: "فإن لم يكن ثمة مثل هذا الاتفاق بين الأطراف كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تسير في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة".

ثالثا، يجب على هيئة التحكيم أن تراعي عند اختيارها إجراءات التحكيم، الضمانات الأساسية للتقاضي وعلى رأسها احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهه، وقد أكدت على ذلك المادة (35) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم بنصها على أن: "تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع، وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل طرف منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته".

رابعاً، يجب على هيئة التحكيم أن تحرص عند اختيارها للقواعد الإجرائية التي تطبقها اختيار قواعد من شأنها ضمان الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه في بلد التنفيذ، وتجنب اختيار

(640) بمعنى تطبيق قانون دولة معينة على موضوع النزاع بحيث يتولى تحديد حقوق والتزامات الأطراف، ويطبق قانون نفس الدولة على إجراءات التحكيم أيضا. ويفترض تطبيق هذا القانون ان الأطراف قد اتفقوا على القانون الذي يحكم موضوع النزاع، اي الذي يحكم العلاقة الأصلية التي هي مثار الخلاف بين الأطراف. والحقيقة انه لا يوجد مبرر للتلازم بين تطبيق قانون ذات الدولة على الموضوع والإجراءات، نظرا لعدم وجود علاقة أو تأثير متبادل بينهما، وكذلك لأن مسائل الإجراءات تنور ابتداء منذ تشكيل هيئة التحكيم، في حين ان القانون الواجب التطبيق على الموضوع لا يثور إلا لاحقا عند النظر في الموضوع. إضافة إلى ذلك فإن التحكيم بالصلح لا يقتضي ابتداء تحديد قانون معين ليطبق على موضوع النزاع حيث يتم الفصل بالنزاع وفق قواعد العدالة، وهو لا يمكن بالنسبة للإجراءات.

إجراءات من شأنها أن تعرض قرار التحكيم للطعن بالبطلان في بلد صدوره (641)، وكذلك مراعاة النظام العام في بلد صدور قرار التحكيم وفي بلد التنفيذ.

### المطلب الثالث: تحديد إجراءات التحكيم في التحكيم المؤسسي

إن لجوء الأطراف إلى مركز تحكيم دائم لحسم منازعاتهم، يعني اتجاه إرادتهم الضمنية للخضوع للإجراءات الواردة في أنظمة ولوائح ذلك المركز، والتي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم. ولكن السؤال المطروح بهذا الصدد، هل يحق للأطراف الاتفاق على الإجراءات واجبة التطبيق، واستبعاد الإجراءات المحددة في أنظمة ولوائح ذلك المركز؟

تختلف مراكز التحكيم اختلافا كبيرا فيما بينها في الإجابة على هذا السؤال:

فبعض مراكز التحكيم تفرض الإجراءات المعمول بها ضمن لوائحها على كل تحكيم يعرض عليها، ولا تعطي لإرادة الأطراف في تحديد الإجراءات إلا دورا احتياطيا عند خلو لائحة المركز من تنظيم مسألة إجرائية معينة. وتسير في هذا الاتجاه، غرفة التجارة الدولية بباريس، حيث نصت في المادة (15/1) من لوائحها على أنه: "تحكم هذه اللائحة الإجراءات أمام محكمة التحكيم، وعند سكوت هذا اللائحة تحكمها القواعد التي يحددها الأطراف، أو التي تحددها محكمة التحكيم عند تقاعس الأطراف، سواء أحوالت إلى قانون إجرائي وطني واجب التطبيق على التحكيم أو لم تحل" (642).

في المقابل، تتجه لوائح وأنظمة بعض مراكز التحكيم إلى الأخذ بالإجراءات المتفق عليها وتقديمها على القواعد الإجرائية المقررة في لوائحها. وقد سارت في هذا الاتجاه، المادة (13/أ) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1993 والتي نصت على أنه: "يجري التحكيم وفقا لقواعد لائحة إجراءات مركز التحكيم ما لم يرد نص مغاير في العقد". وتسير في هذا الاتجاه أيضا لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985 حيث نصت في المادة (5) على أنه: "1- للأطراف حرية الاتفاق على إجراءات التحكيم... 2- وفي حالة عدم الاتفاق وعدم وجود قواعد في هذه اللائحة، يكون لمحكمة التحكيم سلطة واسعة في تحديدها...".

وأخيرا توجد لوائح مراكز تحكيم تأخذ بالتحديد الاتفاقي للإجراءات وتجعل القواعد اللائحية لديها مكملة للقواعد الإجرائية المحددة من قبل الأطراف. وهو ما اخذت به المادة (3/2) من لائحة إجراءات التوفيق والتحكيم لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام 1993،

(641) انظر بشأن هذه القيود، أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 180، ص 609 وما بعدها.

(642) تسير في هذا الاتجاه المادة (4/1) من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 بشأن التحكيم التجاري الدولي.

حيث جاء فيها: "تعتبر هذه اللائحة بما ورد فيها من أحكام مفسرة ومكملة لاشتراطات الخصوم واتفاقاتهم بشأن حل نزاعاتهم عن طريق التوفيق والتحكيم لدى مركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري ما لم يرد في تلك الاشتراطات أو الاتفاقات أي تحفظ أو نص يخالف المبادئ والأحكام الواردة في اللائحة". وجاء أيضا في المادة (1/1) من نظام قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: "إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقا لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات وفقا لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة".

ويلاحظ أن معظم لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة، تعطي هيئة التحكيم عند خلو اللائحة من تحديد مسألة إجرائية معينة ولم يتفق الأطراف على تحديد الإجراء الواجب اتباعه، سلطة تحديد تلك الإجراءات وفق وما تراه مناسباً. وقد سارت في هذا الاتجاه، المادة (15/1) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المعدلة عام 2000 بنصها على أنه: "مع مراعاة أحكام هذه القواعد، لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهيب لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته". كما قضت غرفة التجارة الدولية بباريس بأنه: "عند سكوت لائحة التحكيم، تطبق محكمة التحكيم القواعد التي تقدر أنها ملائمة"<sup>(643)</sup>.

وقد تكون القواعد الإجرائية المناسبة أو الملائمة التي تطبقها هيئة التحكيم، قواعد إجرائية تابعة لقانون وطني معين، أو قواعد مطبقة لدى أحد مراكز التحكيم الدائمة، أو قواعد ذاتية مستتبطة من التعامل التجاري الدولي أو السوابق القضائية في مجال التحكيم خصوصا في مجال الاستثمار والعقود الدولية كعقود النقل البحري وعقود الامتياز وعقود نقل التكنولوجيا، أو حتى تطبيق المبادئ العامة المشتركة المتعارف عليها في القانون الدولي والهيئات الدولية بشأن تنظيم مسائل الإجراءات في مجال التحكيم ومن ضمنها القواعد المادية الإجرائية لقانون التجار<sup>(644)</sup>.

يتضح في نهاية هذا المطلب أن دور إرادة الأطراف وكذلك دور هيئة التحكيم في تحديد إجراءات التحكيم، تكون بدرجة أكبر في التحكيم العارض أو تحكيم الحالات الخاصة منه في التحكيم المؤسسي، نظرا لوجود قواعد لائحية في التحكيم المؤسسي يمكن تطبيقها، لا وجود لها في التحكيم العارض.

(643) CCI aff. n° 2879, 1978, Clunet 1979, p. 989, obs. Y. Derains.

(644) تم الأخذ بهذا الاتجاه في قضية التحكيم بين أرامكو والمملكة العربية السعودية بتاريخ 1958/8/23: H. Batiffol, La sentence Aramco et le droit international privé, Rev. Arb. 1964, p. 647 et s.

## المبحث الثاني: تعيين مكان التحكيم

التحكيم كالقضاء، فكما أن لكل محكمة مقر تعقد فيه جلسات المحاكمة وتصدر فيه أحكامها، فإن التحكيم كذلك لا بد له من مقر أو مكان تستطيع هيئة التحكيم الاجتماع فيه للقيام بمهمتها من عقد جلساتها وتسيير إجراءات التحكيم وإصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، ويطلق على هذه المسألة في إطار التحكيم، بتحديد مكان أو مقر التحكيم<sup>(645)</sup>.

وتحديد مكان التحكيم هو مسألة على درجة كبيرة من الأهمية، خصوصا فيما يتعلق بإجراءات التحكيم<sup>(646)</sup>. فتعيين مكان التحكيم في بلد معين، يعطي محاكم تلك الدولة دورا مؤازرا ومساندا لهيئة التحكيم في تخطي العديد من العقبات التي تعترض عملية التحكيم؛ كالمساهمة في تشكيل هيئة التحكيم ورد أعضائها وإقالتهم، وفي تسيير إجراءات التحكيم كالإلزام شاهد بالمثل أمام هيئة التحكيم للإدلاء بشهادته، أو إلزام أحد الخصوم بتقديم مستند هام ومنتج في حسم النزاع موجود بحوزته، أو القيام بالإنابة القضائية في سماع الشهود، وإصدار أمر بإلزام أحد الأطراف بإيداع مبلغ من المال لتغطية نفقات التحكيم والمساعدة في اتخاذ التدابير الوقائية والحفظية، وغيرها من المسائل<sup>(647)</sup>. كما أن قرار التحكيم يصدر في مكان إجراء التحكيم<sup>(648)</sup>، ما يجعل قرار التحكيم أجنبيا، وما يترتب على ذلك من نتائج خصوصا مسألة الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم في بلد أجنبي.

(645) بالنسبة للقضاء الفرنسي، فإن مكان التحكيم لا يعبر عن مكان جغرافي، إنما ينظر إلى مكان التحكيم باعتباره مفهوما "قضائيا"، بمعنى أنه مستقل عن المكان الذي يجري فيه التحكيم فعليا على أرض الواقع سواء كان كليا أو جزئيا، بمعنى أن مكان التحكيم يعد مستقلا عن المكان الذي تعقد فيه جلسات التحكيم من الناحية الفعلية. انظر:

CA Paris, 28 oct. 1997, Rev. arb. 1998, 399, B. Leurent ; CA Paris 3 déc. 1998, Rev. arb. 1999, 601, Ch. Jarrosson.

يلاحظ منذ سنوات ظهور ما يسمى بالتحكيم الإلكتروني، وهذا النوع من التحكيم لا يشترط فيه تحديد مكان جغرافي للقيام بعملية التحكيم، لأنه يعقد في عالم افتراضي، حيث أن عملية التحكيم تجري دون حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم، بل يكفي فيه تبادل المذكرات والطلبات والدفع وأدلة الإثبات إلكترونيا عبر الشبكة، وبعد دراسة القضية وتداولها عبر الإنترنت، تصدر هيئة التحكيم قرارها الحسم في النزاع، يبلغ للأطراف عبر شبكة الإنترنت.

(646) انظر، أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 226، ص 770-773.

H. Verbist, La pratique de la cour internationale d'arbitrage de la CCI en matière de fixation du lieu d'arbitrage, Rev. dr. aff. inter. 1995, p. 100 et s.

(647) انظر على سبيل المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادتين (66) و (68) من اللائحة التنفيذية.

(648) المادة (16/4) من قواعد الأونسترال لعام 1976، والمادة (5/1) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والمادة (60) من لائحة إجراءات مركز التحكيم التجاري لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994، والمادة (i/20) من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994.

وقد بينت المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني آليات تحديد مكان التحكيم، وذلك بنصها على أنه: "إذا لم يتفق أطراف التحكيم على مكان إجرائه فإنه يجرى في المكان الذي تحدده هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه، ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسبا".

استناد إلى هذا النص، توجد طريقتين لتحديد مكان التحكيم: إما باتفاق الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف على مكان التحكيم. إلا أن تعيين مكان التحكيم يقتضي إلقاء الضوء أيضا على كيفية تحديد مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي أو المنتظم الذي يجري في إطار مركز تحكيم دائم.

### المطلب الأول: تعيين مكان التحكيم في التحكيم الحر أو العارض

يتم تعيين مكان التحكيم في التحكيم الحر أو العارض إما باتفاق الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد هذا المكان.

#### الفرع الأول: تعيين مكان التحكيم باتفاق الأطراف

تعطي معظم القوانين والاتفاقيات الدولية ولوائح وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة، دورا أساسيا لإرادة الأطراف في تحديد مكان التحكيم<sup>(649)</sup>. بالتالي فإن الأصل هو التحديد الاتفاقي لمكان التحكيم، حيث يستطيع الأطراف بموجب اتفاق بينهم، اختيار إقليم بلد معين مكانا للتحكيم، والذي يتخذ مرتكزا لعقد جلسات التحكيم وإصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع. ويملك الأطراف حرية واسعة في تحديد مكان التحكيم، خصوصا في التحكيم الحر أو العارض، إذ يمكنهم الاتفاق صراحة أو ضمنا على تحديد مكان التحكيم، كما يمكنهم اختيار مكان التحكيم في اتفاق التحكيم ذاته شرطا كان أو مشاركة تحكيم، أو الاتفاق عليه في مستند المهمة أو في اتفاق مستقل. ولا يهم الوقت الذي يجري فيه الاتفاق على مكان التحكيم، بشرط أن يتم تحديده قبل بدء إجراءات التحكيم.

وعلى الرغم من حرية الأطراف الواسعة في اختيار مكان التحكيم، إلا أن هذه الحرية يقيدتها مجموعة اعتبارات من شأنها تحقيق النتائج المرجوة من اختيار إقليم بلد معين مكانا

(649) أخذت بهذا الاتجاه المادة (16/1) قواعد الأونسترال لعام 1976 حيث نصت: "إذا لم يتفق الأطراف على مكان إجراء التحكيم، تولت هيئة التحكيم تحديد هذا المكان...". وكذلك المادة (20/1) من القانون النموذجي لعام 1985 والتي نصت: "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم". وقد أخذت أيضا بهذا الاتجاه معظم القوانين ومؤسسات التحكيم الدائمة، انظر على سبيل المثال، المادة (28) من قانون التحكيم المصري لعام 1994، والمادة (14/1) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

للتحكيم، وتجنب بعض النتائج السلبية أو غير المتوقعة من إختيار مكان التحكيم<sup>(650)</sup>، ومن هذه الإعتبارات:

■ راعاة اعتبارات السهولة وسرعة الفصل في النزاع: يجب إختيار مكان يسهل وصول الأطراف وممثليهم والشهود والخبراء إليه كإختيار محل إقامة الأطراف مكانا للتحكيم، أو مراكز أعمالهم، أو المكان الذي تتركز فيه الأموال المتنازع عليها، وأن تتوفر في هذا المكان سبل الاتصالات وسهولة الحصول على تأشيرات الدخول، وسهولة السفر.

■ مراعاة ظروف النزاع: يجب مراعاة ظروف النزاع وملابساته، كإمكانية معاينة الأموال المتنازع عليها، وكل ما يتعلق بالتحقيق والاستجواب والمعاينة وسماع الشهود. كما أنه إذا كان النزاع يتعلق باتفاق استثمار مثلا يفضل إختيار قانون دولة محايدة وليست دولة جنسية أحد الأطراف أو مكان مركز أعماله أو مكان تنفيذ عقد الاستثمار، مع أن ذلك غير إلزامي بالنسبة للأطراف، حيث يمكنهم إختيار بلد جنسية أو إقامة أحد أطراف النزاع.

■ مراعاة اعتبارات الفاعلية وإمكانية تنفيذ قرار التحكيم: إن إختيار مكان التحكيم في دولة معينة قد يسهل الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كانت الدولة موقعة على اتفاقية نيويورك أو اتفاقية الرياض بين الدول العربية. حيث يعتبر قرار التحكيم الصادر في مكان التحكيم، ومن ثم يكون قرارا أجنبيا إذا صدر في الخارج، مع ما يترتب على ذلك من صعوبة في الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم مقارنة بقرار التحكيم الداخلي، لذلك يفضل إختيار مكان التحكيم في دولة موقعة على اتفاقية نيويورك لعام 1958.

■ كما أن إختيار مكان التحكيم في دولة معينة، قد يؤدي إلى تطبيق القواعد الإجرائية المعمول بها في تلك الدولة عند تخلف اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية واجبة التطبيق على النزاع. بل إن مخالفة القواعد الإجرائية في مكان التحكيم قد يكون سببا لرفض تنفيذ قرار التحكيم.

■ إن الطعن ببطلان حكم التحكيم يكون أمام المحكمة المختصة في مكان التحكيم، وأسباب الطعن تختلف اتساعا وضيقا حسب كل دولة، وهذا يثير مسألة إمكانية التنازل عن الطعن بالبطلان، فبعض الدول لا تجيز هذا التنازل، وبعضها الآخر يجيز استئناف قرار التحكيم.

■ تخضع إجراءات التحكيم لقانون دولة مكان التحكيم، خصوصا القواعد الآمرة منها، وإذا كان هذا القانون يجيز صدور قرار التحكيم دون تسبيب ويكون صحيحا، فقد يصدر قرار التحكيم غير مسبب مما يثير صعوبة في تنفيذه في الخارج. وقد يجيز قانون

(650) أكثم أمين الخولي، صياغة اتفاق التحكيم، محاضرات في التحكيم، إعداد المحامي وليد عناني، المكتبة القانونية، دمشق - حرستا، 2003، ص 46-59، خصوصا ص 52 وما بعدها.

مكان التحكيم صدور قرار التحكيم من عدد زوجي من المحكمين، بينما تتطلب معظم القوانين أن يكون عددهم وترا، ما يثير صعوبات جمة في تنفيذ قرار التحكيم الصادر في بلد معين في الخارج.

■ قد يؤدي سوء اختيار مكان التحكيم إلى ضياع الحق كاملا، ذلك أن بعض الدول تعتبر التقادم مثلا مسألة إجرائية وليست موضوعية، وبالتالي تخضع لقانون دولة مكان التحكيم، فقد يكون الحق قد سقط بالتقادم في دولة مقر التحكيم، في حين أن قانون دولة أخرى تجعله أطول، فمدة التقادم مهمة بالنسبة للطرف الذي يريد الحصول على حقه. لهذا من الأفضل بل وينصح الأطراف بتحديد مكان التحكيم صراحة وذلك بعد دراسة ظروف النزاع من جميع جوانبه.

فمن ضمن القواعد التي جسدها المادة (14) من قواعد اللجنة الاقتصادية لآسيا والشرق الأقصى التابعة للأمم المتحدة لعام 1966<sup>(651)</sup>، أنه يجب أن يراعى عند اختيار هيئة التحكيم :

- ملاءمة المكان للطرفين.
- المحل الموجود فيه البضاعة والوثائق الخاصة بها.
- وجود الشهود وإمكانية المعاينة والتحقيق.
- الاعتراف وتنفيذ اتفاق التحكيم وقرار التحكيم.
- المزايا التي يمكن أن تتحقق عند إجراء التحكيم في بلد المدعى عليه.

ويجب في كل الأحوال التزام هيئة التحكيم بالمكان الذي اختاره الأطراف مقرا للتحكيم<sup>(652)</sup>، حيث جاء في اتفاقية نيويورك لعام 1958 في المادة (5/ فقرة 1- د) أنه يجوز رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه متى ثبت أن: "تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق".

(651) تسمى هذه القواعد، بـ PEAPERTES international commercial Arbitration.

(652) وقد انقسم الفقه بشأن مدى جواز مخالفة هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف حول مكان التحكيم، والجزء المترتب على مخالفة هيئة التحكيم لذلك الاتفاق. حيث يرى الدكتور أحمد أبو الوفا أنه إذا اتفق الخصوم مقدما على إجراء التحكيم في مكان ما فمن الواجب احترام هذا الاتفاق. ما لم يجد من الأحداث ما يبرر مخالفته. ولا يترتب ثمة بطلان في هذا الصدد إلا إذا كان هناك إخلال بحقوق الدفاع. كما إذا اتفق على إجراء التحكيم في المكان الذي تمت فيه الحادثة مصدر الالتزام الذي تقوم عليه الخصومة، ومع ذلك تم التحكيم في مكان غيره دون معينته وفقا لما يشف عنه اتفاق الخصوم: أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، البند 95، ص 226. ويعارض الدكتور أحمد سلامة هذا الرأي ويرى أن البطلان هو مصير مثل هذه المخالفة، حتى لو وجدت ظروف مبررة وحتى لو تم احترام حقوق الدفاع، وذلك على أساس مخالفة هيئة التحكيم لاتفاق التحكيم بما في ذلك الإجراءات المتفق عليها: أحمد سلامة، المرجع السابق، البند 228، ص 780.



## الفرع الثاني: تعيين مكان التحكيم من قبل هيئة التحكيم

إذا لم يتفق الأطراف على تحديد مكان التحكيم أو سهواً أو تقاعسوا عن ذلك، فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى تحديد مكان التحكيم. وقد أخذت بهذا الاتجاه معظم القوانين ومعظم لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة. والغالب أن يكون هذا المكان في الدولة التي يوجد فيها مقر مركز أو مؤسسة التحكيم الدائمة، بل توجد قرينة شبه قاطعة على ذلك عند تخلف اتفاق الأطراف حول تحديد مكان التحكيم<sup>(653)</sup>. وقد أشارت إلى هذا الأمر المادة (4) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 حيث جاء فيها: "تجري إجراءات التحكيم في مقر المركز". وبينت المادة (14/1) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه في حال عدم اتفاق الأطراف على تحديد مكان التحكيم تولت المحكمة الدولية للتحكيم بالغرفة تحديد هذا المكان.

## المطلب الثاني: تعيين مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي أو المنتظم

على الرغم من عدم تعرض قانون التحكيم الفلسطيني لكيفية تحديد مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي أو المنتظم، إلا أنه تعرض لهذا الأمر بشكل ضمني في معرض بيانه لصلاحيات مؤسسات التحكيم، وذلك في المادة (10) منه حيث نصت على أنه: "بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون إذا عين اتفاق التحكيم مؤسسة تحكيم فإنه يتم في إطار قواعدها تنظيم إجراءات التحكيم بما في ذلك صلاحية تعيين هيئة التحكيم والإشراف عليها...".

بناء عليه، فإن لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة هي التي تتولى تحديد مكان التحكيم<sup>(654)</sup>. فقد نصت المادة (14/1) من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "تحدد المحكمة مكان التحكيم، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على هذا المكان". ونصت المادة (16/1) من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم، تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم".

في العادة، يتمتع الأطراف عن تحديد مكان التحكيم في التحكيم المؤسسي، حيث يترك للمركز تحديد مكان التحكيم وفق القواعد المبينة في أنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدائمة.

(653) أحمد سلامة، المرجع السابق، بند 229، ص 782،

(654) انظر المادة (7/1) من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA لعام 1985، والمادة (11) من لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم AAA لعام 1994، والمادة (6) من لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994، والمادة (i/20) من نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام 1994.

وقد نصت المادة (16) من قواعد الأونسترال لعام 1976 على أنه:

1. إذا لم يتفق الطرفان على مكان إجراء التحكيم تتولى هيئة التحكيم تحديد هذا المكان مع مراعاة ظروف التحكيم.
2. لهيئة التحكيم تحديد محل إجراء التحكيم داخل الدولة التي اختارها الطرفان ولها سماع الشهود وعقد الاجتماعات للمداولة بين أعضائها في أي مكان تراه مناسبا مع مراعاة ظروف طرفي التحكيم.
3. لهيئة التحكيم أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا لمعينة بضائع أو أموال أخرى أو لفحص المستندات وفي هذه الحالة يجب إخطار الطرفين بوقت كاف قبل ميعاد هذه المعينات أو الفحوصات ليتمكنوا من الحضور وقت إجرائها.
4. يصدر قرار التحكيم في مكان إجراء التحكيم".

وفرضت المادة (20/1) من القانون النموذجي لعام 1985 على هيئة التحكيم عند تعيينها لمكان التحكيم، أن تأخذ بعين الاعتبار ظروف المكان وملاءمة المكان للطرفين.

لكن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية تقيد حرية الأطراف والمحكمين في تحديد مكان التحكيم. وفعلى سبيل المثال، يجعل نظام مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن لعام 1966، مقر المركز - البنك الدولي للإنشاء والتعمير - مكانا للتحكيم بصفة أصلية (م 62)، ولكن الاتفاقية ذاتها تجيز للأطراف إذا كانوا قد اتفقوا على إجراءات التحكيم، أن يختاروا إجراء التحكيم لدى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، أو غيرها من مراكز التحكيم سواء كانت عامة أم خاصة، بشرط أن يوجد بينها وبين المركز اتفاقات بهذا الشأن، كما يجوز أن يجري التحكيم في مكان آخر تختاره محكمة التحكيم ذاتها بعد التشاور مع الأمانة العام للمركز (م 63).

وسواء كان التحكيم تحكيما خاصا أم مؤسسيا، ومهما كانت الجهة التي تحدد مكان التحكيم، سواء كان الأطراف أنفسهم أو هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم الدائمة وفق أنظمتها وقواعدها، فإن ذلك لا يمنع هيئة التحكيم من عقد جلسة أو أكثر في مكان آخر مراعاة لظروف معينة، كسماع شاهد، أو الاستماع للخبراء، أو للاطلاع على مستندات، أو معينة أموال أو مسائل متعلقة بالمال محل النزاع، أو لإجراء المداولة بين أعضائها. إلا أنه يجب على هيئة التحكيم في جميع الأحوال مراعاة أمرين في ذلك:

- مراعاة ظروف المكان بالنسبة للأطراف وظروف النزاع وهيئة التحكيم، بحيث يكون باستطاعة الأطراف وممثليهم الحضور بسهولة ويسر، وأن يكون مكان التحكيم مناسبا

للسير في إجراءات التحكيم، مع تبليغ الأطراف بذلك خلال مدة كافية معقولة.

■ احترام مبادئ المساواة والمواجهة وحقوق الدفاع، ما يقتضي السماح للأطراف بتقديم طلباتهم ودفعهم وأدلة إثباتهم.

وقد أكدت على هذا الأمر المادة (21) من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث جاء فيها: "... مع مراعاة ظروف النزاع وملاءمة المكان لأطرافه، ويجوز لهيئة التحكيم عقد جلسة أو أكثر في أي مكان تراه مناسباً". وإذا حصل ذلك وعقدت هيئة التحكيم جلسة أو أكثر في مكان آخر، فإن مكان التحكيم المعين يظل هو مكان التحكيم<sup>(655)</sup>.

(655) انظر في ذات الاتجاه: المادة (28) من قانون التحكيم المصري، والمادة (14/2) من لائحة إجراءات التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (16/2 و 3) من قواعد الأونسترال لعام 1976، والمادة (20/2) من القانون النموذجي لعام 1985.

## المبحث الثالث: إجراءات خصومة التحكيم

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول بدء وسير إجراءات التحكيم، ونتناول في الثاني إجراءات التحقيق في خصومة التحكيم.

### المطلب الأول: بدء وسير إجراءات التحكيم

من الأهمية بمكان تحديد اللحظة أو الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم. وتبدو أهمية تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم في حساب المدد: حساب مدة التحكيم على أساس أن هيئة التحكيم ملزمة بإنهاء مهمتها خلال هذه المدة وتفقد صفتها كهيئة تحكيم بانقضائها، وحساب المدد والمهل المتعلقة بإجراءات التحكيم والتي يقررها القانون أو تمنحها هيئة التحكيم للأطراف لتقديم طلباتهم ودفعهم ومستنداتهم وأدلة إثباتهم، وكذلك المدد فيما يتعلق بقطع التقادم وتحديد لحظة بدء سريان الفوائد القانونية<sup>(656)</sup>.

وقد نظم قانون التحكيم الفلسطيني لحظة بدء إجراءات التحكيم في المادة (20) بنصه على أن: "تباشر هيئة التحكيم عملها فور إحالة النزاع إليها بعد قبولها مهمة التحكيم بين الأطراف". بالتالي فإن إجراءات التحكيم تبدأ من اللحظة التي يقدم فيها المدعي إلى هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم طلبا مكتوبا مشتملا على (اسم كل من المدعي والمدعى عليه وألقابهم وصفاتهم وجنسياتهم وعنوانينهم، وبيان موضوع النزاع ووقائعه وأدلته مع تحديد الطلبات، واسم المحكم المختار إن وجد، ونسخة من اتفاق التحكيم والوثائق المتعلقة بالنزاع)<sup>(657)</sup>.

### الفرع الأول: تقديم الطلبات واللوائح

بعد تلقي طلب التحكيم (ودفع الرسوم في التحكيم المؤسسي)، تقوم هيئة التحكيم بإشعار مقدم الطلب بأنها تسلمت طلب التحكيم، وتقوم بإخطار المدعي عليه بنسخة منه خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها الطلب بكتاب مسجل بعلم الوصول<sup>(658)</sup>. وإذا وجدت هيئة التحكيم أن طلب التحكيم ناقص، فيجوز لها أن تحدد مدة زمنية معينة يجب على المدعي أن يرسل خلالها إلى المدعى عليه وهيئة التحكيم بيانا خطيا يتضمن ادعاءاته والمسائل محل النزاع وطلباته مرفقا بها الوثائق والمستندات التي يستند إليها في دعواه<sup>(659)</sup>. وإذا تخلف المدعي عن تقديم هذا

(656) انظر المادة (5/1) من لائحة إجراءات التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، حيث جعلت وقت رفع الدعوى سببا لقطع التقادم وبدء سريان الفوائد القانونية.

إن اللجوء إلى التحكيم تنفيذا لاتفاق التحكيم، كما القضاء العادي، يعتبر إجراء يقطع التقادم المسقط:

Civ. 2<sup>e</sup>, 11 déc. 1985, JCP G 1986, II, 20677, note Taisne.

(657) انظر المادة (36/1) من اللائحة التنفيذية، والمادة (23/1) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(658) المادة (37) من اللائحة التنفيذية.

(659) المادة (36/2) والمادة (38/1) من اللائحة التنفيذية.

البيان الخطي خلال المدة المحددة له دون عذر مقبول، يجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعى عليه أن تقرر رد إيداع المدعي<sup>(660)</sup>.

يجب على المدعى عليه أن يقدم خلال (30) يوماً من تاريخ إخطاره بطلب التحكيم وتسلمه بيان المدعي ومشتملاته، أن يتقدم بمذكرة جوابية وافية تتضمن دفعه وطلباته المقابلة إن وجدت مرفقا معها نسخا عن المستندات التي يستند إليها في طلباته المقابلة وفي دحض ادعاءات المدعي، ويرسل نسخا عنها إلى المدعي وهيئة التحكيم<sup>(661)</sup>. ويحق لهيئة التحكيم إهمال المدعى عليه مدة إضافية مناسبة لتقديم لائحته الجوابية<sup>(662)</sup>، وقد حددت اللائحة التنفيذية هذه المدة الإضافية بمدة لا تزيد عن (20) يوماً<sup>(663)</sup>. وإذا تخلف المدعى عليه عن تقديم مذكرته الجوابية خلال المدة المحددة دون عذر مقبول، فيجب على هيئة التحكيم بناء على طلب المدعي الاستمرار في إجراءات التحكيم، مع عدم اعتبار ذلك إقرارا من المدعى عليه بادعاء المدعي، وفي هذه الحالة يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قرارا غيابيا استنادا إلى ما تم تقديمه أمامها من عناصر وأدلة إثبات<sup>(664)</sup>.

### الفرع الثاني: التبليغات والإخطارات

تجري التبليغات والإخطارات المتعلقة بخصومة التحكيم بمعرفة هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، ويكون عن طريق مراسلين أو جهات رسمية، سواء كان الإجراء بناء على طلب أطراف التحكيم أو هيئة أو مؤسسة التحكيم، وعلى الجهات الرسمية المختصة أن تساعد هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم على أداء مهمتها كلا في حدود اختصاصاتها<sup>(665)</sup>.

وتحرر التبليغات والإخطارات باللغة العربية من نسختين أو أكثر حسب عدد أطراف التحكيم، وإذا كان أحد الأطراف أجنبيا، يرفق مع الإخطار أو التبليغ ترجمة قانونية له. ويتضمن الإخطار أو التبليغ البيانات التالية: (اليوم، التاريخ، الساعة التي جرى فيها الإخطار، واسم طالب التبليغ وصفته ووظيفته ومهنته، واسم من يمثله بالكامل وصفته وموطنه، واسم الشخص المراد تبليغه ولقبه وعنوانه بالكامل، واسم المراسل أو الجهة التي ستقوم بالتبليغ، واسم هيئة أو مؤسسة التحكيم ومقرها وموضوع الإجراء والتاريخ المحدد له)<sup>(666)</sup>.

(660) المادة (26/1) من قانون التحكيم، والمادة (38/2) من اللائحة التنفيذية.

(661) المادة (23/2) من قانون التحكيم، والمادة (39/1) من اللائحة التنفيذية.

(662) المادة (23/2) من قانون التحكيم.

(663) المادة (39/1) من اللائحة التنفيذية.

(664) المادة (26/2) من قانون التحكيم، والمادة (39/2) من اللائحة التنفيذية.

(665) المادة (40) من اللائحة التنفيذية.

(666) المادة (41) من اللائحة التنفيذية.

وتبلغ الأوراق المطلوب إعلانها إلى الشخص المراد تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو محل إقامته المعتاد أو على عنوانه البريدي المحدد في اتفاق التحكيم أو في العقد المنظم للعلاقة التي تناولها التحكيم أو الموطن المختار المحدد بمعرفة أطراف التحكيم - كل ذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك - ويوقع على استلامه التبليغ<sup>(667)</sup>. وفي حال عدم وجود الشخص المراد تبليغه، تسلم الأوراق إلى وكيله أو المسؤول عن إدارة أعماله أو من يعمل في خدمته أو إلى المقيمين معه من الأزواج والأقارب والتابعين، على أن يوقع من تسلم الأوراق باستلامها<sup>(668)</sup>.

وإذا لم يجد المراسل أو جهة التبليغ من يصح تسليم الأوراق إليه، أو امتنع من وجده من المذكورين أعلاه عن الاستلام، وجب عليه بيان ذلك في أصل ورقة التبليغ<sup>(669)</sup>.

أما إذا كان المطلوب تبليغه شخص معنوي<sup>(670)</sup>، فيجب تبليغه كما يلي:

- الدولة: يسلم للوزراء أو مدراء الجهات الحكومية أو من يقوم مقامهم حسب الاختصاص.
- الأشخاص العامة: يسلم إلى ممثلها القانوني أو من يقوم مقامه.
- الشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة: يسلم في مراكز إدارتها المبين في السجل التجاري أو لرئيس مجلس إدارتها أو المدير العام أو لمن يقوم مقامه من العاملين.
- بالنسبة للشركات الأجنبية التي لها فروع أو وكيل في فلسطين: يسلم لهذا الفرع أو الوكيل.

### الفرع الثالث: مصاريف التحكيم

يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر إلزام الأطراف بإيداع أي مبلغ تراه مناسباً لتغطية المصاريف التي قد تنشأ عن عملية التحكيم (المصاريف اللازمة أو التي قد تلزم لتغطية مصاريف التحكيم)، شريطة أن ينص اتفاق التحكيم صراحة على قبول هذا المبدأ<sup>(671)</sup>. أما إذا لم يقر الأطراف بالاتفاق على إعطاء هذه الصلاحية لهيئة التحكيم، أو لم يقر الطرف المكلف بدفع المبلغ الذي حددته هيئة التحكيم في حال الاتفاق على إعطائها هذه الصلاحية، فيحق عندها لهيئة التحكيم الطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بذلك.

ويودع المبلغ الذي تقررر هيئة التحكيم لدى صندوق المحكمة المختصة، وإذا امتنع أي من الأطراف أو كليهما عن إيداع المبلغ لتغطية نفقات التحكيم الذي أمرت به هيئة التحكيم،

(667) المادة (42/1) من اللائحة التنفيذية. انظر أيضاً المادة (25) من قانون التحكيم.

(668) المادة (42/2) من اللائحة التنفيذية.

(669) المادة (43) من اللائحة التنفيذية.

(670) المادة (44) من اللائحة التنفيذية.

(671) المادة (34) من قانون التحكيم، والمادة (67/1) من اللائحة التنفيذية.

أصدرت المحكمة المختصة أمرا بذلك، ويشترط لإيداع المبلغ أو صرفه أو صرف أي جزء منه موافقة المحكمة المختصة<sup>(672)</sup>.

### الفرع الرابع: جلسات التحكيم وحضور الأطراف وتغييبهم

تنص المادة (24) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "تحدد هيئة التحكيم موعدا لحضور الأطراف وتبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد بوقت كاف، وتستمتع للأطراف، ويجوز لها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفق الأطراف على ذلك".

بناء عليه، يجب على هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم أن تقوم بتحديد موعد لحضور الأطراف لجلسة التحكيم، وعليها أن تبلغهم بذلك قبل التاريخ المحدد للجلسة بسبعة أيام على الأقل<sup>(673)</sup>.

وفي اليوم المعين لنظر النزاع، يحضر الخصوم بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم بموجب وكالة محام أو وكالة صادرة عن الكاتب العدل أو أية جهة رسمية أخرى مصدقة حسب الأصول، وتودع صورة من الوكالة بملف النزاع بعد الاطلاع على الأصل من هيئة التحكيم أو مؤسسة التحكيم، ودون الإخلال بحقها بطلب حضور أيا من الأطراف شخصيا إذا اقتضى الأمر ذلك<sup>(674)</sup>.

وقد بينت المادة (47) من اللائحة التنفيذية الأحكام المتعلقة بالتغيب عن الجلسات: ففي حال تغيب أحد الأطراف أو من يمثله عن الجلسة الأولى، وكانت هيئة التحكيم قد تحققت من أنه قد أعلن لشخصه، فلها أن تقضي بالنزاع متى كان الأطراف قد أودعوا ملف النزاع ومذكرات بطلباتهم ودفعوهم ومستنداتهم، ويعتبر القرار في هذه الحالة حاضوريا. أما إذا لم يكن قد أعلن لشخصه، فعلى هيئة التحكيم التأجيل إلى جلسة تالية يعلن بها الطرف الغائب، وإذا تعدد الأطراف المدعى عليهم وكان بعضهم قد أعلن لشخصه والبعض الآخر لم يعلن لشخصه وتغيبوا جميعا أو تغيب من لم يعلن لشخصه وجب على هيئة التحكيم في غير حالات الاستعجال تأجيل نظر النزاع إلى جلسة تالية يعلن بها الأطراف الغائبين، ويعتبر القرار حاضوريا في حق الأطراف المتخلفين عن الحضور في الجلسة التالية. وكذلك يعتبر القرار حاضوريا إذا حضر الطرف الغائب أو من يمثله في أية جلسة من الجلسات أو أودع مذكرة بدفاعه في النزاع. وفي جميع الأحوال إذا حضر الطرف الغائب قبل انتهاء الجلسة، أعتبر كل قرار صدر فيها كأن لم يكن<sup>(675)</sup>.

أما إذا تبين لهيئة التحكيم أن غياب أحد الأطراف عن حضور الجلسة، كان بسبب بطلان إعلانه أو تبليغه بموعدها، وجب عليها تأجيل نظر النزاع إلى جلسة تالية يعاد إعلانه بها إعلانا صحيحا<sup>(676)</sup>.

(672) المادة (67/2) من اللائحة التنفيذية.

(673) المادة (45) من اللائحة التنفيذية.

(674) المادة (46) من اللائحة التنفيذية.

(675) المادة (47) من اللائحة التنفيذية.

(676) المادة (48) من اللائحة التنفيذية.

ولا يجوز لهيئة التحكيم بغير عذر مقبول تأجيل نظر النزاع لأكثر من مرة لذات السبب عندما يكون راجعا إلى أحد الأطراف<sup>(677)</sup>.

وتنص المادة (35) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "1- لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته وأوجه دفاعه خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا من تعطيل الفصل في النزاع. 2- بعد اختتام بينات الأطراف تصدر هيئة التحكيم قرارا بحجز القضية للحكم مع السماح للأطراف بتقديم مذكرات ختامية لمن يرغب منهم خلال المدة التي تحددها الهيئة".

### المطلب الثاني: إجراءات التحقيق في خصومة التحكيم

يجب على هيئة التحكيم الاستماع إلى بينات أطراف النزاع، ويجوز لها أن تكتفي بتقديم المذكرات والوثائق إذا اتفق الأطراف على ذلك<sup>(678)</sup>. وتقوم هيئة التحكيم بتدوين وقائع كل جلسة في محضر توقعه حسب الأصول وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه<sup>(679)</sup>. وتدوين هذا المحضر هو أمر في غاية الأهمية، وعدم مراعاته قد يترتب عليه بطلان أو فسخ قرار التحكيم، وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف رام الله، بقولها: "... يتوجب على المحكمين كتابة محضر تحكيم ليتسنى للمحكمة مراقبة إجراءات التحكيم ومدى تقيد المحكمين بشروط التحكيم والمبادئ الأساسية في التقاضي وأن صريح المادة الخامسة من قانون التحكيم واضحة بهذا الشأن.... وبالرجوع إلى ملخص الخلاف القائم بين الطرفين لا يوجد ما يشير لموضوع صك التحكيم ويخلو من البيانات التي استمع إليها المحكمين ولا يوجد هناك محاضر جلسات مكتوبة أو منظمة بجلسات حسب الأصول ولا يوجد ما يشير إلى تلاوة قرار التحكيم ولا حتى مكان صدور هذا القرار ولا يتضمن الإشارة إلى الرسوم أو المصاريف المطلوبة واتعاب هيئة التحكيم، وبالتالي فإن هذا القرار المستأنف حقيقة جاء مخالفا لصريح المادة 39 من قانون التحكيم وكذلك المادة 40 منه وأن صريح المادة 43 من قانون التحكيم بفقرتها 6 تؤكد حقيقة بطلان قرار التحكيم..."<sup>(680)</sup>. في المقابل فإن محكمة التمييز الأردنية تسير في اتجاه مخالف للمحكمة الفلسطينية، فلا ترتب البطلان على عدم تنظيم محضر للتحكيم<sup>(681)</sup>.

(677) المادة (51) من اللائحة التنفيذية.

(678) المادة (49) من اللائحة التنفيذية.

(679) المادة (27) من قانون التحكيم.

(680) استئناف مدني رام الله رقم 2009/345 بتاريخ 2010/6/14، المقضي.

(681) تقول المحكمة في هذا الصدد: "إذا كان قرار التحكيم لا يوجد فيه مخالفة من المخالفات والأحوال الواردة في المادة 13 من قانون التحكيم فيتعين تصديقه وكذلك فإن عدم تنظيم محاضر التحكيم لا يبطل إجراءات التحكيم ولا يجعل قرار التحكيم باطلاً: تمييز حقوق أردني، رقم 2003/1919، بتاريخ 2003/9/14، عدالة.



وفي جميع الأحوال، تحتفظ هيئة التحكيم بحقها في أن تطلب من الأطراف تقديم أصول المستندات المبرزة أمامها إلا إذا اتفق الأطراف على الإكتفاء بصور عن تلك المستندات<sup>(682)</sup>.

ويتعين على هيئة التحكيم أن تمكن كل طرف من أطراف التحكيم من تقديم دفوعه كتابة أو شفاهة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي تحددها، ويراعى أن يكون المدعي عليه آخر من يتكلم، وتقوم هيئة التحكيم باستيفاء كافة الأوراق والمستندات اللازمة للنزاع، ومن ثم تهيئتها للفصل فيها.

يتولى رئيس هيئة التحكيم ضبط الجلسة وإدارتها وتوجيه الأسئلة إلى الأطراف أو الشهود، ولكل محكم عضو في هيئة التحكيم الحق في توجيه الأسئلة إلى الأطراف أو الشهود من خلال رئيس هيئة التحكيم.

يجوز لأطراف التحكيم في أية مرحلة من مراحل نظر النزاع أن يطلبوا إلى هيئة التحكيم إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة من إقرار أو صلح أو تنازل أو غير ذلك وتصدر هيئة التحكيم قراراً بذلك.

ويحق لأي طرف من أطراف التحكيم طلب تأجيل النزاع مدة مناسبة تقدرها هيئة التحكيم لتقديم ما لديه من أوراق أو مستندات أو أية ملاحظات تكون منتجة في النزاع، ويجوز لهيئة التحكيم تأجيل نظر النزاع أو تكرار التأجيل لمدة أخرى تراها مناسبة إذا رأت مبرراً لذلك<sup>(683)</sup>.

تستمع هيئة التحكيم إلى بينات الأطراف، وتقوم بإثبات الوقائع والإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر تحرره هيئة التحكيم مثبتاً فيه تاريخ ومكان انعقاد الجلسة وأسماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف التحكيم، ويدون فيه كل ما يدور في الجلسة من أقوال وأفعال، ويوقع على المحضر رئيس هيئة التحكيم وأعضائها وأطراف التحكيم، وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه<sup>(684)</sup>.

ويجوز 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 التالية:

- 1- إذا كان المستند مشتركاً بينه وبين خصمه، وبوجه خاص إذا كان المستند محرراً لمصلحة الطرفين أو مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.
- 2- إذا كان الطرف الذي يكون المستند تحت يده، قد استند إليه في أية مرحلة من مراحل نظر النزاع.
- 3- إذا كان المستند من الأوراق أو المستندات التي يجيز القانون مطالبته بتقديمها أو تسليمها<sup>(685)</sup>.

(682) المادة (23/3) من قانون التحكيم.

(683) المادة (55) من اللائحة التنفيذية.

(684) المادة (56) من اللائحة التنفيذية.

(685) المادة (57/1) من اللائحة التنفيذية.

ويجب أن يتضمن الطلب بإلزام أحد الأطراف بتقديم ما لديه من مستندات منتجة في النزاع ما يلي: ذكر أوصاف المستند بقدر ما يمكن من التفصيل، والواقعة التي يستدل بها على المستند، ومجموع الأدلة والقرائن والظروف التي تؤيد أن المستند تحت يد الطرف الآخر، وسبب إلزام الطرف الآخر بتقديم المستند الذي يكون تحت يده<sup>(686)</sup>.

وتنص المادة (32) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "1- إذا طعن أمام هيئة التحكيم بالتزوير في مستند جوهري ومرتببط بموضوع النزاع فيكلف الطرف الطاعن بإثبات طعنه أمام الجهات المختصة. 2- توقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن بالتزوير إذا أثبت الطاعن أنه تقدم بإدعائه إلى الجهات المختصة خلال أسبوع من تاريخ تكليفه بذلك".

ويجوز لأطراف النزاع التعديل في طلباتهم وأوجه دفاعهم أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا من تعطيل الفصل في النزاع<sup>(687)</sup>.

ويجوز لكل طرف أن يتولى الإدلاء بأقواله بنفسه أو أن يوكل عنه أحد المحامين. وتكون جلسات المرافعات الشفوية وسماع الشهود سرية إلا إذا طلب الأطراف اجراءها علانية<sup>(688)</sup>.

### الفرع الأول: لغة التحكيم

أجاز المشرع لأطراف التحكيم، الاتفاق على استعمال لغة معينة تجري فيها المرافعات وتدون فيها المذكرات واللوائح أو تترجم إليها الوثائق. وفي حال عدم اتفاقهما على لغة التحكيم، فإن التحكيم يجري باللغة العربية. أما إذا تعدد أطراف التحكيم، فلهيئة التحكيم أن تحدد اللغة أو اللغات التي تعتمد عليها، ولها أن تكلف أي طرف بتقديم الوثائق المكتوبة مترجمة إلى اللغة أو اللغات المعتمدة أمامها، ويحق لها أيضا الاستعانة بمرجم مرخص عند تعدد لغات أطراف التحكيم أو لسماع أقوال الشهود والخبراء<sup>(689)</sup>.

### الفرع الثاني: طلب الشهود

يحق لهيئة التحكيم بناء على طلبها أو طلب أي طرف من أطراف التحكيم، دعوة أي شاهد للحضور أمامها للشهادة أو لإبراز أي مستند<sup>(690)</sup>.

ويجب على الطرف الذي يطلب سماع أقوال شاهد أن يبين الوقائع المراد إثباتها كتابة أو شفاهة،

(686) المادة (57/2) من اللائحة التنفيذية.

(687) المادة (35/1) من قانون التحكيم.

(688) المادة (50) من اللائحة التنفيذية.

(689) المادة (22) من قانون التحكيم.

(690) المادة (28/1) من قانون التحكيم.

وأن يصطحب معه الشاهد أو الشهود الذين يطلب سماع أقوالهم في الجلسة المحددة لذلك، ويتم مثل الشاهد أو الشهود وسماع أقوالهم أمام هيئة التحكيم حسب الأصول المرعية، وللطرف الآخر الحق في نفي الوقائع محل الشهادة بذات الطريقة<sup>(691)</sup>. ويحق لهيئة التحكيم والأطراف مناقشة الشاهد أو الشهود.

وفي جميع الأحوال، يجب على هيئة التحكيم تبليغ الأطراف والشهود بالموعد المحدد لأداء الشهادة، وأن تكون هذه المدة كافية (الأونسترال حددتها بـ 15 يوماً على الأقل قبل تاريخ جلسة الاستماع).

وإذا رفض الشاهد المثلث أمام هيئة التحكيم، فلها أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار أمر بتأمين حضوره في التاريخ المحدد في الطلب<sup>(692)</sup>. أما إذا كان الشاهد يقيم خارج دائرة اختصاص المحكمة وكان يتعذر عليه المثلث أمامها، فيحق لهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة إصدار قرار بالإجابة في سماع أقواله<sup>(693)</sup>. ويجوز أيضاً تقديم الشهادات مكتوبة. ولهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة اتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة.

### الفرع الثالث: الخبرة والمعينة

تنص المادة (30) من قانون التحكيم على أنه: "يحق لهيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها تعيين خبير أو أكثر بشأن مسألة تحدها، وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات ومستندات متعلقة بهذه المسألة".

استناداً إلى هذا النص، تملك هيئة التحكيم بناء على طلب أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها أن تعين خبيراً أو أكثر لتقديم تقرير فني بشأن بعض المسائل أو الوقائع الفنية والمادية المنتجة في النزاع. ويجب على هيئة التحكيم أن تذكر في منطوق قرارها المتعلق بتعيين خبير بياناً دقيقاً لمهمة الخبير والتدابير العاجلة التي يؤذن له باتخاذها وتقدير لأتعاب الخبير والطرف الذي يتحملها والأمانة التي تودع لحساب مصروفات الخبير<sup>(694)</sup>.

وإذا تضمن القرار الصادر بتعيين خبير تكليف أحد الأطراف بإيداع أمانة لحساب مصروفات الخبير وتخلف عن إيداعها، فإن الخبير المعين لا يكون ملزماً بأداء مهمته، وليس للطرف المكلف أن يتمسك بالقرار الصادر بتعيين خبير إذا وجدت هيئة التحكيم أن تخلفه عن ذلك كان بغير عذر مقبول<sup>(695)</sup>.

(691) المادة (59) من اللائحة التنفيذية.

(692) المادة (28/2) من قانون التحكيم.

(693) المادة (29) من قانون التحكيم.

(694) المادة (60/1) من اللائحة التنفيذية.

(695) المادة (60/2) من اللائحة التنفيذية.

وإذا تعدد الخبراء، يجب على هيئة التحكيم أن تبين في قرارها طريقة عملهم منفردين أو مجتمعين<sup>(696)</sup>.

وللخبير عند أداء مهمته أن يستمع إلى أقوال الأطراف أو غيرهم، وعلى كل طرف أن يقدم إلى الخبير كل ما لديه من معلومات أو مستندات تكون متعلقة بالمسألة المبحوث فيها<sup>(697)</sup>.

ويلزم الخبير بتقديم تقرير بأعماله إلى هيئة التحكيم في الميعاد المحدد في قرار تعيينه، ولهيئة التحكيم مناقشة الخبير عن نتيجة تقريره.

وترسل هيئة التحكيم نسخة من تقرير الخبير إلى كل طرف مع إتاحة الفرصة لمناقشة الخبير أمام هيئة التحكيم في جلسة تحددها لهذا الغرض<sup>(698)</sup>. ويجوز لكل طرف أن يقدم خبيراً أو أكثر من طرفه لإبداء الرأي في المسائل التي تناولها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم<sup>(699)</sup>.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تكلف الخبير بتقديم تقرير تكميلي لتدارك النقص أو القصور في تقريره السابق ولأطراف النزاع تقديم تقارير استشارية لهيئة التحكيم، وفي جميع الأحوال لا تكون هيئة التحكيم مقيدة برأي الخبير<sup>(700)</sup>.

ويجوز أيضاً لهيئة التحكيم أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف الانتقال إلى مكان وجود المال لمعاينته أو للتحقق من بعض الوقائع المنتجة في النزاع، والتي يكون متنازعا عليها بين الأطراف، وتحرر هيئة التحكيم محضراً بإجراءات المعاينة<sup>(701)</sup>.

#### الفرع الرابع: الإجراءات التحفظية أو المستعجلة

إذا نص اتفاق التحكيم على منح هيئة التحكيم صلاحية اتخاذ الإجراءات التحفظية أو المستعجلة، فيجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد الأطراف، ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق الذي تنفذ به الأحكام والقرارات<sup>(702)</sup>. أما إذا لم ينص اتفاق التحكيم على منح هيئة التحكيم هذه الصلاحية، فعلى هيئة التحكيم أن تلجأ إلى المحكمة المختصة لاتخاذ أي إجراء تحفظي أو مستعجل تراها مناسباً، فإذا أذنت المحكمة المختصة باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة في قضية منظورة بطريق التحكيم، فلها أن

(696) المادة (62) من اللائحة التنفيذية.

(697) المادة (61) من اللائحة التنفيذية.

(698) المادة (31/1) من قانون التحكيم.

(699) المادة (31/2) من قانون التحكيم.

(700) المادة (63) من اللائحة التنفيذية.

(701) المادة (64) من اللائحة التنفيذية.

(702) المادة (33) من قانون التحكيم.

تقرر إيقاع الحجز أو اتخاذ الإجراء المستعجل دون المساس بموضوع النزاع، وعليها أن تقرر إلغاء الحجز حينما تقرر هيئة التحكيم ذلك<sup>(703)</sup>.

### الفرع الخامس: سلطة هيئة التحكيم في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات

يجوز في كل الأحوال لهيئة التحكيم أن تعدل أو ترجع عما أمرت به من إجراءات الإثبات شريطة أن تبين أسباب العدول في محضر الجلسة، ويجوز لها كذلك ألا تأخذ بنتيجة إجراء كانت قد أمرت به مع بيان أسباب ذلك في قرار التحكيم<sup>(704)</sup>. وقد بينت محكمة النقض المصرية تبرير صلاحية هيئة التحكيم في أن تأمر بالعدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات، حيث قضت: "إن حكم الإثبات لا يجوز قوة الأمر المقضي طالما قد خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم، ويجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع كما لها ألا تأخذ بنتيجة إجراء بعد تنفيذه، والمشرع وإن تطلب بيان أسباب العدول عن إجراءات الإثبات في محضر الجلسة - وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة إجراء الإثبات، إلا أنه لم يرتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك"<sup>(705)</sup>.

### الفرع السادس: إمكانية استعانة هيئة التحكيم بالمحكمة المختصة

يحق لهيئة التحكيم الاستعانة برأي المحكمة المختصة في أية نقطة قانونية تنشأ أمامها خلال نظر النزاع<sup>(706)</sup>، سواء لاتخاذ الإجراءات القانونية بحق من يتخلف من الشهود عن الحضور، أو لاتخاذ الإجراء القانوني بحق الشاهد الذي يمتنع عن حلف اليمين أو أداء الشهادة، أو إصدار الأمر بإلزام أطراف التحكيم بإيداع مبلغ من المال لتغطية نفقات التحكيم إذا لم يقر الأطراف أو أي منهم بدفع ذلك المبلغ الذي أمرت به هيئة التحكيم، أو إصدار قرار بالإقامة القضائية في سماع أقوال الشاهد الذي يقيم في دائرة اختصاص المحكمة وكان متعذراً مثوله أمامها، أو إصدار الأمر بتأمين حضور شاهد للمثول أمام هيئة التحكيم في التاريخ المحدد في الطلب، في حالة ما إذا كان هذا الشاهد قد رفض المثول أمام هيئة التحكيم بناء على دعوة منها، وفي غيرها من الحالات<sup>(707)</sup>.

(703) المادة (66) من اللائحة التنفيذية.

(704) المادة (58) من اللائحة التنفيذية.

(705) نقض مصري، الطعن رقم 2994 لسنة 57 ق، جلسة 16/7/1990، مجموعة الأحكام س 41.

(706) المادة (17) من قانون التحكيم.

(707) المادة (68) من اللائحة التنفيذية.

## المطلب الثالث: احترام المبادئ الأساسية للتقاضي

تؤدي هيئة التحكيم مهمة قضائية<sup>(708)</sup>، وبالتالي يجب عليها كالتقاضي احترام المبادئ الأساسية للتقاضي. وقد أكدت اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم في أكثر من نص على وجوب التزام هيئة التحكيم بهذه المبادئ الأساسية، وأوردت بعض تطبيقاتها. فقد نصت المادة (35) من تلك اللائحة على أنه: "تكفل هيئة التحكيم جميع حقوق الدفاع لأطراف النزاع، وتعاملهم على قدم المساواة وتتيح لكل طرف منهم في جميع الإجراءات الفرصة الكاملة لعرض قضيته". وأضافت المادة (52) من ذات اللائحة أنه: "يتعين على هيئة التحكيم أن تمكن كل طرف من أطراف التحكيم من تقديم ملاحظاته ودفاعه ودفعه كتابة أو شفاهة بالقدر المناسب وفي المواعيد التي تحددها، ويراعى أن يكون المدعى عليه آخر من يتكلم، وتقوم هيئة التحكيم باستيفاء كافة الأوراق والمستندات اللازمة للفصل في النزاع ومن ثم تهيئتها للفصل فيها". وأوردت ذات اللائحة أخيراً في المادة (65) ضرورة احترام مبدأ المواجهة، بنصها على أنه: "على هيئة التحكيم مراعاة أصول التقاضي بين الأطراف، بحيث تضمن مواجهة كل طرف للآخر في الإجراءات وتمكينه من العلم بإجراءات التحكيم والاطلاع على الأوراق والمستندات المنتجة في المواعيد المناسبة".

بناء عليه، فإن هيئة التحكيم تلزم باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي، وعلى وجه الخصوص احترام حقوق الدفاع ومبدأ المساواة ومبدأ المواجهة بين الخصوم، وتطبيقها على جميع إجراءات التحكيم، سواء كان تحكيماً بالقانون أو بالصلح<sup>(709)</sup>. وتدخل هذه المبادئ الأساسية للتقاضي ضمن مفهوم النظام العام الداخلي والدولي على حد سواء<sup>(710)</sup>، ما يعني عدم إمكانية استبعاد تطبيقها حتى لو وجد اتفاق مخالف بين الأطراف يقضي بذلك لمخالفته النظام العام، على أساس أن هذه المبادئ الأساسية تهدف إلى تحقيق حسن سير العدالة<sup>(711)</sup>، سواء تعلق الأمر بقضاء التحكيم أو بالقضاء العادي.

(708) وتقول محكمة التمييز الأردنية: "... ما دام أن التحكيم في حقيقته هو مؤسسة قضائية اختيارية يوجد بها الخصوم باختيارهم لحسم نزاع قام فيما بينهم وأن المحكمين يمارسون مهام القضاة من حيث التحقيق في القضية المعروضة ويصدرون حكماً ملزماً للأطراف": تمييز حقوق أردني، رقم 2005/10، بتاريخ 2005/6/16. عدالة.

(709) تمييز لبنان، 2005/22، 2005/11/29، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 36.

(710) CA Paris, 27 nov. 1987, Rev. Arb. 1989, 62, Couchez ; CA Paris, 9 sept. 1997, Rev. Arb. 1998, 712, Y. D.

(711) وتقول محكمة استئناف القاهرة في هذا الصدد: "يجب دائماً عند تحديد إجراءات خصومة التحكيم أن يراعى الأطراف القواعد المتعلقة بالنظام العام، أي التي تتعلق بالمصالح العليا للدولة التي يجري التنفيذ على أرضها، كما يتعين أن تراعى هيئة التحكيم ذلك إذا فوض لها الأمر فضلاً عن ضرورة مراعاتها للحد الأدنى الإجرائي الذي لا يخلو منه أي نظام قانوني في العالم وهو احترام المبادئ الأساسية في التقاضي كاحترام حق الدفاع والمساواة بين الطرفين باعتبارها مفترض ضروري لإقامة العدل": استئناف القاهرة، د تجاري، طعن رقم 49 لسنة 117 ق تحكيم، جلسة 2001/3/12.

وتعتبر كثير من الدول هذه المبادئ الأساسية للتقاضي حقوقا دستورية<sup>(712)</sup>، بل إن البعض يعتبرها حقوقا طبيعية لا تحتاج إلى نص لإقرارها<sup>(713)</sup>. كما أن معظم القوانين تنص عليها صراحة كإحدى حالات الطعن ببطلان قرار التحكيم<sup>(714)</sup>، أو ضمنا على أساس أن انتهاكها يشكل مخالفة للنظام العام<sup>(715)</sup>، بل وتمنع تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي الذي ينتهك هذه الحقوق الأساسية<sup>(716)</sup>. ويترتب على ذلك أن هيئة التحكيم تلتزم هي نفسها باحترام هذه المبادئ الأساسية في التقاضي، وتلتزم أيضا الأطراف باحترامها وتحرص على تطبيقها، خصوصا احترام مبدأ المواجهة<sup>(717)</sup>.

أما مضمون هذه المبادئ الأساسية للتقاضي، فهي واسعة جدا، وتشمل العديد من الالتزامات: ضمان مواجهة كل طرف للطرف الآخر خلال سير إجراءات التحكيم، وتمكينه من العلم بجميع إجراءات التحكيم، والإطلاع على المستندات والوثائق والأدلة والحجج المنتجة في النزاع التي يقدمها الطرف الآخر وفي وقت مناسب، وتمكينه من تنفيذها والرد عليها وتقديم دفاعه بشأنها، وإعطائه الفرصة الكاملة والمتكافئة لعرض طلباته ودفعه وبيناته وتمكينه من الدفاع عن نفسه بكافة السبل المتاحة قانونا سواء بنفسه أو من خلال ممثلين عنه، وحقه في تقديم طلبات إضافية أو ملحقة مرتبطة بموضوع الطلبات الأصلية، وغيرها من المسائل. كما أن ممارسة هذه الحقوق تقتضي إبلاغ الأطراف بمواعيد الجلسات، وتبليغهم بمواعيدها قبل عقدها بوقت كافٍ، واختيار أوقات مناسبة لعقدتها. إضافة إلى ذلك، فإن لكل طرف

(712) Cons. Constit. DC 85-142, 13 nov. 1985, Rec. 116.

(713) H. Motulsky, Mél. Roubier, t. II, p. 175.

(714) C. Kessedjian, Principe de la contradiction et arbitrage, Rev. Arb. 1995, 381. S. Guinchard, Le respect du principe du contradictoire, Rev. Arb. 1997, 185.

(715) انظر المادة (43/3) من قانون التحكيم الفلسطيني بشأن فسخ قرار التحكيم على أساس مخالفة النظام العام.

(716) انظر المادة (5/1) من اتفاقية نيويورك، والمادة (30/ب) من اتفاقية الرياض، والمادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي أجازت رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام في فلسطين. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "اشتراطت المادة (5/ب) لرفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي استحالة عليا لسبب آخر تقديم دفاعه، يعد من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي": نقض مصري، الطعن رقم 2994 لسنة 57 ق، جلسة 1990/7/16، مجموعة الأحكام س 41. وتضيف ذات المحكمة في قرار آخر أنه: "ما اشتراطته المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 من وجوب تقديم الدليل على عدم إعلان المحكوم ضده بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه استحالة عليه لسبب آخر تقديم دفاعه كشرط لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي يعد من قواعد المرافعات خضوع المسائل المتعلقة بالمرافعات لقانون البلد الذي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات...": نقض مصري، الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق - جلسة 1996/3/27، مج س 47 ج 1 ق 107 ص 558.

(717) CA Paris, 14 oct. 1993, Rev. Arb. 1994, 380, P. Bellet ; CA Paris, 10 juin 1993, Rev. arb. 1995, 448.

الحق في تقديم طلب تأجيل نظر النزاع مدة مناسبة تقدرها الهيئة لتقديم ما لديه من أوراق أو مستندات أو أية ملاحظات تكون منتجة في النزاع<sup>(718)</sup>. وكذلك احترام مبدأ المساواة بين الأطراف، وتعني المساواة بهذا الصدد، المساواة الإجرائية<sup>(719)</sup>، أي معاملة طرفا التحكيم على قدم المساواة وتهيئة الفرصة المتكافئة والكاملة لكل منهما لعرض قضيته. وكذلك التزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع في حدود مهمتها، فلا يجوز لها الاستناد في حكمها إلا إلى الوقائع والمستندات والأدلة التي قدمها الأطراف وتمت مناقشتها مواجهة أمامها، ومنع المحكم من الحكم في النزاع بناء على معلوماته الشخصية<sup>(720)</sup>.

وتأكيدا في إلزام هيئة التحكيم باحترام هذه المبادئ الأساسية، فقد أوجب قانون التحكيم على المحكمين التقيد بالاجراءات التي تقتضي حضور فرقاء النزاع أمام المحكمين وسماع أقوالهم ووسائل دفاعهم<sup>(721)</sup>. كما ألزمت المادة (56) من قانون التحكيم هيئة التحكيم بإعداد محاضر للجلسات مثبتا فيها تاريخ ومكان انعقاد كل جلسة وأسماء أعضاء هيئة التحكيم وأطراف التحكيم، بحيث يدون فيها البيانات الشفوية والكتابية التي قدمها الأطراف، وجميع الوقائع والاجراءات التي تمت في الجلسة، وكل ما يدور في الجلسة من أقوال وأفعال، ويوقع من المحضر ورئيس هيئة التحكيم وأعضائها وأطراف التحكيم، وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه. ومن القرارات القضائية الفلسطينية الهامة في هذا الصدد، ما قضت به محكمة استئناف رام الله في قرارها الصادر بتاريخ 19/5/1995 والتي أجازت فيه الطعن بفسخ قرار التحكيم على أساس أن المحكم لم يتبع اجراءات التحكيم التي نص عليها القانون ومن ضمنها عدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وقد جاء فيه: "المحكم لم يتبع اجراءات التحكيم التي نص عليها القانون، حيث لم يستمع للبينة بحضور وكليي الطرفين، بل ولم يستدعي أيا منهما لحضور جلسات التحكيم، بل ولم يكلف أيا منهما أو كليهما لمرافقته أثناء زيارة الموقع المتعلق بسكن كل من الطرفين لتحديد الضرر المدعى به، ولم ينظم

(718) المادة (55) من اللائحة التنفيذية.

(719) تقول محكمة استئناف القاهرة: "المقصود بمبدأ المساواة بين الخصوم وفقا لأحكام المادة 26 من قانون التحكيم لعام 1994 هو المساواة الإجرائية، أي منح الخصوم فرصا متساوية لإبداء طلباتهم ودفعهم": استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/11 ق تحكيم، جلسة 2002/11/27.

(720) وتقول محكمة استئناف رام الله: "...ولا يجوز للمحكم أن يستند في قراره على معرفته الشخصية، فإن كان ذلك ممنوع على القاضي فالمحكم من باب أولى": استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 7 لسنة 2005، بتاريخ 19/2/1995. المقتضي. وتضيف محكمة استئناف غزة: "قضاء المحكم حسب معلوماته الشخصية والتحري بنفسه عن موضوع التحكيم يعد مخالفة للقانون إذ لا يجوز لقاض أن يحكم بعلمه الشخصي. - يؤدي إلى تفويض حكم المحكم توقيع شخص واحد من الفريق الآخر لأطراف التحكيم دون أن يكون معه تفويض خطي أو صفة قانونية في التوقيع نيابة الشركاء الأمر الذي يعد مخالفة للقانون": محكمة استئناف مدني غزة، رقم 1999/247، بتاريخ 2000/3/29.

(721) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 7 لسنة 2005، بتاريخ 19/2/1995. المقتضي.



محضر ضبط بكل ذلك، الأمر الذي يجعل من قراره الذي توصل إليه خارج رقابة المحكمة، الأمر أيضا الذي يتعذر بنتيجة ذلك فرض رقابة المحكمة المختصة على إجراءات التحكيم التي اتبعها المحكم... إذ أن أبسط القواعد العامة الواجبة الاتباع أن يستمع المحكم لأقوال الوكيلين وأن يقوم بإجراءات التحكيم بحضورهما لا أن يقوم بإجراء التحكيم دون سماع أقوالهما وبغفلة عنهما، الأمر الذي جعل قراره النهائي مطعوناً فيه نتيجة للإجراءات الباطلة التي اتبعها المحكم والتي حتما ستؤثر في الحكم الصادر عنه<sup>(722)</sup>.

ولكن احترام هذه المبادئ الأساسية للتقاضي يوجب إبراز الملاحظات التالية:

الأولى، أن التزام هيئة التحكيم بالمبادئ الأساسية للتقاضي، لا يمنعها من إعادة تكييف النزاع، فهي وإن كانت ملزمة بحدود مهمتها وبحدود النزاع المطلوب منها الفصل فيه، إلا أنها لا تلزم بتكييف الأطراف لهذا النزاع، ولا بالقواعد القانونية التي يستند إليها هؤلاء ما دام أنها محكمة بالقانون. وقد جاء في القضية التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أن من صلاحيات هيئة التحكيم تكييف طلبات الخصوم التكييف القانوني الصحيح بما يتفق مع حقيقة طلبات الخصوم والمقصود منها دون الاعتداد بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات أو تكييف الخصوم لها<sup>(723)</sup>.

الثانية، أن القضاء يسير في معظم الدول باتجاه أن امتناع أحد الأطراف عن التمسك بعدم صحة إجراء معين وعدم إبداء أي تحفظ بشأنه، يعتبر تنازلاً ضمناً من جانبه عن التمسك به، ما دام أنه كان يعلم بوجود هذا الخطأ في الإجراء أو عدم صحته وكانت أمامه فرصة لإثارته ولم يفعل، بل إن ذلك يمنع أيضاً من القيام لاحقاً بعد صدور قرار التحكيم من الطعن به بالبطلان استناداً إلى هذا الإجراء الباطل<sup>(724)</sup>، إلا إذا كان هذا الإجراء يتعلق بالنظام العام. وتتمثل الغاية الأساسية من هذا الحكم في تجنب المماثلة والاحتياط من قبل أحد الأطراف بحيث يتأخر في التمسك بهذا الإجراء الباطل بهدف تعطيل سير إجراءات التحكيم.

الثالثة، أن احترام المبادئ الأساسية للتقاضي لا يمنع هيئة التحكيم من إجراء التحقيقات اللازمة والمقبولة قانوناً، فمن حق المحكمين السؤال والاستيضاح عن أية مسألة تتعلق بالوقائع أو بأدلة الإثبات وتوجيه الأسئلة إلى الأطراف أو الشهود<sup>(725)</sup>، وغيرها من التحقيقات التي يرونها مناسبة، كتعيين خبير أو إجراء معاينة، أو إلزام خصم بتقديم أوراق تحت يديه في الحالات التي

(722) يستفاد من حكم محكمة استئناف مدني رام الله، رقم 2008/80، بتاريخ 2008/12/18، المقضي.

(723) القضية التحكيمية رقم 234 لسنة 2001، الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2003, n° 00-16.822. (724)

وقضت محكمة النقض المصرية: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض". نقض مصري، طعن رقم 291 لسنة 70 ق، جلسة 2001/6/17.

(725) المادة (53) من اللائحة التنفيذية.

يسمح بها القانون. ولكن احترام مبدأ المواجهة يفرض على المحكمين الطلب من الأطراف ما إذا أرادوا تقديم ملاحظاتهم ومستنداتهم. كما يحق لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها إثارة الدفوع المتعلقة بالنظام العام.

الرابعة، إن الأمر الهام بشأن احترام هذه المبادئ الأساسية للتقاضي، هو أن تعطي هيئة التحكيم لكل طرف فرصة متكافئة للدفاع عن نفسه بشكل عادل ومناسب. ولكن لا يؤثر على ممارسة حق الدفاع قبول طلب أحد الأطراف بسماع شاهد ورفضه للطرف الآخر. كما أن لهيئة التحكيم سلطة في إعطاء أحد الأطراف مهلة أكثر من الطرف الآخر للقيام بتقديم أوراق أو مستندات، ولا يمس ذلك بحقوق الدفاع، لأن هيئة التحكيم تملك سلطة تقديرية في هذا الشأن تبعا لطبيعة النزاع ومدة التحكيم<sup>(726)</sup>. في المقابل، لا يجوز للمحكم مثلا الاستماع لشهادة شاهد دون دعوة الطرف الآخر للاستماع له وإبداء ملاحظاته ومناقشته<sup>(727)</sup>.

الخامسة، يقرر القضاء الفرنسي، أن إبطال قرار التحكيم على أساس انتهاك مبدأ المواجهة يقتضي حمل الدليل على وجود عناصر استندت إليها هيئة التحكيم في إصدار قرارها دون أن تناقش مواجهة بين الأطراف أمامها<sup>(728)</sup>، ويقع عبء الإثبات على عاتق الطرف الذي يتمسك ببطلان قرار التحكيم على أساس انتهاك هذا المبدأ<sup>(729)</sup>. ويبدو أن القضاء الفلسطيني يسير في هذا الاتجاه أيضا، استنادا إلى قرينة صحة إجراءات التحكيم، وقد عبرت عن ذلك محكمة استئناف القدس بقولها إنه: "إن إجراءات التحكيم هي من أعمال التقاضي التي تعتبر صحيحة إذا دل مظهرها على ذلك ولا يجوز إثبات عدم صحتها بالبينة الشخصية أو الخطية أو باستماع إلى شهادة المحكمين ضد الوقائع التي توصلوا إليها في قرارهم ولا يجوز الطعن بصحة الوقائع التي توصلوا إليها لأن القانون أي قانون التحكيم حصر الحالات التي يجوز فيها الطعن بقرار المحكمين وليس من بينها حالة الطعن بصحة الوقائع"<sup>(730)</sup>. ويستفاد من ذات الحكم أيضا أنه إذا قدمت بينة تؤدي إلى الوقائع والنتيجة التي توصلت إليها هيئة التحكيم، فلا تتدخل المحكمة المختصة بمراقبة صحتها. وقد أخذت بهذه القرينة على صحة الإجراءات محكمة النقض المصرية، بقولها: "الأصل في الإجراءات أنها قد روعيت، ويقع عبء إثبات من يدعى خلاف ذلك على من يدعيه"<sup>(731)</sup>.

(726) استئناف بيروت، 2001/177، بتاريخ 2001/12/10، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 21.

(727) استئناف بيروت، 1996/5/20، المجلة اللبنانية عدد 7، ص 39. وكذلك،

CA Paris, 11 juill. 1991, Rev. Arb. 1991, 671 ; CA Paris, 3 mars 1992, Rev. Arb. 1993, 107, Ch. Jarrosion.

(728) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 sept. 1999, Rev. Arb. 2000, 267, J. Betto.

(729) Cass. Com. 29 mars 1994, Rev. Arb. 1995, 401 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ. 31 janv. 1996, Rev. Arb. 1997, 239 ; CA Paris, 26 oct. 2000, Rev. Arb. 2001, 199.

(730) استئناف مدني القدس رقم 2009/347، بتاريخ 2010/5/26، المقتضي.

(731) نقض مصري، الطعن رقم 2212 لسنة 51 ق، جلسة 1991/1/27، مجلة الأحكام، س 42، ج 1، ق 1، ص 310 و 311.

## المطلب الرابع: مدى التزام هيئة التحكيم بمراعاة إجراءات التحكيم

إذا كانت هيئة التحكيم لا تلتزم باحترام قواعد الإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، على أساس أن الدافع الرئيس من وراء لجوء الأطراف إلى التحكيم قد يكون تبادلي تلك الإجراءات، فإن المحكم يلزم في المقابل باحترام القواعد الإجرائية الواردة في قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية، خصوصاً تلك المتعلقة بالضمانات الأساسية للتقاضي<sup>(732)</sup>. وإن كان القانون قد أعطى الأطراف وهيئة التحكيم دوراً في تنظيم إجراءات التحكيم في بعض الجوانب، وفي الحدود التي يسمح بها، فإنه مع ذلك لم يعفيها كلياً من مراعاة تلك الإجراءات، وغاية المشرع من ذلك هي توفير رقابة قضائية على أعمال المحكمين، ومنع تحكم هيئة التحكيم مما يؤدي إلى إهدار العدالة. وقد أشارت إلى هذا الأمر، محكمة استئناف رام الله بقولها: "يجب على المحكم احترام إجراءات التحكيم، وإن مجرد الاتفاق على التحكيم وتعيين المحكم، لا يعني مطلقاً عدم مراعاة إجراءات التحكيم التي رسمها القانون، والتي يترتب على عدم اتباعها البطلان، فلا يجوز الأخذ بقرار المحكم دون أي رقابة، وإلا فقدت المحاكم دورها في الإشراف على أحكام المحكمين، وإعطاء هذه الأحكام صيغتها النهائية أو فسخها. ولا يكفي القول بأن المحكم قد اجتمع بطرفي النزاع ما لم يقدّم الدليل على ذلك، ولا يكفي إقرار المحكم بتمزيق ضبط التحكيم بحد ذاته لقبول الطعن بقرار التحكيم بقدر ما يشكل ذلك من وجوب اتباع الإجراءات المحددة في قانون التحكيم، ومنها الاحتفاظ بمحاضر التحكيم الأصلية وبيان البيّنات والأسس التي قام عليها القرار وذلك من أجل إثبات جدية المحكم في القيام بما أوكل إليه، ويمكن المحكمة من بسط رقابتها على صحة الإجراءات المتخذة وبيان أن المحكم قد قام بذلك بكل دقة ووفق أحكام القانون"<sup>(733)</sup>.

وقد جعل قانون التحكيم الفلسطيني عدم مراعاة هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم سبباً من أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم، إذا كان لها تأثير في الحكم، أو كانت تمس حقوق الدفاع أو مبدأ المواجهة<sup>(734)</sup>. وفي هذا الصدد، قضت محكمة استئناف رام الله بأن: "المحكم لم يتبع إجراءات التحكيم التي نص عليها القانون، حيث لم يستمع للبيّنة بحضور وكيلَي الطرفين، بل ولم يستدعي أيّاً منهما لحضور جلسات التحكيم، بل ولم يكلف أيّاً منهما أو كليهما لمرافقته أثناء زيارة الموقع

(732) تتفق مع هذا الاتجاه، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1736 لسنة 51 ق جلسة 1985/4/23. عند خلو قانون التحكيم باعتباره قانون خاص من تنظيم أمر معين، يطبق قانون المرافعات المدنية والتجارية باعتباره المرجع الأساسي القانوني الإجرائي: نقض مصري، الطعن رقم 338 لسنة 68 ق جلسة 2006/5/22. خلو قانون التحكيم لعام 1994 من إجراءات رفع دعوى بطلان حكم التحكيم يترتب عليه إعمال قواعد المرافعات: نقض مصري، الطعنات 661 و 662 لسنة 72 ق جلسة 2005/8/1.

(733) استئناف مدني رام الله، رقم 2010/560، بتاريخ 2011/3/6، المقتضي.

(734) انظر المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني.

المتعلق بسكن كل من الطرفين لتحديد الضرر المدعى به ، ولم ينظم محضر ضبط بكل ذلك ، الأمر الذي يجعل من قراره الذي توصل إليه خارج رقابة المحكمة ، الأمر أيضا الذي يتعذر بنتيجة ذلك فرض رقابة المحكمة المختصة على إجراءات التحكيم التي اتبعتها المحكمة... إذ أن أبسط القواعد العامة الواجبة الاتباع أن يستمع المحكم لأقوال الوكيلين وأن يقوم بإجراءات التحكيم بحضورهما لا أن يقوم بإجراء التحكيم دون سماع أقوالهما وبغفلة عنهما ، الأمر الذي جعل قراره النهائي مطعون فيه نتيجة للإجراءات الباطلة التي اتبعتها المحكمة والتي حتما ستؤثر في الحكم الصادر عنه<sup>(735)</sup>.

ولكن انتهاك إجراءات التحكيم من قبل هيئة التحكيم تحتاج إلى إثبات ، على أساس وجود قرينة على صحتها ، وهو ما سارت عليه محكمة النقض المصرية التي اعتبرت أن الأصل هو أن إجراءات التحكيم قد روعيت ، ويقع على من يدعي خلاف ذلك إثبات ما يدعيه<sup>(736)</sup>.

في المقابل ، فإن محكمة استئناف القدس ، قد اتخذت موقفا مغايرا لمحكمة النقض المصرية بهذا الشأن في قرارها الصادر بتاريخ 2010/5/26 والذي قضت فيه : "إن إجراءات التحكيم هي من أعمال التقاضي التي تعتبر صحيحة إذا دل مظهرها على ذلك ولا يجوز إثبات عدم صحتها بالبينة الشخصية أو الخطية أو باستماع إلى شهادة المحكمين ضد الوقائع التي توصلوا إليها في قرارهم ولا يجوز الطعن بصحة الوقائع التي توصلوا إليها لأن القانون أي قانون التحكيم حصر الحالات التي يجوز فيها الطعن بقرار المحكمين وليس من بينها حالة الطعن بصحة الوقائع"<sup>(737)</sup>. ويبدو التناقض واضحا في هذا القرار ، على أساس أن مطلع هذه الفقرة من الحكم قد رسخ قرينة على صحة الإجراءات بشرط أن يكون مظهرها دالا على ذلك ، في حين أنها عادت في عجز ذات الفقرة من الحكم ومنعت إثبات عكس هذه القرينة بالدليل العكسي ، سواء بالبينة الشخصية أو الخطية أو بالاستماع إلى شهادة المحكمين ، بالتالي فإننا لا ندري ما هي الطريقة أو الوسيلة التي يستطيع الأطراف من خلالها نقض هذه القرينة ، وبذلك يكون توجه المحكمة الموقرة في غير محله ، بل ويخالف نص الفقرة السادسة من المادة (43) التي أجازت الطعن بفسخ قرار التحكيم إذا كانت إجراءات قرار التحكيم باطلة بطلانا أثر في الحكم. بل إن المحكمة قد عادت وناقضت نفسها مرة أخرى حينما تحدثت في مطلع هذه الفقرة عن إجراءات التحكيم ، في حين أنها تحدثت في عجز ذات الفقرة عن الوقائع ، مما جعل الحكم غير منسجم لا من ناحية المضمون ولا من ناحية الشكل ، إضافة إلى اشتماله على عيب في التسبيب. بالتالي كان الأجدر بالمحكمة الموقرة عدم الخلط بين مسألتي الوقائع والإجراءات من جهة ، والسير من جهة أخرى بذات التوجه الذي أخذت به محكمة النقض المصرية من حيث ترسخ قرينة صحة إجراءات التحكيم - إذا دل مظهرها على ذلك - مع السماح للأطراف بحمل الدليل العكسي لهذه القرينة.

(735) استئناف مدني رام الله ، رقم 2008/80 ، بتاريخ 2008/12/18 ، المقتضي.

(736) نقض مصري ، الطعن رقم 2212 لسنة 51 ق ، جلسة 1991/1/27 ، مجلة الأحكام ، س 42 ، ج 1 ، ق 1 ، ص 310 و 311.

(737) استئناف مدني القدس رقم 2009/347 ، بتاريخ 2010/5/26 ، المقتضي.



الفصل الرابع

# قرار التحكيم



يعتبر قرار التحكيم ثمرة عملية التحكيم بأكملها ، فغاية الأطراف من لجوئهم إلى التحكيم هو الحصول على قرار تحكيم نهائي فاصل في موضوع النزاع ، ملزما لهم يكون قابلا للتنفيذ. ونتناول في هذا الفصل قرار التحكيم من حيث صدوره والآثار القانونية المترتبة عليه ، والتمعن فيه وتنفيذه ، وذلك في ثلاثة مباحث متتالية.

## المبحث الأول: صدور قرار التحكيم

يمكن تعريف قرار التحكيم بأنه القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم والفاصل في موضوع النزاع المعروض عليها، سواء جاء شاملا لكل النزاع أو لجزء منه. في المقابل فإن القرارات التحفظية أو الوقتية أو الإجرائية<sup>(738)</sup>، لا تعتبر قرارات تحكيم نهائية بالمعنى القانوني، لأنها من جهة ليست قرارات نهائية، ولأنها من جهة أخرى لا تفصل في موضوع النزاع. فالقرارات التي تصدرها هيئة التحكيم خلال سير إجراءات التحكيم، كالقرار بانتداب خبير أو سماع شاهد، أو إلزام أحد الخصوم بتقديم ما لديه من مستندات، أو قبول بينة أو رفضها، أو تحديد مواعيد الجلسات، لا تعتبر جميعا قرارات تحكيم نهائية بالمعنى القانوني، على أساس أنها لا تفصل في الموضوع إنما تتعلق فقط بإجراءات التحقيق في خصومة التحكيم، ولأن بإمكان هيئة التحكيم الرجوع عنها أو تعديلها أو اتخاذ قرارات جديدة بدلا منها، ولا يشترط فيها شروط الحكم التي يتطلبها القانون، بل إنه لا يجوز الطعن فيها استقلالاً وإنما مع قرار التحكيم النهائي الفاصل في موضوع النزاع<sup>(739)</sup>.

والعبرة في تكييف قرار التحكيم النهائي تكون بالرجوع إلى مضمونه، ولا يكفي مجرد ذكر أنه قرار أو حكم تحكيم لإعتباره قرار تحكيم نهائي<sup>(740)</sup>.

## المطلب الأول: القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع

إذا كان النزاع معروضا أمام القضاء العادي، فإن القانون نفسه هو الذي يقرر القواعد الموضوعية واجبة التطبيق عليه؛ فإذا كان النزاع وطنيا فتطبق القواعد القانونية التي يقرها القانون الوطني حصرا، أما إذا اشتمل النزاع على عنصر أجنبي فتطبق القواعد القانونية في القانون الذي تشير إليه قواعد تنازع القوانين. أما في مجال التحكيم فإن الوضع مختلف تماما، لأن التحكيم هو نظام بديل لحسم المنازعات، يقوم على اتفاق بين الأطراف، ومن هذا الاتفاق تستمد هيئة التحكيم سلطتها للفصل في النزاع؛ وعلى هذا الأساس، تعترف معظم القوانين للأطراف بحرية كبيرة في تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، والتي يتم بموجبها الفصل في حقوق والتزامات الأطراف، وفي حال غياب هذا الاتفاق، فإنها تعطي هيئة التحكيم سلطة تحديد تلك القواعد وفق شروط وضوابط معينة. وقد سار قانون التحكيم الفلسطيني على هذا النحو، مبينا في المادة (19) آليات تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الخاضع

(738) CA Paris, 1<sup>er</sup> juill. 1999, Rev. Arb. 1999, 834, Ch. Jarrosson ; CA Paris, 11 avr. 2002, 2<sup>e</sup> esp. Rev. Arb. 2003, 143, D. Bensaude.

(739) CA Paris, 25 mars 1994, Rev. Arb. 1994, 391, Ch. Jarrosson ; CA Paris, 4 avr. 2002, Rev. Arb. 2003, 143, 1<sup>re</sup> esp. D. Bensaude.

(740) تمييز كويت، طعن 419 تجاري، بتاريخ 1997/6/23، عدد 25، ص 57.





للتحكيم، حيث جاء فيها أنه: "1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. 2- إذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق فتطبق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع".

يتضح من هذا النص أن التحكيم إذا كان دولياً، فإن هناك طريقتان لتحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع: تحديد باتفاق الأطراف، وتحديد من قبل هيئة التحكيم في حال تخلف اتفاق الأطراف. ولكن يلاحظ أن هاتين الطريقتين ينطبقان فقط على الحالة التي يتم فيها التحكيم بالقانون، بالتالي فإن هذا يقتضي دراسة كيفية الفصل في موضوع النزاع عندما تكون هيئة التحكيم مفوضة بالصلح. بناء عليه، فإننا نتناول دراسة كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع باتفاق الأطراف، ثم تحديد هذا القانون من قبل هيئة التحكيم، وأخيراً كيفية الفصل في موضوع النزاع عندما تكون هيئة التحكيم مفوضة بالصلح بين الأطراف.

### الفرع الأول: تحديد القواعد الموضوعية باتفاق الأطراف

لقد أصبح من المبادئ المستقرة خصوصاً في مجال التحكيم الدولي، خضوع النزاع من حيث الموضوع لقانون الإرادة، أي للقواعد القانونية التي اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع. وتتناسب هذه القاعدة مع كون اتفاق التحكيم عقد، والتحكيم مبني على هذا الاتفاق، والقاعدة في مجال تنازع القوانين بشأن المسائل الموضوعية المتعلقة بالعقود عموماً هو خضوعها بشكل أساسي لقانون الإرادة.

وقد سارت معظم القوانين نحو الاعتراف بحرية الأطراف في اختيار القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، ومن ضمنها كما ذكرنا المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني: "1- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع"، والمادة (36) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 والتي جاء فيها: "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين"، وتكاد هذه المادة تتطابق مع نص المادة (39/أ) من قانون التحكيم المصري لعام (1994)<sup>(741)</sup>. وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً، المادة (1511) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل في العام 2011 بنصها على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي اختارها

(741) "أ- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".



الأطراف...". وكذلك المادة (28) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006 حيث نصت على أنه: "1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع. وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة وليس قواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك".

وفي سبيل المقارنة بين النصوص القانونية السابقة، نورد ملاحظتان على نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني:

**الملاحظة الأولى،** أن النص الفلسطيني قد قصر اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على التحكيم الدولي دون التحكيم الداخلي، وذلك من خلال التفسير بمفهوم المخالفة لنص المادة (19)، بالتالي فإن التحكيم الداخلي يبقى خاضعا للقواعد الموضوعية التي يقرها قانون التحكيم الفلسطيني حصرا. وهذا التوجه منتقد بشدة؛ لأن المشرع الفلسطيني يكون من جهة قد خالف معظم القوانين من هذه الناحية، والتي تجيز للأطراف حرية اختيار تلك القواعد الموضوعية سواء كان التحكيم دوليا أم داخليا، ويتضح ذلك من خلال النصوص الواردة أعلاه، والتي لم تحدد نوع التحكيم عند تحديدها لكيفية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع<sup>(742)</sup>. كما أن التحكيم من جهة أخرى، هو نظام اتفاقي، وبالتالي كان الأجدر بالمشرع الفلسطيني السماح للأطراف باختيار القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع سواء كان التحكيم دوليا أم داخليا. وأخيرا، فإن المشرع الفلسطيني يكون بهذا الحكم قد ناقض نفسه عندما أجاز للأطراف في المادة (36) من قانون التحكيم الاتفاق على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، والحكم وفق قواعد العدالة وليس وفق أحكام القانون، ودون أن يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي<sup>(743)</sup>.

**الملاحظة الثانية،** أن النص الفلسطيني قد تفرد عن غيره من القوانين في تضيق حرية الأطراف في اختيار القانون الموضوعي الذي يحكم النزاع، من خلال إلزامهم باختيار "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع"، أي أنه حصر اختيارهم بقانون وطني معين، في حين أن معظم القوانين ومن ضمنها نصوص القوانين السابقة، قد وسعت من سلطة الأطراف في الاختيار، فلم تحصره في اختيار قانون وطني معين - كما فعل المشرع الفلسطيني - إنما أجازت للأطراف اختيار "القواعد الموضوعية" واجبة التطبيق على النزاع. ويوجد فرق شاسع بين استخدام تعبير "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع"، وتعبير "القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع". فالتعبير الأول يحصر حرية الأطراف في اختيار قانون إحدى الدول

(742) انظر على سبيل المثال، قانون المرافعات المدنية اللبناني، والذي أجاز للأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الداخلي (المادة 767)، وفي التحكيم الدولي (المادة 813).

(743) تنص المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقا لقواعد العدالة...".

فقط، ما يعني رفضه لفكرة إختيار أية قواعد موضوعية خارجة عن قانون إحدى الدول، بل ويبدو أيضا من خلال هذا التعبير أنه لا يجيز تطبيق أكثر من قانون واحد على موضوع النزاع، ما يعني رفضه أيضا لفكرة "تجزئة العقد" والتي تأخذ بها معظم التشريعات الحديثة. في حين أن التعبير الثاني "القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع" يجيز للأطراف إختيار ليس فقط قانون وطني معين، إنما إمكانية إختيار أكثر من قانون وطني لحكم موضوع النزاع، ما يعني قبولاً بفكرة "تجزئة العقد". بل إن استخدام هذا التعبير الأخير، يجيز للأطراف ليس فقط إمكانية إختيار قانون وطني معين أو عدة قوانين لحكم موضوع النزاع، إنما أيضا إمكانية إختيار قواعد قانونية مستقاة من أكثر من قانون وطني، أو حتى إمكانية إختيار قواعد مستقلة كل الاستقلال عن القوانين الوطنية للدول، كإختيارهم تطبيق مبادئ عامة، أو قواعد موحدة، أو قواعد وأعراف في مجال معين، أو حتى تطبيق قواعد التاجر بالمعنى الواسع والمسماة Lex Mercatoria. وبالتالي فإن النص الفلسطيني وبكل تأكيد، يحتاج إلى تعديل، لأن بقائه على حاله، سيقف عائقا أمام جذب الاستثمارات الأجنبية. كما أن المشرع الفلسطيني يكون قد ناقض نفسه مرة أخرى عندما أجاز في الفقرة الخامسة من المادة (43) من قانون التحكيم الطعن بفسخ قرار التحكيم في حال "إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الأطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع..."، فالمخالفة التي تستوجب الطعن بفسخ قرار التحكيم وفق هذا النص، هي مخالفة القواعد القانونية التي اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع، وليس مخالفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهذا يوسع من حالات الطعن بفسخ قرار التحكيم. وبناء عليه، وتحقيقا للإنسجام بين المادة (43) والمادة (19) من قانون التحكيم، فإننا نكرر ضرورة تعديل نص المادة الأخيرة بحيث تجيز للأطراف الاتفاق على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع وعدم حصره بإختيار قانون وطني معين.

أما عن آلية إختيار الأطراف للقواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، فقد يكون صريحا أو ضمنيا.

**الاختيار الصريح:** قد يتفق الأطراف صراحة في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مستقل على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع، كالقول مثلا بأن يطبق على موضوع النزاع القانون المدني الفرنسي أو القانون المدني الأردني أو قانون التجارة المصري. كما يجوز للأطراف تحديد الوقت الذي يتم فيه الاتفاق على تلك القواعد الموضوعية، إما لحظة إبرام اتفاق التحكيم أو عند نشوء العلاقة الأصلية بين الأطراف أو لاحقا عند قبول مهمة التحكيم أو عند ثوران النزاع، أو حتى الاتفاق عليها شفاهة أمام هيئة التحكيم عند بدء إجراءات التحكيم. وفي جميع الأحوال، يفضل أن يكون هذا الإختيار صريحا، تجنباً للمنازعة بين الأطراف حولها في المستقبل.

ولكن هل يجوز للأطراف اختيار تطبيق قانون لا صلة له بالنزاع؟

في الإجابة على هذا السؤال، تتخذ الدول أحد اتجاهين: الاتجاه الأول يشترط وجود رابطة فعلية وقوية بين قانون الإرادة والنزاع المعروض على هيئة التحكيم، تجنباً لغش وتحايل الأطراف نحو القانون، وقد أخذ بهذا الاتجاه على سبيل المثال قانون التحكيم الإسباني لعام (1988)<sup>(744)</sup>. الاتجاه الثاني يترك للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون اشتراط وجود أية رابطة أو صلة بين قانون الإرادة والنزاع المعروض للتحكيم، ومن القوانين التي أخذت بهذا الاتجاه، قانون التحكيم الفرنسي وقانون التحكيم الأردني وقانون التحكيم المصري المشار إليها أعلاه، وغاية هذا الاتجاه التيسير والتسهيل على الأطراف خصوصاً في مجال المعاملات والتجارة الدولية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ويبدو أن الفقرة الأولى من المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني تتبع الاتجاه الثاني، حيث لم يرد فيها أي قيد على حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع. وعليه، نرى أنه يحق للأطراف اختيار قانون دولة معينة حتى لو كان منقطع الصلة بالعلاقة الأصلية محل النزاع أو مع دولة مقر التحكيم. كما أن معظم القوانين تجيز للأطراف - على عكس المشرع الفلسطيني - اختيار أكثر من قانون لحكم موضوع النزاع، فيما يعرف بفكرة "تجزئة العقد"، حيث يختار الأطراف عدة قوانين يحكم كل منها جزءاً من العقد، كأن يتفق الأطراف على إخضاع العقد من حيث تفسيره لأحكام القانون المدني الأردني، وإخضاع ذات العقد من حيث تنفيذه لأحكام القانون المدني الفرنسي، أو كأن يكون العقد عقد مقاوله لبناء مصنعين أحدهما في الأردن والآخر في فرنسا، فيتم الاتفاق على تطبيق القانون المدني الأردني على المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ العقد المتعلق بالمصنع الذي سيقام في الأردن، وتطبيق القانون المدني الفرنسي على المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ ذات العقد المتعلق بالمصنع الذي سيقام في فرنسا. بل إنها تجيز أيضاً للأطراف اختيار ليس قانون دولة معينة لحكم موضوع النزاع، إنما اختيار قواعد قانونية من أكثر من قانون، بل حتى اختيار قواعد قانونية أو مبادئ قانونية لتطبق على موضوع النزاع ليست تابعة لقانون دولة معينة، إنما مبادئ عامة، وعادات وأعراف تجارية، وقواعد موحدة، والتي تدخل جميعاً ضمن ما يعرف بالمعنى الواسع بقواعد التاجر أو *Lex Mercatoria*.

**الاختيار الضمني:** قد لا يتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إنما يمكن استخلاص اتجاه إراداتهم الضمنية لتطبيق قانون معين استناداً إلى الظروف والملابسات المحيطة بالنزاع، كأن يستند الأطراف في مذكراتهم ولوائهم في طلباتهم ودفعهم إلى قانون دولة معينة، مما يستدل منه اتجاه إرادتهم لتطبيق القواعد الموضوعية في

(744) وقد سار في هذا الاتجاه قانون التحكيم الإسباني رقم 26 لسنة 1988 في المادة (16) منه والتي اشترطت صراحة أن يكون القانون الذي يختاره الأطراف ذو صلة بالعملية التحكيمية الأصلية أو بالنزاع.

هذا القانون، كالاستناد إلى أحكام القانون المدني الأردني مثلاً، أو أن يكون النزاع قائماً بين طرفين يحملان نفس الجنسية ويمارسان نشاطهما في نفس الدولة التي يحملان جنسيتها، فيمكن لهيئة التحكيم استخلاص إتجاه الأطراف لتطبيق قانون تلك الدولة.

ولكن كيف يتم البحث عن تلك الإرادة الضمنية لتحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع؟

يمكن تصور عدة احتمالات:

- اختصاص القانون الذي يحكم العلاقة الأصلية، على أساس أن اتفاق التحكيم وموضوع النزاع يتعلقان بتلك العلاقة الأصلية، ولا يمكن تصور لجوء الأطراف للتحكيم دون وجود نزاع ناشئ عن تلك العلاقة الأصلية.

- اختصاص قانون دولة مقر التحكيم، على أساس الدور الذي يقوم به قضاء تلك الدولة في مساندة هيئة التحكيم، كالمساندة في تشكيل هيئة التحكيم، أو في اتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية، أو مساعدة هيئة التحكيم في إلزام خصم بإبراز أوراق أو مستندات تحت يده، أو إلزام شاهد بالتمثل أمام هيئة التحكيم وغيرها من الحالات، وعلى أساس أن قرار التحكيم سيصدر في تلك الدولة. وبالتالي قد يكون مناسباً تطبيق قانون دولة مقر التحكيم عند غياب الاتفاق الصريح على القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

- تطبيق قواعد موضوعية مستقلة أو ذاتية، على أساس أن التجارة الدولية قد أصبح لها قواعدها الذاتية الخاصة المستقلة عن القوانين الوطنية للدول، ومثالها الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وأهلية الدول لإبرام اتفاقات تحكيم في مجال التجارة الدولية، ومبدأ حسن النية وغيرها. بالتالي قد يكون من الأنسب بشأن منازعات التجارة الدولية، عند غياب الاتفاق الصريح بين الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبيق تلك القواعد الذاتية - إن وجدت - استقلاً عن أي قانون وطني، وعلى وجه الخصوص قواعد التاجر Lex Mercatoria.

ونحن نرى أن تطبيق أي من هذه القوانين لا يحمل بذاته دليلاً قاطعاً أو إشارة واضحة على الإرادة الضمنية للأطراف، إذ يجب لاستخلاص تلك الإرادة الضمنية أن تكون ناجمة عن سلوك معين للأطراف يعبر عن هذه النية، أو الاستدلال عليها من ظروف وملابسات النزاع بشكل واضح وجازم. وعلى هذا الأساس، فإن اختيار قانون الدولة التي سيجري التحكيم على أراضيها مثلاً لا يعطي دلالة واضحة وقاطعة على إتجاه الأطراف الضمنية لتطبيق القواعد الموضوعية في قانون تلك الدولة، خصوصاً في مجال التحكيم المنتظم أو المؤسسي، أو عند عدم اختيار الأطراف لقانون دولة مقر التحكيم في التحكيم العارض.

وفي جميع الأحوال، تلزم هيئة التحكيم بتطبيق القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع التي اختارها الأطراف صراحة أو ضمناً، وبصرف النظر عن النتائج المترتبة على هذا الاختيار. وإذا خالفت هيئة التحكيم اتفاق الأطراف وقامت بتطبيق قواعد أخرى بدلا منها أو تجاوزتها، فإنها تكون بذلك قد ارتكبت مخالفة جوهرية تجيز للأطراف الطعن ببطلان قرار التحكيم. وفي هذا الصدد، قضت محكمة استئناف باريس بأن محكمة التحكيم تلزم بتطبيق القانون الذي أختاره الأطراف، وإذا خالفت ذلك تكون قد قضت خارج إطار المهمة التي أسندت إليها، ما يجعل قرارها عرضة للطعن به بالبطلان<sup>(745)</sup>.

والواقع، أنه لا يترتب بالضرورة على كل مخالفة من قبل هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية التي اختارها الأطراف، إمكانية الطعن ببطلان قرار التحكيم<sup>(746)</sup>. فإذا كان اتفاق الأطراف يخالف قواعد أمرة، فإن هيئة التحكيم تلزم بتطبيق تلك القواعد الآمرة حتى لو خالفت اتفاق الأطراف، كالتزام هيئة التحكيم بتطبيق الشروط المتعلقة بالمواصفات والمقاييس لبعض أنواع البضائع، والتي قد يؤدي عدم احترامها إلى منع الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم في بلد التنفيذ. وتلزم أيضا هيئة التحكيم بمراعاة النظام العام عند تطبيق قانون أجنبي متفق على تطبيقه، وإلا تم استبعاده كلياً أو جزئياً حسب درجة المخالفة<sup>(747)</sup>. كما قد تضطر هيئة التحكيم في حالات معينة إلى استبعاد تطبيق القانون المتفق عليه وتطبيق قواعد أخرى بسبب عدم كفاية هذا القانون الواجب التطبيق لحسم النزاع، وهذا ما حدث بالفعل في قضية شركة أرامكو والمملكة العربية السعودية عام 1958، حيث كان العقد ينص على التحكيم وفق القانون السعودي، ولكن هيئة التحكيم قررت استبعاد القانون السعودي لأنه لم يكن كافياً لتسوية النزاع، وطبقت بدلا منه العادات والأعراف المعروفة عالمياً في صناعة وتجارة النفط، والسوابق القضائية والفقهاء المعروفين دولياً في هذا الشأن<sup>(748)</sup>. ولكن مثل هذه المخالفة تجيز للأطراف في معظم الدول الطعن ببطلان قرار التحكيم، على أساس مخالفة هيئة التحكيم لاتفاق التحكيم أو لإجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف. وفي قضية التحكيم بين شركة تطوير النفط الإنجليزية وشيخ أبو ظبي عام 1951، حيث نص العقد على تطبيق قانون أبو ظبي في حال نشوب نزاع حول العقد، إلا أن المحكم المنفرد قرر استبعاد تطبيق قانون أبو ظبي لأنه لم يكن

(745) CA Paris, 16 janv. 2003, Société Keen Loyd Ressources Limited c/Société national d'opérations pétrolières de la Côte d'Ivoire ; CA Paris, 29 avr. 2003, SA Impregilo c/Secrétariat aux communications et transports maritimes de la Jamahiriya Lybienne populaire et socialiste, RTD com. 2003, p. 487.

(746) حول هذا النقطة بالذات وتطبيقاتها، انظر حمزة حداد، المرجع السابق، البنود 487 وما بعدها، ص 367 وما بعدها.

(747) المرجع نفسه، 490 و 491، ص 369.

(748) المرجع نفسه، البند 494، ص 371.

مدونا بعد ، وتم تطبيق القانون الإنجليزي مكانه<sup>(749)</sup>. كما قد تضطر هيئة التحكيم ليس إلى استبعاد قانون الإرادة إنما إضافة أحكام أخرى، عن طريق تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية على العقد موضوع النزاع، سواء لتفسير بعض المصطلحات الواردة فيه<sup>(750)</sup>، كعقود النقل البحري، والاعتمادات المالية والمستندية، أو لحكم مسألة معينة لم يحددها قانون الإرادة المتفق على تطبيقه. وأخيرا فإن المحكم قد يجد نفسه مضطرا للرجوع إلى قانون آخر غير قانون الإرادة لتفسير بعض المصطلحات الواردة في العقد والمعروفة في قانون معين، وغير معروفة في القانون المتفق على تطبيقه، ولا يعد ذلك خروجاً على قانون الإرادة، طالما ظل هذا الخروج في حدود التفسير لفهم المقصود من هذه المصطلحات، كالرجوع إلى القانون الإنجليزي لتفسير بعض مصطلحات العقد غير المعروفة في القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، مثل مصطلحات: Considerations, Waiver, estoppel، أو أن يرجع المحكم في تفسير العقد لقواعد دولية تتضمن عادات وأعراف تجارية لفهم بعض المصطلحات الواردة في العقد، كمصطلحات FOB و CIF في مجال التأمين البحري، فلا يعد ذلك خروجاً عن اتفاق الأطراف<sup>(751)</sup>.

### الفرع الثاني: تحديد القواعد الموضوعية من قبل هيئة التحكيم

إذا لم يتفق الأطراف على القانون أو القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، فإن معظم الدول تعطي هيئة التحكيم سلطة تحديد تلك القواعد، ولكنها اختلفت في آليات تحديدها من قبل هيئة التحكيم: فبعض القوانين تلزم هيئة التحكيم باختيار "قانون موضوعي" لحكم النزاع استناداً لقواعد تنازع القوانين، وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة (33/1) من قواعد الأونسترال، والمادة (28/2) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006، حيث تنص هذه الأخيرة على أنه: "2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق". في حين أن بعضها الآخر قد أعطى هيئة التحكيم سلطة اختيار القانون الموضوعي "الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع"، وقد أخذت بهذا التوجه المادة (36) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 وذلك بنصها في الفقرة (ب) على أنه: "ب- إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، وتجد هذه المادة أساسها في نص المادة (39/ب) من قانون التحكيم المصري لعام 1994. أما الإتجاه الأخير، فيترك حرية واسعة لهيئة التحكيم في اختيار ليس قانون دولة معينة فحسب، إنما سلطة اختيار القواعد القانونية التي تراها "مناسبة" لحكم موضوع النزاع، ودون حاجة لتطبيق قانون وطني معين أو اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، وهو التوجه الذي

(749) المرجع نفسه، البند 493، ص 370.

(750) المرجع نفسه، البند 488 و 489، ص 368.

(751) المرجع نفسه، البند 488، ص 368.

أخذت به المادة (813) من قانون المرافعات المدنية اللبناني بشأن التحكيم الدولي، وكذلك المادة (1511) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل في العام 2011 والتي نصت على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف أو، في حال غيابها، وفقا للقواعد التي تراها مناسبة"<sup>(752)</sup>. بموجب هذا النص الأخير، فإن القانون الفرنسي قد ترك الباب واسعا أمام هيئة التحكيم لتقوم باختيار ليس قانون دولة معينة، إنما إمكانية اختيار قواعد قانونية تراها مناسبة لحكم موضوع النزاع حتى لو كانت هذه القواعد لا تتبع لأي قانون وطني، كأن يتم اختيار تطبيق قواعد مستتبطة من التعامل التجاري الدولي أو قواعد موحدة أو قواعد التاجر الـ *Lex Mercatoria*. وقد جاء في قرار محكمة استئناف باريس بأن المحكم بالقانون يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق بشأن المسائل المعروضة عليه، والمطلوب منه حسمها بطريق التحكيم<sup>(753)</sup>.

وبالرجوع إلى نص المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني، نجدها قد خالفت جميع التوجهات السابقة على الإطلاق، حيث ميزت بين حالتين تلزم فيها هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

الحالة الأولى، إذا كان النزاع دوليا ويجري خارج فلسطين، ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ألزمت الفقرة الأولى من هذه المادة هيئة التحكيم بتطبيق القانون الفلسطيني حصرا، وهذا منتقد بشدة؛ لأنه طالما كان التحكيم دوليا ويجري خارج فلسطين، فلا ندري ما هو المبرر من الانحياز لتطبيق القانون الفلسطيني دون غيره من القوانين، ما دامت لا تربطه صلة أو رابطة بالنزاع؟ بل أكثر من ذلك، فإن تطبيق القانون الفلسطيني في هذه الحالة، قد يمنع الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم في بلد التنفيذ خارج فلسطين. لهذا كان الأجدر بالمشعر الفلسطيني في هذه الحالة افساح المجال لهيئة التحكيم لتقوم باختيار إما قانون الدولة التي ترى أنه "الأكثر اتصالا بموضوع النزاع" على غرار ما فعل المشرعين الأردني والمصري، وإما اختيار القانون "المناسب" كما فعل المشرعين الفرنسي واللبناني، وليس التحيز لتطبيق القانون الفلسطيني دون أي مبرر أو مسوغ قانوني معقول.

الحالة الثانية، إذا كان التحكيم دوليا هذه المرة ويجري في فلسطين، ولم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن الفقرة الثانية من نفس المادة قد ألزمت هيئة التحكيم بتطبيق القواعد الموضوعية التي تشير إليها قواعد تنازع القوانين في القانون الفلسطيني مع عدم تطبيق قواعد الإحالة إلا إذا أدت إلى تطبيق أحكام القانون الفلسطيني، وهذا النص أيضا منتقد بشدة، وذلك لسببين رئيسيين:

(752) وقد أخذت أيضا بهذا الاتجاه أيضا (17/1) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة (22/3) من قواعد محكمة لندن للتحكيم.

(753) CA Paris, 11 déc. 1997, Rev. Arb. 1999, 124.



الأول، أن القانون الفلسطيني يخلو حتى الآن من قواعد إسناد كافية لتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمشروع القانون المدني الفلسطيني لم يقر حتى الآن، وبالتالي كيف يمكن إعمال هذا النص حاليا في مثل هذا الوضع؟

الثاني، أن معظم القوانين العربية - إن لم تكن جميعا - قد رفضت تطبيق نظرية الإحالة، وأن المادة (34) من مشروع القانون المدني الفلسطيني قد سارت في هذا الإتجاه أيضا من حيث رفضها للإحالة بشكل مطلق، وبالتالي كيف يمكن تطبيق نظرية الإحالة على درجة واحدة المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني في ظل عدم وجود قواعد إسناد فلسطينية ابتداء لتعيين القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع؟ فتطبيق قواعد الإحالة يتوقف ابتداء على وجود قواعد إسناد يمكن إعمالها، وبدون هذه القواعد يستحيل تعيين القانون الواجب التطبيق، ويستحيل تبعا لذلك إعمال نظرية الإحالة أيضا.

بالتالي فإننا نكرر مرة أخرى ضرورة تعديل نص المادة (19) بفقرتيها الأولى والثانية، بحيث تسمح لهيئة التحكيم عند تخلف اتفاق الاطراف باختيار القواعد الموضوعية الأكثر اتصالا بموضوع النزاع، أو اختيار القواعد القانونية المناسبة تبعا لظروف النزاع وملابساته، مع تقييدها بأن يكون اختيارها لهذه القواعد معقولا ومبررا لا أن يكون تحكما غير قائم على أساس قانوني، وهذا يفترض قيام هيئة التحكيم باختيار تطبيق قانون أو قواعد لها علاقة باتفاق التحكيم، أو بالعلاقة القانونية الأصلية محل النزاع، أو بقانون دولة مقر التحكيم، أو بقانون بلد التنفيذ، أو تطبيق قواعد ذاتية أو أعراف معروفة في مجال التعامل الدولي والتجارة الدولية.

وفي جميع الأحوال، فإن الحرية المقررة لهيئة التحكيم في اختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، مقيدة باحترام الضوابط والقيود التالية:

#### 1) احترام النظام العام:

يلزم المحكم باحترام النظام العام خصوصا النظام العام الدولي، وذلك في جميع الأحوال حتى لو خالف ذلك اتفاق الأطراف، سواء تعلق الأمر باختيار القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، أو أية مخالفة أخرى متعلقة بأحكام العقد<sup>(754)</sup>. وقد تؤدي مخالفة قرار التحكيم للنظام العام إلى رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم في بلد التنفيذ عند صدوره. وعلى هذا الأساس، يجوز لهيئة التحكيم ولو من تلقاء نفسها استبعاد تطبيق القانون الموضوعي الذي اختاره الأطراف استبعادا كلياً أو جزئياً، حسب درجة المخالفة. فإذا كان محل العقد مثلاً غير

(754) Y. Derains, L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev. Arb. 1986, 375.

للتوسع حول هذا الموضوع، انظر:

Jean-Baptiste Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1997, spec. n° 233 et s.



مشروع، فيستبعد القانون الواجب التطبيق كلياً، أما إذا كان غير مشروع في جزء منه فقط، فيستبعد تطبيقه جزئياً بقدر التعارض مع النظام العام، وهذا الاستبعاد الجزئي مشروط بأن يكون بالإمكان فصل الجزء غير المشروع عن الجزء المشروع، أما إذا استحال ذلك، عندها يستبعد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كلياً.

## (2) احترام العادات والأعراف الجارية

يجب على هيئة التحكيم أن تراعي في جميع الأحوال العادات والأعراف الجارية في مجال المعاملة محل النزاع، وجاء النص على ذلك صراحة في عجز الفقرة الثانية من المادة (19) من قانون التحكيم الفلسطيني: "...وفي جميع الأحوال تراعي هيئة التحكيم الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع". في حين أن المادة (36/ج) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 قد توسعت في تفصيل الالتزامات المفروض على هيئة التحكيم مراعاتها، وذلك بنصها على أنه: "ج- في جميع الأحوال، يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين الطرفين"<sup>(755)</sup>. بالتالي فإن هيئة التحكيم بموجب النص الأردني تلزم باحترام ليس فقط العادات والأعراف الجارية في مجال المعاملة محل النزاع، وإنما تلزم أيضاً باحترام شروط العقد، وما جرى عليه التعامل السابق بين الطرفين. ولكننا نرى بأنه على الرغم من الاختلاف الظاهر بين النصين الأردني والفلسطيني، إلا أنهما يؤديان إلى ذات النتيجة، لأن واجب احترام شروط العقد والتعامل السابق بين الطرفين هو أمر مفروض بموجب القواعد العامة، ويطبق دون حاجة للنص عليه صراحة في قانون التحكيم.

وتشير العادات والأعراف إلى الممارسات المعتادة ومجموعة المبادئ والقواعد المستنبطة من الواقع العملي في إطار ممارسة نشاط معين<sup>(756)</sup>، سواء كان هذا النشاط تجارياً أو صناعياً أو مهنياً أو حتى حرفياً. أما القيمة القانونية لتلك العادات والأعراف، فهي تحتل مرتبة أدنى من القواعد القانونية، ويترتب على ذلك نتيجة هامة، وهي أنه لا يجوز لتلك العادات والأعراف - كقاعدة عامة - أن تقصي قاعدة قانونية لتحل محلها، وإنما تلعب دوراً مكملاً للقواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، سواء تم اختيارها من قبل الأطراف أنفسهم أو قامت هيئة التحكيم باختيارها عند غياب اتفاق الأطراف عليها. ويدخل بالتأكيد ضمن هذه العادات والأعراف قواعد التاجر أو *Lex Mercatoria* المشار إليها أعلاه.

(755) وهي تقارب نص المادة (28) من القانون النموذجي والتي جاء فيها: "4- في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

(756) Ph. Khan, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, Clunet 1989, p. 303.

### الفرع الثالث: كيفية الفصل في موضوع النزاع في التحكيم بالصلح

تنتهي عملية التحكيم بإصدار قرار حاسم في موضوع النزاع، ويحمل هذا القرار صفة الأحكام القضائية، من حيث أنه ملزم للأطراف وواجب التنفيذ ويحوز قوة الأمر المقضي به. فالمحكم هو في حقيقة الأمر قاض، وبالتالي فإن المحكم ملزم كالقاضي بتطبيق أحكام القانون، سواء كانت أحكاما موضوعية أو إجرائية، إلا ما استثني منها بنص خاص في القانون. ولكن مراعاة لخصوصية التحكيم<sup>(757)</sup>، فإن معظم القوانين الحالية، تجيز للأطراف حرية الاتفاق على أن يتم حسم النزاع ليس استنادا إلى أحكام القانون (ويسمى التحكيم بالقانون أو التحكيم بالقضاء أو التحكيم العادي) إنما استنادا إلى قواعد العدالة (ويسمى التحكيم بالصلح أو التحكيم الطليق أو التحكيم مع تفويض المحكم بالصلح)<sup>(758)</sup>. وقد سارت في هذا الاتجاه المادة (36) من قانون التحكيم الفلسطيني بنصها على أنه: "يحق لأطراف النزاع تفويض هيئة التحكيم بإجراء الصلح بينهم وفقا لقواعد العدالة...". وقد جاءت القوانين في كل من فرنسا ومصر والأردن بأحكام تنظم موضوع التحكيم بالصلح أكثر دقة مما جاء في قانون التحكيم الفلسطيني؛ فعلى سبيل المثال، نصت المادة (36) من قانون التحكيم الأردني لسنة 2001 على أنه: "د - يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون"<sup>(759)</sup>.

يتبين لنا من هذين النصين أن الأصل هو أن يجري التحكيم بالقانون، والاستثناء أن يجري التحكيم بالصلح؛ فإذا لم يتفق الأطراف على تفويض المحكم بالصلح، فإن التحكيم يكون دائما بالقانون<sup>(760)</sup>. بناء عليه، فإننا سنقوم بتعريف التحكيم بالصلح، ثم نبحث نطاق الحرية الممنوحة للمحكم المفوض بالصلح للفصل في موضوع النزاع، ومن ثم تحديد الالتزامات المفروضة على المحكم المفوض بالصلح.

(757) يقول أرسطو " المحكم يسعى إلى تحقيق العدالة، والقاضي يسعى إلى تطبيق القانون".

(758) حول التحكيم بالصلح، انظر:

Ph. Fouchard, "L'arbitrage judiciaire", Etudes offertes a P. Bellet, Litec, 1991 ; P. Estoup, « L'amiable composition », D 1996, chron., 221.

(759) وقد سارت في ذات اتجاه قانون التحكيم الأردني، المادة (39) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 حيث نصت على أنه: "د - يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". وكذلك المادة (28) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006 والتي تنص على أنه: 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسن، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة". وكذلك المادة (1478) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية المعدل لعام 2011، والتي جاء فيها أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع استنادا إلى أحكام القانون، إلا إذا فوضها الأطراف مهمة الفصل في النزاع كمحكم بالصلح".

(760) قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا لم ينص في مشاركة التحكيم على تفويض المحكمين بالصلح فإنهم يكونون محكمين بالقضاء": الطعن رقم 406 لسنة 30 ق، جلسة 1965/6/17، مجموعة الأحكام س 16.

## أولاً: تعريف التحكيم بالصلح

يمكن تعريف التحكيم بالصلح على أنه: "الخيار الذي يمنحه الأطراف للمحكّمين يخولونهم فيه سلطة استبعاد تطبيق أحكام القانون، عندما يكون ذلك ممكناً، إذا كان تطبيقها يؤدي من وجهة نظرهم إلى نتائج غير مناسبة أو غير عادلة"<sup>(761)</sup>. فالتحكيم بالصلح مبني على اتفاق بين الأطراف يقضي بتحويل هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع النزاع ليس استناداً إلى أحكام القانون إنما استناداً إلى قواعد العدالة والإنصاف. بالتالي فإن الاتفاق على تفويض هيئة التحكيم بالصلح هي مسألة جوازية للأطراف، لا يلزمون بسلوكه أو عدم سلوكه، إنما هم أنفسهم من يقدر ما إذا كانت مصالحهم المشتركة تقتضي تفويض هيئة التحكيم بالصلح من عدمه.

ويكثر استخدام التحكيم بالصلح في مسائل الشركات، خصوصاً في علاقة الشركاء مع بعضهم البعض، وكذلك في مجموعات الشركات<sup>(762)</sup>، فهنا يفضل تفويض المحكم بالصلح وليس التحكيم بالقانون، لأن التحكيم بالصلح يعمل على حل النزاع مع احتفاظ الأطراف باستمرار علاقاتهم<sup>(763)</sup>. كما يفضل استخدامه أيضاً في العقود التجارية الدولية طويلة المدة، والتي تقتضي وجود درجة كبيرة من التعاون بشكل مستمر، والمحافظة على استمرار العلاقات التجارية بين الأطراف<sup>(764)</sup>. ويستخدم التحكيم بالصلح كذلك في حال كان الأطراف تربطهم روابط قوية ولهم مصالح مشتركة في حل النزاع؛ فمثلاً في شركات الأشخاص تربط الشركاء علاقات قوية ولهم مصالح مشتركة، وتربطهم روابط تضامن وتقاسم الأرباح وتحمل الخسائر، وهذا يفرض عليهم درجة كبيرة من التعاون، لذا يكثر استخدام التحكيم بالصلح<sup>(765)</sup>. كما يكثر استخدام التحكيم مع التفويض بالصلح في الشركات العائلية، حيث تربط الأطراف علاقات قرابة ومصالح مشتركة، وكذلك الحال في مجموعات الشركات، والشركة الأم والشركات الوليدة، وشركات الأشخاص، وشركات الأموال المغلقة. فالهدف الأساسي من لجوء الأطراف إلى التحكيم بالصلح، هو محاولة الوصول إلى حل مرضي لجميع الأطراف، يتسم بالعدالة، مما يسمح بحل النزاع وفي نفس الوقت الاستمرار في علاقاتهم التجارية والعقدية<sup>(766)</sup>. ونظراً لخطورة التحكيم بالصلح، فإنه لا يتم اللجوء إليه إلا إذا تم التفكير ملياً في النتائج المترتبة عليه، وكذلك بناء على درجة الثقة التي يوليها الأطراف للمحكم نفسه. في حين يقل استخدام التحكيم مع التفويض بالصلح في شركات الأموال المفتوحة.

(761) "La faculté donnée par les parties aux arbitres d'écarter, si celà est possible, la règle de droit lorsque son application conduit selon eux à des résultats inopportuns ou inéquitables": Daniel Cohen, Arbitrage et société, LGDJ 1993, Préface Bruno OPPETIT, n 569, p. 297.

(762) D. Cohen, n° 571 et s.

(763) Ibid.

(764) E. Loquin, n° 254 et s.

(765) D. Cohen, n° 573 et s.

(766) E. Loquin, n° 581 et s.

وإمكانية تفويض هيئة التحكيم بالصلح تشمل جميع اتفاقات التحكيم سواء جاءت على شكل شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم.

ولا يشترط في اتفاق الأطراف على تفويض المحكم بالصلح أية إجراءات أو شكلية معينة، إنما يشترط أن يكون هذا الاتفاق على التفويض بالصلح على درجة كافية من التحديد، ويخضع تقدير ذلك لسلطة قاضي الموضوع.

ويمكن أن يأتي اتفاق الأطراف على التحكيم بالصلح صريحا أو ضمنيا. فكثير من القوانين تشترط أن يتم الاتفاق صراحة على تفويض هيئة التحكيم بالصلح، إما في اتفاق التحكيم ذاته أو في اتفاق مستقل أو حتى أمام هيئة التحكيم عند بدء إجراءات التحكيم أو خلال سير تلك الإجراءات، ومن هذه القوانين: القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته في العام 2006 وقانون التحكيم الأردني لسنة 2001 وقانون التحكيم المصري لسنة 1994<sup>(767)</sup>. في المقابل فإن بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي<sup>(768)</sup>، لا تشترط أن يكون الاتفاق على التحكيم بالصلح صريحا، إنما قد يكون ضمنيا، بحيث تستخلص النية المشتركة للأطراف في تفويض هيئة التحكيم بالصلح من الظروف والملابسات المحيطة بالنزاع، كالشرط الذي يورده الأطراف ويقضي بتفويض المحكم بالفصل في النزاع استنادا إلى قواعد العدالة دون حصره بقواعد قانونية معينة. ويبدو أن قانون التحكيم الفلسطيني يسير في هذا الإتجاه الأخير، الذي يجيز أن يكون اتفاق الأطراف على التحكيم بالصلح صريحا أو ضمنيا.

### ثانيا: نطاق الحرية التي يتمتع بها المحكم المفوض بالصلح

يملك المحكم المفوض بالصلح حرية واسعة في الفصل في موضوع النزاع، وهذه الحرية تفوق كثيرا حرية المحكم بالقانون؛ فإذا كان المحكم بالقانون ملزم بتطبيق القواعد القانونية الآمرة والمكاملة، فإن المحكم المفوض بالصلح على عكس المحكم بالقانون، يمكنه استبعاد تطبيق القواعد القانونية بشكل كلي أو جزئي إذا وجدها لا تحقق العدالة التي ينشدها الأطراف، باستثناء القواعد القانونية الآمرة والأحكام المتعلقة بالنظام العام. كما يتمتع المحكم المفوض بالصلح أيضا بحرية تطبيق أحكام القانون إذا وجدها تحقق العدالة. بالتالي يمكن القول أن المحكم بالصلح ليس ملزما لا بتطبيق أحكام القانون ولا بعدم تطبيقها، إنما له حرية في تطبيق أحكام القانون أو استبعادها حسبما يراه مناسبا لتحقيق العدالة.

(767) المادة (28) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006 والتي تنص على أنه: 3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس مراعاة العدالة والحسنى، أو كمحكم عادل منصف، إلا إذا أجاز لها الطرفان ذلك صراحة". والمادة (36) من قانون التحكيم الأردني والتي تنص: "د - يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون". والمادة (39) من قانون التحكيم المصري لعام 1994 حيث نصت على أنه: "د - يجوز لهيئة التحكيم - إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

(768) تنص المادة (1478) من قانون المرافعات المدنية الفرنسية المعدل لعام 2011 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع استنادا إلى أحكام القانون، إلا إذا فوضها الأطراف مهمة الفصل في النزاع كمحكم بالصلح".

ولكن على الرغم من الحرية الواسعة التي يتمتع بها المحكم المفوض بالصلح في اختيار تطبيق أو عدم تطبيق أحكام القانون، فإن هذا الاختيار يجب يكون في الحالتين مبررا وليس تحكما؛ بحيث يبنى هذا الاختيار في تطبيق أو استبعاد تطبيق أحكام القانون على أساس مدى تحقيق ذلك للعدالة؛ فإذا وجد أن تطبيق أحكام القانون تؤدي إلى تحقيق العدالة قام بتطبيقها، وإن وجدها لا تحقق العدالة قام باستبعادها. بالتالي فإن تفويض المحكم بالصلح لا يعني رفض أو منع المحكم من تطبيق أحكام القانون، إنما إعطائه الحرية في تطبيق أو استبعاد تطبيق أحكام القانون حسبما يراه محققا للعدالة من عدمه. فحتى لو طبق المحكم القواعد القانونية عندما يكون مفوضا بالصلح، يجب أن يكون ذلك مستندا إلى قناعته بأن تلك القواعد القانونية تحقق العدالة، فقد جاء في القضية التحكيمية التي نظرها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم على: "أنه من المؤكد أن تفويض المحكمين بالصلح وبالقضاء وفقا لقواعد العدالة والانصاف لا يعني استبعاد حكم القانون لو تحقق المحكمون من أن حكم القانون يحقق العدالة"<sup>(769)</sup>.

إضافة إلى ما سبق، فإن المحكم يمنع - رغم عدم النص على ذلك صراحة في قوانين التحكيم - من اختيار تطبيق قانون ليس له علاقة بموضوع النزاع، ولكن يبدو أن لا شيء يمنع المحكم المفوض بالصلح من تطبيق قواعد وأعراف التاجر Lex Mercatoria باعتبارها تمثل قواعد قانونية معظمها غير مقنن في مجال التجارة الدولية، فمثلا لو تغيرت ظروف التعاقد وأدت إلى اختلال في توازن العقد، فإن قواعد التاجر تقرر ضرورة قيام الأطراف بالتفاوض لإزالة عدم التوازن. ولكن مع ذلك، فإن المحكم المفوض بالصلح ليس ملزما أصلا بتطبيق قواعد التاجر.

بناء عليه، فإن التزام المحكم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة هو مجرد حرية ممنوحة للمحكم، وتمكنه من تطبيق أحكام القانون للفصل في موضوع النزاع إذا وجدها تحقق العدالة<sup>(770)</sup>. ويبرر في العادة قيام المحكم المفوض بالصلح بتطبيق أحكام القانون عاملان: عامل نفسي يتمثل في البحث عن سند قانوني وبراهين وأسباب تبرر حكمه، فمن خلال تطبيق أحكام القانون يحاول المحكم الوصول إلى حكم يتسم بالعدالة التي يتوخاها الأطراف، وفي نفس الوقت الحرص على أن يكون هذا الحكم صحيحا ومبنيًا من الناحية الفنية على أسانيد قانونية كافية؛ وعامل قانوني يتمثل في أن المحكم المفوض بالصلح لا يلزم بالامتناع عن تطبيق أحكام القانون<sup>(771)</sup>.

(769) الدعوى التحكيمية رقم 357 لسنة 2003 - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 2004/12/30، مجلة التحكيم العربي، لأو العدد 172.

(770) La clause d'amiable composition est « une renonciation conventionnelle aux effets et bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application » : CA Paris, 28 nov. 1996, Rev. Arb. 1997, 380, E. Loquin.

(771) Cass. com. 29 nov. 1995, Rev. Arb. 1996, 234, E. Loquin.

## ثالثا: الالتزامات والقيود المفروضة على المحكم المفوض بالصلح

على الرغم من أن سلطة المحكم المفوض بالصلح أوسع مجالا من سلطة المحكم بالقانون، إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، إنما مقيدة باحترام مجموعة من الضوابط والقيود، نعرضها على النحو الآتي:

## 1) احترام القواعد الآمرة والنظام العام

حتى لو كان المحكم مفوضا بالصلح، فإنه يلزم شأنه شأن المحكم بالقانون باحترام القواعد الموضوعية الآمرة عند فصله في النزاع<sup>(772)</sup>، ويلزم كذلك باحترام النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي إذا كانت المسألة المعروضة للتحكيم متعلقة بالتجارة الدولية<sup>(773)</sup>، ويترتب على إنتهاكهما إمكانية الطعن ببطان قرار التحكيم؛ فالمحكم المفوض بالصلح يتساوى من هذه الناحية مع المحكم بالقانون من حيث إلزامه بتطبيق القواعد الآمرة. في المقابل، فإن المحكم المفوض بالصلح يستطيع استبعاد تطبيق القواعد القانونية المكملة فقط دون الآمرة. غير أن جانبا من الفقه يرى أن المحكم المفوض بالصلح يستطيع أيضا استبعاد تطبيق القواعد القانونية الآمرة ذات الطابع الحمائي، كقواعد حماية المستهلك والعامل والمستأجر، حيث يعتبر أن الأطراف إذا قاموا بتفويض المحكم بالصلح، فإن ذلك يشير إلى أنهم قد تنازلوا عن تطبيق تلك القواعد الحمائية بمجرد تفويض المحكم بالصلح<sup>(774)</sup>. ولكننا لا نتفق مع هذا الرأي على أساس أن تلك القواعد الحمائية هي قواعد أمرة من النظام العام أيضا، ما يمنع استبعاد تطبيقها حتى لو فوض الأطراف المحكم بالصلح.

في المقابل، يستطيع المحكم المفوض بالصلح استبعاد تطبيق القواعد المكملة، كقيامه بتحديد زمن معين يعتمد من أجل تقدير قيمة الأشياء، كما يجيز القضاء الفرنسي للمحكم المفوض بالصلح اعتماد زمن لاحق على انحلال الشركة لتقدير قيمة موجودات الشركة والأشياء ما دام المحكم يسعى إلى تحقيق العدالة<sup>(775)</sup>. كما يستطيع المحكم المفوض بالصلح الحكم على شخص طبيعي استنادا إلى أساسين قانونيين: بصفته شخص طبيعي وبصفته مديرا للشركة التي يديرها دون تمييز بين هاتين الصفتين<sup>(776)</sup>، كما يستطيع الحكم بالتضامن على أشخاص في غير الحالات المنصوص عليها قانونا<sup>(777)</sup>.

(772) CA Paris, 16 mars 1995, Rev. Arb. 1996, 146.

(773) CCI 1984-4265, Clunet 1984, 922, Y Derains.

(774) E. Loquin, op. cit., n 460 a 474.

(775) CA Douai, 4 mai 1951, D 1951, 476.

(776) CA Paris, 1re ch c, 18 janv. 1991.

(777) Trib civ. Seine, 17 mai 1955, Rev. Arb. 1955, 61.

وتطبيقا لالتزام المحكم بالقواعد القانونية الأمرة، ما قضت به محكمة استئناف رام الله بقولها: "إذا خرج المحكم عن اتفاق التحكيم فيعتبر قراره باطلا. إن تفويض المحكم بالصلح لا يعفيه من التقيد بالقواعد القانونية المنظمة للأحكام المتعلقة بالأموال غير المنقولة ولا صلاحية له في إجراء قسمة في أراض غير مسجلة في دائرة تسجيل الأراضي"<sup>(778)</sup>.

## 2) الالتزام بالقواعد الإجرائية المتعلقة بالنظام العام

تقتصر حرية المحكم المفوض بالصلح على استبعاد القواعد الموضوعية المكتملة وغير المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يلزم دائما وأبدا باحترام قواعد الإجراءات، فهي مفروضة على كل محكم سواء كان محكما بالقانون أو محكما مفوضا بالصلح. ويبرر إلتزام المحكم المفوض بالصلح باحترام قواعد الإجراءات أن المحكم يفصل في النزاع بقرار تحكيم تتوافر فيه جميع صفات الحكم القضائي، وينطبق ذلك على كل قرار تحكيم سواء كان بالقانون أو بالصلح. بل إن جانبا من الفقه يرى أن احترام إجراءات التحكيم تفرض على المحكم المفوض بالصلح بدرجة أكبر من المحكم بالقانون<sup>(779)</sup>، نظرا للدور الخاص الذي يؤديه المحكم بالصلح؛ فإذا كان المحكم بالصلح يتمتع بحرية أوسع من حرية المحكم بالقانون، فإن ذلك يلقي على عاتقه بالمقابل واجبات أوسع أيضا. غير أن التزام المحكم المفوض بالصلح بتطبيق قواعد الإجراءات لا يعني الإلتزام بها جميعا، بل يجوز له استبعاد تطبيق بعض الشكليات والإجراءات باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام. بناء عليه، يجب على المحكم المفوض بالصلح مثلا احترام المبادئ الأساسية في التقاضي<sup>(780)</sup>؛ لأنها تعد مبادئ من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي على حد سواء<sup>(781)</sup>، كمبدأ المساواة بين الخصوم، وحقوق الدفاع خصوصا احترام مبدأ المواجهة<sup>(782)</sup>. وتطبيقا لذلك، لا يجوز للمحكم المفوض بالصلح الاستناد في قراره إلا على الوقائع والوثائق والمستندات التي وصلت إلى علم الطرف الآخر وتم احترام مبدأ المواجهة بشأنها. كما يلزم المحكم بالصلح باحترام قواعد الإثبات المتعلقة بالنظام العام؛ فلا يجوز للمحكم حتى لو كان مفوضا بالصلح أن يقلب مثلا عبء الإثبات من طرف إلى الطرف الآخر<sup>(783)</sup>.

(778) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 1994/72، بتاريخ 1994/8/23.

(779) E. Loquin, Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur, Rev. Arb. 1985, 144.

(780) CA Paris, 2 fevr. 1988, 68, note G. Couche. CA Paris, 9 sept. 1989, Rev. Arb. 1989, 712.

(781) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 févr. 1990, Rev. arb. 1991, 649, J. Pellerin ; RTD com. 1992, 164.

(782) CA Paris, 3 avr. 1963: D. 1963, 461; CA Aix-en-Provence, 19 mars 1963: D. 1963, 524 ; CA Paris, 3 dec. 1965 : Rev. Arb. 1966, 22 ; CA Paris, 7 dec. 1965 : JCP 1966, II, 14625, note R. Boulbès; CA Paris, 1969: Rev. Arb. 1969, 92.

(783) CA Paris, 4 avril 1991, Rev. arb. 1991, 659, J. Pellerin.



## 3) احترام شروط وأحكام العقد

يلزم المحكم كقاعدة عامة باحترام شروط وأحكام العقد، فحرية المحكم المفوض بالصلح محصورة في إمكانية تطبيق أو استبعاد تطبيق أحكام القانون الموضوعية وفق ما يراه محققا للعدالة، ولكنه في المقابل يلزم باحترام شروط وأحكام العقد، ولا يملك سلطة استبعاد تطبيقها، وفي ذلك قضت محكمة استئناف باريس بأنه: "إذا كانت محكمة التحكيم المفوضة بالصلح تملك صلاحية الحكم وفق قواعد العدالة، فإنها مع ذلك لا تستطيع انتهاك العقد المبرم بين الأطراف ولا تعديل طبيعته أو نطاقه"<sup>(784)</sup>. غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الإستثناءات؛ فالزام المحكم بالصلح باحترام شروط العقد وأحكامه، لا يمنعه من سلطة تعديل الالتزامات العقدية أو تخفيفها إذا وجد أن العدالة ومصالح الأطراف المشتركة تقضي ذلك<sup>(785)</sup>، ويخضع المحكم بالصلح في ذلك لرقابة قاضي البطلان، فالمحكمة تراقب مدى إلتزام المحكم بالصلح بحدود المهمة المسندة إليه ولكنها لا تراقب مدى حسن اختيار المحكم لقراره من عدمه في حسم النزاع<sup>(786)</sup>. بناء عليه، قضت محكمة النقض الفرنسية بفسخ قرار المحكم المفوض بالصلح الذي استند حصريا في اتخاذ قراره إلى أحكام القانون دون توضيح مدى مطابقتها للعدالة<sup>(787)</sup>. وقضت ذات المحكمة أيضا بفسخ قرار المحكم المفوض بالصلح بسبب قيامه بإيقاع الجزاء المنصوص عليه في العقد دون بيان أسباب ايقاع هذا الجزاء ومدى تحقيقه للعدالة<sup>(788)</sup>.

## 4) التزام المحكم بحدود مهمة التحكيم

التحكيم هو استثناء على اختصاص القضاء العادي صاحب الولاية العامة للفصل في جميع المنازعات، "ومن ثم يجب تفسيره تفسيراً ضيقاً فيما يتعلق بتحديد المنازعات محل التحكيم فيقتصر ولاية المحكمين على ما ورد صراحة في ذلك الاتفاق دون قياس أو توسع"<sup>(789)</sup>. بناء على

(784) CA Paris, 27 févr. 1997, Cité par E. Loquin, Rev. Arb. 1997, 391 : « si le tribunal arbitral amiable compositeur a mission de statuer en équité, il ne peut cependant porter atteinte au contrat liant les parties dont il ne peut modifier ni la nature ni l'étendue ».

(785) CA Paris, 14 janv. 1974, Rev. Arb. 1977, J. Robert ; CA Paris, 10 mars 1981, Rev. Arb. 1982, 214, Mezger ; CA Paris, 6 mars 1988, Rev. Arb. 1989, 83, E. Loquin ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avr. 1990, Rev. Arb. 1991, 345 ; CA Paris, 3 mars 1991, Rev. Arb. 1992, 669, Moitry ; CA Paris, 9 avr. 1991, Rev. Arb. 1991, 673 ; CA Paris, 4 nov. 1997, Rev. Arb. 1998, 704.

(786) CA Paris, 15 mars 1984, Rev. Arb. 1985, 285 ; CA Paris, 5 mai 1988, Rev. Arb. 1989, 83, E. Loquin ; CA Paris, 20 janv. 1989, Rev. Arb. 1989, 280, L. Idot ; CA Paris, 11 janv. 1996, Rev. Arb. 1996, 100, E. Gaillard ; D. 1996, 351, E. Loquin.

(787) Cass. 2e Civ., 15 févr. 2001, Rev. Arb. 2001, 135, E. Loquin.

(788) Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 18 oct. 2001, Rev. arb. 2002, 359, Ch. Jarrosson.

(789) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى رقم 2240/111 ق، جلسة 1995/2/22.



هذا التفسير الضيق، فإن الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الشركة لا يمتد إلى الحكم ببطلانها أو بفسخها والتعويض عن ذلك. وكذلك اقتصار شرط التحكيم على تفسير العقد لا يخول المحكمين سلطة القضاء بفسخه والتعويض لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه. كما أن اتفاق التحكيم الذي يعطي هيئة التحكيم سلطة تفسير العقد وتنفيذه يجيز لها تقرير التعويض على أساس المسؤولية العقدية ولكن ليس الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(790)</sup>. وكذلك الحال إذا كان اتفاق التحكيم يحدد سلطة هيئة التحكيم في الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين، فإن ذلك لا يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في منازعات ناشئة عن مصدر آخر غير تنفيذ ذلك العقد. والاتفاق على التحكيم بالنسبة لإثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث وتقدير قيمتها في عقد التأمين لا يمتد إلى الحكم بالتعويض عن تلك الأضرار.

وتطبق هذه القواعد الناظمة لاختصاص هيئة التحكيم على التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح أيضا، لأن التحكيم بالصلح وإن كان يوسع من سلطات هيئة التحكيم فيما يتعلق بالفصل في النزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يترتب عليه إعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وإن حصل ذلك فإن قرار التحكيم الصادر عنها يكون عرضة للطعن به بالبطلان على أساس خروجها عن حدود مهمتها<sup>(791)</sup>.

### 5) الإلتزام بتسبب قرار التحكيم مع التفويض بالصلح والإلتزام بحجية الأمر المقضي

يلتزم المحكم بالصلح بتسبب قراره حاله في ذلك حال المحكم بالقانون<sup>(792)</sup>. كما يلزم المحكم المفوض بالصلح باحترام قوة الأمر المقضي به<sup>(793)</sup>، ولكن يبدو أن هذه القاعدة ليست مطلقة، حيث يجيز القضاء الفرنسي مثلا للأطراف الاتفاق على أن يقوم المحكم المفوض بالصلح بالنظر من جديد في قضية سبق الفصل فيها وحازت قوة الأمر المقضي به<sup>(794)</sup>، ولكننا نستبعد تطبيق ذات الحل في فلسطين.

(790) انظر استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 84 و 85 / 120 ق، جلسة 2004/5/26.

(791) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى رقم 111/2240 ق، جلسة 1995/2/22. انظر أيضا، دعوى رقم 120/12 ق، جلسة 2004/7/27.

(792) CA Paris, 7 fev. 1957, D 1957, 251; 7 dec. 1965, JCP 1966, II, 14625, note R. Boulbès; CA Paris, 5 fevr. 1976, Rev. Arb. 1976, 255. Sur l'ensemble, voir E. Loquin, L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev. Arb. 1976, 223.

(793) Cass. civ. 21 juin 1852, DP 53; CA Paris, 10 mai 1962, D 1962, somm. 136.

(794) Cass. civ. 21 juin 1852, DP 53.

## المطلب الثاني: شروط صدور قرار التحكيم

نتناول في هذا المطلب الشروط المتعلقة بإصدار قرار التحكيم، والشروط المتعلقة بالشكل الذي يجب أن يصدر فيه هذا القرار، وإعلان قرار التحكيم وتسليمه للأطراف وإيداعه لدى المحكمة المختصة.

### الفرع الأول: شروط متعلقة بإصدار قرار التحكيم

يتطلب القانون لإصدار قرار التحكيم، إجراء مداولة بين أعضاء هيئة التحكيم وأن يصدر هذا القرار بالإجماع أو بأغلبية الآراء، وأن يصدر ضمن حدود مهمة التحكيم، وضمن المدة المحددة لإصداره. ونعرض جميع هذه المسائل على التوالي.

#### أولاً: صدور قرار التحكيم بعد المداولة بالإجماع أو بأكثرية الآراء

نظم قانون التحكيم الفلسطيني كيفية صدور قرار التحكيم وإجراءاته بشكل دقيق. فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (35) من قانون التحكيم أنه: "2- بعد اختتام بينات الأطراف تصدر هيئة التحكيم قراراً بحجز القضية للحكم مع السماح للأطراف بتقديم مذكرات ختامية لمن يرغب منهم خلال المدة التي تحددها الهيئة". وتضيف الفقرة الثالثة من المادة (39) من ذات القانون أنه: "3- 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"<sup>(795)</sup>.

فمتى تهيأت الدعوى للحكم، تقرر هيئة التحكيم إقفال باب المرافعة، مع الإجازة للأطراف بتقديم مذكرات ختامية إذا رغبوا بذلك خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم. بعد ذلك تحجز القضية للتدقيق والمداولة وإصدار الحكم فيها<sup>(796)</sup>. وقد بينت المادة (70) من اللائحة التنفيذية بهذا الصدد أنه: "1- لا يجوز لهيئة التحكيم أثناء حجز القضية للتدقيق في المداولة أن تسمع أية إيضاحات من أحد الأطراف أو وكلائهم إلا بحضور الطرف الآخر، وليس لها أن تقبل أية مذكرات أو مستندات دون إطلاع الطرف الآخر عليها. 2. إذا رأت هيئة التحكيم أن ما قدم إليها من مذكرات أو مستندات أو ما استمعت إليه من إيضاحات منتجاً في القضية فلها أن

(795) وتنص المادة (71) من قانون التحكيم أيضاً على أنه: "يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأغلبية أعضاء هيئة التحكيم، وينطق به رئيس هيئة التحكيم أو المرجح في الجلسة المحددة للنطق به".

(796) وقد نظمت هذه المسألة المادة (69) من اللائحة التنفيذية بنصها على أنه: "1. متى تهيأت الدعوى للفصل فيها تقرر هيئة التحكيم قفل باب المرافعة، وحجز القضية للتدقيق والمداولة وإصدار الحكم فيها. 2. تتم المداولة سراً لا يحضرها سوى هيئة التحكيم التي سمعت المرافعة مجتمعة. 3. تحدد هيئة التحكيم عند قفل باب المرافعة موعداً لإصدار القرار، أو في جلسة أخرى مع مراعاة أحكام المواد... من القانون. 4. يجوز للأطراف أن يقدموا مذكرات ختامية خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم وفقاً لأحكام الفقرة السابقة. 5. تصدر هيئة التحكيم قراراتها غير مقيدة بالإجراءات النظامية عدا ما نص عليها في القانون وهذه اللائحة التنفيذية".

تمدد أجل النطق بقرار التحكيم، وفتح باب المرافعة من جديد يكون بقرار تدون فيه الأسباب والمبررات، ويجب إخطار الأطراف بالميعاد المحدد للنظر في القضية<sup>797</sup>.

ويظهر من ذلك أن المداولة هي مرحلة إلزامية لاتخاذ وإصدار قرار التحكيم عندما تكون هيئة التحكيم متعددة الأعضاء، أي مكونة من محكمين أو أكثر. وتتمثل الفائدة العملية من المداولة بالسماح لأعضاء هيئة التحكيم بالتحاور الفعلي والحقيقي فيما بينهم حول طلبات الأطراف ودفعهم وأقوالهم ومستنداتهم وحججهم، والتي تمت مناقشتها وجاهاة أمامهم. ولكن لا يظهر للمداولة أي مبرر إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم منفرد، حيث يقوم هذا المحكم المنفرد بتمحيص طلبات ودفع الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم والتفكير العميق بشأنها ووزنها، ومن ثم يتخذ قرار التحكيم بمفرده.

وتتحصّر المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم دون غيرهم، ويجب أن يشترك فيها جميع أعضاء هيئة التحكيم، أما إذا انعقدت هيئة التحكيم وأصدرت حكمها في حال غياب أحد أعضائها فإنه يكون قد صدر باطلا<sup>(797)</sup>، إذ يتعين اشتراك كافة المحكمين في نظر الدعوى وفي المداولة التي تسبق النطق بالحكم والتوقيع على أسبابه<sup>(798)</sup>. وفي هذا الصدد تقول محكمة النقض المصرية: "وجوب صدور حكم المحكمين بإشترائهم جميعا فيها وإن كان لا يلزم إلا اجتماع رأي الأغلبية عليه بحيث لا يجوز أن يصدر من هذه الأغلبية في غيبة الأقلية ما لم يأذن لهم أطراف التحكيم أنفسهم بذلك لما ينطوي عليه ذلك من مخالفة صريحة ... فضلا عن مخالفته للقواعد الأساسية في إصدار الأحكام"<sup>(799)</sup>.

وتكون المداولة سرية لا يشترك فيها سوى أعضاء هيئة التحكيم، ودون حضور أي أشخاص آخرين. كما أن محتوى المدولة والأراء المتبادلة بين أعضاء الهيئة يجب أن تبقى أيضا سرية، ولا يجوز إفشائها لأي شخص آخر، لا قبل صدور قرار التحكيم ولا بعده. ولا يؤدي إفشاء أسرار المدولة إلى بطلان قرار التحكيم، إنما يجيز للأطراف مطالبة المحكم الذي قام بإفشائها بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، إذا كان إفشائها قد سبب لأحدهما أو كليهما ضررا وحمل الدليل على ذلك.

ويصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بالإغلبية، سواء كان التحكيم بالقانون أو بالصلح، ويطبق ذلك عندما تكون هيئة التحكيم متعددة الأعضاء. كما يجوز توقيع حكم التحكيم من قبل

(797) انظر في بطلان قرار التحكيم لعدم اشتراك كامل أعضاء هيئة التحكيم في المداولة وفي إصداره: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، الطعن رقم 34 و 53 لسنة 119 ق، جلسة 2003/1/29.

(798) نقض تجاري مصري، طعن رقم 21 لسنة 68 ق جلسة 1999/6/8.

(799) نقض مدني مصري، طعن رقم 1142 لسنة 51 ق، جلسة 1982/3/2، مجموعة الأحكام ج 1، س 33، ق 52، ص 281.

الأغلبية مع بيان أسباب عدم توقيع الأقلية<sup>(800)</sup>، وبهذا أخذت المادة (72) من اللائحة التنفيذية بنصها على أنه: "إذا صدر قرار التحكيم بالإجماع فيجب أن يوقع من أعضاء هيئة التحكيم، وإذا صدر بالأغلبية فيكتفى بتوقيعه من المحكمين الذي اشتركوا في إصداره، ويشار في محضر جلسة النطق به إلى الرأي المخالف".

وقد تتحقق الأغلبية في جزء من الحكم ولا تتحقق في الجزء الآخر، عندها يمكن اعتبار الجزء الذي حصل على موافقة الأغلبية صحيحا، وإعتبار الجزء الآخر باطلا، إلا إذا كان هذا القرار غير قابل للتجزئة عندها يعتبر قرار التحكيم كله باطلا.

وقد ألزمت المادة (39/3) من قانون التحكيم هيئة التحكيم بإصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، مع الإجازة لهيئة التحكيم بتمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة لذلك. ويتولى رئيس هيئة التحكيم أو المرجح النطق بقرار التحكيم في الجلسة المحددة للنطق به<sup>(801)</sup>، وذلك بحضور الأطراف، فإذا تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه بذلك، تصدر هيئة التحكيم قرارها في تلك الجلسة وتقوم بتبليغه للطرف الغائب ويعتبر القرار بمثابة الحضور في مواجهته، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(802)</sup>. ولا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة<sup>(803)</sup>.

### ثانياً: صدور قرار التحكيم ضمن حدود مهمة التحكيم

تستمد هيئة التحكيم مهمتها للفصل في النزاع من اتفاق التحكيم، وتلزم هيئة التحكيم باحترام حدود هذه المهمة المحددة لها في اتفاق التحكيم، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود مهمتها، فيكون قرارها خارجاً عن اتفاق التحكيم وبالتالي حرياً بالطعن به بالبطلان. وقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية أنه: "إذا فصل المحكم في مسائل لم يطلبها المدعي في دعواه فيكون المحكم قد تجاوز حدود المهمة الموكولة إليه مخالفاً بذلك أحكام المادة 6/أ/49 من قانون التحكيم مما يستوجب بطلان قرار التحكيم"<sup>(804)</sup>.

فالتحكيم هو نظام اتفاقي، ويعتبر استثناء على اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، ومن ثم يجب تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً فيما يتعلق بتحديد المنازعات محل التحكيم، فيقتصر ولاية المحكمين على ما ورد صراحة في ذلك الاتفاق دون

(800) نقض مدني مصري، طعن رقم 10350 لسنة 65 ق، جلسة 1999/3/1.

(801) المادة (71) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(802) المادة (40) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(803) المادة (41) من اللائحة التنفيذية.

(804) تمييز حقوق أردني، رقم 2007/786، بتاريخ 2007/5/22.

قياس أو توسع<sup>(805)</sup>. بناء على هذا التفسير الضيق، فإن الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الشركة لا يمتد إلى الحكم ببطلانها أو فسخها والتعويض عن ذلك. وكذلك اقتصار شرط التحكيم على تفسير العقد لا يخول المحكمين سلطة القضاء بفسخه والتعويض لعدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذه إلزامه. كما أن اتفاق التحكيم الذي يعطي هيئة التحكيم سلطة تفسير العقد وتنفيذه يجيز لها تقرير التعويض على أساس المسؤولية العقدية ولكن ليس الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(806)</sup>. وكذلك الحال إذا كان اتفاق التحكيم يحدد سلطة هيئة التحكيم في الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين، فإن ذلك لا يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في منازعات ناشئة عن مصدر آخر غير تنفيذ ذلك العقد. كما أنه إذا حدد شرط التحكيم الوارد في عقد التأمين مهمة التحكيم في إثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث المؤمن ضده وتقدير قيمتها، لا يعطيه الحق بإلزام شركة التأمين بدفع التعويض الناجم عن ذلك للمؤمن له<sup>(807)</sup>.

وتطبق هذه القواعد الناظمة للتحكيم على التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح أيضا، لأن التحكيم بالصلح وإن كان يوسع من سلطات هيئة التحكيم فيما يتعلق بالفصل في النزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام، فإنه لا يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم، وإن حصل ذلك فيكون عرضة للطعن به بالبطلان على هذا الأساس<sup>(808)</sup>.

### ثالثا: صدور قرار التحكيم ضمن المدة المحددة للتحكيم

نظمت المادة (38) من قانون التحكيم الفلسطيني مدة التحكيم، وذلك بنصها على أنه:

- 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 شهرا 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 أمرا لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

(805) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى رقم 111/2240 ق، جلسة 1995/2/22.

(806) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 84 و 85 / 120 ق، جلسة 2004/5/26.

(807) استئناف القاهرة، 2003/2/26، المجلة اللبنانية، عدد 32، ص 22.

(808) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى رقم 111/2240 ق، جلسة 1995/2/22. انظر أيضا، دعوى رقم 120/12 ق، جلسة 2004/7/27.

يتبين من هذا النص أن الأصل هو التحديد الإتفاقي للمدة التي يجب أن يصدر خلالها قرار التحكيم، وعند تخلف هذا الاتفاق، فقد ألزم قانون التحكيم الفلسطيني هيئة التحكيم بإصدار قرار التحكيم خلال إثني عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، ولكن القانون أجاز لهيئة التحكيم في جميع الأحوال، أي سواء تم تحديد مدة التحكيم باتفاق الأطراف أو بنص القانون، مد تلك المدة لمدة لا تزيد عن ستة أشهر.

وتلزم هيئة التحكيم بإصدار قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال مدة التحكيم، وقرار التحكيم الصادر بعد انقضاء المدة يعد باطلا<sup>(809)</sup>. ويرى القضاء الفرنسي أنه إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال المدة المحددة، فإن شرط التحكيم لا يفقد فاعليته، إنما يمكن للأطراف، حتى بعد انقضاء المدة، الاستمرار في إجراءات التحكيم، إلا إذا تبين أن إرادتهم قد اتجهت إلى الرجوع عن شرط التحكيم<sup>(810)</sup>.

ولكن استمرار ممثل الأطراف أمام هيئة التحكيم بعد انقضاء مدة التحكيم يعد قبولا ضمنيا من جانبهم بإطالة مدة التحكيم، وتنازلا من جانبهم عن الطعن ببطلان قرار التحكيم على هذا الأساس. وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف رام الله بأنه: "ما لم يتفق الطرفان على ميعاد إصدار الحكم المنهي لخصومة التحكيم، يجب أن يصدر قرار التحكيم فق نص المادة 38 من قانون التحكيم خلال مدة اثنا عشر شهرا من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال، يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة إضافية لا تزيد على ستة أشهر. وإن طلب أحد أطراف التحكيم إعلان إنتهاء ولاية هيئة التحكيم في متابعة إجراءات التحكيم في غير محله، "ذلك أن استمرار ممثل الوكيلين أمام هيئة التحكيم بعد مرور اثنا عشر شهرا على بدء إجراءاته يعتبر موافقة منهما على تمديد مدة التحكيم وفقا لمذلول المادة (1/38-ب) من قانون التحكيم، ولكن لا يجوز أن يكون التجديد الضمني للمدة بسنة أخرى، إنما يجب ألا تزيد عن ستة أشهر وليس سنة"<sup>(811)</sup>. وجاء في قرار لمحكمة استئناف القدس: "أن قبول ممثل الأطراف أمام المحكم بعد مرور مدة التحكيم يعتبر موافقة منهما على تمديد المدة ولا محل للقول أن المحكم استمر في التحكيم بعد انقضاء المدة المحددة، ولا يمكن الحكم ببطلان قرار التحكيم في هذه الحالة"<sup>(812)</sup>.

(809) يستفاد من حكم محكمة استئناف رام الله رقم 2000/256، الصادر بتاريخ 2005/12/14 بأن قرار التحكيم الصادر بعد انقضاء المدة الاتفاقية للتحكيم وعدم تجديدها صراحة أو ضمنا يجعل قرار التحكيم محلا للطعن به بالبطلان. انظر القضاء الفرنسي: Cass. civ. 7 nov. 2002, n° 01-1035.

(810) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 févr. 1999, n° 97-12770.

(811) استئناف مدني رام الله رقم 2009/390، بتاريخ 2010/7/5، المقتضي.

(812) استئناف مدني القدس رقم 2009/311، بتاريخ 2010/5/9. وتقول ذات المحكمة أيضا في قرار آخر، استئناف مدني القدس رقم 2009/347، بتاريخ 2010/5/26 بأنه: - ان استمرار الأطراف بالمثول أمام هيئة التحكيم بعد انقضاء مدة التحكيم المتفق عليها يعتبر موافقة ضمنية من جانبهم على تمديد مدة التحكيم والقبول بها والتي يجوز تحديدها باتفاق الطرفين. ويتفق كذلك مع قرار تمييز حقوق أردني 68/318، ص 1969/140. وتقول محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد أنه "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام قانون التحكيم مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على تلك المخالفة في الموعد المتفق عليه في وقت معقول يعتبر ذلك نزولا منه عن

## الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بشكل قرار التحكيم

نتناول كتابة قرار التحكيم واللغة التي يجب أن يصدر بها، ومشمولاته التي حددها قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية.

### أولاً: كتابة ولغة قرار التحكيم

يجب أن يصدر قرار التحكيم مكتوباً<sup>(813)</sup>، والكتابة هي شرط لوجود قرار التحكيم لإثباته، لأن تخلف الكتابة يؤدي إلى عدم إمكانية معرفة مضمون قرار التحكيم. بالتالي فإن القانون لا يعتد بالقرار الشفوي، حتى لو كان مسجلاً مثلاً على أشرطة أو أقراص صلبة يمكن عرضه من خلال أجهزة العرض كالفيديو، لأن مثل هذا القرار الشفوي يعتبر منعدم قانوناً<sup>(814)</sup>. وتبدو أهمية كتابة قرار التحكيم في وجوب إيداعه لدى المحكمة المختصة حتى يتسنى إضفاء الصيغة التنفيذية عليه، ولا يتصور إيداع قرار تحكيم أو وضع أمر بالتنفيذ عليه إلا إذا كان مكتوباً<sup>(815)</sup>. ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني صراحة على شرط كتابة قرار التحكيم، ولكن ذلك يفهم ضمناً من مجموعة نصوص وردت في قانون التحكيم، والتي تحدد مشتملات قرار التحكيم وضرورة تقديم صورة مصدقة عن قرار التحكيم لطلب تنفيذه، وغيرها من المسائل<sup>(816)</sup>، ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا كان قرار التحكيم مكتوباً.

حقه في الاعتراض كما تقضي بذلك المادة 7 من قانون التحكيم... مما ينبني عليه أن طعن المميز ضده في تجاوز المحكم للميعاد جاء متأخراً لاستمراره في إجراءات التحكيم بعد انقضاء الميعاد المحدد لصدور قرار التحكيم، مما لا يجوز له معه إثارة هذا الطعن في هذه المرحلة لأن الساقط لا يعود كما أن المعلوم لا يعود. وأن للمحكم ولفريقي التحكيم تمديد مدة التحكيم أو الطلب لرئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمراً لتحديد موعد إضافي أو أكثر أو بإنهاء إجراءات التحكيم... وأن عدم اعتراض المميز ضده على تجاوز مدة التحكيم عند انتهاء المدة المضروبة يشكل موافقة منه على تمديدها. حددت المادة 49 من قانون التحكيم الحالات التي يجوز معها قبول دعوى بطلان حكم التحكيم على سبيل الحصر، وأن تجاوز الحكم لميعاد التحكيم ليس من ضمن تلك الحالات: تمييز حقوق أردني، رقم 2007/1242، بتاريخ 2007/11/7. وتسير محكمة استئناف القاهرة في ذات الاتجاه أيضاً: "... بالنسبة لعدم الاعتراض على تجاوز مدة التحكيم المتفق عليها طوال المدة التي استغرقتها الإجراءات وحتى صدور الحكم يعد نزولاً عن الحق في الاعتراض ولا يمكن الطعن ببطلان حكم التحكيم على أساسه. استئناف القاهرة، د 63 تجاري، طعن رقم 34 و 53 لسنة 119 ق، جلسة 1999/4/21.

(813) وقد اشترطت شروط الكتابة، المادة (31/1) من القانون النموذجي لعام 1985: "يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون...". انظر أيضاً المادة (1/4) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والمادة (37) من اتفاقية الرياض لعام 1982.

(814) استئناف بيروت، رقم 96/762، بتاريخ 1996/7/11، المجلة اللبنانية، عدد 2، ص 38.

(815) مزهر بن سعيد، وكرم النجار، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 292.

(816) انظر المادة (39) من قانون التحكيم والتي بينت مشتملات قرار التحكيم، وهذا يدل على اشتراط كتابة قرار التحكيم، وأيضا المادتين (50 و 51) من ذات القانون من خلال اشتراط وجوب أن يكون قرار التحكيم الأجنبي مصدقا عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في بلد صدوره، وأن يكون مترجما إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد، وضرورة تبليغ المحكوم عليه نسخة من الأمر بالتنفيذ ومرفقاته حسب الأصول.



أما بالنسبة للغة قرار التحكيم، فتتص المادة (50/2) من قانون التحكيم الفلسطيني على وجوب أن: "يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الاختصاص ومصديق على صحة توقيع المترجم من المعتمد السياسي أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون القرار مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني"<sup>(817)</sup>. وتأتي أهمية هذا النص إذا كان قرار التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه في فلسطين محرر بلغة غير العربية، إما إذا كان صادراً باللغة العربية فلا يحتاج إلى ترجمة.

### ثانياً: مشتملات قرار التحكيم

اشترط قانون التحكيم الفلسطيني كغيره من القوانين وجوب اشتمال قرار التحكيم على مجموعة بيانات جوهرية، وذلك بنصه في المادة (39) منه على أنه: "1- يجب أن يشتمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم وأطرافه وموضوعه والبيانات المستمعة والمبرزة والطلبات وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخ ومكان صدوره وتوقيع هيئة التحكيم. 2- تضمن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها"<sup>(818)</sup>. وجاء في المادة (73) من اللائحة التنفيذية أنه: "يجب أن يشتمل قرار التحكيم على اسم المحكم الذي أصدره إذا كان منفرداً، أو أسماء أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته، وتاريخ ومكان إصداره، وملخص لاتفاق التحكيم وموضوعه وأسماء أطراف التحكيم وألقابهم وصفاتهم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية، ثم أسباب القرار ومنطوقه ويوقع المحكم أو هيئة التحكيم والكاتب نسخة القرار الأصلية المشتملة على ما تقدم وتحفظ في ملف القضية".

وتظهر أهمية هذه البيانات في أنها تسمح للجهة القضائية المختصة بالتحقق خصوصاً من مدى التزام هيئة التحكيم بحدود مهمتها، ومدى احترامها للمبادئ الأساسية للتقاضي. ويترتب على إغفال معظم هذه البيانات إمكانية الطعن ببطالان قرار التحكيم على اعتبار أنها تؤثر بالحكم، ولا شيء يمنع هيئة التحكيم من إضافة بيانات إضافية تراها مناسبة. وسنقوم باستعراض هذه البيانات على النحو الآتي: -

(817) انظر المادة (4) من اتفاقية نيويورك والتي أوجبت لطلب الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبي بأن يكون القرار محرراً أو مترجماً بلغة الدولة التي يراد التنفيذ فيها. أما القانون النموذجي فقد نص في المادة (1/22) على أنه: "للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات".

(818) وقد بينت المادة (31) من القانون النموذجي شكل قرار التحكيم ومحتوياته بنصها على أنه: "1- يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون، وفي إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، يكفي أن توقعه الأغلبية أو جميع أعضاء هيئة التحكيم شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع. 2- يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة (30) (المادة 30 تشير إلى صدور قرار التحكيم بناء على التسوية التي اتفق عليها الطرفان). 3- يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفقاً للفقرة (1) من المادة (20) (المادة 20 تشير إلى كيفية تعيين مكان التحكيم من قبل الأطراف وفي حالة عدم تعيينه تتولى هيئة التحكيم تعيين ذلك المكان)، ويعتبر قرار التحكيم صادراً في هذا المكان".

## 1 ملخص لاتفاق التحكيم

يجب الإشارة في قرار التحكيم إلى اتفاق التحكيم - شرط أو مشاركة - الذي تم الاستناد إليه في إصدار قرار التحكيم. ولا يشترط إرفاق أصل اتفاق التحكيم، إنما يكفي إرفاق صورة عنه أو ذكر النص الحرفي لاتفاق التحكيم أو ملخص عنه في قرار التحكيم. وتظهر أهمية إدراج ملخص اتفاق التحكيم أو صورة عنه في قرار التحكيم إلى بسط المحكمة المختصة رقابتها على صحة صدور قرار التحكيم، والتأكد من أنه صدر في نطاق اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، وعدم تجاوز هيئة التحكيم لمهمتها. وقد اشترط قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (39) اشتمال قرار التحكيم على ملخص عن اتفاق التحكيم<sup>(819)</sup>. ويترتب على إغفال ذكر اتفاق التحكيم أو الإشارة إليه في قرار التحكيم بطلان قرار التحكيم، ولا يمكن تكملة هذا النقص بأي طريقة أو ورقة أخرى منفصلة عن قرار التحكيم. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "... يجب أن يشتمل حكم التحكيم على صورة من اتفاق التحكيم إنما يدل على أن هدف المشرع من إيجاب هذا البيان في الحكم هو التحقق من صدور حكم المحكمين في حدود سلطاتهم المستمدة من اتفاق التحكيم رعاية لصالح الخصوم فهي على هذا النحو بيان جوهري لازم لصحة الحكم يترتب على إغفاله عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباته بالحكم بما يؤدي إلى البطلان ولا يغير من ذلك أن يكون اتفاق التحكيم قد أودعه الصادر لصالحه حكم التحكيم من هذا الحكم قلم المحكمة ... لأن الحكم يجب أن يكون دالا بذاته على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر"<sup>(820)</sup>. وتضيف ذات المحكمة أيضا، أن "إعفاء المحكمين من اتباع إجراءات المرافعات ليس من شأنه عدم اتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم الواردة في ذات القانون ومنها وجوب اشتمال الحكم على صورة من وثيقة التحكيم إغفال ذلك أثره بطلان حكم التحكيم"<sup>(821)</sup>.

## 2 ذكر أسماء الأطراف

يجب أن يتضمن قرار التحكيم أسماء أطراف التحكيم، وهو بيان جوهري في قرار التحكيم لا غنى عنه، ويترتب على إغفاله بطلان قرار التحكيم، إذ بدونه لا يمكن معرفة مضمون قرار التحكيم لعدم إمكانية التعرف على المحكوم له والمحكوم ضده. وفي هذا الصدد، قضت محكمة استئناف رام الله في حكمها الصادر بتاريخ 2011/1/17 بأنه: "... ولما كانت

(819) وأوجبت المادة (76) من اللائحة التنفيذية أن يصدر قرار التحكيم الأجنبي بناء على اتفاق تحكيم قانوني وفقا لقوانين البلاد التي صدر فيها.

(820) نقض مدني، طعن رقم 4623 لسنة 66 ق جلسة 1997/12/18. انظر في ذات الاتجاه أيضا: نقض مصري طعن رقم 1424 لسنة 56 ق جلسة 1993/5/19 مجموعة الأحكام س 8. استئناف القاهرة، د 63 تجاري، طعن 1580 جلسة 1997/1/22. نقض مصري، طعن رقم 2568 لسنة 56 ق جلسة 1990/1/13.

(821) نقض مصري، طعن رقم 736 لسنة 49 ق، جلسة 1982/5/4، مجموعة الأحكام، س 33، ج 1، ق 86، ص 475.

المادة 175 من الأصول المدنية قد نصت على أن (القصور في أسباب الحكم الواقعية، والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم، وعدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه البطلان) ولما كان خطأ المحكمة في إسم المدعى عليها (التمثل بنقابة المحامين/ مركز القدس بدلا من نقابة المهندسين/ مركز القدس يمثل خطأ جسيما ويخرج عن كونه خطأ ماديا فحسب، سيما وأن كافة إجراءات المحاكمة التي أشارت إليها المحكمة في القرار المستأنف لم تشر فيها المحكمة إلى إسم المدعى عليها إنما كانت تكتفي بذكر صفتها كمدعى عليها علاوة على أن البند الثاني من الفقرة الحكمية تضمن رد الدعوى رقم 268/2004 المقامة أصلا على نقابة المهندسين كل ذلك يجعل من الخطأ في إسم المدعى عليها خطأ جسيما بالمعنى المشار إليه في المادة 175 من الأصول المدنية رقم 2 لسنة 2001 يرتب البطلان سيما أنه لم يرد في القرار المستأنف أي ذكر لنقابة المهندسين سوى الفقرة الحكمية المتعلقة بتضمينها الرسوم والمصاريف وثلاثمائة دينار أتعاب محاماة<sup>(822)</sup>.

بالتالي يجب ذكر أسماء أطراف التحكيم بشكل واضح وبطريقة يمكن معها التمييز بين المحكوم له والمحكوم ضده دون أي لبس أو غموض، ولا يهم بعد ذلك المكان الذي الذي ترد فيه أسماءهم، ففي العادة يأتي ذكر أسمائهم وصفاتهم وعناوينهم في الصفحة الأولى من قرار التحكيم، ولكن لا شيء يعيب قرار التحكيم ورود أسمائهم في أي مكان آخر من صحيفة القرار، وقد جاء في قرار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أنه: "ولم يشترط القانون ذكر أسماء الخصوم في صدر الحكم أو في أي موضع معين منه، ولكنه أوجب أن يشتمل الحكم على أسمائهم وهو ما حدث فعلا بالنسبة لجميع الخصوم بما فيهم الشركة المتدخلة، ومن ثم فإن الإدعاء بإغفال إسم الخصم المتدخل في الحكم يدحضه الواقع، ومجرد مناظرة صفحات القرار يتبين منها أن القرار جعل باسم الشركة المتدخلة العديد من المرات في جل صفحاته، وانتهى في البند ثانيا من منطوقه بذكر إسمها واضحا وكاملا وبالزامها بالوفاء بتعهداتها للشركة المحكمة ضدها"<sup>(823)</sup>. بل أكثر من ذلك، فقد جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية، أن: "خلو قرار التحكيم من اسم فريق النزاع لا يعيبه طالما أنه أشار إلى رقم القضية التي أحيل بموجبها النزاع على التحكيم، كما أشارت إلى الوكلاء الذين حضروا عن أطراف التحكيم"<sup>(824)</sup>. وجاء أيضا في قرار محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 2002/11/27 أن "إغفال حكم التحكيم بيان إسم الشركة المحكمتة كاملا وعنوان مقرها لا يترتب عليه بطلان حكم التحكيم، إذا لم يترتب على هذا الإغفال تجهيل بتلك الشركة أو اتصالها بالحكم المطعون فيه..."<sup>(825)</sup>.

(822) استئناف مدني رام الله رقم 260/2010، الصادر بتاريخ 2011/1/17، المقضي.

(823) القضية التحكيمية رقم 147 لسنة 1999، جلسة 2000/9/6، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد 3، اكتوبر 2000، بند 141، ص 210.

(824) تمييز حقوق أردني، رقم 92/245، مجلة نقابة المحامين، السنة 42، العددان التاسع والعاشر 1994، ص 2229.

(825) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 11، جلسة 2002/11/27.

3) ذكر موضوع النزاع وملخص عن أقوال الخصوم ودفعوهم ومستنداتهم وبياناتهم

يجب أن يذكر في قرار التحكيم موضوع النزاع المعروف على هيئة التحكيم، وملخص عن طلبات الخصوم ودفعوهم وبياناتهم من أقوال وأوراق ومستندات، وهي بيانات جوهرية مؤثرة في الحكم لا يقوم قرار التحكيم بدونها. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية أن إغفال حكم التحكيم لبيان ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم يبطله<sup>(826)</sup>.

وتظهر الفائدة العملية لتلك البيانات في السماح للجهة القضائية المختصة بمراقبة أن قرار التحكيم قد جاء في مسألة يجوز فيها التحكيم، والتحقق من أن هيئة التحكيم قد التزمت بحدود مهمتها وأنها فصلت في النزاع في حدود ما طلبه الخصوم. هذا بالإضافة إلى التحقق من الصلة بين منطوق قرار التحكيم وطلبات الخصوم ودفعوهم وبياناتهم، على أساس أن قرار التحكيم يجب أن يكون مبنيا على هذه الطلبات والدفع والمستندات، وللتأكد كذلك من التزام هيئة التحكيم باحترام حقوق الدفاع، من خلال تمكينهم من إبداء طلباتهم ودفعوهم وتقديم مستنداتهم<sup>(827)</sup>. وتقول في ذلك محكمة النقض المصرية أن: "المشرع وإن لم يشأ أن يتضمن حكم المحكمين جميع البيانات التي يجب أن يشتمل عليها حكم القاضي، إلا أنه أوجب اتباع الأحكام الخاصة بالتحكيم (... ) التي توجب اشتمال الحكم بوجه خاص على ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم، وقد استهدف المشرع من إيجاب إثبات ذلك بحكم المحكمين توفير رقابة على عملهم والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب الحكم الصادر فيه وذلك رعاية لصالح الخصوم وهي على هذا النحو بيانات لازمة وجوهرية يترتب على إغفالها عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباتها بالحكم بما يؤدي إلى البطلان"<sup>(828)</sup>.

ولكن بطلان قرار التحكيم لإغفاله بيان ملخص أقوال الخصوم شرطه أن يتضمن دفعا جوهريا لو تم بحثه لتغيرت به النتيجة التي انتهى إليها الحكم<sup>(829)</sup>.

ويجب تضمين هذا البيانات في قرار التحكيم نفسه، على أساس أن قرار التحكيم يجب أن يكون بذاته ناطقا بما فيه، وله كفاية ذاتية مستقلة، ما يمنع الجهة القضائية المختصة من

(826) نقض مدني مصري، طعن رقم 90 لسنة 58 ق، جلسة 1991/3/24، مجلة الأحكام، س 42، ق 126، ص 793.

(827) نقض مصري، الطعن رقم 1424 لسنة 56 ق جلسة 1993/5/19.

(828) نقض مصري، الطعن رقم 90 لسنة 58 ق - جلسة 1991/3/24، مجموعة الأحكام س 42.

(829) نقض مصري، الطعن رقم 1424 لسنة 56 ق جلسة 1993/5/19. وتضيف ذات المحكمة "لئن أوجبت المادة 507 من قانون المرافعات أن يشتمل حكم المحكمين على ملخص أقوال الخصوم إلا أنه لا يترتب على إغفالها بطلان الحكم إلا إذا ثبت أنها كانت دفعا جوهريا مؤثرا في النتيجة التي انتهى إليها حكم المحكمين بمعنى أن هيئة التحكيم لو كانت بحثته لجاز أن تتغير به هذه النتيجة إذ يعتبر ذلك قصورا في أسباب الحكم الواقعية مما يترتب عليه البطلان": نقض مدني، الطعن رقم 573 ق لسنة 51 ق، جلسة 1986/12/3، مجموعة الأحكام س 37.

الرجوع إلى أصول وصور المستندات والأوراق للتعرف على طلبات الخصوم ودفعوهم وبياناتهم<sup>(830)</sup>. ولكن لا يشترط ذكر جميع هذه البيانات في فقرة واحدة أو في فقرات متتالية، إنما هي مسألة تخضع لتقدير هيئة التحكيم من حيث طريقة عرضها. كما لا يشترط ذكر جميع هذه البيانات من طلبات ودفع وبيانات بشكل تفصيلي، بل يمكن الاكتفاء بذكر موجز دقيق وواضح عن أهمها، والاقتصار على البيانات الجدية والجوهرية المؤثرة في الدعوى<sup>(831)</sup>، والمتعلقة بمنطوق قرار التحكيم<sup>(832)</sup>، وإهمال ما عداها من بيانات ودفع غير جدية أو غير مجددة، كاستبعاد دفع لا دليل عليه في أوراق الدعوى أو تقديم دليل ظاهر الفساد<sup>(833)</sup>. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أن هيئة التحكيم غير ملزمة بتعقب حجج الخصوم والرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أثاره في مرافعتهم متى أقامت قضائها على ما يكفي لحمله<sup>(834)</sup>، وأن هيئة التحكيم غير ملزمة بالتحدث في حكمها عن كل قرينة من القرائن غير القانونية التي يدلي بها الخصوم استدلالاً على دعواهم عن طريق الاستتباط إذ أن قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلها التعليل الضمني لطرح القرائن<sup>(835)</sup>.

#### 4) ذكر أسباب قرار التحكيم

يقصد بتسبب قرار التحكيم، بيان حيثياته والأسانيد القانونية والواقعية التي قام عليها<sup>(836)</sup>. والتسبب هو بيان جوهر في غاية الأهمية، على أساس أن منطوق قرار التحكيم يعتمد بشكل أساسي على أسبابه، ويختلف منطوق قرار التحكيم تبعاً لاختلاف هذه الأسباب، ولا يمكن فهم مضمون قرار التحكيم إلا بفهم الأسباب التي قام عليها. ونظراً لأهمية التسبب، فقد نص قانون التحكيم الفلسطيني على وجوب اشتغال قرار التحكيم على التسبب، تحت طائلة إمكانية الطعن بفسخ أو ببطلان قرار التحكيم.

(830) انظر على سبيل المثال، نقض مصري، الطعن رقم 90 لسنة 58 ق - جلسة 1991/3/24، مجموعة الأحكام س 42.

(831) المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي، طعن 546 لسنة 22 ق، بتاريخ 2002/11/12، سنة 24، ص 2055.

(832) استئناف بيروت، رقم 2003/1405، بتاريخ 2003/10/9، المجلة اللبنانية، عدد 28، ص 64.

(833) تمييز دبي، 250، بتاريخ 2001/11/3، عدد 2، ص 762.

(834) نقض مدني مصري، الطعن رقم 2277 لسنة 55 جلسة 1982/12/25، نقض مدني جلسة 1972/3/18، مجموعة الأحكام السنة 23 قاعدة 69، ص 433.

(835) نقض مصري، 1965/4/29، مجموعة الأحكام س 16 ق، 58، ص 518.

(836) تنقسم التشريعات الوطنية للدول بشأن تسبب قرارات التحكيم إلى قسمين: قسم لا يلزم هيئة التحكيم بذكر أسباب القرار، وهو النهج الدارج في التشريعات ذات الأصول الأنجلوسكسونية، وقسم آخر يوجب التسبب وتنتجه التشريعات ذات الأصول اللاتينية. وقد أخذت معظم الدول العربية بالاتجاه الثاني الذي يوجب تسبب قرارات التحكيم ومنها قانون التحكيم الفلسطيني الذي اشترط ذكر أسباب قرار التحكيم في المادة (39) منه. J.-L. Delvolvé, Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev. Arb. 1989, 149.

واشترطت تسبب قرار التحكيم مبني على أساس الطابع القضائي لقرار التحكيم، والذي يقتضي من المحكم إجراء تفكير عميق وإيجاد تبرير قوي ومنطقي لقراره مستندا في ذلك إلى طلبات ودفع وبيانات الخصوم، وعلى أساس منع التحكم والسعي إلى تحقيق العدالة. وقد جاء في قرار محكمة استئناف القاهرة أن الغاية الأساسية من تسبب الأحكام بصفة عامة هو "توفير الرقابة على عمل القاضي والتحقق من حسن استيعابه لوقائع ودفاع طرفيه والوقوف على أسباب ذلك القضاء، فلا نزاع في ضرورة تسبب أحكام المحكمين، ما لم يتفق على خلاف ذلك، حتى تتمكن المحكمة في مقام دعوى بطلان الحكم من ضبط رقابتها على الحكم، وبحث مدى خلوه من أوجه العوار التي تبطله... لما كان ذلك فإن حكم التحكيم يجب أن يشتمل على أسبابه التي تبين مصادر الأدلة التي كونت الهيئة منها عقيدتها وفحواها، وأن يكون لها سندها الصحيح من الأوراق ثم تنزل عليه تقديرها المؤدي للنتيجة التي خلصت إليها وذلك حتى يمكن لمحكمة البطلان مراقبة صحة الحكم وخلوه من العوار المبطل له، ولهذا فإن خلو الحكم من الأسباب هو عيب شكلي يؤدي إلى بطلانه"<sup>(837)</sup>.

وتضيف محكمة النقض المصرية أن: "... الوقوف على أسباب قضاء المحكمة فيها، لا مجرد إستكمال شكل الأحكام باعتبارها ورقة من أوراق المرافعات، فإنه لا نزاع في ضرورة تسبب أحكام المحكمين حتى تتمكن المحكمة - في مقام دعوى بطلان الحكم - من بسط رقابتها على الحكم وصحته وخلوه من أوجه العوار التي تبطله حتى يقتنع المطلع على الحكم بعدالته... حتى لا ينقلب التحكيم إلى وسيلة تحكمية - ولذلك كله فإن خلو الحكم من الأسباب هو عيب شكلي يؤدي إلى بطلانه - ويعتبر الحكم معدوم الأسباب إذا كان التسبب مشوها أو غامضا أو مبهما أو عاما مجملا يصلح لكل طلب كقول المحكمة مجملا أن المدعي أثبت ما يدعيه من ملكية العين المتنازع عليها دون أن تبين الأدلة التي استندت إليها وكيف أنها تفيد الملكية، كذلك يعتبر الحكم خلوا من الأسباب إذا كان التسبب خاطئا أو غير جدي أو ناقص"<sup>(838)</sup>.

ويفرض التسبب على كل محكم، سواء كان محكما بالقانون أو بالصلح. فالمحكم المفوض بالصلح للفصل في موضوع النزاع وفقا لقواعد العدالة، لا يمكنه تبرير قراره على أساس ما يراه محققا للعدالة أو ما تقتضيه العدالة، إنما يجب عليه التوضيح والتبرير في قراره كيف يحقق القرار الذي اتخذته العدالة، وبيان المبررات التي قادت إلى استبعاد تطبيق أحكام القانون أو التي قادت إلى تطبيق أحكام القانون، وكيف أن ذلك يحقق في الحالتين العدالة. ولكن يستثنى من تسبب قرار التحكيم، الحالة التي يتم فيها تسوية النزاع وديا بين الأطراف أثناء إجراءات

(837) استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 100 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/20. انظر أيضا: استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 125 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2006/7/2. خلو حكم التحكيم من الأسباب/التسبب يبطله.

(838) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى بطلان رقم 111/2240 ق، جلسة 1995/2/22. في ذات الإتجاه انظر: نقض مصري، الطعن رقم 7488 لسنة 64 ق جلسة 2005/2/22: الغاية الأساسية من تسبب الحكم هو توفير الرقابة على عمل القاضي.

التحكيم، حيث تقوم هيئة التحكيم بإدراج اتفاقية التسوية في حكمها النهائي<sup>(839)</sup>، وعدم التسبب في حالة التسوية الودية ببرره أن التسوية هي عقد والعقد لا تحتاج إلى تسبب.

وإذا كانت معظم القوانين ومنها قانون التحكيم الفلسطيني قد أوجبت تسبب قرار التحكيم، إلا أنها لم تشترط في التسبب شكل معين، كل ما في الأمر أن التسبب يجب أن يكون كافياً، ويجب على جميع طلبات الخصوم ودفوعهم، وإلا نتج عنه قصور في التسبب<sup>(840)</sup>. فلهيئة التحكيم مطلق الحرية في كيفية تسبب قرار التحكيم وبالشكل الذي تراه مناسباً، ولكن يشترط أن يكون التسبب مبنيًا على وقائع ثابتة في ملف الدعوى والاعتماد على الأسانيد القانونية والواقعية التي استند إليها الخصوم أو استخلصتها هيئة التحكيم من ملف الدعوى بصورة معقولة وليس بناءً على وقائع وأسانيد وهمية أو افتراضية أو بناءً على معلومات شخصية للمحكم لا وجود لها في ملف الدعوى، وأن تؤدي هذه الأسباب إلى النتيجة التي توصلت إليها هيئة التحكيم في قرارها.

ولكن لا تلزم هيئة التحكيم في تسببها لقرار التحكيم بتتبع أقوال وأسانيد الخصوم في شتى مناحي دفاعهم والرد استقلالاً على كل قول أو حجة أثارها أحدهم ما دام أنها قد كونت عقيدتها وأوردت دليلها في الرد بشكل ضمنى على كل حجة مخالفة<sup>(841)</sup>.

وفي جميع الأحوال، فإن التسبب غير الجدي أو العام أو المجمل<sup>(842)</sup>، أي التسبب الذي يصلح لكل طلب، فلا يكفي، لأنه مساو لعدم التسبب<sup>(843)</sup>.

في المقابل، فإنه يجوز لهيئة التحكيم الاستناد في تسبب قرار التحكيم إلى تقارير الخبراء، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية: "متى أحال الحكم إلى تقرير الخبير فإنه يعتبر بأسبابه مكملًا ومتمماً للحكم معاً، يتعين معه أن تكون هذه الأسباب مؤدية إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم"<sup>(844)</sup>. وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً محكمة استئناف القدس بقولها:

(839) تنص المادة (37) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "إذا اتفق الأطراف قبل صدور قرار التحكيم على تسوية النزاع فغندئذ على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها واعتبارها قراراً صادراً عنها".

(840) نقض مصري، الطعن رقم 3451 لسنة 64 ق، جلسة 1995/1/19، مجموعة الأحكام س 46: "إغفال الحكم الرد على دفاع ومستندات الخصم رغم ما يكون لهما من دلالة مؤثرة في الدعوى يعيب الحكم بالقصور... إلا أن الحكم المطعون فيه أغفل الرد على هذا الدفاع الجوهرى ولم يقل رأيه في تلك العلاقة واكتفى بالقول أن الصورة الضوئية من عقد الإيجار غير موقعة من طرفي العلاقة الإيجارية ولم يعرض لباقي مستندات الطاعنين رغم ما قد يكون لها من دلالة مؤثرة في الدعوى بما يعيبه بالقصور".

(841) الدعوى التحكيمية رقم 303 لسنة 2002 - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، 2004/9/16، مجلة التحكيم العربي، ص 173.

(842) استئناف القاهرة، رقم 119/47 ق، بتاريخ 2003/6/29.

(843) استئناف القاهرة، د 63 تجاري، طعن رقم 114/26 ق، جلسة 1998/2/18.

(844) نقض مصري، الطعن رقم 4527 لسنة 73 ق جلسة 2005/3/3.



"ليس هناك ما يمنع المحكم من الاعتماد في حكمه على محاسبين، لأن الفقرة ج من المادة 38 لا تلزم المحكم بما سيقوم به طالما أنه اتبع الأصول القانونية، وأن المحكم الذي يعتمد على تقرير المحاسب وعلى الاستشارات الفنية الحسابية في إصدار قراره لا يؤثر على قراره متى كان بحاجة في عمله للوصول إلى نتيجة متوازنة صحيحة متفق وما قدم أمامه"<sup>(845)</sup>.

وكان القضاء الفرنسي حتى وقت قريب يعتبر أن تعارض أو تناقض الأسباب يوازي غياب التسبب، مما يؤدي إلى بطلان قرار التحكيم<sup>(846)</sup>. فإذا كان المحكم ملزماً بالتسبب فيجب عليه أن يسبب قراره بطريقة مناسبة، أما إذا كانت الأسباب متناقضة أو متعارضة، فيتم استبعادها ما يعني غياب التسبب. ولكن القضاء الفرنسي، رجع عن هذا التوجه، بدعم من الفقه، لمنع المحكمة التي تبطل قرار التحكيم من نظر النزاع بسبب تعارض الأسباب، وقد استند القضاء الفرنسي في ذلك إلى أن حالات الطعن بالبطلان محددة على سبيل الحصر، وبالتالي أصبحت محكمة النقض الفرنسية تقرر أن: "العيب المتعلق بتناقض الأسباب يشكل عيباً في موضوع قرار التحكيم ويخرج عن اختصاص قاضي البطلان"<sup>(847)</sup>، وأنه خارجاً عن إطار حالات الطعن المحددة قانوناً للطعن ببطلان قرار التحكيم، وإنتهاك مبدأ المواجهة أو النظام العام الدولي، فإن مضمون تسبب قرار التحكيم يخرج عن رقابة قاضي البطلان<sup>(848)</sup>. وقد أصبحت تلك هي القاعدة في القضاء الفرنسي<sup>(849)</sup>.

وهو ذات التوجه الذي يسير عليه حالياً القضاء المصري، والذي يشترط أن يكون حكم التحكيم مسبباً، أما مضمون هذه الأسباب، وصحتها أو تناقضها فمسألة تخرج عن اختصاص قاضي البطلان<sup>(850)</sup>، لأن التناقض في أسباب الحكم ليس من حالات البطلان المحددة قانوناً على سبيل الحصر<sup>(851)</sup>. كما أن رقابة قاضي البطلان لا تتسع لتقدير مدى سلامة أو صحة الأسباب التي استند إليها المحكمون في قضائهم بشأن الانحراف المذكور، لما هو مقرر من أن دعوى بطلان حكم المحكمين لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى به هذه الحكم، ولا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعة أو تقدير مدى ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع أو تكييفه أو تفسير القانون أو تطبيقه أو مدى سلامة أو صحة أسبابه لأن ذلك كله ما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي

(845) استئناف مدني القدس رقم 2009/311، بتاريخ 2010/5/9، المقضي.

(846) CA Paris, 5 mars 1998, Rev. Arb. 1999, 86, E. Gaillard.

(847) Cass. 1re civ., 11 mai 1999, et CA Paris, 26 oct. 1999, Rev. Arb. 1999, 811, E. Gaillard.

(848) Cass. civ. 14 juin 2000, Rev. Arb. 2001, 729, H. Lécuyer.

(849) CA Paris, 17 févr. 2000, Rev. Arb. 2000, 518, Ph. Pinsolle ; CA Paris, 7 sept. 2000, Rev. Arb. 2001, 199, Ph. Pinsolle ; CA Paris, 8 mars 2001, 567, C. Legros.

(850) استئناف القاهرة، الدائرة 10 تجاري، رقم 133/64 ق، 1966/5/30.

(851) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/69 ق، جلسة 2003/6/29.



البطلان، وأيا كان الرأي ومدى صحة هذه الأسباب أو سلامتها فإن رقابة هذه المحكمة لا تمتد إلى إعادة بحثها أو تقدير صواب أو خطأ اجتهاد المحكمين بشأنها<sup>(852)</sup>. بناء عليه، فإنه لا يجوز الطعن بالبطلان للخطأ في تفسير نصوص القانون أو في فهم الواقع في الدعوى أو تقدير المستندات أو القصور في أسباب حكم التحكيم إذ أن ذلك مما لا تتسع لنظره هذه الدعوى، ولا يعتبر بحال من حالات البطلان<sup>(853)</sup>.

ويسير القضاء اللبناني في ذات الاتجاه أيضا، حيث يقرر أن قاضي البطلان لا ينظر في صحة التعليل، ولا في مدى انطباقه على الحكم ولا في تناقض الأسباب<sup>(854)</sup>، وأن التسبب الخاطئ لا يشكل سببا لإبطال قرار التحكيم الذي قام عليه القرار من حيث الواقع والقانون<sup>(855)</sup>. ولكن يشترط في التسبب أن يرد على إدعاءات الخصوم ودفعهم الجهرية، ولا يهم بعد ذلك مضمون هذه الرد أو مدى ملاءمته من ناحية القانون والواقع<sup>(856)</sup>، فلو تم إغفال البحث في دفاع جوهري للطاعن بالبطلان بحيث لو تم بحثه لتغير به وجه الحكم، فإنه يؤدي إلى البطلان<sup>(857)</sup>.

وبالنسبة للتحكيم الدولي، فإن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم هو الذي يقرر ما إذا كان لازما تسبب قرار التحكيم من عدمه، وكذلك مدى جواز اتفاق الأطراف على عدم التسبب إذا كان هذا القانون يفرض التسبب. وفي هذا الصدد، يسمح القضاء الفرنسي للأطراف بالاتفاق على إلزام المحكم بالتسبب - على أساس أن القانون الفرنسي لا يفرض التسبب في إطار التحكيم الدولي - فإذا أغفل المحكم ذلك، فإنه يكون قد خالف اتفاق الأطراف وبالتالي يخرج عن حدود مهمته التي أوكل بها، مما يسمح للأطراف بالطعن ببطلان قرار التحكيم. كما يلزم المحكم بالتسبب إذا كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يفرض التسبب كما لو كان هذا القانون هو قانون التحكيم الفلسطيني. وإذا لم يتفق الأطراف على التسبب من عدمه في التحكيم التجاري الدولي، ففي هذه الحالة تحديدا قضى القضاء الفرنسي على وجود قرينة بسيطة على ضرورة التسبب بما يحقق حماية المصالح المشروعة للأطراف<sup>(858)</sup>.

## 5) ذكر مكان صدور قرار التحكيم

أوجبت المادة (39/1) من قانون التحكيم الفلسطيني اشتغال قرار التحكيم على مكان

(852) استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 103 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/7/27. في نفس الاتجاه أيضا، استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 42 لسنة 120 ق تحكيم، جلسة 2005/3/30.

(853) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، رقم 93 لسنة 120 ق، جلسة 2006/1/29.

(854) تمييز لبناني، 2005/222، الغرفة الخامسة، 2005/11/29، المجلة اللبنانية، عدد 36، ص 36.

(855) استئناف بيروت، رقم 2003/1398، بتاريخ 2003/10/9، المجلة اللبنانية، عدد 28، ص 66.

(856) استئناف القاهرة، 2004/5/26، المجلة اللبنانية، عدد 35، ص 48.

(857) نقض مصري، الطعن 4328 لسنة 61 ق - جلسة 1993/1/21.

(858) CA Paris, 5, mars 1998, Rev. Arb. 1999, 86, E. Gaillard.

صدوره<sup>(859)</sup>. وتظهر أهمية ذكر مكان صدور قرار التحكيم في تحديد طبيعة هذا القرار وما إذا كان يكيف على أنه قرار تحكيم محلي أم قرار تحكيم أجنبي. فإذا صدر قرار التحكيم في الدولة المراد تنفيذ القرار على أراضيها فيكون محليا أو وطنيا، أما إذا صدر في دولة أخرى فيعتبر أجنبيا. وقد اتخذت معظم القوانين من مكان صدور قرار التحكيم معيارا للتمييز بين قرار التحكيم المحلي وقرار التحكيم الأجنبي، وعلى ذلك اعتبرت الفقرة الثالثة من المادة (3) من قانون التحكيم الفلسطيني قرار التحكيم أجنبيا إذا جرى خارج فلسطين، وهو ذات المعيار الذي تبنته المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لتعريف قرار التحكيم الأجنبي.

وتظهر الفائدة العملية من ذكر مكان صدور قرار التحكيم، وبالتالي التمييز بين ما إذا كان قرار التحكيم هو قرار محلي أم أجنبي، في أن قرار التحكيم يكون قابلا للطعن به بالبطلان أو بطرق الطعن الأخرى حسب قانون البلد الذي صدر فيه، فقرارات التحكيم الصادرة في فلسطين هي فقط القرارات التي تقبل الطعن بها بالفسخ أو بالبطلان في فلسطين، أما القرارات الأجنبية فلا يجوز الطعن بها في فلسطين إنما يمكن الطعن بها في مكان صدورها. كما أن قرار التحكيم المحلي يمكن الاعتراف به وتنفيذه في بلد صدوره بكل سهولة ويسر، في حين أن تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في بلد آخر غير بلد صدوره يكون أكثر صعوبة، ويقتضي توافر العديد من الشروط وتعرضه الكثير من العوائق وقد يستتبع ذلك رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي. وأخيرا فإن مكان صدور قرار التحكيم يبقى مهما لتحديد الاختصاص المكاني للمحكمة التي سيطلب منها الاعتراف وإصدار الأمر بتنفيذ قرار التحكيم.

وعلى الرغم من النص على ضرورة اشتغال قرار التحكيم على مكان صدوره، إلا أننا نرى أن إغفاله لا يترتب عليه البطلان ولا يصلح تخلفه سببا للطعن به بالبطلان، لأن قرار التحكيم الخالي من مكان صدوره، يفترض أنه قرار تحكيم محلي، إلا إذا حمل من يدعي خلاف ذلك الدليل على أنه قرار تحكيم أجنبي. وقد سارت في هذا الإتجاه المحكمة الاتحادية العليا في أبو ظبي حيث قضت أن ذكر مكان التحكيم ليس جوهريا ولا يؤدي خلو القرار من ذكر مكان صدوره إلى الطعن به بالبطلان<sup>(860)</sup>.

## 6) ذكر تاريخ صدور القرار

يجب أن يشتمل قرار التحكيم على تاريخ صدوره، ولم يوضح المشرع الفلسطيني المقصود بتاريخ صدور القرار، فهل هو التاريخ الذي اتخذت فيه هيئة التحكيم قرارها بالإجماع أو بأغلبية الآراء، أو هو تاريخ النطق بالحكم، أو هو تاريخ تبليغه؟

(859) انظر المادة (3/21) من القانون النموذجي والذي جاء فيه: "يجب أن يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم...".

(860) طعن رقم 514، بتاريخ 1999/6/1، السنة 20، ص 597.

لا تثار مشكلة بالتأكيد إذا تم اتخاذ القرار والنطق به في نفس التاريخ، إذ يعتبر هذا التاريخ في جميع الأحوال تاريخاً لصدور قرار التحكيم والنطق به أيضاً. أما إذا اختلفت التواريخ، فنرى أن العبرة بتاريخ النطق بالحكم وليس بتاريخ الفصل في النزاع أو بتوقيعه من المحكمين، لأن المادتين (44 و45) من قانون التحكيم الفلسطيني أجازتا الطعن بقرار التحكيم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره إن كان وجاهياً، وإلا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه إن كان غيبياً<sup>(861)</sup>، وكلمة "وجاهياً" تشير إلى تاريخ النطق بالحكم وليس إلى تاريخ اتخاذ القرار من قبل هيئة التحكيم.

ولم يشترط القانون مكاناً معيناً لذكر تاريخ صدور قرار التحكيم، بالتالي يجوز أن يأتي في أي مكان من القرار، في الديباجة أو في الصفحة الأولى أو في نهاية القرار أو عند توقيع المحكمين أو في أي مكان آخر.

إن إشمال قرار التحكيم على تاريخ صدوره هو أمر جوهري، إذ يتم على أساسه مراقبة صدور قرار التحكيم خلال مدة التحكيم، فإذا صدر قرار التحكيم خارج عن هذه المدة فيكون باطلاً لانتهاء سلطة هيئة التحكيم في الفصل في النزاع. إلا أن بطلان قرار التحكيم بسبب صدوره بعد فوات مدة التحكيم، ليس من النظام العام ويستطيع الأطراف التنازل عنه صراحة أو ضمناً<sup>(862)</sup>. كما أن ذكر تاريخ صدور قرار التحكيم يفيد إنهاء مهمة هيئة التحكيم، ما يعني أنها لا تستطيع الرجوع عن قرار التحكيم أو إلغائه أو تعديله، لأنها تكون قد استنفذت ولايتها من هذا التاريخ، إلا بشأن بعض المسائل التي حددها القانون على سبيل الاستثناء، كتصحيح الأخطاء المادية والحسابية التي وردت في قرار التحكيم. وكذلك لتحديد لحظة بدء سريان المدة التي يجوز فيها تقديم طلب الطعن بقرار التحكيم.

## (7) منطوق القرار

يجب أن يشتمل قرار التحكيم على منطوق الحكم، ويقصد بمنطوق الحكم، نتيجة الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بصيغة الإلزام ويأتي فاصلاً في موضوع النزاع، سواء جاء هذا الحكم شاملاً لجميع طلبات الخصوم أو لجزء منها.

ويشترط في منطوق قرار التحكيم أن يأتي بصيغة الإلزام وليس بصيغة التمني أو بصيغة التصريح أو الاختيار، وإذا جاء قرار التحكيم بغير صيغة الإلزام فلا يكون فاصلاً في موضوع النزاع وبالتالي يؤثر في مضمونه ويجعله باطلاً. كما يشترط أن يكون منطوق القرار واضحاً في مضمونه لا لبس فيه ولا غموض من حيث الجزاء الذي يقرره أو الشيء المحكوم به، ويتبين منه

(861) انظر نقض مدني رام الله، رقم 2009/241، بتاريخ 2009/10/25، قاعدة المقتضي؛ استئناف مدني رام الله، رقم 2001/735، بتاريخ 2001/9/29، المقتضي؛ وفي نفس الإتجاه، تمييز حقوق أردني، رقم 2005/10، هيئة عامة. وتمييز حقوق أردني رقم 2140/2007. منشورات مركز عدالة.

(862) محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.

تماما حقوق والتزامات كل طرف على وجه الدقة، وأن يظهر منه بوضوح شخصية المحكوم له وشخصية المحكوم ضده، وأن لا يأتي متناقضا مع بعضه أو مع حيثياته.

ولم تحدد معظم القوانين الطريقة التي يكتب فيها منطوق الحكم ولا المكان الذي ترد فيه، بالتالي يجوز أن يأتي منطوق القرار في أي مكان من القرار، في فقرة وحدة أو في عدة فقرات ولا يشترط أن تكون متتابعة. ولكن منطوق القرار يأتي في العادة بعد ذكر طلبات الخصوم ودفوعهم وبياناتهم، ولكن لا شيء يمنع من أن يجيء منطوق الحكم كخلاصة لجميع هذه الطلبات والدفوع والبيانات، في فقرة واحدة أو في أكثر من فقرة داخل القرار.

وكأمثلة على منطوق قرار التحكيم، الحكم على المشتري بدفع الثمن للبائع، أو الحكم على البائع بتسليم المبيع إلى المشتري مقابل إلزام المشتري بدفع الثمن، أو الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أو الحكم بفسخ العقد، أو الحكم بالتعويض على أساس مخالفة شروط عقد المقاولة أو على أساس عدم مطابقة المواد المقدمة للمواصفات المحددة في العقد، أو الحكم بالتعويض لصاحب العمل على أساس عدم الالتزام في تنفيذ عقد المقاولة بشروط العقد، أو الحكم برد طلبات المدعي لعدم استنادها إلى أساس قانوني.

وإذا كان المعروض على هيئة التحكيم أكثر من نزاع، فيمكنها تسوية هذا النزاع بحكم واحد، كاختلاف المقاول مع صاحب العمل على مطابقة الأعمال المنجزة لشروط العقد، وكذلك الاختلاف على أسعار المواد. وإذا كان المعروض على هيئة التحكيم نزاع واحد ولكن قابل للتجزئة، فيمكنها إما الفصل فيها معا، أو الفصل في جزء منها إذا كان النزاع قابلا للتجزئة. كأن يثور خلاف حول الكمية أو المبلغ الذي تم تسليمه، فيقر الطرف الآخر باستلام جزء منها أو مبلغ معين من النقود فتصدر هيئة التحكيم قرارا في الجزء المقربه، على أن تفصل في الجزء المختلف عليه في قرار لاحق.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض المصرية قضت منذ زمن بعيد أن: "مخالفة القانون الموجبة لنقض الحكم هي المخالفة الحاصلة في منطوقه ولا أهمية لما يرد في أسبابه من الأخطاء القانونية، ما دام منطوقه متفقا مع التطبيق الصحيح للقانون على الوقائع الثابتة فيه"<sup>(863)</sup>.

#### (8) أسماء المحكمين وتوقيعهم على قرار التحكيم

جاء في المادة (73) من اللائحة التنفيذية أنه: "يجب أن يشتمل قرار التحكيم على اسم المحكم الذي أصدره إذا كان منفردا، أو أسماء أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته... ويوقع المحكم أو هيئة التحكيم والكاتب نسخة القرار الأصلية المشتملة على ما تقدم وتحفظ في ملف القضية".

(863) نقض مصري، الطعن رقم 72 لسنة 2 ق، جلسة 1932/12/22. مجموعة الأحكام، س 1 ع.

يتبين من ذلك أن قرار التحكيم يجب أن يشتمل على أسماء المحكمين وتواقيعهم، وهو ركن شكلي وبيان جوهري يترتب على إغفاله إمكانية الطعن ببطان قرار التحكيم، بل أكثر من ذلك، فإن الإغفال الكلي لأسماء وتواقيع المحكمين على قرار التحكيم يجعل هذا القرار منعماً من الناحية القانونية ولا يعدو عن كونه مجرد ورقة عادية.<sup>(864)</sup> وتظهر أهمية ذكر أسماء المحكمين في التحقق من صفتهم وسلطتهم في الفصل في النزاع، وأنه لم يشترك في إصدار قرار التحكيم أي شخص آخر غيرهم. ولكن لا يشترط ورود أسماء المحكمين في مكان معين من قرار التحكيم، فقد ترد بجانب تواقيعهم أو في مكان آخر، كما لا يشترط ذكر أسماء المحكمين على جميع صفحات الحكم.

والواقع أنه يوجد ثمة اختلاف في الحكم بين إغفال ذكر أسماء المحكمين في قرار التحكيم وبين إغفال توقيعهم عليه. ويمكن فهم ذلك من نص المادة (72) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني، والتي جاء فيها أنه: "إذا صدر قرار التحكيم بالإجماع فيجب أن يوقع من أعضاء هيئة التحكيم، وإذا صدر بالأغلبية فيكتفى بتوقيعه من المحكمين الذي اشتركوا في إصداره، ويشار في محضر جلسة النطق به إلى الرأي المخالف". فذكر أسماء المحكمين هو أمر إلزامي يترتب على تخلفه إمكانية الطعن ببطان قرار التحكيم، ذلك أن تخلفه يؤدي إلى عدم إمكانية التحقق من اشتراك جميع المحكمين في المداولة وفق ما يفرضه القانون. أما التواقيع فيجب أن يشتمل قرار التحكيم كمبدأ عام على تواقيعهم جميعاً، ولكن استثناء من هذه القاعدة، إذا رفض الأقلية من المحكمين التوقيع، فيتم التأشير في قرار التحكيم إلى هذا الرفض<sup>(865)</sup>، فهذا يدل على الأقل أن جميع المحكمين قد اشتركوا في المداولة، ويرتب قرار التحكيم في هذه الحالة نفس الآثار التي يترتبها لو وقع منهم جميعاً. فهذا يسمح لمحكم واحد أو مجموعة محكمين يشكلون الأقلية من إظهار معارضتهم الكاملة لقرار الأغلبية ولكنه لا يعطل إصدار قرار التحكيم صحيحاً.

(864) فقرار التحكيم من هذه الناحية يشبه الحكم القضائي من حيث ضرورة اشتماله على توقيع القضاة الذين أصدروه. وبهذا الصدد تقول محكمة استئناف القدس بأن: "خلو مسودة قرار المحكمة المختصة القاضي برد الدعوى وعدم تصديق قرار المحكم موضوع الدعوى، من توقيع كامل أعضاء الهيئة الحاكمة في المحكمة المختصة يؤدي إلى فسخ القرار بالاستئناف لأنه قرار باطل. وفي هذه الحالة، يعاد الخصوم بالنسبة للجزء المحكوم بنقضه إلى حالتهم قبل إصدار الحكم المنقوض من حيث جواز إثارة الدفع": الطعن رقم 2009/338، بتاريخ 2010/6/14، المقتني.

(865) انظر في هذا الصدد، نقض مدني مصري، طعن رقم 10350 لسنة 65 ق، جلسة 1999/3/1: يجوز توقيع حكم التحكيم من قبل الأغلبية مع بيان أسباب عدم توقيع الأقلية. وجاء في قرار لمحكمة استئناف القاهرة أنه: يشترط أن تودع مسودة الحكم مشتملة على أسبابه موقعة من أعضاء الهيئة التي أصدرته أو من غالبيتهم في حالة إمتناع البعض عن التوقيع شريطة إثبات ذلك الإمتناع وأسبابه في أسباب الحكم عند النطق به بما مؤداه عدم انفصال أسبابه عن منطوقه لا في تاريخ تدوينها ولا في الأوراق التي احتوتها وإلا كان الحكم باطلاً. انظر في ذات السياق، استئناف القاهرة، د 63 تجاري، دعوى بطان رقم 19 لسنة 1994 ق تحكيم، جلسة 1995/12/20.

وتجدر الإشارة بصدد توقيع المحكمين على قرار التحكيم أن محكمة النقض الفلسطينية قد قضت في أحد قراراتها أن: توقيع لجنة الإصلاح على قرار التحكيم بخاتم اللجنة يعد صحيحا إذ يعد بمثابة توقيع لكل واحد من أعضاء اللجنة<sup>(866)</sup>. وهذا التوجه من وجهة نظرنا منتقد بشدة، لأنه يخالف نص القانون الذي يشترط لصحة القرار أن يوقع عليه المحكمون أنفسهم، سواء صدر بالإجماع أو بالأغلبية، وكذلك ذكر أسمائهم جميعا، وذلك لمراقبة أن جميع المحكمين قد اشتركوا في المداولة إذا كانت هيئة التحكيم متعددة الأعضاء، ولمراقبة بأنه لم يشترك في إصدار قرار التحكيم سوى المحكمين أنفسهم دون غيرهم، فقد يصدر القرار من رئيس اللجنة وحده أو منه بمشاركة عدد من الأعضاء، وهذا يخالف القانون من ناحية الشروط التي يفرضها في إصدار قرار التحكيم.

### 9) تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية دفعها

أوجبت المادة (39/2) من قانون التحكيم على هيئة التحكيم تضمين قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها. ولا تثار مشكلة بشأن تحديدها في التحكيم المؤسسي لأنها تقدر وفق جداول حسابية في لوائح وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة، ولكن المشكلة تثار بشأن التحكيم الفردي أو الخاص، بالتالي يجب تضمينها في قرار التحكيم وتحديد الطرف الذي يتحملها أو توزيعها بين الأطراف، إلا أن ذلك يقتضي طلب الحكم بها أمام هيئة التحكيم.

ولكن ما الحل بالنسبة لأتعاب المحكمين إذا لم يتفق الأطراف والمحكمين عليها؟

لم يجب قانون التحكيم الفلسطيني على هذا السؤال، في حين أن المادة (41/د) من قانون التحكيم الأردني قد أجابت عليه بنصها على أنه: "د- إذا لم يتفق بين الأطراف والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين فيتم تحديدها بقرار من هيئة التحكيم ويكون قرارها بهذا الشأن قابلا للطعن أمام المحكمة المختصة ويكون قرار المحكمة في هذه الحالة نهائيا".

وقضت محكمة استئناف باريس بأن الحق في استحقاق أتعاب المحكمين يجد أساسه في العمل الذي أداه المحكم، ويستحق المحكم أتعابه حتى لو انتهى التحكيم دون إصدار الحكم، ما دام أن هذا العمل كان محققا ولم يظهر من جانبه أي تقصير أو إهمال<sup>(867)</sup>. ولا يجوز تخفيض أتعاب المحكم استنادا إلى درجة العناية التي أداها في مهمته<sup>(868)</sup>.

(866) نقض مدني فلسطيني، غزة، رقم 2004/112، بتاريخ 2006/5/10. المقتضي.

(867) CA Paris, 13 déc. 2001, D 2003, somm. 2475, obs. Clay ; Rev. Arb. 2003, 1312, note Lécuyer.

(868) Ibid.

انظر أيضا بشأن أتعاب المحكمين واستحقاقها وكيفية المطالبة بها:

CA Reims, 16 déc. 1999, Rev. Arb. 2000, 316, note Clay.

## الفرع الثالث: إعلان قرار التحكيم وتسليمه للأطراف وايداعه لدى المحكمة

إذا كان المحكم منفردا، فإنه يقوم بإصدار قرار التحكيم بعد تمحيص طلبات ودفع وبيانات الأطراف، وإذا كانت هيئة التحكيم متعددة الأعضاء، أي مكونة من محكمين أو أكثر، فيتم إصدار قرار التحكيم بعد المداولة بينهم إما بالإجماع أو بأكثرية الآراء، أو بقرار من المرجح إذا كان عدد المحكمين زوجيا وتعذر الحصول على الأكثرية، وفق نص المادة (38/4) من قانون التحكيم الفلسطيني.

ويصدر قرار التحكيم بحضور الأطراف، وينطق به المحكم المنفرد أو رئيس الهيئة أو المرجح في الجلسة المحددة للنطق به<sup>(869)</sup>، وإذا تغيب أحد الأطراف أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه بذلك، تصدر هيئة التحكيم قرارها في تلك الجلسة وتقوم بتبليغه للطرف الغائب ويعتبر القرار بمثابة الحضور في مواجهته، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك<sup>(870)</sup>.

ويتم تبليغ الطرف الغائب بقرار التحكيم<sup>(871)</sup>، وهذا التبليغ هو أمر جوهري لا غنى عنه، وفي ذلك تقول محكمة استئناف رام الله أنه: "وفقا للمادة 40 من قانون التحكيم الفلسطيني... فإن هذه المادة قد رتب أثرا يتوجب من خلاله أن يتم تبليغ الطرف الغائب بقرار هيئة التحكيم. وبمقابل ذلك رسمت المواد 44 و 45 طريقة الطعن في قرار هيئة التحكيم وطلب التصديق على ذلك القرار وفي كل المواد فإن هنالك أمر جوهري يتوجب اتباعه ألا وهو تبليغ الأطراف للقرار الصادر عن هيئة التحكيم. ولما كانت محكمة أول درجة قد توصلت إلى أن قرار هيئة التحكيم لم يجري تبليغه للمستأنف عليه وفق ما هو ظاهر لديها في ملف الاستدعاء، وحيث أن القول بأن المستأنف عليه قد تبلغ لائحة الطلب المقدم لدى المحكمة مرفقا به قرار التحكيم ومشاركة التحكيم، هو قول في غير محله لأن ذلك لا يغني عن تبليغ قرار التحكيم للطرف في التحكيم ابتداء، ولكل ذلك فإننا نجد أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة واقعا في محله. حمكت المحكمة بالأغلبية من حيث الموضوع، تأييد الحكم المستأنف...". وقد جاء في قرار المخالفة لهذا القرار بما يفيد بأنه بموجب وكالة خاصة للمحامي بخصوص الطعن بالقرار تنبئ بأن المسأنف عليه (المستدعى ضده) قد علم علما يقينا بقرار المحكمين منذ تاريخ توقيعه على وكالة المحامي وبالتالي سقط حقه بالطعن في قرار المحكمين كون أن علمه بالقرار صحح الإجراء الباطل بعدم تبليغه قرار المحكمين حيث أن طلب التحكيم لا يشترط لتقديمه بقرار يسبقه وأن تقديمه قبل فوات مدة الطعن لا يجعل منه مقدما قبل أو أنه ما دامت فانت مدة الطعن ولم يتقدم المحكوم عليه بطعنه سندا لقانون التحكيم وكان على

(869) المادة (71) من اللائحة التنفيذية.

(870) المادة (40) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(871) ولا يجوز بموجب المادة (41) من قانون التحكيم الفلسطيني نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة

قاضي الموضوع أن يتصدى لموضوع الطلب ويصدر قراره وفق ما يراه مناسباً للقانون والبيانات المقدمة في الطلب لذلك أي أن يقبل الاستئناف موضوعاً وتعاد الدعوى لمرجعها لإصدار قرار في موضوع الطلب<sup>(872)</sup>.

وقد عادت محكمة استئناف رام الله لتأخذ باتجاه الرأي المخالف السابق في قرارها الصادر بتاريخ 2011/1/31، على أساس أن العلم اليقيني بقرار التحكيم يعني عن تبليغ قرار التحكيم لغايات بدء حساب مدة الطعن<sup>(873)</sup>.

والواقع أننا لا نتفق البتة مع الرأي المخالف ولا مع اتجاه المحكمة الموقرة في قرارها الأخير لأن العلم الحكمي أو الظني لا يكفي ولا يعني عن تبليغ الطرف الغائب بقرار التحكيم بالشكل القانوني الصحيح. فحتى لو كان هذا العلم بالنسبة للمحكمة "يقينياً"، فقد لا يكون كذلك في الواقع، فهذه القرينة على العلم تفترض على الأقل أن يكون بإمكان الشخص المراد تبليغه بالقرار نقضها بالدليل العكسي وهو ما لم يحدث. وقد يكون علم هذا الشخص بمضمون القرار علماً مجملًا بوسيلة ما وليس بالإطلاع الفعلي على قرار التحكيم، وعلى هذا الأساس قد يبني طعنه على أسباب غير واضحة خوفاً من ضياع مدة الطعن. وأخيراً، فإننا نرى أن القول بأن الغاية من الإجراء تكون قد تحققت من خلال العلم بقرار التحكيم، قياساً على حالة التبليغ الباطل فيحضر الطرف المراد تبليغه الجلسة فتتحقق الغاية من الإجراء، لأن حضور الشخص الجلسة يكون بالنسبة للمحكمة يقينياً على أساس أنه تم تحت نظرها، ولكن كيف يمكن افتراض علم الشخص بقرار التحكيم دون أن يكون ذلك بعلم المحكمة؟ ويؤيد هذا الرأي العديد من القرارات القضائية المصرية. فقد جاء في قرار محكمة استئناف القاهرة الصادر بتاريخ 2005/7/27 أن: "ميعاد رفع دعوى البطلان لا يفتح إلا من تاريخ الاعلان الرسمي بإعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً، ولا يعني عن هذا الاعلان أي إجراء آخر، كما لا يعني عنه كذلك علم المحكوم عليه بذلك الحكم بأي طريقة أخرى حتى لو كانت قاطعة، ولما كانت أوراق الدعوى قد خلت مما يفيد إعلان حكم التحكيم الطعين على الوجه القانوني السالف بيانه فيظل ميعاد رفع الدعوى مفتوحاً ويسقط أي دفع للمدعى عليه في هذا الصدد، وتعتبر

(872) محكمة استئناف رام الله رقم 2009/392، بتاريخ 2010/7/7، المقتفي.

(873) استئناف رام الله رقم 2009/247، بتاريخ 2011/1/31، المقتفي. وقد جاء في هذا القرار أن: "رداً على القول بأن قرار التحكيم لا يعتبر إلا من تاريخ تبليغه لبدء حساب مدة الطعن بحكم التحكيم، فإن المستأنف قد علم علماً يقينياً بقرار التحكيم من خلال تقديمه مذكرة خطية من صفحة واحدة تقدم بها لهيئة المحكمة من أجل تبليغها لهيئة التحكيم لتصحيح الأخطاء المادية الحسابية الواردة في قرار التحكيم وتكليفه بالنظر في هذا الطلب وإصدار حكم فيه ومن ثم يكون لأي من الطرفين الحق في طلب تصديق قرار التحكيم أو فسخه وفق الظروف المستجدة. وأن قول وكيل المدعي (المستأنف) هذا يؤكد بما لا مجال للشك فيه أنه قد تبلغ القرار وعلمه ودرسه وبناءً على ذلك تقدم بطلبه لتصحيح الأخطاء المادية الحسابية الواردة فيه، وبالتالي فإن الغاية من الإجراء قد تحققت ولا يقبل من المستأنف التمسك بوجود شكلية التبليغ أي وجود ورقة إعلان بقرار التحكيم في ملف الدعوى أو الطلب... وهو التاريخ الذي تيقنت به المحكمة أن المستأنف قد اطلع على القرار ودرسه بأسبابه ومنطوقه... أن الغش كسبب من أسباب الطعن بقرار التحكيم يحتاج إلى إثبات".



الدعوى مرفوعة في الميعاد<sup>(874)</sup>. وجاء في قرارات أخرى لمحكمة النقض المصرية ما يؤكد الاتجاه السابق، حيث بينت أن: "ميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم، انفتاحه بإعلان ذلك الحكم للمحكوم عليه، ولا يغير من ذلك علم الأخير به ولا عبء بتحقيق الغاية من الإجراء عدم جواز إهدار القانون الخاص لإعمال القانون العام"<sup>(875)</sup>.

وعلى أية حال، تلتزم هيئة التحكيم بتسليم قرار التحكيم للأطراف، ويطبق ذلك سواء صدر القرار وجاهيا أو غيايبا. ولم يشتمل قانون التحكيم الفلسطيني على نص صريح بخصوص تسليم قرار التحكيم، وذلك على عكس المادة (44/1) من قانون التحكيم المصري والمادة (42/أ) من قانون التحكيم الأردني واللتين نصتا صراحة على وجوب تسليم قرار التحكيم، فقد جاء في هذه الأخيرة أن: "تسلم هيئة التحكيم لكل من الطرفين صورة عن حكم التحكيم، خلال ثلاثين يوما من تاريخ صدوره".

ويتم تسليم قرار التحكيم إلى طرفي التحكيم إما بتسليمه إليهم شخصيا، أو تسليمه في مقر عملهم، أو في محل إقامتهم المعتادة، أو يرسل إليهم على عنوانهم البريدي.

وتتبع أهمية تسليم الأطراف نسخ من قرار التحكيم في منحهم فرصة لمراجعة القرار، والتأكد من خلوه من الأخطاء المادية أو الغموض، وأن القرار قد جاء شاملا لجميع طلباتهم، والتأكد من خلو القرار من أحد أسباب الطعن ببطان قرار التحكيم، بالإضافة إلى إفساح المجال أمام

(874) استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 113 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/7/27. وقد جاء في قرارات أخرى لذات المحكمة أن: ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم يبدأ من تاريخ إعلانه عن طريق المحضرين ولا يعني عن ذلك أي إجراء آخر حتى ولو كان العلم اليقيني بالحكم: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/56 ق، جلسة 2003/2/26. وأن عدم إعلان حكم التحكيم يجعل ميعاد إقامة دعوى البطلان مفتوحة: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 95 لسنة 120 ق تحكيم، جلسة 2005/4/27. وأن تعمد إعلان حكم التحكيم على عنوان غير حقيقي يبطله على أساس قاعدة ان الغش يبطل التصرفات: وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموما، وصيانة لمصلحة الأفراد والجماعات ولذا يبطل الاعلان إذا ثبت أن المعلن قد وجهه وبطريقة تتطوي على غش رغم استيفائها ظاهريا لأوامر القانون حتى لا يصل علم المعلن إليه لمنعه من الدفاع في الدعوى أو ليفوت عليه المواعيد، ولما كان المقرر أيضا أن الغش يفسد الإعلان ويعدمه كما لو تم الاعلان في مكان لا ينتسب إلى المراد إعلانه على وجه الاطلاق ولا يمت إليه بأية صلة بالتالي فإن الاعلان الذي أجراه المدعي... لا يكون باطلا فحسب وإنما يعتبر معدوما لا يعتد به على وجه الاطلاق ولا تصححه أية إجازة ومن ثم فإن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم الطعين مفتوحا، ويكون الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على غير أساس وتقضي المحكمة برفضه وبقبول الدعوى شكلا. استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 118 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/25. وأن المادة (5/ب) اشترطت لرفض طلب تنفيذ الحكم الأجنبي تقديم الدليل على عدم إعلان المحكوم ضده إعلانا صحيحا بتعيين المحكم بإجراءات التحكيم، وأنه قد استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه، يعد من قواعد المرافعات التي تخضع لقانون القاضي: نقض مصري، الطعن رقم 2994 لسنة 57 ق، جلسة 1990/7/16، مجموعة الأحكام س 41، المرجع السابق، ص 241 و 242.

(875) نقض مصري، الطعن رقم 431 لسنة 69 ق، جلسة 2001/3/22. انظر أيضا في ذات الاتجاه، نقض مصري جلسة 1996/12/1، س 47 ج 2 ص 1434، ونقض مصري، جلسة 1994/1/9، س 45 ج 1 ص 117. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة أن إعلان الأحكام القضائية لا يكفي العلم الحتمي للمحكوم ضده في بدء ميعاد الطعن: نقض مصري، طعن رقم 5958 لسنة 66 ق جلسة 2005/5/18. وأن بطلان الإعلان إذا ثبت أن المعلن قد وجهه إلى المعلن إليه بطريقة تتطوي على غش: نقض مصري، الطعن رقم 4327 لسنة 75 ق جلسة 2006/7/1.

الطرف المحكوم ضده للمبادرة إلى تنفيذ القرار إذا رغب بذلك عن طوع واختيار منه.

وتقوم هيئة التحكيم أو المحكوم له بإيداع نسخة من قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة في دائرة اختصاص المحكمة التي صدر فيها القرار، ولا يترتب على عدم الإيداع بطلان قرار التحكيم<sup>(876)</sup>.

## المطلب الثاني: آثار قرار التحكيم

يرتب قرار التحكيم النهائي بمجرد صدوره جميع الآثار التي يربتها الحكم القضائي، باستثناء الصبغة التنفيذية، والتي لا يكتسبها قرار التحكيم إلا بعد المصادقة عليه من قبل المحكمة المختصة وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون. وتتمثل هذه الآثار في استنفاد هيئة التحكيم ولايتها بمجرد إصدارها قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، وحياسة قرار التحكيم حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره، والاعتراف لقرار التحكيم بقوة إثبات بالنسبة لجميع المسائل التي فصل فيها على اعتبار أنه سند رسمي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير. وسنتناول دراسة جميع هذه الآثار على التوالي.

### الفرع الأول: استنفاد ولاية هيئة التحكيم

تستنفذ هيئة التحكيم ولايتها بنظر النزاع المعروض عليها بمجرد إصدارها قرار التحكيم النهائي الفاصل في موضوع النزاع<sup>(877)</sup>. واستنفاد الولاية يرتبط بكل حكم قضائي سواء كان قراراً قضائياً أو تحكيمياً، ويهدف إلى استقرار الحقوق والمراكز القانونية للأطراف، ويبرره أن السماح للمحكم بتعديل حكمه في المنازعات التي فصل فيها يخالف مهمته على أساس أنه يؤدي إلى وجود حالة من التردد لا تنتهي وهو ما يفسد فكرة العدالة. ويعني استنفاد الولاية زوال صفة المحكم بمجرد إصدار قرار التحكيم الفاصل في موضوع النزاع، فمن هذه اللحظة تكون هيئة التحكيم قد أدت مهمتها وتستحق أتعابها، ولا يجوز لها بعد ذلك الرجوع مرة أخرى إلى قرار التحكيم النهائي الذي أصدرته بقصد الرجوع عنه أو تعديله أو إعادة النظر فيه، حتى لو كان ذلك باتفاق الأطراف، وحتى لو تبين لها عدم عدالة أو عدم صحة ما قضت به. ولم ينص قانون التحكيم صراحة على استنفاد ولاية هيئة التحكيم، وذلك على عكس معظم القوانين<sup>(878)</sup>.

(876) نقض مصري، طعن رقم 1142 لسنة 51 ق جلسة 1982/3/2، مجموعة الأحكام س 33 ص 286: عدم إيداع حكم المحكمين قلم الكتاب لا يترتب عليه البطلان. واستئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 19/13 ق، جلسة 2002/11/27: إيداع حكم التحكيم قلم المحكمة لا شأن له ببدء ميعاد رفع دعوى البطلان. واستئناف القاهرة، د 91 تجاري، طعن رقم 119/16 ق، جلسة 2002/2/26: إيداع حكم التحكيم قلم محكمة غير مختصة لا يعد من أحوال البطلان المقررة في قانون التحكيم.

(877) انظر حول هذا الموضوع، محمود هاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية حقوق جامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، 1984، السنة 26، ص 53-106.

(878) انظر على سبيل المثال: المادة (3/32) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006 والتي تنص على أنه: "3- تنتهي ولاية هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم...". والمادة (48/2) من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه: مع مراعاة أحكام المواد... من هذا القانون تنتهي مهمة هيئة التحكيم بانتهاء إجراءات التحكيم". وهي تقابل المادة (44/ب) من قانون التحكيم الأردني. والمادة (1485) من قانون



واستنفاد الولاية يقتصر على قرارات التحكيم النهائية الفاصلة في موضوع النزاع، سواء فصلت في كامل النزاع أو في جزء منه، فإذا كان القرار النهائي قد فصل في جميع الطلبات التي قدمها الأطراف، فإن استنفاد الولاية يكون عاما، أما إذا كان قد فصل في جزء من هذه الطلبات، فإن استنفاد الولاية يكون في حدود هذا الجزء فقط. فاستنفاد الولاية يقتصر على جميع المسائل التي فصلت فيها هيئة التحكيم بقرار نهائي<sup>(879)</sup>، أما المسائل الأخرى التي لم تفصل فيها هيئة التحكيم بقرار نهائي فاصل في الموضوع، فلا تستنفذ ولايتها بشأنها، بل تستمر بنظرها إلى حين إصدارها قرارا نهائيا فاصلا فيها في الموضوع. ويترتب على ذلك، أن القرارات غير النهائية والتي لا تفصل في موضوع النزاع، كالقرارات الأولية والوقوتية، لا تستنفذ ولاية هيئة التحكيم بشأنها.

ولكن يرد على استنفاد ولاية هيئة التحكيم بعض الاستثناءات، أوردتها المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني، وهي: حالة تصحيح الأخطاء الكتابية الحسابية والأخطاء المادية الأخرى، وحالة تفسير قرار التحكيم النهائي. إلا أن القوانين المقارنة أضافت إلى هاتين الحاليتين حالة ثالثة - لم ينص عليها كل من قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية - وهي حالة إصدار حكم إضافي في طلبات أغفلت هيئة التحكيم الحكم فيها.

وتختص هيئة التحكيم ذاتها بتصحيح تلك الأخطاء المادية البحتة وتفسير قرار التحكيم، وعند تعذر اجتماع هيئة التحكيم بسبب وفاة المحكم أو إصابته بمرض يعيقه عن أداء مهمته تحل المحكمة المختصة محل هيئة التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك<sup>(880)</sup>. وعليه سنتناول دراسة هذه الحالات الثلاثة على التوالي.

### أولا: تفسير قرار التحكيم

إذا شاب قرار التحكيم غموض أو إبهام أو لم يفهم حقيقة المقصود منه في نقطة معينة أو في جزء منه، فإنه يحق لأحد الأطراف التقدم إلى هيئة التحكيم بطلب يطلب فيه تفسير قرار التحكيم<sup>(881)</sup>. وقد نظم قانون التحكيم الفلسطيني هذه المسألة في الفقرة الثالثة من المادة (42)

المرافعات المدنية الفرنسي المعدل لعام 2011: "قرار التحكيم يستنفذ ولاية محكمة التحكيم بالنسبة للمنازعات التي فصل فيها".

(879) CA Paris, 30 mars 1962, JCP 1962, II, 12843, note Level ; Rev. Arb. 1984, 388, obs. Bernard.

(880) وهو ما أوردته صراحة الفقرة الرابعة من المادة (42) من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة (74) من لائحته التنفيذية، حيث تنص هذه الأخيرة 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".

(881) انظر حول هذا الموضوع، عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت، ص 108.

والتي تنص: "3- يجوز لهيئة التحكيم بناء 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 اقتضت هيئة التحكيم بطلب التفسير تصدر قرارها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب، ويعتبر قرار التفسير متمماً لقرار التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه"<sup>(882)</sup>.

يتضح من هذا النص، أنه يتعين لقبول طلب تفسير قرار التحكيم شروط معينة وإذا لم تتوافر وجب القضاء بعدم قبول هذا الطلب. وهذه الشروط هي:

- 1) يجب تقديم طلب التفسير من قبل أحد الأطراف، وبالتالي لا تستطيع هيئة التحكيم القيام بذلك من تلقاء نفسها، باعتبارها قد استنفذت ولايتها بمجرد إصدار قرار التحكيم النهائي ما يمنعه من معاودة النظر في هذا القرار من تلقاء نفسها بأي طريقة كانت، حتى لا يتخذ التفسير ستاراً لتعديل قرار التحكيم أو الرجوع عنه.
- 2) يجب تقديم طلب التفسير إلى هيئة التحكيم ذاتها، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه قرار التحكيم، وإعلان الطرف الآخر بذلك. ويمكن تقديم طلب التفسير خلال هذه المدة حتى لو كانت مدة التحكيم قد انقضت.
- 3) يجب أن تقتنع هيئة التحكيم بطلب التفسير، فالمسألة جوازية بالنسبة لها، فإذا اقتضت بذلك فإنها تقوم بالتفسير وتصدر قرارها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الطلب.
- 4) ينحصر تفسير قرار التحكيم في النقطة المعنية أو الجزء المعين من القرار المطلوب تفسيره، ويكون التفسير بقدر إزالة ما اعتراه من غموض أو إبهام، كأن يكون قرار التحكيم قد شابه غموض أو إبهام أو شك في منطوقه، أو كان منطوقه يحتمل أكثر من معنى لا يفهم حقيقة المقصود منه. أما إذا كان الحكم واضحاً فلا يجوز الرجوع إلى هيئة التحكيم لتفسيره، إذ تكون غاية طالب التفسير في هذه الحالة ليست مجرد طلب تفسير قرار التحكيم، إنما محاولة إعادة طرح النزاع مرة أخرى على نفس الهيئة التي أصدرت الحكم وهو ما لا يجوز ومن ثم لا يقبل طلب التفسير في مثل هذه الحالات<sup>(883)</sup>. فطلب التفسير يقتصر على إزالة الغموض أو الإبهام الذي اعترى قرار التحكيم، ولا يجوز أن يتجاوز ذلك إلى تعديل قرار التحكيم أو الرجوع عنه أو مراجعته أو حذف هذا الجزء الغامض أو المبهم؛ لأن هيئة التحكيم قد استنفذت ولايتها بمجرد إصدار الحكم، ولأن طلب التفسير لا يشكل خصومة جديدة<sup>(884)</sup>. ومثال على تفسير قرار التحكيم لإزالة الغموض أو الإبهام الذي

(882) يقابلها المادة (33/ب) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته في العام 2006، والمادة (1/49) من قانون التحكيم المصري.

(883) الدعوى التحكيمية رقم 303 لسنة 2002 - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، ص 173.

(884) CA Paris, 6 nov. 2003, Rev. Arb. 2004, 631, note Bensaude.

اعتراه، الطلب من هيئة التحكيم تفسير ما وقع فيه من غموض في منطوقه، وما إذا كان حكم التحكيم يقرر تعويضا أم لا والآثار المترتبة على ذلك<sup>(885)</sup>. ويقول الدكتور مصلح أحمد الطروانة في هذا الصدد: "تفسير حكم التحكيم ينصب على توضيح وتحديد ما يتضمنه الحكم من تقدير قامت به هيئة التحكيم. ومجال هذا التحديد يتم من نطاق العناصر الموضوعية التي تكون ذات الحكم، منفصلا عن نية وإرادة هيئة التحكيم التي أصدرته. وتفسير حكم التحكيم، كتفسير الحكم القضائي، لا تثور الحاجة إليه إلا عندما يقع غموض في منطوق الحكم بحيث لا يستطاع فهم المقصود من القضاء الوارد فيه. وعليه يجب أن يرد الغموض أو الإبهام في ذات منطوق الحكم حتى يمكن تفسيره. وإذا وجد في أسباب الحكم أسبابا تعتبر مرتبطة بالمنطوق وشابها غموض أو إبهام فإنها تعتبر جزءا لا يتجزأ من المنطوق، وبالتالي من الجائز أن ينصب طلب التفسير عليها. أما إذا كان منطوق الحكم واضحا فلا حاجة لتفسيره، يرفض في هذه الحالة طلب التفسير"<sup>(886)</sup>.

ويلحق قرار التفسير بقرار التحكيم الأصلي، ويعتبر جزءا منه ومتمما له، وتطبق عليه أحكامه<sup>(887)</sup>.

### ثانيا: تصحيح الأخطاء المادية الواردة في قرار التحكيم

يتناول هذا الاستثناء على قاعدة استنفاد ولاية هيئة التحكيم، الحالة التي يشتمل فيها قرار التحكيم على أخطاء مادية بحتة وردت سهوا، كالأخطاء في الكتابة أو الطباعة أو الحساب أو أخطاء القلم وغيرها من الأخطاء المماثلة، والتي لا تؤثر على فهم القرار أو تقديره أو مسوغاته، مما يقتضي الرجوع إلى هيئة التحكيم لتصحيحها.

وقد نظمت هذه الحالة المادة (42/1 و2) من قانون التحكيم الفلسطيني، وذلك بنصها على أنه: "1- يجوز لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الأطراف شريطة أن يقدم خلال ثلاثين يوما 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 يوما من تاريخ صدور الحكم إذا كان التصحيح من تلقاء ذات الهيئة، وخلال ثلاثين يوما من تاريخ طلب التصحيح إذا كان التصحيح بناء على طلب أحد الأطراف"<sup>(888)</sup>.

(885) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007, D 2007, AJ, 450.

(886) أحمد مصلح الطروانة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني - دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، 2010، ص 131.

(887) انظر المادة (3/49) من قانون التحكيم المصري، والمادة (45) من قانون التحكيم الأردني. انظر أيضا، تمييز حقوق أردني، رقم 2005/799، بتاريخ 2005/9/28، منشورات مركز عدالة.

(888) وهي تقابل المادة (33) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987.

يتبين من هذا النص، أنه يشترط لإعمال هذا الاستثناء توافر الشروط التالية:

(1) يجوز أن تقوم هيئة التحكيم سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف بتصحيح الأخطاء المادية الواردة في قرار التحكيم شريطة أن يقدم الطلب خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه بقرار التحكيم وضرورة إعلان الطرف الآخر بذلك. ولا يجوز طلب إبطال قرار التحكيم بسبب الأخطاء المادية أو الحسابية إنما يتوجب فقط طلب تصحيحها<sup>(889)</sup>. وتصحيح الأخطاء المادية يدخل في الاختصاص الحصري لهيئة التحكيم ما دامت تستطيع معاودة الاجتماع من جديد<sup>(890)</sup>. أما إذا لم يكن ذلك ممكناً، تولت المحكمة المختصة إجراء هذا التصحيح وفق ما نصت عليه المادة (74) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم سابقة الذكر.

(2) أن يكون الخطأ من الأخطاء المادية البحتة التي لا تمس مضمون قرار التحكيم ولا منطوقه ولا مسوغاته، وهي تشمل جميع الأخطاء الكتابية والحسابية وأخطاء القلم التي وردت سهواً في قرار التحكيم، كالخطأ في اسم أحد الأطراف أو أحد المحكمين أو الخطأ في ذكر رقم العقار أو الخطأ في الحساب من جمع أو طرح أو قسمة عند حساب المبالغ والفوائد المستحقة أو المبالغ التي تم الوفاء بها.

(3) أن يقتصر التصحيح على تلك الأخطاء المادية البحتة دون غيرها<sup>(891)</sup>، ولا يجوز استخدام التصحيح كوسيلة لإعادة النظر في موضوع النزاع أو في قرار التحكيم الصادر بشأنه، فسلطة المحكم في تصحيح الأخطاء المادية أو فيما أغفله المحكم لا يجيز له تعديل أو تصحيح قرار التحكيم الصادر عنه<sup>(892)</sup>، كأن يكون قد قضى في مسألة لم يطلب منه الفصل فيها، أو فصل فيما يجاوز ما طلبه الأطراف، وجميع العيوب الأخرى غير المادية أو الحسابية لا يجوز له تعديلها أو الرجوع عنها لأنها تخرج عن نطاق التصحيح<sup>(893)</sup>. وإذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود التصحيح، فتكون بذلك قد تجاوزت مهمتها مما يصلح سبباً للطعن ببطلان قرار التحكيم.

(4) يجب أن يصدر قرار 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 بناء

(889) CA Angers, 28 sept. 1987, Rev. Arb. 1988, 162, note Rondeau-Rivier. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 janv. 1978, Rev. Arb. 1978, 666, note Moreau.

(890) CA Paris, 18 oct. 2001, D 2001, IR, 3327 ; Gaz. Pal. 2002, somm. 759.

(891) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 janv. 1978, Rev. Arb. 1978, 466, note Moreau.

(892) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 1976, D 1978, 310, note Roberte ; Rev. Arb. 1977, 269, note Mezger ; RTD civ. 1976, 832, obs. Perrot Cassant ; CA Paris, 12 juill. 1974, Rev. Arb. 1975, 196.

(893) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 juin 1984, D 1985, IR, 263, obs. Julien ; Rev. Arb. 1985, 427, note Moreau ; CA Versailles, 26 juin 2003, BICC 2004, n° 244.

على طلب أحد الاطراف. ويجري التصحيح دون مرافعة<sup>(894)</sup> على نسخة القرار الأصلية ويوقع عليه من قبل هيئة التحكيم<sup>(895)</sup>.

### ثالثاً: إصدار حكم إضافي بشأن بعض طلبات الأطراف التي أغفلت هيئة التحكيم الفصل فيها

إن القاعدة في التحكيم هي التزام هيئة التحكيم بالفصل إيجاباً أو سلباً في جميع الطلبات الموضوعية، الأصلية والعارضة التي قدمها الخصوم. بالتالي فإن هذا الاستثناء على استنفاد الولاية يتناول الحالة التي تغفل فيها هيئة التحكيم الفصل في واحد أو أكثر من الطلبات التي تقدم بها الأطراف خلال إجراءات التحكيم، ما يعطي هيئة التحكيم سلطة إصدار حكم إضافي أو تكميلي للفصل في هذا الطلب الذي تم إغفال الفصل فيه.

ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني ولائحته التنفيذية على هذا الاستثناء كأحد الاستثناءات الواردة على استنفاد ولاية هيئة التحكيم، وذلك على عكس معظم القوانين<sup>(896)</sup>. ويعتبر موقف المشرع الفلسطيني في هذا الجانب منتقداً بشدة وذلك لسببين: الأول، أن هذه الحالة تمثل استثناء على استنفاد ولاية هيئة التحكيم، وما دمنا نتحدث عن استثناء فهذا يعني عدم إمكانية إعماله نظراً لغياب النص ولأن الاستثناءات واردة على سبيل الحصر. الثاني، أن المشرع الفلسطيني يكون بهذا الموقف قد خالف موقف القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته لعام 2006، والذي استقى منه قانون التحكيم الفلسطيني معظم أحكامه، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة (33) منه على أنه: "3- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ما يلي، يجوز لأي من الطرفين، وبشرط إخطار الطرف الثاني، أن يطلب من هيئة التحكيم، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه قرار التحكيم، إصدار قرار تحكيم إضافي في المطالبات التي قدمت خلال إجراءات التحكيم ولكن قرار التحكيم أغفلها. وإذا رأت هيئة التحكيم أن لهذا الطلب ما يبرره، وجب عليها أن تصدر ذلك القرار الإضافي خلال ستين يوماً".

وبتحليل هذا النص، وبالاطلاع على القوانين المقارنة، يتبين أن سلطة هيئة التحكيم في إصدار قرار تحكيم إضافي فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات، يشترط توافر مجموعة من الشروط وهي:

(1) أن تكون هيئة التحكيم قد أغفلت الفصل في أحد الطلبات الموضوعية التي قدمها أحد الأطراف خلال إجراءات التحكيم وبصرف النظر عما إذا كانت طلبات أصلية أم عارضة،

(894) نصت المادة (1/50) من قانون التحكيم المصري بأن يصدر قرار التصحيح دون مرافعة.

(895) جاء في الفقرة الثانية من المادة (33) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 على أن: "2- بدون قرار الهيئة بتصحيح الخطأ كحاشية للقرار ويعتبر جزءاً منه ويخطر الطرفان بقرار التصحيح".

(896) المادة (1/51) من قانون التحكيم المصري، والمادة (47) من قانون التحكيم الأردني.

وأن يكون هذا الإغفال كلياً وداخلاً في اختصاص هيئة التحكيم، ويبدو أن مصطلح "إغفال" يشير إلى وجوب أن يكون عدم الفصل في هذا الطلب قد جاء عن سهو أو خطأ وليس عن قصد. وتقتصر سلطة هيئة التحكيم في إصدار حكم إضافي في هذا الطلب الذي قدمه الأطراف خلال الإجراءات وأغفلت هيئة التحكيم الفصل فيه، ولا يجوز لها أن تتجاوز ذلك إلى بحث طلبات جديدة أو مراجعة ما فصلت فيه من مسائل، وهو ما يفهم ضمناً من خلال استخدام مصطلح "إغفال". وإذا تجاوزت هيئة التحكيم مهمتها، فيمكن عندئذ الطعن ببطالان قرارها.

(2) يجب تقديم طلب من أحد الأطراف إلى هيئة التحكيم يطلب فيه إصدار قرار تحكيم إضافي أو مكمل فاصل في موضوع هذا الطلب، حتى لو جاء تقديم هذا الطلب بعد انقضاء مدة التحكيم<sup>(897)</sup>. وبالتالي فإن هيئة التحكيم لا تملك من تلقاء نفسها حق معاودة النظر في النزاع مرة أخرى للفصل في هذا الطلب الإضافي، إذا كان قرار التحكيم النهائي قد جاء شاملاً لكل النزاع، أما إذا كانت هيئة التحكيم قد فصلت في جزء من النزاع بقرار نهائي، ولم تفصل في جزء آخر يكون داخلاً في موضوع هذا الطلب الإضافي، فإن هيئة التحكيم يمكنها الفصل في هذا الطلب باعتبارها لم تستنفذ ولايتها بعد في هذا الجزء ولا حاجة لإصدار قرار تحكيم إضافي في هذه الحالة.

(3) يجب أن يقدم طلب التحكيم الإضافي خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم مقدم الطلب قرار التحكيم، وأن يخطر الطرف الآخر بذلك، وأن تقتنع هيئة التحكيم بوجود مبرر لهذا الطلب، ما يعني حق هيئة التحكيم في رفض قبول هذا الطلب إذا وجدته غير مبرر.

(4) إذا اقتنعت هيئة التحكيم بوجود مبرر لهذا الطلب، فإنها تقوم بإصدار قرار تحكيم إضافي خلال المدة التي يحددها القانون، يكون مكملًا لقرار التحكيم النهائي، ويصدر بذات الطريقة التي يصدر بها قرار التحكيم الأصلي، ويبلغ به الأطراف بذات طريقة تبليغ قرار التحكيم الأصلي.

(5) يجب أن يقتصر قرار التحكيم الإضافي على الطلبات التي أغفلت هيئة التحكيم البت فيها، وعدم تجاوز ذلك إلى القيام بإعادة النظر أو الرجوع أو تعديل قرار التحكيم النهائي، وإذا حصل ذلك فإن هيئة التحكيم تكون قد تجاوزت حدود مهمتها ما يجيز للأطراف الطعن ببطالان قرار التحكيم.

(6) ويطبق على هذا الحكم الإضافي جميع قواعد التصحيح والتفسير المستثناة من استنفاد ولاية هيئة التحكيم<sup>(898)</sup>.

(897) انظر المادة (1/51) من قانون التحكيم المصري، والمادة (47) من قانون التحكيم الأردني.

(898) وهو ما نصت عليه صراحة المادة (5/33) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته للعام 2006.



## الفرع الثاني: حجية قرار التحكيم

يكتسب قرار التحكيم حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره حتى قبل إكسائه صيغة التنفيذ<sup>(899)</sup>. وتعني حجية الأمر المقضي به بالنسبة لقرار التحكيم: "صلاحية هذا الحكم للتمسك بالنتائج المتمخضة عنه لصالح شخص ضد شخص آخر، وعدم جواز طرح النزاع الذي صدر فيه هذا الحكم مرة ثانية أمام القضاء، سواء القضاء النظامي أو قضاء التحكيم"<sup>(900)</sup>. فحجية قرار التحكيم تمنع الأطراف من عرض ذات النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم بقرار نهائي أمام القضاء أو التحكيم مرة أخرى، إلا بالطرق التي حددها القانون. ويبدو أن حجية قرار التحكيم تتعلق بمصلحة خاصة للأطراف وليس بالنظام العام، ما يعني إمكانية تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية قرار التحكيم، وعرض النزاع مرة أخرى على التحكيم أو حتى على القضاء. وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة استئناف باريس حيث قضت بأن حجية قرار التحكيم يتعلق بمصلحة خاصة وليس بالنظام العام<sup>(901)</sup>.

أما بالنسبة لنطاق الحجية، فإنها تقتصر على قرارات التحكيم النهائية بشأن المسائل التي فصلت فيها هيئة التحكيم في الموضوع<sup>(902)</sup>. أما القرارات الوقتية والإجرائية فلا تحوز مثل هذه الحجية<sup>(903)</sup>، كالقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم بإلزام أحد الأطراف بتقديم مستند تحت يده خلال مدة معينة، أو قرار انتداب خبير. كما لا يحوز حجية الأمر المقضي به قرار هيئة التحكيم القاضي بتحديد أتعاب أعضاء هيئة التحكيم<sup>(904)</sup>، وذلك على أساس أن المحكم

(899) تنص الفقرة الأولى من المادة (1484) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي المعدل في العام 2011 على أنه: "يحوز قرار التحكيم، بمجرد صدوره، حجية الأمر المقضي بالنسبة للمسائل التي فصل فيها".

(900) أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 143. تختلف حجية الأمر المقضي به عن قوة الأمر المقضي به: فالأولى تثبت للقرار أو للحكم بمجرد صدوره، أما الثانية فلا تثبت إلا إذا كان لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف، وذلك سواء صدر كذلك أو أصبح كذلك بانقضاء مواعيد الطعن أو برفض الطعن وعدم قبوله. ويلخص الدكتور أحمد الطراونة هذه التفرقة بأن التفرقة بين الحجية والقوة ليست تفرقة في الدرجة، بل الأمر يتعلق بفكرتين مختلفتين تؤدي كل منهما غرضاً معيناً. فالحجية هي صفة للحماية القضائية التي يمنحها الحكم، أي الأثر القانوني الذي يحدثه الحكم. أما قوة الأمر المقضي به فهي صفة في الحكم تدل على مدى ما يتمتع به الحكم من قابلية أو عدم قابلية للطعن به. وتبدو التفرقة ضئيلة الأهمية بالنسبة لأحكام التحكيم. فأحكام التحكيم لا تكون قابلة للطعن فيها بطرق الطعن العادية أو غير العادية المنصوص عليها في القانون، وبالتالي فإن حكم التحكيم يكتسب في نفس الوقت حجية الأمر المقضي به وكذلك يصدر حائراً على قوة الأمر المقضي به. وإذا تم إبطال حكم التحكيم على أساس تجاوز هيئة التحكيم حدود مهمتها، يفقد قرار التحكيم حجية الأمر المقضي والقضية المقضية بمجرد إبطاله: تمييز حقوق أردني، 2007/786، بتاريخ 2007/5/22. مركز عدالة، مذكور في أحمد الطراونة، المرجع السابق، ص 144 و 145.

(901) CA Paris, 19 nov. 1987, Rev. Arb. 1989, 62, note Couchez.

(902) CA Paris, 20 nov. 1981, Gaz. Pal. 1982, I, somm. 6 ; CA Paris, 25 juin 1982, Rev. Arb. 1983, 344, obs. Bernard.

(903) Cass. com., 9 janv. 1978, Rev. Arb. 1979, 478, note Fouchard.

(904) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 oct. 1987, Rev. Arb. 1988, 149, note Jarrosson.

ليس طرفا في النزاع المعروض على هيئة التحكيم. كما تقتصر حجية قرار التحكيم على الأطراف أنفسهم في ذات النزاع ولذات السبب<sup>(905)</sup>.

ويترتب على حجية قرار التحكيم عدة آثار قانونية، هي:

(1) الآثار الإيجابية: يعني هذا الأثر احترام ما قضى به قرار التحكيم. فللمحكوم له أن يتمسك بمزايا هذا الحكم، وإذا رفعت دعوى أمام القضاء بالاستناد إلى هذا الحكم فعلى القاضي احترام ما قضى به المحكم<sup>(906)</sup>، وإذا رفعت دعوى جديدة أمام التحكيم في ذات الموضوع، فيحق للطرف الآخر أن يدفع بحجية الأمر المقضي به.

(2) الآثار السلبية: لا يجوز عرض النزاع الحائز على حجية الأمر المقضي به مرة أخرى على جهة قضائية للنظر فيه من جديد، حتى لو جاء ذلك تحت إدعاء بأن هذا القرار يقدم على أساس أنه مجرد عنصر من عناصر الإثبات ليس إلا<sup>(907)</sup>. وقد بينا سابقا بأن حجية قرار التحكيم تتعلق بمصلحة خاصة وليس من النظام العام، ما يعني إمكانية التنازل عنها من قبل المحكوم له، وإمكانية عرض النزاع تبعا لذلك من جديد على التحكيم أو القضاء العادي<sup>(908)</sup>، ولا يجوز للمحكمن أو للقضاء العادي التمسك بحجية الأمر المقضي به من تلقاء أنفسهم على أساس أن حجية قرار التحكيم ليست من النظام وإنما تتعلق بمصلحة خاصة للخصوم فلهم التمسك به أو تركه. ويمكن التمسك بحجية قرار التحكيم إما بصورة أصلية من خلال طلب الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم، وإما بصورة تبعية حيث يمكن التمسك بحجية قرار التحكيم ليس بمناسبة طلب الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم، إنما بمناسبة نزاع معروض أمام القضاء، كأن يكون للكفيل مصلحة في أن يظهر للمحكمة بأن قيمة الدين الأصلي هي أقل من القيمة المطالب بها للتخفيف من التزاماته المتعلقة بهذا الدين، مستندا في ذلك لقرار التحكيم. ولكن يشترط للتمسك بحجية قرار التحكيم بصورة تبعية أن تكون للشخص مصلحة وأن لا يكون القرار مخالفا للنظام العام<sup>(909)</sup>.

(905) Cass. com. 7 janv. 2004, Bull. Civ. IV, n° 4 ; Cass. com. 23 janv. 2007, D 2008, pan. 185, obs. Clay ; JCP 2007, I, 168, n° 9, obs. Béguin ; RTD civ. 2007, 383, obs. Perrot.

(906) أحمد الطروانة، المرجع السابق، ص 144.

(907) CA Reims, 10 janv. 2001, Gaz. Pal. 2002, somm. 759.

(908) يتفق مع هذا الرأي، محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 277، الذي يرى أن ما يبرر إمكانية عرض النزاع الحائز على حجية الأمر المقضي به من قبل المحكوم له على التحكيم أو القضاء، هو الأساس الاتفاقي للتحكيم. انظر في نفس الاتجاه، أحمد الطروانة، المرجع السابق، ص 150.

(909) T com. Nanterre, 9 sept. 2001, Rev. Arb. 2002, 445, D Bureau.

(3) استحقاق الفوائد القانونية: يبدأ احتساب الفوائد من تاريخ صدور قرار التحكيم وحيازته قوة الأمر المقضي به وليس من تاريخ إكسائه الصيغة التنفيذية<sup>(910)</sup>. فما دام قرار التحكيم هو حكم قضائي، فإن سريان الفائدة القانونية يبدأ احتسابها من تاريخ إصدار قرار التحكيم إلى تاريخ الوفاء.

(4) إمكانية إيقاع الحجز التحفظي: يجوز في فرنسا للمحكوم له إيقاع الحجز التحفظي على أموال المحكوم ضده دون حاجة للحصول على قرار من القاضي أو إذن من المحكمة، عندما يكون بحوزة الدائن قرار تحكيم لم يكتسى بعد صيغة التنفيذ<sup>(911)</sup>. وعليه قضت محكمة النقض الفرنسية بفسخ قرار قاضي الموضوع الذي اعتبر أن قرار التحكيم ليس حكما قضائيا<sup>(912)</sup>. وتقول محكمة استئناف ديجون الفرنسية في هذا الصدد: "يكتسب قرار التحكيم حجية الأمر المقضي به بالنسبة للمنازعات التي فصل فيها بمجرد صدوره، وهو يشكل قرارا قضائيا"<sup>(913)</sup>.

### الفرع الثالث: القيمة القانونية لقرار التحكيم في الإثبات

يعتبر قرار التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم سندا رسميا في كل ما فصل فيه من مسائل ولا يطعن فيه إلا بالتزوير<sup>(914)</sup>، وتسري حجية هذا السند في مواجهة الكافة بكل ما دون فيه من أمور قامت بها هيئة التحكيم أو وقعت من الأطراف أمامها. ويتخذ قرار التحكيم هذه الصفة الرسمية، سواء كان التحكيم بالقانون أو بالصلح، ما دام ان هيئة التحكيم قد التزمت بحدود مهمتها<sup>(915)</sup>.

وقد يبدو مستغربا إصباغ صفة الرسمية على قرار التحكيم باعتباره صادرا عن جهة خاصة (قضاء خاص) وليس عن موظف عام مختص. لهذا فإن البعض يبرر اصباغ صفة الرسمية على قرار التحكيم على أساس أن المحكم يمارس إلى حد ما وظيفة عمومية مؤقتة تتمثل في الفصل في النزاع المسند إليه، أو إلى الصبغة القضائية للمهمة التي يؤديها المحكم وسلطته في الفصل في النزاع المعروف عليه<sup>(916)</sup>. والواقع أن صفة الرسمية لقرار التحكيم تنبع من الصفة القضائية لقرار التحكيم، وهو أمر تؤكد عليه معظم القوانين بشكل ضمني من خلال إلزامها هيئة

(910) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 juin 2004, Rev. Arb. 2005, 645, note Libchaber ; CA Paris, 18 janv. 2001, Rev. Arb. 2002, 935, note Jeuland ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 janv. 2007, JCP 2007, I, 168, n° 10, obs. Ortscheidt.

(911) CA Lyon, 23 avr. 2002, Rev. Arb. 2002, 743, M.-C. Rivier ; JCP 2003, 459, G. Guniberti.

(912) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 oct. 2006, D 2006, IR, 2627, et pan. 3034, obs. Clay ; D 2007, chron. 897, obs. V. Vigneau ; JCP 2007, I, 139, n° 22, obs. Clay ; Dr. et Patr. Nov. 2007, p. 86, obs. Lefort ; RTD civ. 2007, 183, obs. Perrot.

(913) CA Dijon, 23 avr. 2002, Rev. Arb. 2002, 743, note Rivier ; Gaz. Pal. 7-8 nov. 2003, p. 40.

(914) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 déc. 1990, Rev. Arb. 1991, p. 317, note Théry.

(915) Ibid.

(916) Henri-Jacques Nougéin et autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, éd. Litec (LexisNexis) 2004, n° 120, p. 65.

التحكيم بإجراء المداولة قبل إصدار حكمها، واشتراط تسبب قرار التحكيم، وإمكانية الطعن بقرار التحكيم، وهي جميعاً مسائل تخص الأحكام القضائية. وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قرار التحكيم الذي لا يشتمل على حكم لا يعد قراراً قضائياً<sup>(917)</sup>. وتشمل صفة الرسمية جميع الوقائع التي فصلت فيها هيئة التحكيم، وما تم تقديمه من طلبات ودفع، والتأكيد على أن مداولة قد جرت بين المحكمين قبل إصدار قرار التحكيم<sup>(918)</sup>، وبيان كيفية سير إجراءات التحكيم<sup>(919)</sup>، وخصوصاً إثبات تاريخ صدور قرار التحكيم. وترتب على إصباغ صفة الرسمية على قرار التحكيم مسألة في غاية الأهمية، وهي أن الطعن ببطالان قرار التحكيم، على أساس عدم احترام حقوق الدفاع أو مبدأ المواجهة مثلاً، فإن قرار التحكيم إذا جاء مشتملاً على بيانات الحكم (أقوال الخصوم وادعاءاتهم وطلباتهم ودفعهم وبياناتهم...)، فإن ذلك يدل على أن هيئة التحكيم قد احترمت حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وبناء عليه، سيتم رفض إبطال قرار التحكيم على هذا الأساس، ولا يمكن عندها إلا الطعن بتزوير قرار التحكيم ذاته. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أن: "حكم المحكم شأن أحكام القضاء، التاريخ الذي يثبت المحكم لحكمه يعتبر حجة على الخصم ولا يستطيع جرده إلا باتخاذ طريق الطعن بالتزوير في الحكم لأن حكم المحكم يعتبر ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن الأحكام التي يصدرها القضاء"<sup>(920)</sup>.

#### الفرع الرابع: انعدام القوة التنفيذية لقرار التحكيم

على الرغم من اكتساب قرار التحكيم الحجية بمجرد صدوره إلا أنه لا يجوز القوة التنفيذية بذاته<sup>(921)</sup>؛ لأن سلطة هيئة التحكيم محصورة في إصدار قرار التحكيم، ولكنها لا تملك سلطة

(917) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 avr. 1985, Rev. arb. 1986, 57, note Jarrosson.

(918) Cass. civ. 16 févr. 1972, Rev. Arb. 1972, 123, note Rubellin-Devichi.

(919) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 nov. 1983, Rev. Arb. 1987, 77.

قضت محكمة استئناف رام الله بهذا الصدد: "إن إجراءات التحكيم هي من أعمال التقاضي التي تعتبر صحيحة إذا دل مظهرها على ذلك ولا يجوز إثبات عدم صحتها بالبينة الشخصية أو الخطية أو باستماع إلى شهادة المحكمين ضد الوقائع التي توصلوا إليها في قرارهم ولا يجوز الطعن بصحة الوقائع التي توصلوا إليها لأن القانون أي قانون التحكيم حصر الحالات التي يجوز فيها الطعن بقرار المحكمين وليس من بينها حالة الطعن بصحة الوقائع". وقضت محكمة استئناف القدس: "إذا قدمت بينة تؤدي إلى الوقائع والنتيجة التي توصلت إليها هيئة التحكيم، فلا تتدخل المحكمة المختصة بمراقبة صحتها"، استئناف مدني القدس رقم 2009/347، بتاريخ 2010/5/26.

(920) نقض مصري، طعن رقم 586 لسنة 25 ق جلسة 1961/11/30. مجموعة الأحكام س 12 ص 730.

(921) في التفريق بين القوة التنفيذية لقرار التحكيم وحجية الأمر المقضي به، يقول د. أحمد الطراونة: "... حيث أن حجية الأمر المقضي به هي صفة للحماية القضائية التي يحصل عليها الشخص بواسطة الحكم. أما القوة التنفيذية هي صفة في الحكم وفي غيره من السندات التي تخول الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري. وبالتالي فإن الحجية هي نهاية لطريق حماية قضائية، في حين أن القوة التنفيذية هي بداية لطريق آخر للحماية القضائية، لأنه إذا كان حكم التحكيم الصادر هو حكم إلزام، فإنه لا يكفي لحماية من حصل عليه حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي به، بل يلزم منح الحكم القوة التنفيذية لكي يحصل المحكوم له على الحماية القضائية الكاملة لحقه بواسطة التنفيذ الجبري إذا ما عن المحكوم عليه رفض التنفيذ الطوعي"،

الإجبار التي يملكها القاضي، فحتى يأخذ قرار التحكيم الصيغة التنفيذية يجب الطلب من المحكمة المختصة تصديق قرار التحكيم وإكسائه صيغة التنفيذ وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون. بناء عليه، فإن قرار التحكيم يصدر دائماً مجرداً من صيغة التنفيذ، فحتى لو أصدرت هيئة التحكيم قرار التحكيم موسوما بصيغة التنفيذ، فلا تكون لهذه الصيغة أية قيمة قانونية، لأنها صدرت عن جهة غير مختصة بإعطاء الصيغة التنفيذية.

## المبحث الثاني: الطعن بقرار التحكيم

على الرغم من الطبيعة القضائية لقرار التحكيم، إلا أن المشرع الفلسطيني منع إخضاع قرار التحكيم لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية<sup>(922)</sup>، سواء كانت طرق طعن عادية (الاستئناف) أو غير عادية (النقض وإعادة المحاكمة واعتراض الغير)، إلا أنه أجاز بالمقابل، الطعن بفسخ أو ببطلان قرار التحكيم إذا تحقق أحد أسباب الطعن المحددة على سبيل الحصر في المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني، وجعلها الوسيلة القانونية الوحيدة للطعن بقرار التحكيم. فالأصل الاتفاقي للتحكيم هو الذي يبرر عدم جواز الطعن بقرار التحكيم بالطرق المقررة للطعن بالأحكام القضائية، فالأطراف باتخاذهم التحكيم سبيلاً لفض منازعاتهم، ينشدون عدالة خاصة تتناسب مع مصالحهم، ومنها تحقيق السرعة والفاعلية في حسم النزاع، والسماح بالطعن بقرار التحكيم بالطرق المقررة للأحكام القضائية لا يتناسب مع هذه الغاية التي ينشدها الأطراف على أساس أنها تؤدي إلى إطالة أمد النزاع. في حين أن دعوى فسخ أو بطلان قرار التحكيم هي دعوى خاصة مقصورة على قرارات التحكيم، ولا تطبق على الأحكام القضائية تبعاً لقاعدة "أن لا دعاوى بطلان ضد الأحكام"، وتهدف دعوى الفسخ أو البطلان إلى فرض حد أدنى من الرقابة القضائية على قرارات التحكيم والتي تفرضها العدالة، فلا يجوز أن تغيب الرقابة كلياً عن قرار التحكيم، إنما يتطلب الأمر التأكد من احترام هيئة التحكيم لحد أدنى من القواعد والإجراءات التي يفرضها القانون، لأن التحكيم قضاء والعدالة تتطلب مثل هذه الرقابة.

وتقتضي دراسة دعوى الطعن بفسخ أو ببطلان قرار التحكيم، بيان ماهية هذه الدعوى، وبيان أسباب الطعن وإجراءاته.

المرجع السابق، ص 156.

(922) ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني صراحة على ذلك بخلاف ما أخذت القوانين في الأردن ومصر، حيث جاء في المادة (48) من قانون التحكيم الأردني والمادة (1/52) من قانون التحكيم المصري بأن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية ولكن يجوز الطعن بها بالبطلان.

## المطلب الأول: ماهية دعوى البطلان أو الفسخ

إن دعوى الطعن ببطلان أو بفسخ قرار التحكيم هي دعوى خاصة مقصورة على قرارات التحكيم<sup>(923)</sup>، وتؤدي دورا يختلف تماما عن الدور الذي تؤديه الطعون الأخرى المقررة للطعن بالإحكام القضائية. بالتالي فإن تحديد ماهية دعوى البطلان يقتضي إبراز السمات الأساسية التي تميز هذه الدعوى عن غيرها من الطعون الأخرى وذلك على النحو الآتي:

### الفرع الأول: الطعن بالبطلان هو طعن من نوع خاص

مفاد هذه الخاصية، أن الطعن بالبطلان أو بالفسخ يوجه ضد قرارات التحكيم النهائية، بقصد إبطالها وتجريدها من كل آثارها، ولا يرمي إلى تصحيح القرار أو تعديله أو تكملته أو إعادة النظر فيه، لأن الطعن بالفسخ ليس استئنافا للحكم أو درجة من درجات التقاضي أو مرحلة من مراحل خصومة التحكيم، إنما إجراء قضائي لاحق يهدف إلى مراقبة العيوب الشكلية والإجرائية التي قادت أو لازمت إصدار قرار التحكيم، كانهتمام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انتهائه، أو تجاوز هيئة التحكيم لحدود صلاحياتها، أو عدم مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، أو مخالفة الإجراءات المتفق على تطبيقها بين الأطراف أو المحددة بنص القانون، وكذلك مراقبة العيوب الذاتية المتعلقة بقرار التحكيم، كعدم توقيع المحكمين على قرار التحكيم أو عدم تسبيب قرار التحكيم أو مخالفته للنظام العام. فسلطة المحكمة المختصة تنحصر في فحص سبب أو أسباب الطعن بالبطلان، فإن وجدت هذا السبب صحيحا ويدخل ضمن حالات البطلان التي حددها القانون على سبيل الحصر، فإنها تقضي ببطلانه وتمنعه من ترتيب آثاره، أما إذا وجدت أن هذا الطعن لا يستند إلى أساس قانوني، قضت برد الطلب وتأيد قرار التحكيم وتصديقه وإكسائه الصيغة التنفيذية.

في المقابل، فإن المحكمة المختصة لا تملك سلطة النظر في قرار التحكيم من حيث الموضوع ولا في الكيفية التي فصل فيها المحكم ولا التحقق أو مراقبة مدى عدالة قرار التحكيم<sup>(924)</sup>؛ فحتى لو ظهر للمحكمة أن قرار التحكيم غير عادل، أو اشتمل على غلط في

(923) حول بطلان قرار التحكيم، انظر أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه - دراسة مقارنة، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.

(924) تقول محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد: "من المقرر في قضاء محكمة التمييز أن محكمة الاستئناف المناط بها تصديق أو فسخ قرار المحكمين ليس من ضمن واجباتها مراقبة صحة وسلامة استخلاص المحكمين للوقائع والنتائج، إنما يقتصر واجب المحكمة على مراقبة قانونية هذه البيئة والثبت من أن قرار التحكيم ليس فيه مخالفة لشروط المادة 13 من قانون التحكيم، ذلك أن الطعن بقرارات تصديق أو فسخ أو إعادة قرار المحكمين هو الذي يقبل الطعن أمام محكمة الاستئناف...". تمييز حقوق أردني، رقم 2003/1919، بتاريخ 2003/9/14، مركز عدالة. وهو ما سارت عليه أيضا محكمة استئناف القاهرة: أن رقابة قاضي البطلان لا تتسع لتقدير مدى سلامة أو صحة الأسباب التي استند إليها المحكمون في قضائهم بشأن الانحراف المذكور، لما هو مقرر من أن دعوى بطلان حكم المحكمين لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعييب ما قضى به هذا الحكم، ولا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعة أو تقدير مدى ملائمة أو مراقبة حسن تقدير المحكمين

التقدير، فلا تملك المحكمة المختصة سلطة تعديله أو مراجعته، لأنها لا تملك سلطة التعرض لموضوع النزاع الذي قضى به المحكم، وذلك مهما بلغت درجة عدم العدالة أو جسامه الغلط في التقدير، كالغلط في تطبيق القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع من حيث تفسيرها أو تأويلها أو الغلط في تقدير أو تكييف وقائع النزاع، ما يؤدي إلى الغلط في تطبيق القانون. وإذا وقع غلط في التقدير من هذا القبيل فلا يصلح سببا للطعن ببطلان قرار التحكيم، إنما يجعل قرار التحكيم فقط مشوبا بعيب في التقدير وعدم العدالة، والطريقة الوحيدة لإصلاح هذا الغلط هو الاستئناف، أما دعوى البطلان فليست استئنافا للحكم ولا تهدف إلى مراجعة مضمون الحكم أو مدى تحقيقه للعدالة أو جسامه الغلط في التقدير، إنما الاقتصار على مراقبة الإجراءات السابقة أو المعاصرة لصدور قرار التحكيم. وعلى هذا الأساس، يمكن القول أن رقابة المحكمة المختصة بنظر الطعن بالبطلان هي رقابة صحة ومشروعية، وتنصب على مراقبة الطريق الذي سلكته هيئة التحكيم في إصدار قرار التحكيم وليس رقابة على ما تم تقريره أو الفصل فيه فعليا من قبل هيئة التحكيم. فدور المحكمة المختصة لا يطال تقدير أو بحث الكيفية التي فصل فيها المحكمون في الموضوع، باستثناء الحالة التي ينتهك فيها الحل الفاصل في موضوع النزاع قاعدة من النظام العام، ولا مراقبة مدى عدالة قرار التحكيم، إنما ينحصر دورها في نظر الصيغة التي حققت من خلالها العدالة، من خلال مراقبة إجراءات التحكيم وقرار التحكيم كعمل إجرائي وبحث مدى توافر سبب من أسباب الطعن بالبطلان، كفصل هيئة التحكيم في النزاع بدون اتفاق تحكيم، أو تجاوزت هيئة التحكيم مهمتها بالفصل في النزاع. وعليه لا تشكل أسبابا للطعن ببطلان قرار التحكيم، تحريف أو تشويه أو فهم المحكم لأحد المستندات التي قدمها أحد الأطراف، ولا إنتهاك سرية المداولات، ولا عدم عرض ادعاءات الأطراف وحججهم بشكل دقيق، ولا الخطأ في فهم القانون أو في فهم الوقائع.

خلاصة القول أن قرار التحكيم إذا كان صحيحا من الناحية الشكلية والإجرائية فإنه يعد صحيحا من الناحية القانونية ويرتب آثاره حتى لو كان معيبا بعيب الغلط في التقدير أو عدم العدالة، على أساس أن دعوى البطلان لا تجيز مراجعة قرار التحكيم إنما مراقبة القرار من الناحية الشكلية والإجرائية، لأن تصحيح هذه العيوب في التقدير أو عدم العدالة يكون بطريق الاستئناف وليس بدعوى البطلان. وقد بينت كل من محكمة استئناف عمان ومحكمة التمييز الأردنية أن البطلان لا يكون إلا جراءة عيب إجرائي، وأن عيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أيا كان لا يبرر رفع دعوى بطلان<sup>(925)</sup>. وجاء في قرار محكمة التمييز الأردنية: "وجرى

وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع أو تكييفه أو تفسير القانون أو تطبيقه أو مدى سلامة أو صحة أسبابه لأن ذلك كله ما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان، وأيا كان الرأي ومدى صحة هذه الأسباب أو سلامتها فإن رقابة هذه المحكمة لا تمتد إلى إعادة بحثها أو تقدير صواب أو خطأ اجتهاد المحكمين بشأنها: استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 103 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/7/27. في نفس الإتجاه أيضا، استئناف القاهرة، د 91 دعوى رقم 42 لسنة 120 ق تحكيم، جلسة 2005/3/30.

(925) قرار رقم 2007/13، بتاريخ 2007/10/29، وقرار رقم 2008/264، بتاريخ 2009/4/20، وقرار رقم 2004/54، بتاريخ 2005/4/3.

الإجماع في الاجتهاد والفقهاء على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً بالاستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعييب قضاء المحكم فيه كما أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراجعة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في المادة 49 من قانون التحكيم الأردني لها طبيعة شكلية بحيث لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون وكيفية تطبيقه إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون هناك خرق لقواعد النظام العام<sup>(926)</sup>.

### الفرع الثاني: أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم محددة على سبيل الحصر

حددت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم على سبيل الحصر<sup>(927)</sup>، فلا يجوز إضافة سبب جديد إلى أسباب الفسخ الواردة في هذه المادة عن طريق القياس<sup>(928)</sup>، ولكن يجوز في المقابل التوسع في تفسير كل سبب من هذه الأسباب بحيث يستوعب مواقف متعددة لا يستوعبها التطبيق الحرفي للنص. فعلى سبيل المثال، يدخل ضمن حالات الطعن بالفسخ التي حددتها المادة السابقة: "إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم"، ووقوع "بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلاناً أثر في الحكم"، وإذا استحصل على قرار التحكيم "بطريق الغش أو الخداع"، فجميع هذه الحالات مفهوماً واسعاً وفضفاضاً، ويمكنها بالفعل استيعاب العديد من المواقف.

### الفرع الثالث: إلزام الطاعن بالبطلان ببيان أسباب الطعن بالبطلان

يجب على طالب الطعن بالبطلان بيان سبب أو أسباب الطعن بالبطلان التي يستند إليها في طلبه، ولا يلزم القاضي بأي حال من الأحوال بإثارة أسباب البطلان من تلقاء نفسه إلا إذا كانت متعلقة بالنظام العام. فمن حالات البطلان ما يتعلق بحقوق الأطراف وليس بالنظام العام (مثل صدور قرار التحكيم بعد انقضاء مدة التحكيم، أو صدوره عن محكم لم يعين طبقاً للقانون، أو خروج المحكم عن حدود مهمته)، ومنها ما يتعلق بالنظام العام (مثل شروط صحة اتفاق التحكيم التي نص عليها القانون، أو الشروط التي يفرضها القانون في المحكم، أو التحكيم في مسائل لا يجوز فيها الصلح، أو إنعدام الأهلية). ويترتب على ذلك أن الحالات المتعلقة بالنظام العام يحق للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، أما الحالات الأخرى التي تتعلق بالمصالح الخاصة للأطراف

(926) تمييز حقوق أردني، رقم 201/2006، بتاريخ 2006/8/21، منشورات عدالة.

(927) انظر في هذا الاتجاه، تمييز حقوق أردني، رقم 4253/2005، بتاريخ 2006/9/25، منشورات عدالة.

(928) تمييز مدني لبناني، الغرفة الخامسة، 2006/25، بتاريخ 2006/2/7، المجلة اللبنانية، عدد 37، ص 49.



فلا يجوز للمحكمة إثارتها من تلقاء نفسها، إنما يجب على طالب الطعن بالفسخ التمسك بها، بل يجوز للأطراف التنازل عن الطعن بالبطلان بشأنها ما دامت غير متعلقة بالنظام العام وجاء التنازل بعد صدور قرار التحكيم.

في المقابل، فإن تكييف الدعوى على أنها دعوى بطلان تعود للقاضي الذي يملك سلطة تكييفها التكييف القانوني السليم دون التقييد بالوصف الذي أطلقه عليها طالب البطلان، فالعبرة بحقيقة المقصود من الدعوى وليس بالألفاظ التي صيغ بها الطلب أو لائحة الطعن، وبالتالي فإن الطلب المرفوع أمام المحكمة للطعن بقرار التحكيم يعتبر طعناً بالبطلان حتى لو وصف بأنه طعناً بالاستئناف<sup>(929)</sup>.

### الفرع الرابع: حكم التنازل عن الطعن بالبطلان

تمنع معظم القوانين صراحة التنازل عن الطعن بالبطلان قبل صدور قرار التحكيم، بحيث لا يكون لهذا التنازل أي أثر إذا جاء قبل صدور القرار، وأي اتفاق من هذا القبيل يعتبر باطلاً. بناء عليه، لو تنازل أحد الأطراف عن حقه بالطعن بالبطلان أو بالفسخ، فإن هذا الاتفاق لا يعتد به ولا يولد أثراً، ولا يمنع من الطعن ببطلان قرار التحكيم ما دامت قد تحققت إحدى حالات الطعن وجاء ذلك ضمن مدة الطعن. ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني على ذلك بعكس قانون التحكيم الأردني (المادة 50) وكذلك قانون التحكيم المصري الذي نص في المادة (54/1) منه على أنه: "...لا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم". ونحن نؤيد هذا التوجه، لأن أساس الحق في رفع دعوى البطلان لا ينشأ إلا بعد صدور قرار التحكيم، وليس لأحد النزول عن حق له قبل نشوئه، ولأن فيه حماية للطرف الضعيف، حتى لا يستغل الطرف القوي الطرف الضعيف ويفرض عليه شرطاً بالتنازل عن الطعن في وقت مبكر قبل صدور قرار التحكيم. وقد أخذت بعدم الاعتداد بالتنازل عن الطعن بالبطلان أو بالفسخ قبل صدور الحكم محكمة النقض الفلسطينية بقولها: إذا كان صك التحكيم وقرار التحكيم قد صدرا في ظل قانون أصول المحاكمات الحقوقية رقم 42 لسنة 1952، فإن للخصم الحق في طلب فسخ حكم المحكمين حتى لو تنازل عن هذا الحق في صك التحكيم، وعليه فقد أخطأت محكمة الاستئناف برد الاستئناف شكلاً لتنازل الطرفين عن حقهما بالطعن بقرار التحكيم، إذ أن طلب تصديق أو فسخ أو إعادة حكم المحكمين تخضع للطعن سواءً باجابة طلب المستدعي أو رفضه<sup>(930)</sup>. وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً محكمة التمييز الأردنية حيث اعتبرت مثل هذا التنازل باطلاً<sup>(931)</sup>. أما بعد صدور قرار

(929) تمييز مدني أردني، رقم 2006/3726، بتاريخ 2007/3/26، منشورات عدالة.

(930) نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2004/53، بتاريخ 2004/5/19.

(931) تمييز حقوق أردني، رقم 80/186، بتاريخ 1980/6/14، مجلة نقابة المحامين، العدد 2، سنة 1981، ص 237، وتمييز حقوق أردني، رقم 1999/948، مجلة نقابة المحامين 1999، ص 1880.



التحكيم، فيجوز للأطراف التنازل عن التمسك بالبطلان لأن الأطراف يكونوا في هذا الوقت على بينة من أمرهم، ولا يؤثر على صحة هذا التنازل عدم العلم بتحقيق إحدى حالات الطعن بالبطلان وقت التنازل عن الطعن بالبطلان<sup>(932)</sup>. وقد يأتي هذا التنازل صريحا أو ضمنيا. ويقتصر أثر التنازل على الشخص المتنازل وحده ولا يمتد لغيره من الخصوم. ولكن لا يعتد بالتنازل حتى بعد صدور الحكم إذا كان سبب البطلان يتعلق بالنظام العام وليس بحقوق الأطراف (كنقص أهلية أحد الأطراف، أو تخلف الشروط الموضوعية والشكلية التي يفرضها القانون لصحة اتفاق التحكيم، أو أن المسألة لا يجوز فيها التحكيم). أما إذا تعلق سبب البطلان بالمصالح الخاصة للأطراف وليس بالنظام العام فيجوز التنازل عن الطعن بالبطلان بعد صدور قرار التحكيم (كتجاوز هيئة التحكيم لحدود ولايتها بأن فصلت في مسألة لا تدخل ضمن اختصاصها، أو تجاوزت مدة التحكيم).

وينعقد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع بالنسبة لكل تحكيم صدر في إقليم الدولة الجغرافي، حتى لو كان تحكيما دوليا، وخاضعا لقواعد تحكيم أجنبية<sup>(933)</sup>، لأن دعوى البطلان هي من النظام العام لا يجوز التنازل عنها قبل صدور الحكم، وبالتالي فإن قرار التحكيم الصادر في بلد آخر، لا يكون عرضة لدعوى بطلان في دولة أخرى إنما في الدولة التي صدر فيها.

## المطلب الثاني: أسباب الطعن ببطلان قرار التحكيم

حددت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني أسباب الطعن بفسخ أو ببطلان قرار التحكيم على سبيل الحصر، ويكفي توفر أحد هذه الأسباب لكي تقرر المحكمة فسخ قرار التحكيم. وهذه الأسباب هي:

- 1- إذا كان أحد أطراف التحكيم فاقدا الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا.
- 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.

(932) CA Paris, 26 juin 1987, IR, 183.

(933) استئناف القاهرة، 2004/5/26، المجلة اللبنانية، عدد 35، ص 50.

- 6- إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت أجراءاته باطلة بطلانا 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.

وسنقوم بدراسة هذه الأسباب السبعة التي تصلح أساسا للطعن بفسخ قرار التحكيم على التوالي:

### الفرع الأول: فقدان أحد أطراف التحكيم أهليته أو نقصانها

يجب أن يتمتع أطراف التحكيم بالأهلية القانونية وهي أهلية الأداء أو أهلية التصرف عند إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان أحد الأطراف فاقدا أهليته أو كانت أهليته ناقصة ولم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا، فإنه يجوز الطعن بفسخ قرار التحكيم على هذا الأساس. ويعود هذا السبب من أسباب الطعن بالفسخ إلى حماية عديم الأهلية أو ناقصها، لأن التحكيم ينطوي على التزامات متبادلة بالنزول عند حكم المحكمين<sup>(934)</sup>. ولا تكفي أهلية الأداء وحدها لصحة اتفاق التحكيم، إنما يجب أن يكون للشخص حرية التصرف في الحقوق المتنازع عليها والمراد حسمها بطريق التحكيم، حسب ما نصت عليه المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني. فإذا أبرم اتفاق التحكيم من شخص فاقده الأهلية أو ناقصها ولم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا، أو أبرم اتفاق التحكيم من شخص لا يملك حرية التصرف في حقوقه، فإنه يصلح سببا للطعن ببطلان قرار التحكيم. ويخضع تحديد الأهلية في البلدان العربية عموما لقانون الجنسية. وتحقق انعدام الأهلية أو نقصانها يقدر بالنظر إلى الوقت الذي تم فيه إبرام اتفاق التحكيم<sup>(935)</sup>، أما إذا حدث فقدان الأهلية أو نقصانها أثناء سير الخصومة فلا يؤدي ذلك إلى البطلان إنما إلى وقف السير في خصومة التحكيم.

وفي هذا الصدد، قضت محكمة استئناف القدس في قرارها الصادر بتاريخ 2010/3/29 أن: الشخص الذي لم يكن يملك حق تمثيل القاصر وقام بالتوقيع على صك التحكيم بصفته الشخصية ولم يرد في أوراق اتفاق التحكيم ما يشير إلى أنه كان ممثلا عن الورثة الوارد ذكرهم في حجة حصر الإرث، وأنه يجب على هيئة التحكيم أن تطلب من المستأنف عليه تقديم بيانات ومستندات خطية شاملة تثبت أنه كان ممثلا عن الورثة في صك التحكيم، وكذلك سند الوصاية عن القاصر والتوكيل الخاص عن الوصي لهذا القاصر بالإضافة إلى الإذن من المحكمة الكنسية المختصة بإجراء التحكيم، وأن ما توصل إليه قاضي الموضوع من حيث أن قرار التحكيم قد صدر بناء على إجراء باطل ومخالف لقانون التحكيم الفلسطيني النافذ وخاصة المادة 23 من

(934) نقض مصري، الطعن رقم 73 لسنة 17 ق - 1948/11/18، المكتب الفني 5 ع.

(935) يطبق القانون الشخصي لطرف التحكيم الذي يدور البحث حول اكتمال أو نقصان أهليته وقت إبرام اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم ذاته". نقض مدني مصري، 996/3/27، مجموعة الأحكام السنة 47، الجزء الأول، قاعدة رقم 107.

قانون التحكيم... يجوز وفق المادة 43 من قانون التحكيم الطعن ببطلان قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة لسبب يتصل مباشرة بأحد الأطراف الذي وقع على صك التحكيم بصورة غير قانونية. وحيث ان إجراءات التحكيم بتمثيل المستأنف عليه للورثة دون وكالات رسمية معتمدة من قبل الجهات الرسمية وبالذات القاصر جيسيكاً وعدم الحصول على إذن من الجهات الرسمية لهذا القاصر بإجراء التحكيم وبتمثيل قانوني سليم وحيث أن قرار التحكيم كان مخالفاً للمادة 43/1 فإن جميع أسباب الاستئناف تصبح غير واردة<sup>(936)</sup>.

وقضت محكمة النقض المصرية أن بطلان المشاركات لعدم الأهلية هو بطلان نسبي يعود التمسك به لعدم الأهلية، ولا يجوز لذى الأهلية التمسك به<sup>(937)</sup>.

### الفرع الثاني: اصابة أحد أعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الأهلية

لقد أخذ قانون التحكيم الفلسطيني بحالة إصابة أحد أعضاء هيئة التحكيم بعارض من عوارض الأهلية، كالحجر عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه، كحالة مستقلة من حالات الطعن بفسخ قرار التحكيم. إن تطبيق هذه الحالة، يفترض أن المحكم قد استمر في إجراءات التحكيم وأصدر قرار التحكيم رغم إصابته بعارض من عوارض الأهلية، أما إذا أصيب المحكم بهذا العارض خلال إجراءات التحكيم وقبل إصدار قرار التحكيم، فالأصل أن توقف الإجراءات إلى حين تعيين محكم آخر بدلاً منه، وهو ذات الحكم الذي يطبق في حالة وفاة المحكم. وأخيراً، فإن هذه الحالة لا تطبق أيضاً إذا جاء عارض الأهلية بعد إغلاق باب المرافعة وبعد المداولة وقبل النطق بالحكم، لأن مسألة النطق بالحكم هي أمر كاشف وليس منشئ للحكم.

### الفرع الثالث: مخالفة قرار التحكيم للنظام العام

يفرض احترام النظام العام على كل محكم سواء كان محكماً بالقانون أو بالصلح، ولكن لا يعني ذلك أن المحكم غير مختص بنظر النزاع لمجرد تعلق المسألة بالنظام العام كما أشرنا إليه سابقاً، بل المقصود منه هو ألا يخالف قرار التحكيم نفسه النظام العام، ومعنى ذلك أن الحكم بفسخ أو ببطلان قرار التحكيم لا يقرر إلا إذا كان الحل الفاصل في موضوع النزاع هو نفسه يصطدم مع النظام العام، ويسير القضاء الفرنسي في هذا الاتجاه<sup>(938)</sup>. فمن اللحظة التي ينتهك فيها قرار التحكيم النظام العام، يجب على القاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه حتى لو لم يتمسك به طالب الطعن

(936) استئناف مدني القدس رقم 2008/407، بتاريخ 2010/3/29، المقتفي.

(937) نقض مصري، الطعن رقم 73 لسنة 17 ق - 1948/11/18، المكتب الفني 5 ع. المرجع السابق، ص 236.  
(938) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 2004, D 2004, somm. 3181, obs. Clay ; JCP 2004, IV, 1441 ; CA Paris, 28 avr. 1988, Rev. Arb. 1989, 280, note L. Idot.

بالبطلان<sup>(939)</sup>. وتشمل رقابة قاضي البطلان بشأن احترام النظام العام عناصر الواقع والقانون التي استندت إليها هيئة التحكيم في إصدار قرار التحكيم بالنظر إلى المرافعات التي تمت أمامها<sup>(940)</sup>.

ولم يحدد المشرع الفلسطيني المقصود بالنظام العام في إطار الطعن بفسخ قرار التحكيم. ويمكن الاستعانة في هذا الصدد بما قضت به محكمة استئناف القاهرة بقولها،: "إذا تضمن حكم التحكيم ما يخالف النظام العام فإن للمحكمة التي تنظر دعوى البطلان أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، وكان المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة في تنظيم وضع بذاته على نحو لا يجوز الخروج عليه، لمقتضيات الصالح العام وترجيحا لها ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة، فإن القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام"<sup>(941)</sup>.

ومن الأمثلة على حالة الطعن بالبطلان على أساس مخالفة قرار التحكيم للنظام العام، حالة عدم احترام قرار التحكيم لمبدأ المساواة بين الدائنين بصدد إجراءات جماعية<sup>(942)</sup>، أو انتهاك القواعد القانونية الناظمة للسوق المالي وفق ما قرره القضاء الفرنسي<sup>(943)</sup>، أو أن يتعلق قرار التحكيم بتجارة غير مشروعة أو في المواد الجنائية، أو مخالفة قواعد التسعيرة الجبرية المحددة لبعض السلع والخدمات، أو انتهاك قواعد الاستيراد أو القيود الجمركية، أو القوانين الناظمة للرسوم والطابع، ومخالفة القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالتصرف بالعقارات<sup>(944)</sup>.

ولم يبين المشرع الفلسطيني أيضا، هل المقصود بالنظام العام هو النظام العام الداخلي أم النظام العام الدولي. ونحن نرى أن المقصود منه هو النظام العام الداخلي لا سيما في التحكيم المحلي، بحيث يلزم القاضي بإبطال قرار التحكيم إذا وجدته يخالف النظام العام في فلسطين حتى لو كان متفقا مع النظام العام الدولي، وقد أخذت بهذا الاتجاه محكمة التمييز الأردنية في تفسيرها لمفهوم النظام العام في مسألة الرسوم والطابع<sup>(945)</sup>. أما في إطار التجارة الدولية،

(939) P. Mayer, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. Arb. 1994, p. 615, spéc. n° 14.

(940) CA Paris, 15 janv. 2000, Rev. Arb. 2001, 806, obs. Derains.

(941) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 34 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2006/1/29.

(942) Cass. com. 4 févr. 1992, Rev. arb. 1992, 663, note Moitry.

(943) Cass. com. 4 juill. 1984, Rev. Arb. 1984, 459.

(944) استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 118 و 121 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/25: "من المقرر أن شهر صحيفة دعوى ونفاذ بيع العقارات يتعلق بالنظام العام، إذا قصد منه منع التحايل على ما أوجبه القانون من شهر التصرفات العقارية عن طريق رفع دعوى صحة... بالتالي فإن الاتفاق على التحكيم بشأن صحة وذلك عن طريق استبعاد الدعوى المذكورة من اختصاص المحاكم وعرضها على محكم مختار يقضي بصحة ونفاذ العقد دون الالتزام بما أوجبه المشرع بنصوص آمرة".

(945) تمييز حقوق أردني، رقم 201/2006، بتاريخ 2006/8/21، منشورات مركز عدالة. جاء في هذا القرار: "... حيث أن القوانين المتعلقة بالضرائب والرسوم تعتبر من القوانين الوطنية الآمرة لتعلقها بالنظام العام فإنه يتوجب على المحكمين احترامها ويكون للمحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان أن تحكم من تلقاء

فإننا نرى أنه يجب على القاضي الفلسطيني أن يأخذ بالنظام العام الدولي لفسخ قرار التحكيم التحكيم المخالف له.

وإذا كان قرار التحكيم يخالف النظام العام في جزء منه فقط دون الجزء الآخر، فيبطل من منطوق هذا القرار الجزء المخالف للنظام العام فقط ويبقى صحيحا في الجزء الآخر إذا أمكن تجزئته منطوق القرار.

### الفرع الرابع: بطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه بانتهاء مدته

تستمد هيئة التحكيم مهمتها للفصل في النزاع من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، وهذا يفترض أن يوجد اتفاق تحكيم صحيح توافرت فيه جميع الشروط الموضوعية لإنعقاده من أهلية ورضا ومحل وسبب وأن يكون مكتوبا وأن يكون متعلقا بمسألة يجوز فيها التحكيم. بناء عليه، إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أصلا أو وجد ولكنه كان باطلا أو سقط بانقضاء مدته، فإن الحكم الصادر استنادا إلى اتفاق تحكيم من هذا القبيل، يكون باطلا ولا يرتب أثرا، إعمالا لقاعدة "أن ما بني على باطل فهو باطل"، كعدم الأهلية أو عدم توافق الإرادة أو انعدام الصفة أو السلطة في إبرام اتفاق التحكيم. وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية أنه: "إذا لم يوجد اتفاق على التحكيم، فإن ما يصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكما له المقومات الأساسية للأحكام بما يتيح لأي من الأطراف منع الاحتجاج عليه به بمجرد إنكاره والتمسك بعدم وجوده دون حاجة إلى الإدعاء بتزويره أو اللجوء إلى الدعوى المبتدأة لإهداره"<sup>(946)</sup>.

ويلحق بحالة بطلان قرار التحكيم الحالة التي يثور فيها شك حول حقيقة إرادة الأطراف في حسم النزاع عن طريق التحكيم من عدمه، ففي أحد القرارات، قضت محكمة استئناف القاهرة بشأن اتفاق الأطراف على إعطاء الاختصاص لمحكمة القاهرة لحسم المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهم، وفي نفس الوقت الإتفاق على حق الطرفين في اللجوء إلى التحكيم، ببطلان قرار التحكيم الصادر في هذه القضية على أساس أن صيغة الاتفاق تثير الشك حول حقيقة إرادة الطرفين بالنسبة لوسيلة فض النزاع، ولهذا يجب تغليب الأصل على الاستثناء، أي اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة، وبهذا تكون هيئة التحكيم قد أصدرت حكما على أساس

نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة طبقا لأحكام الفقرة ب من المادة 49 من قانون التحكيم، وحيث أن حكم المحكمين قد خالف أحكام المادة العاشرة من قانون رسوم الطوابع المتعلقة بالنظام العام... فإن على محكمة الاستئناف التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم أن تقضي ببطلان هذا الشق من الحكم فقط. وحيث أن محكمة الاستئناف ذهبت مذهبها مفايرا حينما قضت ببطلان الحكم كله، كما أنها حجبت نفسها عن مناقشة باقي أسباب البطلان التي تتعلق بباقي فقرات حكم التحكيم وحيث أنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف تكليف وكيل الطاعنة بدفع رسوم طوابع الواردات المستحقة على العطاء المحال عليها لأن تلك المسألة من شأن المحكمين حتى إذا خالفوا أحكام قانون رسوم وطوابع الواردات المشار إليه فيكون من حقها التصدي لذلك من تلقاء نفسها بإعلان بطلان هذا الشق من قرار التحكيم".

(946) نقض مدني مصري، طعن رقم 2186 لسنة 52 ق، بتاريخ 1986/2/6، مجموعة النقض 37، ص 178.

اتفاق تحكيم غير موجود<sup>(947)</sup>. وقضت محكمة استئناف باريس باستبعاد التحكيم عند غموض اتفاق التحكيم بسبب وجود تعارض بين شرط تحكيم وشرط اختصاص قضائي<sup>(948)</sup>.

في حين أن حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم دون وجود اتفاق تحكيم مسبق بينهم، فإن عدم التمسك بعدم وجود هذا الاتفاق قبل الدخول بالأساس ودون إبداء أي تحفظ، يعد قبولا ضمنا من جانبهم بالتحكيم، وتعتبر الكتابة متحققة في هذه الحالة على أساس أن حضور الأطراف يكون مثبتا في محضر الجلسة، وهو سند رسمي.

ويتعلق هذا السبب من أسباب البطلان بانعدام أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم، ولا يطل العقد الأصلي على أساس أن اتفاق التحكيم يعامل معاملة مستقلة عن العقد الأصلي من حيث الصحة والبطلان، استنادا لقاعدة "استقلال اتفاق التحكيم".

وبناء على ما سبق، إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو سقط بانتهاء مدته (طبقا للمادة 38 من قانون التحكيم الفلسطيني) وصدر حكم التحكيم رغم ذلك، أو فصل المحكم في نزاع يتعلق بشخص لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم ولا ممثلا فيه ولم يمتد إليه اتفاق التحكيم فإنه يجوز الطعن بفسخه<sup>(949)</sup>. كما يعد سببا للطعن بفسخ قرار التحكيم صدور القرار بعد إنتهاء مدة التحكيم سواء كانت هذه المدة مقررة باتفاق الأطراف أو بحكم القانون. ويجب أن يثبت من يتمسك ببطلان قرار التحكيم بسبب تجاوز المدة، المدة التي كان يجب أن يصدر فيها قرار التحكيم، فإن عجز عن ذلك، فإن هذا الطعن بالفسخ لا يؤخذ به.

وأخيرا، قضت محكمة النقض الفرنسية أن الطرف الذي قدم طلب التحكيم لا يمكنه التمسك بأن المحكمين قاموا بإصدار قرار التحكيم دون وجود اتفاق تحكيم أو استنادا إلى اتفاق تحكيم باطل<sup>(950)</sup>.

**الفرع الخامس: إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم أو مخالفتها لما اتفق عليه الاطراف من تطبيق قواعد قانونية على موضوع النزاع أو خروجها عن اتفاق التحكيم أو موضوعه**

يتناول هذا السبب من أسباب الطعن بالفسخ ثلاث حالات: حالة إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم، وحالة مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية التي اختارها الأطراف، وحالة خروج هيئة التحكيم عن اتفاق التحكيم أو موضوعه.

(947) استئناف القاهرة 91 تجاري، بتاريخ 2004/11/29، دعوى رقم 73 لسنة 120 ق تحكيم.

(948) CA Paris, 1<sup>re</sup> ch. C, 20 nov. 2003, D 2004, somm. 3179, obs. Clay.

(949) CA Paris, 8 juill. 1970, Rev. arb. 1970, 95.

(950) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 janv. 1994, JCP 1994, IV, 818.

## أولاً: إساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم

لم يحدد المشرع الفلسطيني المقصود "بإساءة السلوك"، مما يترك أمر تقديره للقضاء. ولكن يمكن أن يشمل على عدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم، وعدم اتباع الأصول القانونية في تبليغ الأطراف بمواعيد الجلسات مما حال دون قيامهم بتقديم بيناتهم ووسائل دفاعهم، أو عدم اعطائهم الوقت الكافي لتقديمها بالشكل المطلوب وفي الوقت المناسب، أو عدم قبول بينات الأطراف أو حرمانهم من تقديمها. إضافة الى عدم حياد المحكم واستقلاله، أو عدم احترام إجراءات التحكيم التي اتفق الأطراف على تطبيقها، أو مخالفة النصوص القانونية الآمرة.

وتطبيقاً لمفهوم إساءة السلوك، قضت محكمة النقض الفلسطينية في غزة: "...وحيث أن عبارة إساءة السلوك بالمفهوم القضائي تشمل غلطة قضائية اقترفها المحكم أو غلطة كتابية أو مخالفة إحدى الواجبات مما يتسبب بعدم إحقاق الحق وكل عمل يتنافى مع العدالة الطبيعية كما تعني عبارة استحصل على قرار التحكيم بصورة غير لائقة هو الحصول على القرار بطريق الغش والخداع. وحيث أن محكمة الاستئناف بما لها من صلاحية الرقابة الموضوعية والقانونية على حكم محكمة أول درجة توصلت إلى ما انتهت إليه محكمة البداية من أن المحكم المنفرد اتبع الأصول القانونية في إجراءات التحكيم من حيث سماع أقوال الشهود وتدوينها في محاضر مرفقة بالدعوى الراهنة وعدم رفضه إلى سماع أي شاهد وأنه فصل في النزاع القائم وفقاً لمشارطه التحكيم الموقعة من الأطراف وطبقاً للبيانات التي طرحت من خلال تحويلات بنكية أثبتت أن المطعون ضده أرسلها إلى أخيه الطاعن الثاني لشراء الأرض والذي لم ينكرها الأخير بل طالب بمصاريف... وحيث أنه لما سلف فإنه لم يقع أي غش أو إساءة سلوك من المحكم"<sup>(951)</sup>.

وقد أورد القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة التي تصلح لأن تدخل ضمن مفهوم "إساءة السلوك" من قبل هيئة التحكيم، والتي تتعلق بشكل أساسي بانتهاك مبدأ المواجهة، كسماع هيئة التحكيم لأحد الأطراف بتقديم مستندات أو مذكرات أو ادعاءات دون إعلام الطرف الآخر بها وحال دون احترام مبدأ المواجهة بشأنها<sup>(952)</sup>، أو سماع أحد الأطراف بغياب الطرف الآخر<sup>(953)</sup>، أو أن يعلم المحكم بوقائع لم تخضع للنقاش مواجهة<sup>(954)</sup>، أو قيام المحكم ببحث اختصاصه والتحقيق في الموضوع في نفس الوقت مما لم يترك مجالاً كافياً أمام الأطراف لتقديم بيناتهم الختامية<sup>(955)</sup>، وقيام المحكم بالتحقق من بعض الوقائع قبل توقيع مشاركة التحكيم وخارج عن

(951) نقص حقوق غزة، رقم 142 لسنة 2004، بتاريخ 2006/5/6، المقتضى.

(952) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 juill. 1978, Rev. arb. 1979, 241, note J. Robert ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 nov. 1978, Rev. arb. 1979, 355, note Level.

(953) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 1985, Rev. arb. 1987, 390.

(954) CA Paris, 5 mars 1986, Rev. Arb. 1987, 190.

(955) CA Paris, 3 mars 1987, D 1987, IR, 73 ; CA Paris, 6 nov. 1990, Rev. Arb. 1991, 115.



حضور جميع الأطراف<sup>(956)</sup>، أو عدم قيام هيئة التحكيم بإعلام الأطراف بالتحريات والتحقيقات التي أجراها أحد المحكمين<sup>(957)</sup>. وإبطال قرار التحكيم على أساس انتهاك مبدأ المواجهة، يتطلب حمل الدليل على أن العناصر والمعلومات المعتمدة من قبل المحكم لم تخضع للنقاش مواجهة بين الأطراف<sup>(958)</sup>، أو أن الأطراف لم يكن لديهم علم بالأوراق المقدمة لهيئة التحكيم<sup>(959)</sup>. ففي جميع هذه الحالات تكون هيئة التحكيم قد أساءت السلوك مما يبرر الطعن بفسخ قرار التحكيم. فقيام هيئة التحكيم بالاستناد في حكمها إلى مستند لم يكن الأطراف على علم به ولم يتم مناقشته مواجهة أمامها، يجعل قرار التحكيم عرضة للطعن به بالفسخ، وكذلك الحال، إذا حصل المحكم على معلومات هامة في القضية من خلال اتصال شخصي عبر التلفون مع أحد الأطراف، فإنه يشكل انتهاكا لمبدأ المواجهة، أو أجرت هيئة التحكيم تحقيقات لم يعلم بها الأطراف في الوقت المناسب لمناقشتها وتقديم دفوعهم بشأنها، أو الاستماع إلى أحد الأطراف في جلسة لم يكن بإمكان الطرف الآخر الرد على بعض الإدعاءات التي قدمها ضده.

### ثانيا: مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية التي اختارها الأطراف

يتناول هذا السبب من أسباب الفسخ، الحالة التي تخالف فيها هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي اتفق الأطراف على تطبيقها على موضوع النزاع. ويشمل هذا القيد التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي أيضا<sup>(960)</sup>، والتحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح كذلك.

ومخالفة هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية التي اتفق الأطراف على تطبيقها يمكن أن تتحقق بعدة طرق: إما من خلال الاستبعاد الكلي أو الجزئي لتلك القواعد الموضوعية، أو بإحلال قواعد موضوعية أخرى أو قانون بلد معين مكانها أو تطبيق القواعد الأكثر اتصالا بموضوع النزاع حتى لو كانت هذه الأخيرة أفضل من تلك التي تمت مخالفتها، بل تتحقق المخالفة لو تم استبعاد القواعد الموضوعية الواردة في قانون أجنبي والتي اتفق الأطراف على تطبيقها وتم الاستعاضة عنها بالقواعد القانونية الموضوعية في القانون الفلسطيني، وذلك قياسا على ما قرره محكمة النقض المصرية بهذا الشأن<sup>(961)</sup>. كما يدخل أيضا ضمن هذه الحالات، الحالة التي تقوم فيها

(956) CA Paris, 2 févr. 1988, Rev. Arb. 1989, 62, note Couchez.

(957) CA Paris, 19 sept. 2002, Rev. Arb. 2004, 619 ; CA Paris, 12 févr. 2004, Rev. Arb. 2004, 665.

(958) Civ. 2<sup>e</sup> civ., 30 sept. 1999, Rev. arb. 2000, 267, note Betto.

(959) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 oct. 2003, JCP 2003, IV, 2946.

(960) ويلاحظ على هذه الحالة من حالات الطعن بالفسخ أنها نصت على مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية التي اختارها الأطراف، في حين أن المادة (19) من قانون التحكيم نصت على أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، مقصور على التحكيم الدولي، وتتحصر حريتهم في اختيار قانون وطني معين دون إمكانية اختيار قواعد موضوعية معينة، ويظهر من ذلك وجود تناقض في الحكم بين النصين.

(961) جاء في قرار محكمة النقض المصرية أنه: "إذا كان الطاعنان تمسكا بعدم جواز تنفيذ موضوع التداعي بمقولة أن عقد الإيجار التمويلي الذي تضمن شرط التحكيم الذي صدر على أساسه هذا الحكم ولم ينعقد قانونا، وبما أن حكم المحكمين قد صدر دون وجود اتفاق على التحكيم وكان يبين من عقد الإيجار آنف الذكر والمقدم منه ترجمة رسمية له بالأوراق أنه تضمن في البند الواحد والعشرين منه النص على أن القانون

هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد العدالة دون أن تكون مفوضة بالصلح، مما يصلح سببا للطعن بفسخ قرار التحكيم على هذا الأساس<sup>(962)</sup>. بل يمكن أن تتحقق المخالفة، باتباع هيئة التحكيم ظاهريا القواعد الموضوعية المتفق على تطبيقها، ولكنها تقوم باستبعادها من الناحية الفعلية، وفي ذلك تقول محكمة التمييز الأردنية: وهذا "يتطلب من محكمة الاستئناف الوقوف على مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني الخاصة بعقد المقاوله على الوقائع الثابتة في الدعوى... وحيث أن محكمة الاستئناف بصفتها محكمة موضوع قد خلصت إلى أن هيئة التحكيم مصدره القرار وإن اتبعت ظاهريا نصوص القانون المدني الأردني الخاصة بعقد المقاوله إلا أنها من ناحية عملية قد استبعدت تلك النصوص على ضوء الوقائع التي استخلصتها والمستقاة من الملف..."<sup>(963)</sup>.

في المقابل، فإن قيام هيئة التحكيم باستبعاد القواعد الموضوعية الأجنبية المتفق بين الأطراف على تطبيقها على النزاع، إذا كان التحكيم يجري في فلسطين، بسبب مخالفتها للقواعد القانونية الأمرة في فلسطين أو النظام العام، فلا تصلح سببا للطعن بفسخ قرار التحكيم، لأن من واجب هيئة في هذا الوضع استبعاد تطبيقها<sup>(964)</sup>.

ويقصر تطبيق هذه الحالة من حالات الطعن بفسخ قرار التحكيم على الحالة التي تخالف أو تستبعد فيها هيئة التحكيم القواعد الموضوعية التي اختارها الأطراف لحكم النزاع، ولكنها لا تشمل الحالة التي تخطئ فيها هيئة التحكيم في تفسير أو تأويل هذه القواعد، لأن ذلك يعد من قبيل مراقبة موضوع قرار التحكيم وهو أمر خارج عن رقابة القضاء. كما يشترط أن يكون اتفاق الأطراف على تلك القواعد الموضوعية ثابتا ومؤكدا وقاطع الدلالة.

ويلاحظ على هذا السبب من أسباب فسخ قرار التحكيم، أن المشرع الفلسطيني قد استخدم تعبير "القواعد الموضوعية" ولم يستخدم تعبير "القانون الواجب التطبيق على الموضوع" الوارد ذكره في المادة (19) من قانون التحكيم، وقد يبدو من ذلك وجود تعارض، إلا أننا نرى أن استخدام التعبير الأول، أي "القواعد الموضوعية" هو أفضل، لأن المادة (19) يقتصر تطبيقها على التحكيم الدولي، في حين أن هذا السبب من أسباب الفسخ يشمل التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء، هذا بالإضافة إلى أن أعمال هذا السبب من أسباب الفسخ،

الواجب التطبيق على هذا العقد هو القانون السويدي وعلى إحالة أي نزاع ينشأ عن تفسيره أو تنفيذه إلى التحكيم وفقا لأحكام قانون التحكيم السويدي باعتباره القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم العقد الأصلي الوارد اتفاق التحكيم ضمن بنوده، وإليه وحده يكون القول الفصل فيما أثير حول وجود هذا العقد والاتفاق التحكيمي المتصل به من حيث التراضي وكيفية تلاقي القبول بالإيجاب وتحديد القوة الملزمة للإيجاب والشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده ووجوده دون القانون المدني المصري...: نقض مصري، جلسة 1996/3/27، مجموعة الأحكام السنة 47 الجزء الأول، قاعدة رقم 107، ص 558.

(962) CA Paris, 4 févr. 1966, Rev. Arb. 1966, 27.

(963) تمييز حقوق أردني، رقم 2006/1352، بتاريخ 2007/1/16، منشورات مركز عدالة.

(964) تيسير في هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 547 لسنة 51 ق، جلسة 1991/12/23، مجموعة الأحكام، س 42، ق 308، ص 1954: استبعاد أحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق مناطه مخالفتها للنظام العام في مصر.

حتى في التحكيم الدولي لا يشترط استبعاد كامل القانون الأجنبي، إنما يكفي استبعاد بعض أحكامه فقط. ويلاحظ أيضا، أن المشرع الفلسطيني لم يشترط لإجازة فسخ قرار التحكيم بسبب مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الموضوعية أن تكون لهذه المخالفة تأثير في الحكم، بالتالي فإن مجرد مخالفة هيئة التحكيم لتلك القواعد يترتب عليه فسخ قرار التحكيم. وأخيرا، فإن تطبيق هذه الحالة من حالات الطعن بالفسخ تقتصر على الحالة التي يتم فيها اختيار القواعد الموضوعية التي اتفق الأطراف على تطبيقها، ولا تطبق على الحالات الأخرى التي يحدد القانون نفسه كيفية تحديد هذه القواعد الموضوعية<sup>(965)</sup>. كما لا تشمل مخالفة هيئة التحكيم للقواعد الإجرائية المتفق على تطبيقها على النزاع.

### ثالثا: خروج هيئة التحكيم عن اتفاق التحكيم أو موضوعه

يتعلق هذا السبب من اسباب الفسخ بمحل اتفاق التحكيم، ويتناول الحالة التي يعهد فيها الأطراف للمحكم بالفصل في مسائل محددة، فيتجاوز ذلك ويقوم بالفصل في مسائل خارجة عن حدود اتفاق التحكيم<sup>(966)</sup>. فالتحكيم نظام اتفاقي، ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في مسائل خارجة عن اتفاق التحكيم وإلا لجاز الطعن بفسخ قرار التحكيم<sup>(967)</sup>. أما إذا عرضت على هيئة التحكيم مسألة هامة لا تدخل ضمن اختصاصها ويتوقف عليها الفصل في النزاع المعروض عليها، فيجب عليها وقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكم نهائي في هذه المسألة من المحكمة المختصة، ولكن لا يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فيها لخروجها عن اختصاصها، ولا تطبق في هذا الشأن مقولة "أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع"<sup>(968)</sup>.

(965) وتقول في ذلك محكمة النقض المصرية بأن القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق هي تلك المنصوص عليها في القانون الذي ترى هيئة التحكيم أنه الأكثر اتصالا بالنزاع: "ولما كان من المقرر وعلى ما تقضي به المادة 39 من قانون التحكيم أنه متى اتفق المحكمان على الموضوع محل النزاع تعين على هيئة التحكيم أن تطبق عليه القواعد القانونية التي اتفقا عليها فإذا لم يتفقا طبقت القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع وعلى هدى من ذلك فإذا اتفق المحكمان على تطبيق القانون المصري تعين على تلك الهيئة أن تطبق فرع القانون الأكثر انطباقا على موضوع التحكيم. نقص مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق جلسة 2002/11/26، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة 2005، ص 393.

(966) مهمة المحكم تنحصر في حدود النزاع المحدد في اتفاق التحكيم، وتستند إلى إدعاءات الأطراف دون التقيد فقط بالمسائل المحددة في مستند مهمة التحكيم. حول هذه المسألة، انظر: *Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 juin 2004, JCP 2004, IV, 2729*.

(967) "إذا فصل المحكم في مسائل لم يطلبها المدعي في دعواه فيكون المحكم قد تجاوز حدود المهمة الموكولة إليه مخالفا بذلك أحكام المادة 6/1/49 من قانون التحكيم مما يستوجب بطلان قرار التحكيم. إذا فصل المحكم في موضوع الدعوى مما هو خارج عن المساحة المحددة في العقد محل النزاع المحال للتحكيم، فيكون قراره حريا بالبطلان: تمييز حقوق أردني، رقم 2007/786، بتاريخ 2007/5/22. وتسير في ذات الاتجاه القضاء المصري، انظر: نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 2002/11/26. نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق جلسة 2002/11/26، مجموعة المبادئ القانونية الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة 2005، ص 392. متعلق بالشركات القابضة والشركات التابعة لها.

(968) وتقول في ذلك محكمة النقض المصرية، أن "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات فهو يكون مقصورا حتما على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولا يصح تبعا إطلاق القول في خصوصه بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع فإذا كان الحكم المطعون فيه أبطل حكم هيئة التحكيم ببطلان عقد الشركة لعدم مشروعية الغرض منها، وذلك

وتتعدد الصور التي تخرج فيها هيئة التحكيم عن حدود مهمتها؛ كأن تفصل هيئة التحكيم في مسألة لم تكن مشمولة باتفاق التحكيم، كما لو قضت باستحقاق المهندس باقي اتعابه في حين أن مهمتها كانت تنحصر في تفسير العقد المبرم بين المهندس ورب العمل. ويشمل كذلك الحالة التي يعهد فيها الأطراف للمحكم بمهمة تفسير العقد فيقضي بفسخ العقد مع الحكم بالتعويض<sup>(969)</sup>، أو يعهد إليه بمهمة تفسير العقد فيقضي بالتعويض عن ضرر غير عقدي على أساس المسؤولية التقصيرية<sup>(970)</sup>. ويدخل ضمن هذه الحالات أيضا ما قضت به محكمة النقض الفلسطينية، بقولها: "إذا اقتصر شرط التحكيم الوارد في نظام الشركة على الخلاف الذي ينشأ بين الشركاء ويتعلق بسير العمل بالشركة، فإنه لا يشمل طلب حل الشركة وتصفيته"<sup>(971)</sup>. وما قضت به محكمة استئناف القاهرة، بقولها: "الاتفاق على التحكيم بالنسبة لإثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث وتقدير قيمتها في عقد التأمين لا يمتد إلى الحكم بالتعويض عن تلك الأضرار - تجاوز هيئة التحكيم نطاق النزاع المتفق على طرحه على التحكيم - بطلان حكم المحكمين فيما قضى به مجاوزا لإتفاق التحكيم"<sup>(972)</sup>. وما قضت به محكمة التمييز الأردنية أيضا في أحد قراراتها: "استقر الاجتهاد على أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ويقتصر على ما تصرف إليه إرادة طرفي التحكيم بما يعرضانه على المحكم، ولا يجوز التوسع في تفسير العقد فيما يتعلق بالتحكيم ولا التوسع في تحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم وبناء على ذلك فإن مطالبة أحد الشركاء بتعيين (قيم) لحفظ أموال الشركة وإدارتها وبالنتيجة فسخ الشركة لا يجيز للمحكم القيام بذلك رغم ورود شرط في عقد الشركة على إحالة أي خلاف يقع بين الفريقين إلى التحكيم لأن هذا الشرط يقصر ولاية المحكم على بحث المنازعة الناشئة عن تطبيق أحكام العقد والمتعلقة به وليس فسخ الشركة"<sup>(973)</sup>. كما تشمل أيضا الحالة التي تفصل فيها هيئة التحكيم في مسألة لم تعرض عليها أصلا، أي أنها حكمت بشئ لم يطلبه الخصوم، فتكون هيئة التحكيم بذلك قد تجاوزت حدود مهمتها، كأن تحكم ببطلان عقد الشركة مع أن المطلوب منها كان مقصورا على حسم المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره. كما تشمل أيضا الحالة التي تتجاوز فيها هيئة التحكيم حدود مهمتها بأن قامت بالفصل في النزاع كمفوض بالصلح طبقا لقواعد العدالة دون أن يفوضها الأطراف بذلك<sup>(974)</sup>،

بناء على أن مشاركة التحكيم لم تكن لتجيز ذلك أنها تقصر ولاية المحكمين على بحث المنازعات الخاصة بتنفيذ عقد الشركة فضلا عما اعترض به أمام هيئة التحكيم من أنها ممنوعة من النظر في الكيان القانوني لعقد الشركة فهذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شئء: "نقض مصري، الطعن 149 لسنة 19 ق - جلسة 1952/1/3 - مجموعة الأحكام س 3، ص 338.

(969) CA Paris, 25 janv. 1972, Rev. Arb. 1973, 158.

(970) CA Paris, 17 oct. 1991, Rev. Arb. 1992, 672.

(971) نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2005/62، بتاريخ 2006/4/12.

(972) استئناف القاهرة، د 91، طعن رقم 83 لسنة 119 ق، جلسة 2003/2/26.

(973) تمييز حقوق أردني، رقم 2002/2923، بتاريخ 2003/1/20، مشورات عدالة.

(974) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 sept. 1981, Rev. Arb. 1982, 431, note Loquin ; CA Paris, 4 févr. 1966, Rev. Arb. 1966, 27.

ما يلزمها بالفصل في النزاع طبقاً لأحكام القانون، ولكن في المقابل، لا شيء يمنع هيئة التحكيم من الفصل في النزاع طبقاً لأحكام القانون إذا كانت مفوضة بالصلح بشرط أن تبين كيف يؤدي تطبيق أحكام القانون إلى تحقيق العدالة، ولكن لا يلزم ذكر كلمة "عدالة" في قرار التحكيم، ما دامت أسباب الحكم التي أوردتها هيئة التحكيم في قرارها تؤدي إلى العدالة. كما تعد هيئة التحكيم متجاوزة حدود مهمتها، إذا قضت بأنها مختصة بنظر النزاع في حين أنها لم تكن مختصة، أو قضت بأنها غير مختصة مع أنها كانت بالفعل مختصة بالفصل فيه<sup>(975)</sup>. كما يعتبر تجاوز مهمة التحكيم، تجاهل المحكم مشاركة تحكيم واضحة تقضي بتقاسم المصاريف بين الأطراف<sup>(976)</sup>. وكذلك الحال، يعد تجاوزاً لمهمة التحكيم، تجاهل المحكم تطبيق القواعد الإجرائية التي اتفق الأطراف على تطبيقها<sup>(977)</sup>.

في المقابل، فإنه لا يعد متجاوزاً حدود مهمته، المحكم الذي أسندت إليه مهمة تقدير الضرر الناتج عن التقليد، فإنه يستطيع أيضاً تقدير جميع النتائج الناجمة عنه دون حاجة لذكر ذلك في اتفاق التحكيم<sup>(978)</sup>. كما لا يعد تجاوزاً لمهمة التحكيم، الخطأ في تفسير أو تشويه أحد المستندات التي قدمها الأطراف<sup>(979)</sup>، أو قيام المحكم بالفصل في مسائل تابعة أو ملحقة للمسائل الداخلة ضمن اختصاصه، وذلك لغايات حسن سير العدالة؛ فالمحكم يملك مثلاً سلطة الحكم بالفوائد القانونية والحكم بالمصاريف بالنسبة لمبلغ الدين المطالب به في الطلب الأصلي الداخل ضمن اختصاصه<sup>(980)</sup>، ولكن لا يجوز له أن يحكم لطرف بأكثر مما طلب<sup>(981)</sup>.

ويتجه القضاء الفرنسي إلى أن المحكم يستطيع الفصل في المسائل التابعة أو الملحقة بالطلب الأصلي إذا كانت مرتبطة بالطلب الأصلي بطريقة غير قابلة للانفصال، أو كان الفصل في هذه المسائل التابعة نتائج هامة تنعكس على الطلب الأصلي<sup>(982)</sup>. بل إن المحكم يستطيع الحكم بالتضامن بين المدين عندما يكون التضامن مفروض قانوناً حتى لو لم يطلب الأطراف ذلك ولا يعد متجاوزاً لحدود مهمته<sup>(983)</sup>. أما الطلب الإضافي الذي لا يرتبط بالطلب الأصلي بأي رابطة،

(975) CA Paris, 16 nov. 1988, Rev. Arb. 1989, 309, note, Jarrosson.

(976) CA Paris, 21 mars 1984, Rev. Arb. 1987, 82.

(977) CA Paris, 23 mai 1986, Gaz. Pal. 1987, 68.

(978) CA Paris, 6 févr. 1958, Rev. Arb. 1958, 53.

(979) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 nov. 1976, Rev. Arb. 1977, note Robert ; CA Paris, 12 avr. 1991, Rev. Arb. 1991, 661.

ولا يمكن الإعابة على المحكم المفوض بالصلح أيضاً إهماله التحقيق في إحدى الحجج التي قدمها أحد الأطراف، لأن المحكم غير ملزم في اتمام مهمته بتتبع حجج الأطراف بالتفصيل أو بالإجابة على كل نقطة منها على انفصال:

CA Toulouse, 26 mars 2001, Gaz. Pal. 2002, somm. 761.

(980) CA Paris, 13 janv. 1984, 530.

(981) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mars 1992, Rev. Arb. 1992, 671.

(982) CA Douai, 7 oct. 1958, Gaz. Pal. 1959, I, 50 ; Rev. arb. 1959, 14.

(983) T. Civ. Seine, 17 mai 1955, Rev. Arb. 1955, 61.

ولا يدخل موضوعه ضمن نطاق اتفاق التحكيم، فلا يمكن قبوله، إنما يحتاج لإدخاله اتفاق تحكيم جديد. بناء عليه، فإن الطلب الإضافي المتعلق بإمكانية إعلان المسؤولية التقصيرية للشركة لا يمكن اعتباره طلبا إضافيا مرتبطا بموضوع الطلب الأصلي المبني على أساس المسؤولية العقدية، إنما يكيف على أنه طلب مختلف في محله عن الطلب الأصلي، يجيز الطعن بالبطلان على أساس تجاوز هيئة التحكيم لحدود مهمتها<sup>(984)</sup>.

كما أن سلطة المحكم المفوض بالصلح تعطيه الحق في إعادة النظر في بعض شروط العقد بتعديلها أو استبعاد بعض النتائج المترتبة على تطبيقها بما يحقق العدالة، غير أنه لا يجوز أن يؤدي هذا التعديل إلى المساس بالتوازن الاقتصادي أو المالي للعقد، وإلا اعتبر المحكم متجاوزا لحدود مهمته<sup>(985)</sup>.

في المقابل، فإن إغفال هيئة التحكيم الفصل في بعض الطلبات، لا يؤثر في قرار التحكيم ولا يجيز الطعن بفسخه، إنما تقوم هيئة التحكيم بالفصل فيها<sup>(986)</sup>.

وفي جميع الأحوال، إذا أمكن فصل الجزء الذي تجاوزت فيه هيئة التحكيم مهمتها عن باقي أجزاء قرار التحكيم، فيتم فسخ الجزء الذي حصل فيه التجاوز دون غيره.

### الفرع السادس: إذا وقع بطلان في قرار التحكيم أو كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم

يتناول هذا السبب من أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم حالتين هما: حالة وقوع بطلان في قرار التحكيم وحالة وقوع بطلان في إجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم.

#### أولا: إذا وقع بطلان في قرار التحكيم

يهدف هذا السبب من أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم إلى مواجهة سائر العيوب الشكلية والموضوعية التي تشوب قرار التحكيم كعمل قانوني وتؤدي إلى بطلانه، سواء تعلقته هذه العيوب بقواعد إصداره أو عدم اشتماله على البيانات التي حددها القانون، كصدور القرار بدون مداولة، أو حصول مداولة مع حضور أشخاص من غير المحكمين، أو عدم توافر الأغلبية التي حددها القانون، أو إغفال ذكر أسماء المحكمين وتوقيعهم، وأسماء الأطراف وصفاتهم، أو صدوره دون تسبيب، أو كان خاليا من منطوق الحكم.

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الفلسطيني لم يشترط سوى أن يكون قرار التحكيم باطلا سواء بسبب تخلف شروط صحته أو مخالفة القواعد التي يفرضها القانون لإصداره، وذلك على

(984) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, D 2008, pan. 185, obs. Clay ; JCP 2007, I, 168, n° 8, obs. Ortscheidt.

(985) CA Paris, 6 mars 1988, Rev. Arb. 1989, 83, note. E. Loquin.

(986) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 janv. 1999, Rev. Arb. 1999, 272, note Fouchard.

خلاف المشرع الأردني الذي اشترط ليس فقط أن يكون حكم التحكيم باطلا لتخلف أحد شروط صحته، إنما اشترط أيضا أن يكون تخلف هذا الشرط قد أثر في مضمون الحكم، وهذا ما تفيد به المادة (49/ز) بنصها على أنه: "ز- إذا لم تراخ هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه..." وبذلك فإن تخلف أي شرط من شروط صحة الحكم في القانون الأردني، على عكس القانون الفلسطيني، لا يؤدي حتما إلى بطلان قرار التحكيم إلا إذا كان لتخلف هذا الشرط تأثير على مضمون الحكم، وهذا يوجب على طالب البطلان أن يثبت من جهة أن بطلانا قد وقع في الحكم لتخلف أحد الشروط الموضوعية أو الشكلية التي يفرضها القانون، وأن يثبت من جهة أخرى أن تخلف هذا الشرط قد أثر في مضمون الحكم، وإلا قضي برد الطعن بالبطلان.

وفي سبيل المقارنة بين موقف المشرع الفلسطيني والمشرع الأردني، فإننا نؤيد توجه المشرع الفلسطيني وذلك بسبب الصعوبة التي يواجهها طالب الطعن بالفسخ أو بالبطلان من جهة في حمل الدليل على أنه كان لتخلف الشرط تأثير في مضمون الحكم، ولأنه لا يوجد من جهة أخرى معيار يمكن على أساسه تقدير أن ثمة تأثير في الحكم قد حصل بسبب تخلف هذا الشرط، هذا بالإضافة إلى السلطة التقديرية الواسعة لقاضي البطلان في تقدير ما يعتبر مؤثرا في مضمون الحكم من عدمه، وهذا قد يؤدي من وجهة نظرنا إلى تحكيم القاضي، وإلى تضارب الأحكام القضائية في المسائل المتشابهة.

ويلاحظ أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يتضمن، على عكس معظم القوانين الأخرى<sup>(987)</sup>، أي ذكر للحالة التي يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم على نحو مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف، لهذا فإننا نرى أن هذه الحالة تدخل ضمن حالات الطعن بفسخ قرار التحكيم على أساس وقوع بطلان في قرار التحكيم، لأن المحكم يكون في هذه الحالة غير مخول بإصدار قرار التحكيم، ما يجعل هذا القرار باطلا، كأن يفصل في النزاع شخص غير طبيعي أو شخص قاصر أو محجور عليه أو محكوم عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو أشهر إفلاسه ولم يرد إليه إعتباره، أو قبل المحكم مهمة التحكيم دون قيامه بالكشف عن عدم حيده واستقلاله ولم يعلم الأطراف بسبب الرد إلا بعد صدور قرار التحكيم<sup>(988)</sup>، أو تم تشكيل هيئة التحكيم على نحو مخالف للقانون أو لاتفاق الأطراف<sup>(989)</sup>.

(987) تنص المادة (53/د) من قانون التحكيم المصري على أنه: "د- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين". وهي تكاد تتطابق مع المادة (5/49) من قانون التحكيم الأردني.

(988) CA Paris, 29 janv. 2004, Rev. Arb. 2004, 709, note Henry ; CA Paris, 16 mai 2002, Rev. Arb. 2003, 1231, note Gaillard.

(989) CA Paris, 7 déc. 2006, Rev. Arb. 2007, 131.

## ثانيا: إذا وقع بطلان في إجراءات التحكيم على نحو أثر في الحكم

يهدف هذا السبب من أسباب الطعن بالفسخ، إلى مواجهة سائر العيوب الإجرائية الجوهرية المؤثرة في قرار التحكيم والتي سبقت صدوره. وهذا يفترض أن قرار التحكيم قد صدر صحيحا وفقا للأوضاع التي حددها القانون، إلا أن البطلان قد شاب أحد إجراءات التحكيم الجوهرية السابقة على صدوره على نحو أثر في الحكم، ما يجعل قرار التحكيم بدوره باطلا نتيجة بطلان هذا الإجراء، تطبيقا لقاعدة "أن ما بني على باطل فهو باطل".

ولا يمكن حصر الحالات التي يعتبر فيها الإجراء الباطل مؤثرا في الحكم، إنما تخضع لتقدير قاضي البطلان. ويمكن أن نتصور دخوله ضمن هذه الحالات، حالة انتهاك حقوق الدفاع أو مبدأ المواجهة أو مبدأ المساواة بين الخصوم، كعدم تبليغ أحد الأطراف بأحد إجراءات التحكيم الجوهرية أو تبليغه وكان التبليغ باطلا أو متأخرا أو على عنوان غير عنوانه المحدد في اتفاق التحكيم، مما حال دون تقديم دفاعه بالمطلق أو عدم تقديمه في الوقت المناسب، أو عدم السماح بالاستماع إلى أقواله وحججه، أو رفض سماع شاهد من جانبه أو إبراز مستند كان بحوزته، أو طلب إلزام الخصم بتقديم مستند تحت يده ورفضت هيئة هذا الطلب على الرغم من تحقق الشروط التي يفرضها القانون لإبرازه وكان هذا المستند مؤثرا في الدعوى، أو إخفاء أحد المحكمين عدم استقلاله<sup>(990)</sup>، وغيرها من الحالات.

إن تطبيق هذا السبب من أسباب البطلان يتطلب توافر شرطين أساسيين معا حتى تستطيع المحكمة تقرير فسخ قرار التحكيم، وهي: أن يقع بطلان في الإجراء وأن يؤثر هذا الإجراء في الحكم.

الأول، أن يقع بطلان في الإجراء، بمعنى أن يتعلق الأمر بأحد إجراءات التحكيم السابقة على صدور قرار التحكيم. أما إذا تعلق الأمر بمضمون قرار التحكيم ذاته أو بمشتملات قرار التحكيم، فإن ذلك لا يعد بطلانا في الإجراء، إنما بطلانا في قرار التحكيم وبالتالي يدخل ضمن الحالة السابقة من حالات الطعن بالفسخ.

الثاني، أن يؤثر الإجراء الباطل في الحكم، وهذا يفترض وجود ارتباط بين قرار التحكيم والإجراء الباطل، ويقضي أيضا أن يكون الإجراء الباطل جوهريا حتى يؤثر في الحكم، كأن يكون قرار التحكيم قد بني على هذا الإجراء الباطل، أو كان من شأن هذا الإجراء تغيير وجه الحكم لو تمت مراعاته، أو أدى إلى تغيير في مضمون الحكم أو في منطوقه أو أثر في مقدار ما يستحقه كل طرف فعلا لو كان هذا الإجراء صحيحا. ويترتب على ذلك، أن الإجراء الباطل إذا لم يكن جوهريا، أو كان جوهريا ولم يكن ذا تأثير في الحكم، أو أنه لا يرتبط بالحكم، فإنه لا يؤدي إلى فسخ قرار التحكيم على أساسه. ويقع عبء إثبات أن الإجراء باطل

(990) CA Paris, 13 mars 1981, Rev. Arb. 83, note B. Moreau.



وأنه يؤثر في الحكم على الشخص طالب الطعن بالفسخ على هذا الأساس، وبدون هذا الإثبات، فإن المحكمة لا تقضي بفسخه، على اعتبار أن قرار التحكيم الذي أصدرته هيئة التحكيم يفترض فيه الصحة ما لم يثبت عكس ذلك.

ولتوضيح توافر هذين الشرطين معا، نذكر ما جاء في حكم محكمة استئناف رام الله الصادر بتاريخ 2008/12/18 والذي قضت فيه بفسخ قرار التحكيم على أساس أن المحكم لم يتبع إجراءات التحكيم التي نص عليها القانون ومن ضمنها عدم احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، بقولها إن: "المحكم لم يتبع إجراءات التحكيم التي نص عليها القانون، حيث لم يستمع للبينة بحضور وكليي الطرفين، بل ولم يستدعي أيًا منهما لحضور جلسات التحكيم، بل ولم يكلف أيًا منهما أو كليهما لمرافقته أثناء زيارة الموقع المتعلق بسكن كل من الطرفين لتحديد الضرر المدعى به، ولم ينظم محضر ضبط بكل ذلك، الأمر الذي يجعل من قراره الذي توصل إليه خارج رقابة المحكمة، الأمر أيضا الذي يتعذر بنتيجة ذلك فرض رقابة المحكمة المختصة على إجراءات التحكيم التي اتبعها المحكم... إذ أن أبسط القواعد العامة الواجبة الاتباع أن يستمع المحكم لأقوال الوكيلين وأن يقوم بإجراءات التحكيم بحضورهما لا أن يقوم بإجراء التحكيم دون سماع أقوالهما وبغفلة عنهما، الأمر الذي جعل قراره النهائي مطعوناً فيه نتيجة للإجراءات الباطلة التي اتبعها المحكم والتي حتما ستؤثر في الحكم الصادر عنه"<sup>(991)</sup>.

وبلاحظ بصدد تطبيق هذه الحالة من حالات الطعن بفسخ قرار التحكيم، أنه إذا استمر أحد الأطراف في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لأحد إجراءات التحكيم مهما كان هذا الإجراء جوهريا، ولم يعترض على ذلك في حينه أو في الوقت المتفق عليه أو في وقت معقول عند تخلف الاتفاق، فإن ذلك يعتبر نزولا من طرفه عن حقه في الاعتراض، باستثناء الإجراءات المتعلقة بالنظام العام، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض المصرية<sup>(992)</sup>، ومحكمة استئناف القاهرة، وتقول هذه الأخيرة: "أن الشركة التي تستمر في إجراءات التحكيم مع علمها بوقوع مخالفة لما اتفق عليه الأطراف من وجوب اللجوء إلى التوفيق قبل التحكيم ولم تقدم اعتراضا على هذه المخالفة إلا بعد مضي أكثر من عشرة أشهر على الجلسة الإجرائية الأولى للتحكيم تعتبر نزولا عن حقه في الاعتراض وبالتالي لا يطلب الطعن ببطلان حكم التحكيم على هذا الأساس"<sup>(993)</sup>. وتضيف محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد أن تنازل أحد الأطراف عن إثارة أحد العيوب المتعلقة بالإجراءات تقدر بالنظر إلى سلوك الأطراف خلال سير الإجراءات<sup>(994)</sup>.

(991) استئناف مدني رام الله، رقم 2008/80، بتاريخ 2008/12/18، المقتضي.

(992) وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، أعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الاعتراض"، نقض مصري، طعن رقم 291 لسنة 70 ق، جلسة 2001/6/17.

(993) استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 103 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/7/27.

(994) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, D. 2006, IR, 2052, obs. Delpech.



الفرع السابع: إذا استحصل على قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع ما لم يكن قد تم تنفيذ القرار قبل اكتشاف الغش أو الخداع قد يلجأ أحد أطراف التحكيم إلى استخدام طرق احتيالية أو وسائل خداع بهدف تغيير وجه الحقيقة، كأن يتم تقديم بينه مزورة أو مضللة لهيئة التحكيم، ويتم الاستناد إلى هذه البيئة في إصدار قرار التحكيم أو كانت ذات تأثير في الحكم، فذلك يجيز الطعن بفسخ قرار التحكيم على أساس الغش أو الخداع. ويشترط لتقرير فسخ قرار التحكيم في هذه الحالة، أن يتم اكتشاف الغش أو الخداع قبل تنفيذ قرار التحكيم، أما إذا تم إكتشافه بعد تنفيذ القرار، فلا يجوز عندها الطعن بفسخ قرار التحكيم، إنما يحق للمحكوم ضده في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض استناداً إلى أحكام المسؤولية التقصيرية، بسبب الغش والخداع.

ولم يوضح المشرع الفلسطيني المقصود بمصطلحي "الغش" و"الخداع" لغايات الطعن بفسخ قرار التحكيم، وترك أمر تقديرهما للقاضي يستخلصهما من الظروف والملابسات المحيطة بالنزاع وسلوك الخصوم خلال سير إجراءات التحكيم. وبالتالي نرى أنه يجب تفسير هذين المصطلحين تفسيراً واسعاً، بحيث يشمل جميع وسائل الغش والحيلة والتواطؤ والتزوير وغيرها.

ونعتقد أن المشرع الفلسطيني أراد من جعل الغش أو الخداع سبباً للطعن بفسخ قرار التحكيم، هو رغبته في الاستعاضة عن الحالات التي أوردتها المادة (251) من قانون أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية لإعادة المحاكمة، على أساس أن الوسيلة الوحيدة التي أجازها المشرع للطعن بقرار التحكيم هي دعوى البطلان دون سواها من طرق الطعن المقررة للطعن بالأحكام القضائية، سواء كانت طرق طعن عادية أو غير عادية. وبالتالي فإننا نرى أن عدداً من الحالات الواردة في المادة السابقة تدخل دون أدنى شك ضمن حالات الغش والخداع وبالتالي تصلح سبباً للطعن به بالفسخ، وهي: إذا تم الحصول على الحكم بطريق الغش أو الحيلة؛ إذا بني الحكم على مستند تم بعد صدوره إقراراً بتزويره أو قضي بهذا التزوير؛ إذا بني الحكم على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بتزويرها؛ وإذا حصل الخصم بعد صدور الحكم على أوراق لها تأثير في الحكم كان خصمه قد أخفاها أو حمل الغير على إخفائها<sup>(995)</sup>. ويمكن إضافة حالات

(995) وهي تقابل في جزء منها الحالات التي كانت المادة (241) من قانون المرافعات المدنية المصري تجيز فيها الطعن بطريق إلتماس إعادة النظر، والتي تم إلغاؤها بموجب نص المادة (511) من ذات القانون، وقد انتقد الفقه بشدة هذا الإلغاء، وهذه الحالات هي:

- إذا وقع غش من الخصم من شأنه التأثير في الحكم.
- إذا حصل بعد الحكم إقراراً بتزوير الأوراق التي بني عليها الحكم أو قضي بتزويرها.
- إذا كان الحكم قد بني على شهادة شاهد قضي بعد صدوره بأنها مزورة.
- إذا حصل الملتزم بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الدعوى كان خصمه قد حال دون تقديمها.
- إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه بعضاً.
- إذا صدر الحكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا النيابة الاتفاقية.
- إذا كان الحكم قد صدر حجة على شخص ولم يكن قد أدخل أو تدخل في الدعوى بشرط إثبات غش من كان يمثله أو توأته أو إهماله الجسم.

أخرى تدخل ضمن مفهومي الغش أو الخداع، كحالة تواطؤ المحكم مع أحد الاطراف أو قبوله رشوة، أو تواطؤ من يمثل أحد الأطراف مع الطرف الآخر أو قبوله رشوة من جانبه بما يضر بمصلحة الطرف الذي يمثله، سواء كانت النيابة اتفافية أو قضائية أو قانونية.

ويجب على الطرف الذي يطلب فسخ قرار التحكيم على أساس الغش أو الخداع أن يحمل الدليل على ذلك، وهذا الدليل يمكن حمله بكافة طرق الإثبات باعتبار الغش والخداع مسائل مادية يحكمها مبدأ حرية الإثبات.

ويلاحظ أن قانون التحكيم الفلسطيني قد أجاز لطرفي قرار التحكيم الطعن بفسخه، وهذا باعتقادنا يخالف المنطق بالنسبة لحالة الطعن بفسخ قرار التحكيم على أساس الغش والخداع، بل كان الأنسب والأجدر به أن يقصر ذلك على الطرف الذي يضر من حالة الغش أو الخداع سواء كان المحكوم له أو المحكوم ضده.

وعلى كل حال، فإن المشرع الفلسطيني حسنا فعل المشرع بإيراده حالة الغش والخداع كسبب من أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم، لأن تحصين قرار التحكيم الذي بني على الغش والخداع هو أمر تأباه العدالة، بل ويخالف المنطق القانوني السليم.

### المطلب الثالث: إجراءات الطعن بفسخ قرار التحكيم

نتناول في هذا المطلب، الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بفسخ قرار التحكيم، والمحكمة المختصة بنظر طلب الطعن بالفسخ وكيفية تقديمه وميعاده، والآثار القانونية المترتبة على حكم المحكمة في طلب الفسخ، واستئناف الحكم الصادر عن المحكمة المختصة بشأن الطعن بفسخ قرار التحكيم.

#### الفرع الأول: الأشخاص الذين يحق لهم تقديم طلب الفسخ

بينت المادة (43) من قانون التحكيم الفلسطيني الأشخاص الذين يحق لهم الطعن بفسخ قرار التحكيم، وهم طرفا قرار التحكيم، وذلك بنصها على أنه: "يجوز لكل طرف من أطراف التحكيم الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة بناء على أحد الأسباب الآتية...". بالتالي تتوافر الصفة للطعن بفسخ قرار التحكيم لدى كل من المحكوم له والمحكوم ضده إذا توافرت أحد أسباب الطعن بالفسخ<sup>(996)</sup>. وفي العادة، فإن المحكوم ضده هو من يقوم بالطعن بفسخ قرار التحكيم من أجل التخلص من قرار التحكيم ومنع تنفيذه وترتيب آثاره. ولكن لا شيء يمنع

(996) جاء في قرار محكمة استئناف القاهرة: أن الخصومة لا تكون إلا بين من كانوا أطرافا في دعوى البطلان التي فصل فيها حكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان وقضى على أي منهم بشئ وحتى يتوافر شرط المصلحة الشخصية والمباشرة والقائمة التي يقرها القانون واللازم لقبول الدعوى بصفة عامة: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 20 لسنة 122 ق، جلسة 2005/11/29.

المحكوم له من الطعن بالفسخ إذا كانت له مصلحة في فسخ قرار التحكيم، كأن تكون هيئة التحكيم قد استبعدت تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، مما أدى إلى الحكم له بأقل مما يجب لو حكم له بموجب القانون المتفق على تطبيقه. في المقابل، فإن الغير الذي لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم ولا ممثلاً فيها، فلا يجوز له الطعن ببطلان قرار التحكيم، وذلك لإنعدام الصفة أو المصلحة من هذا الطعن<sup>(997)</sup>. ولكن تستطيع المحكمة المختصة بنظر طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم إثارة سبب من أسباب الطعن المتعلقة بالنظام العام، وهي مخالفة قرار التحكيم للنظام العام أو كانت المسألة لا يجوز فيها التحكيم.

وانعدام الصفة في تقديم طلب فسخ قرار التحكيم يترتب عليه رد الطلب، وإذا تم النظر في الطلب رغم انعدام الصفة فإن الإجراء يكون باطلاً<sup>(998)</sup>. وتستطيع المحكمة إثارة انعدام الصفة من تلقاء نفسها لأن الخصومة من النظام العام<sup>(999)</sup>.

فإذا تحققت الصفة لدى طالب الطعن بفسخ قرار التحكيم، فيجوز له التوكيل في الطعن بالفسخ، بل إن توكيل محامي لهذا الغرض هو أمر إلزامي إذا كانت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع هي محكمة البداية<sup>(1000)</sup>. وقضت محكمة النقض الفلسطينية في هذا الصدد أنه: "طالما كان الخصوص الموكل به - والذي هو فسخ قرار التحكيم - واضحاً في الوكالة فإن الوكالة تكون صحيحة، ولا ينال من صحتها أن تكون بتاريخ سابق على صدور قرار التحكيم"<sup>(1001)</sup>.

(997) جاء في قرار محكمة استئناف القاهرة أنه: يشترط في الطاعن ببطلان حكم التحكيم أن يكون خصماً في الدعوى التي صدر فيها حكم التحكيم المطعون فيه، سواء بنفسه أو بواسطة غيره، كما يشترط في الطاعن أن يكون ذا صفة في الطعن سواء كان طرفاً في الخصومة التي صدر فيها الحكم أو لم يتمكن من منازعة خصمه حتى يصدر الحكم ضده، وأيضاً يشترط أن يكون الشخص خصماً حقيقياً في الدعوى التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، فلا يكون مجرد طرف في الدعوى، بل يتعين أن يكون فوق ذلك قد نازع خصمه في مزاعمه وطلباته أو نازعه خصمه في مزاعمه وطلباته وأن يكون قد أصر على هذه المزاعم حتى صدور الحكم المطعون فيه، كما كان ذلك وكان الثابت للمحكمة من حكم التحكيم أن الطاعن لم تكن خصماً حقيقياً في الحكم ولم تكن طرفاً في ذلك الحكم ومن ثم تضحى دعواها غير مقبولة: استئناف القاهرة، د 62 تجاري، طعن رقم 81 لسنة 115 ق، جلسة 2000/1/5.

(998) بطلان الإجراءات لانعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى يعتبر من النظام العام ويجوز الدفع به في أي وقت: نقض مصري، الطعن رقم 3868 لسنة 73 ق جلسة 2005/1/11.

(999) الخصومة من النظام العام تستطيع المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها: استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 1999/70، بتاريخ 1999/9/11.

(1000) القضايا الصلحية هي فقط التي لا تحتاج إلى توكيل محامي، أما ما عداها من القضايا الأخرى، فيجب إلزاماً توكيل محامي مزاوول لرفع الدعوى والترافع فيها، البداية والاستئناف والنقض، ومحكمة العدل العليا في القضايا الإدارية.

(1001) محكمة النقض رام الله، رقم 102/2008، بتاريخ 2008/10/28، المقتضي.

## الفرع الثاني: المحكمة المختصة بنظر طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم وكيفية تقديمه وميعاده

المحكمة المختصة بنظر طلب فسخ قرار التحكيم هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروف على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، وإذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني. أما قرارات التحكيم الأجنبية الصادرة في الخارج، فلا يجوز الطعن فيها بالفسخ في فلسطين، إنما يطعن فيها في بلد صدورها وفق طرق الطعن التي يسمح بها القانون في ذلك البلد<sup>(1002)</sup>.

ويقدم طلب الطعن بالفسخ إلى المحكمة المختصة مرفقاً به نسخة عن قرار التحكيم موقعة من هيئة التحكيم، ومبيناً فيه الأسباب التي يستند إليها مقدم طلب الفسخ، والذي يقع على عاتقه عبء إثبات ما يدعيه. وأوجب قانون التحكيم الفلسطيني تقديم طلب الطعن بالفسخ أمام المحكمة المختصة، ولا يكفي اتباع أي إجراء آخر، فلا يكفي مثلاً التقدم باعتراض إلى ذات هيئة التحكيم مصدرة القرار<sup>(1003)</sup>، أو تقديم إخطار بذلك<sup>(1004)</sup>، إنما تقديم طلب إلى المحكمة المختصة للطعن بفسخ القرار.

وبينت المادة (44) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه يجب تقديم طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إذا كان وجاهياً، وإلا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه. أما إذا كان قرار التحكيم قد بني على الغش والخداع، فيبدأ سريان الميعاد، أي الثلاثين يوماً، من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع. ومدة الطعن هذه هي مدة سقوط، وهي من النظام العام<sup>(1005)</sup>، بالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها<sup>(1006)</sup>. ولا يوقف سريان هذه المدة إقامتها أمام محكمة غير مختصة<sup>(1007)</sup>.

(1002) قضت محكمة استئناف القاهرة بعدم اختصاص القضاء المصري بدعوى بطلان أحكام التحكيم الأجنبية التي تصدر خارج الإقليم المصري ولم يتفق الأطراف على إخضاعها للقانون المصري: استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 40 لسنة 119 ق تحكيم، جلسة 2003/1/29، ونفس المحكمة الدعوى رقم 23 لسنة 119 ق تحكيم تجاري، جلسة 2003/2/26.

(1003) استئناف مدني رام الله رقم 2010/367، بتاريخ 2011/3/28.

(1004) استئناف مدني القدس رقم 2011/82، بتاريخ 2011/3/29.

(1005) انظر استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 5 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2005/6/29: سقوط الحق في إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لإقامتها بعد فوات الميعاد، على أساس أن مواعيد المرافعات هي من النظام العام، ويترتب على تجاوزها سقوط الحق في الإجراء، ومن ثم يحق المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

(1006) على الرغم من وضوح هذا النص بشأن اليوم الذي يبدأ منه حساب مدة الطعن، فإن تطبيقه يثير العديد من الإشكاليات القانونية، واختلاف كبير في التطبيق بين القضاء الفلسطيني والقضاء المصري. انظر بهذا الخصوص ما ورد أعلاه.

(1007) ميعاد إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لا يوقف بإقامتها أمام محكمة غير مختصة: استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 11 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2005/11/29. سقوط الحق في إقامة دعوى بطلان حكم التحكيم لإقامتها بعد الميعاد ولا يغير من ذلك إقامتها في الميعاد أمام محكمة غير مختصة:

ويتم تبليغ المدعى عليه بنسخة من لائحة طلب الطعن بالفسخ، وتطبق عليه أحكام حضور الخصوم وغيابهم وإجراءات المحاكمة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية طالما أن قانون التحكيم الفلسطيني لم يتضمن أحكاما خاصة تنظم طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم.

ويقصر دور المحكمة على فحص الأسباب التي استند إليها الطاعن بالفسخ، فيما إذا كانت مؤديه إلى فسخ قرار التحكيم من عدمه، مع إلزام المحكمة في جميع الأحوال بتسبيب حكمها، وفي ذلك تقول محكمة استئناف رام الله أنه: "إذا كانت أسباب الطعن في قرار التحكيم تستند إلى أحكام الفقرتين 5 و 6 من المادة 43 من قانون التحكيم ولم تعالج محكمة الاستئناف هذه الأسباب في قرارها الطعين فإنه يكون مشوبا بالقصور في التسبيب ويترتب على ذلك البطلان"<sup>(1008)</sup>. فرقابة المحكمة تقتصر على رقابة المشروعية أو الصحة، بمعنى أنها تنصب على رقابة إجراءات إصدار القرار والشكل الذي تم به إصدار هذا القرار، وليس إعادة بحث أو دراسة مضمون قرار التحكيم وما قضت به هيئة التحكيم، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم مخالفة قرار التحكيم للنظام العام.

### الفرع الثالث: الآثار المترتبة على صدور الحكم بطلب فسخ حكم التحكيم

إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن بفسخ قرار التحكيم، فإنها تقرر صحة القرار وتكسيه صيغة التنفيذ<sup>(1009)</sup>، أما إذا تأكدت المحكمة من توافر أحد أسباب الفسخ، فإنها تقضي بفسخ هذا القرار واعتباره كأن لم يكن ويمتنع عليها بالتالي إكسائه صيغة التنفيذ، مع ملاحظة أن فسخ جزء من قرار التحكيم لا يؤثر على الجزء الآخر ما لم يكن القرار غير قابل للتجزئة<sup>(1010)</sup>، كالتحكيم بالصلح. ولما كان الطعن بالفسخ ليس طريقا عاديا من طرق الطعن بالأحكام، فإنه لا يجوز للمحكمة المختصة التي تنظر في طلب الفسخ أن تفصل في موضوع النزاع، وإنما تنتهي مهمتها عند القضاء بفسخ قرار التحكيم<sup>(1011)</sup>. ولكن

استئناف القاهرة، د 7 تجاري، دعوى رقم 22 لسنة 122 ق تحكيم، جلسة 2006/1/3.

(1008) استئناف رام الله، رقم 14/2005، بتاريخ 9/4/2004، المقضي.

(1009) المادة (45/2) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(1010) "... إذا فصل حكم هيئة التحكيم في مسائل خاضعة للتحكيم وأخرى غير خاضعة له فإن البطلان لا يقع إلا على أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الأخيرة وحدها": نقض مصري، الطعن رقم 86 لسنة 70 ق، جلسة 2002/11/26. وقد أخذت بقاعدة تجزئة البطلان أيضا، محكمة استئناف بيروت، 1998/3/4، المجلة اللبنانية، عدد 7، ص 66، حيث أبطلت أحد بنود حكم التحكيم لعدم التعليل واعتبرت ذلك من النظام العام. وكذلك تمييز دبي، طعن 307، بتاريخ 2002/11/30، عدد 13، ص 839.

(1011) ويختلف اتجاه القانون الفلسطيني من هذه الناحية عن اتجاه كثير من القوانين والتي تعطي للمحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان صلاحية النظر في الموضوع إذا قضت ببطلان قرار التحكيم، وتسير في هذا الاتجاه فرنسا، والتي تعطي المحكمة المختصة في حال قضت بالبطلان أن تفصل في موضوع النزاع في حدود مهمة المحكم، إلا إذا عبر الأطراف عن إرادة مخالفة. وتلزم المحكمة بالفصل في النزاع في حدود مهمة

بالمقابل، يجوز للمحكمة المختصة أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها إذا رأت أن ذلك ملائماً<sup>(1012)</sup>. ولم يحدد المشرع الفلسطيني الأسباب التي تستدعي إعادة القرار إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر، إنما ترك تقدير ذلك إلى المحكمة المختصة نفسها وفق ما تراه مناسباً<sup>(1013)</sup>.

ويجب إعادة قرار التحكيم كاملاً إلى هيئة التحكيم، إذ لا يجوز أن تقضي المحكمة المختصة بتصديق بعض الطلبات المحكوم بها وتعيد أخرى. وتلزم هيئة التحكيم بنظر النقاط التي حددتها المحكمة فقط دون غيرها، فلا يجوز لها التعرض لأي مسألة أخرى غير مذكورة في قرار الإعادة، أو اتخاذ قرار الإعادة على أنه فرصة لمراجعة قرار التحكيم كاملاً أو تعديله أو تكملته حتى لو كانت هذه المراجعة أو التعديل أو التكملة تحقق العدالة. ويجب على هيئة التحكيم أن تصدر القرار بشأن النقاط محل الإعادة خلال الميعاد الذي تحدده المحكمة المختصة، مع التزام هيئة التحكيم في جميع الأحوال بحدود مهمتها الواردة في اتفاق التحكيم.

ولا يجوز لهيئة التحكيم أن تعيد النظر في قرار التحكيم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أو اعتراض أحد الأطراف، لأن هيئة التحكيم تستنفذ ولايتها بشأن النزاع المعروض عليها بمجرد إصدارها قرار التحكيم، ومن هذه اللحظة تغل يدها عن نظر النزاع بأي طريقة كانت، باستثناء الحالات التي حددها القانون، وإن فعلت ذلك فيكون قرارها باطلاً، لأن إعادة قرار التحكيم المطعون بفسخه إلى هيئة التحكيم مقصورة على المحكمة المختصة حصرياً، وهي مسألة جوازية وتقديرية بالنسبة لها<sup>(1014)</sup>. فقد جاء في قرار محكمة استئناف رام الله الصادر بتاريخ

المحكّمين، فإذا كان المحكم مفوضاً بالصلح فإنها تفصل فيه بالصلح، وتسبب حكمها كمفوضة بالصلح كما هو الحال بالنسبة للمحكم، وإذا لم تكن مفوضة بالصلح فإنها تفصل فيه وفق أحكام القانون، وتلزم بتسبب قرارها على هذا الأساس. وما دامت محكمة الاستئناف كقاضي بطلان، ملزمة بالتقيد بحدود مهمة هيئة التحكيم، فإنها لا تستطيع قبول طلبات جديدة.

Cass. 2° civ., 26 juin 2003, n° 01-17.630

وتقول محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار بأن محكمة الاستئناف فصلت في النزاع وفق أحكام القانون باعتبارها تؤدي إلى حل عادل، ما يدل على أن محكمة الاستئناف كانت ملزمة بالبحث عن حل عادل لأن المحكم كان مفوضاً بالصلح وأن أسباب الحكم مستمدة من العدالة تخرج عن رقابة محكمة النقض.

(1012) المادة (45/3) من قانون التحكيم الفلسطيني.

(1013) والواقع أن اعطاء هذه السلطة الواسعة للمحكمة المختصة في تقرير إرجاع القرار لهيئة التحكيم لتتفرغ في النقاط التي تحددها، هو أمر غير منطقي بل ونجده يتنافى مع العدالة، لأن قرار الإرجاع يعتمد كلياً على التقدير الشخصي للقاضي مما قد يؤدي إلى تحكّمه فتضيع حقوق الأشخاص تبعاً لذلك، بالتالي كان يجب أن يعطى القاضي هذه السلطة بناء على أسس موضوعية واضحة وفي حالات محددة تضمن الرقابة على قرار القاضي بالإرجاع. كما أن هذا النص الذي يقضي بالإرجاع يثير العديد من التساؤلات، لأنه لم يميز بين أسباب البطلان في كل حالة ولكنه شمل جميع حالات البطلان سواء كان ذلك على أساس عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو لسبب آخر، ولكن كيف يمكن تبرير إرجاع القرار إلى هيئة التحكيم إذا كان سبب البطلان هو انعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه، فقد يكون غير منطقي في هذه الحالة وغيرها من الحالات المماثلة إرجاع القرار حتى لو وجد القاضي أن قرار الإرجاع مناسب.

(1014) جاء في قرار محكمة استئناف رام الله رقم 2010/367، الصادر بتاريخ 2011/3/28، على أنه: "وفي

2011/3/6 أن: "إعادة النزاع إلى المحكم من أجل نظره مجددا هو أمر جوازي للمحكمة، تقوم به إذا رأت حاجة لذلك ولاستكمال النقاط التي تحددها، وليس الأمر وجوبيا، فإذا رأت المحكمة أن قرار التحكيم يكتفه البطلان بسبب عدم صحة الإجراءات المذكورة أو بسبب عدم قيام ركن من أركان اعتماد قرار المحكم قضت بفسخ القرار دون وجوب إعادته إلى المحكم... وعلى ضوء هذه الأسباب التي أوجبت فسخ قرار التحكيم والتي هي مبررة، حيث لم يصل قرار التحكيم إلى الغاية التي عين المحكم من أجلها بالتالي فإن الخيار لا يكون في إعادته إلى التحكيم مجددا"<sup>(1015)</sup>. فالمحكمة المختصة هي من يملك سلطة تقدير مدى الحاجة لإعادة القرار لهيئة التحكيم لإعادة النظر في المسائل التي تحددها وليس هيئة التحكيم ذاتها. وفي جميع الأحوال، فإنه لا يقبل طلب تنفيذ قرار التحكيم إذا لم يكن موعد الطعن بالفسخ قد انقضى.

### الفرع الرابع: استئناف الحكم الصادر عن المحكمة المختصة بشأن الطعن بفسخ قرار التحكيم

نصت المادة (46) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "مع مراعاة أحكام المادة 44 من هذا القانون بشأن المواعيد، تسري على استئناف الحكم من المحكمة المختصة قواعد واجراءات الاستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها"<sup>(1016)</sup>.

الموضوع فقد نصت المادة (43) من قانون التحكيم ... على جواز الطعن في قرار التحكيم لدى المحكمة المختصة، ولما كانت هيئة التحكيم قد أصدرت قرارها بتاريخ 2010/1/14 فقد كان على طرفي التحكيم اللجوء إلى المحكمة للطعن في ذلك القرار لأي سبب من الأسباب الواردة في المادة 43 المشار إليها أعلاه وليس التقدم باعتراض لدى ذات هيئة التحكيم على ما ورد بقرارها الصادر في 2010/1/14 (على سبيل المثال في طريقة احتساب قيمة الرسم) وحيث أن هيئة التحكيم قد نظرت في الاعتراض المقدم من شركة الاتصالات الفلسطينية وعلى ضوء هذا الاعتراض أصدرت قرارها بتاريخ 2010/2/10 حيث ألغت بموجبه بند على سبيل المثال الوارد في قرارها الصادر بتاريخ 2010/1/14 لذلك فإن هذا الذي ذهبت إليه هيئة التحكيم مخالف للأصول والقانون ويترتب عليه البطلان إذ وفقا لمدلول المادة 3/45 من قانون التحكيم إذا قضت المحكمة المختصة بفسخ قرار التحكيم يجوز لها إذا رأت ذلك ملائما أن تعيد النزاع إلى هيئة التحكيم لإعادة النظر في النقاط التي تحددها المحكمة. الأمر الذي يعني عدم جواز قيام هيئة التحكيم بإعادة النظر بقرارها الصادر بتاريخ 2010/1/14 وتعديله كما فعلت بقرارها الصادر بتاريخ 2010/2/10 دون قرار من المحكمة المختصة".

(1015) هذا ما يستفاد من حكم محكمة استئناف مدني رام الله، رقم 2010/560، بتاريخ 2011/3/6. وجاء في قرار آخر لذات المحكمة أنه لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين ما دام أنهم قد تجاوزوا صلاحيتهم المحددة إليهم في اتفاق التحكيم وذلك بضم مساحة من أرض قسيمة مجاورة إلى قسيمة التحكيم دون إذن من كافة الأطراف وموافقتهم، وبالتالي لا بد من إعادة الدعوى إلى محكمة الصلح لإحالة أوراق الدعوى إلى المحكمين للتقيد بإجراء التحكيم بخصوص القسيمة موضوع التحكيم دون غيرها: استئناف مدني غزة، دعوى رقم 1999/93، بتاريخ 1999/9/30.

(1016) نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2005/214، بتاريخ 2006/6/21: حددت المادة 44 و46 من قانون التحكيم طرق الطعن بقرار المحكم، إذ يقدم طلب الطعن بقرار المحكم إلى المحكمة المختصة وتسري على استئناف الحكم القواعد المعمول بها بشأن استئناف الأحكام.



وعليه يكون الحكم الصادر عن المحكمة المختصة قابلاً للاستئناف خلال ثلاثين يوماً ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وتبدأ الثلاثون يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم أو من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه الذي تخلف عن حضور جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى ولم يقدم لائحة جوابية أو مذكرة بدفاعه. وتسري على هذا الاستئناف القواعد المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها. ويترتب على تقديم الاستئناف وقف تنفيذ الحكم والقرار المستأنف لحين الفصل فيه.

أما صلاحية محكمة الاستئناف، فهي باعتبارها محكمة موضوع، تقوم بفحص الحكم الصادر عن المحكمة المختصة سواء قضى بتأييد قرار التحكيم أو قضى بفسخه، من خلال مراجعة حكم المحكمة نفسه والتحقق من توافر الشروط التي يتطلبها القانون في هذا الحكم كعمل قضائي، وأيضا مراجعة أسباب الطعن بفسخ قرار التحكيم التي قدمها طالب الطعن، فإن وجدت هذه الأسباب تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها المحكمة المختصة بتأييد قرار التحكيم أو بفسخه، فإنها تحكم برد الطعن بالاستئناف وتؤيد قرار المحكمة المختصة، أما إذا وجدت هذه الأسباب لا تؤدي إلى النتيجة التي توصلت إليها المحكمة المختصة، فإنها تعلن قبول الطعن بالاستئناف من حيث الموضوع، وتقضي بإلغاء الحكم، وتعيد الأوراق إلى المحكمة المختصة لإصدار حكم حسب مقتضى القانوني<sup>(1017)</sup>. ويكون قرار محكمة الاستئناف قابلاً للطعن بالنقض. وبمجرد إلغاء الحكم المستأنف تلغى جميع إجراءات التنفيذ التي تمت قبل ذلك. فإذا صدر حكم جديد من المحكمة المختصة، فيجوز الطعن فيه بالاستئناف من جديد، ومن ثم بالنقض أيضا.

ويجوز في جميع الأحوال الطعن بالحكم النهائي الصادر عن محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض، سواء قضت فيه بتأييد حكم المحكمة المختصة أو بنقضه<sup>(1018)</sup>، إذا شابه عيب

(1017) انظر بشأن صلاحية محكمة الاستئناف وكيفية الفصل في حكم المحكمة المختصة بالنسبة لطلب الطعن بفسخ قرار التحكيم إلى، قرار محكمة النقض الفلسطينية مدني رام الله، رقم 2009/266، الصادر بتاريخ 2010/1/20، المقتضي.

(1018) "الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف والمتعلق بقرار التحكيم يكون خاضعا للنقض بطريقة النقض": نقض مدني رام الله، رقم 2009/67، بتاريخ 2009/4/27، المقتضي. وتسير محكمة النقض المصرية بذات الاتجاه بقولها: "إذا كان لا يجوز الطعن بالنقض بحكم التحكيم ذاته، فإنه يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف في الدعاوى المقامة بشأن بطلان أحكام التحكيم": نقض مصري، طعن رقم 966 لسنة 73 ق جلسة 2005/1/10. وتخالف ذلك المادة (51) قانون التحكيم الأردني، وتقول محكمة التمييز الأردنية بشأن تطبيق هذه المادة: "إذا قضت محكمة الاستئناف بتأييد حكم التحكيم فإنه يتوجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون قرارها في ذلك قطعيا وفقا لأحكام المادة 51 من قانون التحكيم... أما إذا قضت ببطلانه فيكون قرارها قابلاً للتمييز خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ ويترتب على القرار القاضي ببطلان حكم التحكيم سقوط اتفاق التحكيم...": تمييز حقوق أردني، رقم 2006/1352، بتاريخ 2007/1/16. وتقول أيضا ذات المحكمة في قرار آخر: "يستفاد من المادة 51 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 ان القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بتأييد حكم المحكمين لا يقبل الطعن تمييزا... وان ما ورد في المادة 191/1 من أصول المحاكمات المدنية لا مجال لتطبيقه على هذا الطلب إذ ان ما ورد في هذه المادة ينطبق على الدعاوى التي تقدم أمام محكمة الدرجة الأولى وتخضع لطرق الطعن العادية المقررة في القانون. وعليه فإن هذا التمييز مستوجب الرد شكلا": تمييز حقوق اردني، رقم 2008/2360، بتاريخ 2009/4/26، مركز عدالة.

مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله<sup>(1019)</sup>. وتقتصر رقابة محكمة النقض على أسباب الطعن التي أوردها الطاعن في طعنه بالنقض، بشرط أن تكون أسباب الطعن قد وردت إما في لائحة طلب فسخ قرار التحكيم أو في لائحة الاستئناف<sup>(1020)</sup>.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن قرار التحكيم الصادر بناء على اتفاق الخصوم، يعد بمثابة عقد صلح، وبالتالي لا يقبل الطعن به بالنقض<sup>(1021)</sup>.

وفي جميع الأحوال، إذا قضت محكمة النقض بنقض الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف، فإنها تعيد القضية إلى محكمة الاستئناف مرة أخرى لإجراء المقتضى القانوني. وغني عن البيان أن الأحكام الصادرة عن محكمة النقض لا يجوز فيها الطعن بطريق إعادة المحاكمة.

## المبحث الثالث: تنفيذ قرار التحكيم

على الرغم من أن قرار التحكيم يعد عملا قضائيا، إلا أنه يختلف عن الحكم القضائي؛ ويقوم هذا الاختلاف على أساس أن قرار التحكيم ليس له قوة تنفيذية بذاته ولا يمكن تنفيذه بمجرد صدوره تنفيذا جبريا؛ فالمحكم الذي يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، يملك سلطة الفصل في موضوع النزاع بقرار نهائي ملزم للأطراف ويحوز قوة الأمر المقضي به، ولكنه لا يملك سلطة إجبار الأطراف على تنفيذه، مما يقتضي اللجوء إلى القضاء العادي للسماح بتنفيذه تنفيذا جبريا، من خلال إجراءات تنفيذ قرار التحكيم وإكسائه الصيغة التنفيذية.

(1019) وتقول في ذلك محكمة النقض الفلسطينية في غزة، رقم 2004/80، بتاريخ 2006/5/8 على أنه استنادا للمادة 225 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفلسطيني رقم 2 لسنة 2001: "للخصوم حق الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية الصادرة عن محاكم الاستئناف إذا كان الطعن مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله بمعنى أنه لما كانت محكمة الاستئناف قد أيدت حكم محكمة أول درجة فقد مارست صلاحيتها بما لها من رقابة قانونية وموضوعية على الحكم المستأنف إذ أن تقدير الدليل هو ما تستقل به محكمة الموضوع لها سلطة في الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة وإطراح ما عداها بلا معقب ما دام أن حكمها يقوم على أسباب سائغة تستخلصه بوجه سليم من البيانات المطروحة عليها وكان ما حصله الحكم المطعون فيه من وقائع الدعوى يستوجب إنزال صحيح حكم القانون الذي أنزله هذا الحكم على تلك الوقائع وهو ثابت من سائر الأوراق أن لجنة التحكيم قد استمعت إلى كافة بيانات الطرفين قبل إصدار حكمها وبذلك يكون ما قضى به هذا الحكم لا يشوبه عيب مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ومن ثم فإن الأسباب التي قام عليه الطعن الراهن لا توجب نقض الحكم المطعون فيه مما يتعين معه رفضه".

(1020) انظر في ذلك، نقض فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2007/112، بتاريخ 2008/9/14، المقتضى. جاء في هذا القرار أنه لا يقبل الادعاء أمام محكمة النقض بأن قرار المحكم قد بني على الغش والخداع طالما أن هذا الادعاء لم يرد في لائحة طلب فسخ قرار التحكيم ولا في لائحة الاستئناف.

(1021) انظر في هذا الاتجاه: نقض مدني فلسطيني رام الله، دعوى رقم 2005/214، بتاريخ 2006/6/21، المقتضى. وقد جاء في هذا القرار أن: "الطعن بقرار التحكيم يكون فقط أمام المحكمة المختصة الذي يستأنف القرار الصادر عنها إلى محكمة الاستئناف وأن قرار التحكيم كونه اتفاق بين الخصوم لا يقبل الطعن به بالنقض وفق منطوق الفقرة (3) من المادة 191 من الأصول المدنية والتجارية فإن الطعن بالأحكام الصادرة من المحكمة المختصة وعن محكمة الاستئناف بناء على اتفاق الخصوم لا تقبل الطعن بها بالنقض وإن قدم هذا الطعن في الميعاد".

والأصل أن يتم تنفيذ قرار التحكيم تنفيذاً طوعياً أي عن حرية واختيار من قبل المحكوم عليه، نظراً للطابع الاختياري للتحكيم. ويتطلب هذا التنفيذ الاختياري قبول المحكوم عليه بقرار التحكيم الصادر ضده، وقد يكون هذا القبول صريحاً، كما إرسال خطاب من المحكوم عليه إلى المحكوم له يعلمه قبوله بالقرار واستعداده لتنفيذه، وقد يكون ضمناً، كقيام المحكوم عليه بالمبادرة إلى تنفيذ قرار التحكيم.

ولكن إذا رفض المحكوم ضده تنفيذ قرار التحكيم تنفيذاً اختيارياً، عندها يستطيع المحكوم له اللجوء إلى إجراءات التنفيذ الجبري لقرار التحكيم<sup>(1022)</sup>.

وتختلف التشريعات فيما بينها بشأن التنفيذ الجبري، فمنها ما يجعل قرار التحكيم واجب التنفيذ فوراً دون حاجة إلى أي إجراء آخر من أي جهة أو سلطة كانت<sup>(1023)</sup>. ومنها ما يستوجب اتخاذ إجراء إداري بالتأشير على نسخة القرار من قبل موظف عام مختص<sup>(1024)</sup>. ومنها أخيراً - وهو الشائع والذي اتبعته معظم التشريعات العربية - من يتطلب للتنفيذ الجبري لقرار التحكيم، صدور أمر بذلك من جهة قضائية<sup>(1025)</sup>، وقد أخذ بهذا المنهج الأخير المشرع في كل من فلسطين ومصر

(1022) يقترن في العادة مصطلح "التنفيذ" بمصطلح "الاعتراف"، وكلا المصطلحين يختلفان عن بعضهما: يقصد بالاعتراف الإقرار بأن قرار التحكيم قد صدر صحيحاً وملزماً للأطراف ويرتب آثاره. أما التنفيذ فيشمل ضمناً اعترافاً بقرار التحكيم مع إلزام المحكوم ضده بتنفيذه طوعاً أو جبراً إذا اقتضى الأمر ذلك، استناداً إلى إجراءات التنفيذ الجبري في بلد التنفيذ. وقد يتم طلب الاعتراف به دون طلب تنفيذه، ولكن لا ينفذ إلا إذا تم الاعتراف به من الجهة التي أكسبته صيغة التنفيذ.

(1023) بعض الدول تعطي المحكم نفسه سلطة إعطاء صيغة التنفيذ لقرارات التحكيم دون المرور بجهة قضائية، كما في هنغاريا ورومانيا والنرويج.

(1024) وبعض الدول تمنح هذه السلطة لجهة إدارية حيث يقوم موظف إداري بإعطاء صيغة التنفيذ لقرارات التحكيم الأجنبية كما في السويد وفنلندا.

(1025) وبعض الدول تمنح سلطة الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم لجهة قضائية كما هو الحال في معظم الدول العربية، كالأردن ومصر وفلسطين. ولكن الدول التي تأخذ بهذا النظام تنقسم إلى اتجاهين: الاتجاه الأنجلوسكسوني مطبق في إنجلترا وعدد من الدول الأخرى، يعرف بنظام رفع الدعوى، إذ بموجب هذا النظام لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي مباشرة من خلال السلطة العامة في الدولة، إنما يجب رفع دعوى جديدة أمام القضاء الوطني في دولة التنفيذ للمطالبة بالحقوق موضوع قرار التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه، مع الأخذ بحكم التحكيم الأجنبي دليلاً حاسماً في إثبات الحق المدعى به. والنظام اللاتيني المطبق في فرنسا وعدد من الدول الأخرى: يعرف بنظام الأمر بالتنفيذ، حيث يقبل هذا النظام إصدار أمر بالتنفيذ لقرار التحكيم الأجنبي، بشرط أن تقوم المحاكم الوطنية في بلد التنفيذ بفحصه أولاً ومن ثم إصدار أمر بتنفيذه إذا توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في بلد التنفيذ. وتختلف الدول في طرق الفحص وتذهب في ثلاث اتجاهات: 1- طريقة المراجعة: حيث يسمح فيه للقاضي في بلد التنفيذ بمراجعة موضوع حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه، للتأكد من صحة الفصل في النزاع وأنه جرى على وجه سليم، والتأكد من توافر الشروط الشكلية في الحكم. 2- طريقة المراقبة: يسمح للقاضي في بلد التنفيذ بالتأكد من توافر الشروط الشكلية في حكم التحكيم الأجنبي دون التعرض لموضوعه، فإذا تأكد من توافر هذه الشروط الشكلية أمر بتنفيذه، وإذا تخلفت يرفض تنفيذه. وقد سار في هذا الاتجاه قانون التحكيم الفلسطيني وقانون التحكيم الأردني. إذ يكفي قانون التحكيم الفلسطيني بإعطاء القاضي سلطة التأكد من توافر الشروط المطلوبة في حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه في فلسطين فإذا كانت متوافرة فإنه يعطي صيغة التنفيذ، وإذا تخلفت يرفض التنفيذ. كما أخذت بهذا النظام أيضاً المادة (32) من اتفاقية الرياض بنصها على أنه: "تقتصر مهمة الهيئة القضائية المختصة لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على التحقق مما إذا كان الحكم قد توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في هذه الاتفاقية وذلك دون التعرض لفحص الموضوع". وقد جاء أيضاً في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية

والأردن؛ حيث جاء في المادة (47) من قانون التحكيم الفلسطيني أنه: "يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ فيها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة وفقا للأصول المرعية". وجاء في المادة (75) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم أنه: "يجوز تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين بعد منحة الصيغة التنفيذية من المحكمة المختصة وفقا للشروط التي حددها القانون الفلسطيني ووفقا للاتفاقيات الدولية والثنائية أو المتعددة التي تكون فلسطين طرفا فيها".

فالتنفيذ الجبري لقرار التحكيم في فلسطين، يقتضي التصديق عليه من المحكمة المختصة، ويأخذ هذا التصديق حكم الصيغة التنفيذية، ويصبح قرار التحكيم عندها من الأسناد التنفيذية واجبة التنفيذ في فلسطين<sup>(1026)</sup>. وتقول في ذلك محكمة استئناف القدس: "إذا انقضت المدة المنصوص عليها بموجب صريح المادة (44) من القانون دون الطعن فيه تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف قرار بتصديقه واكسابه الصيغة التنفيذية ويكون بالتالي هذا القرار باقيا وينفذ حسب القانون ويغدو قرارا صادرا عن المحاكم"<sup>(1027)</sup>.

وستتناول دراسة تنفيذ قرارات التحكيم، خصوصا قرارات التحكيم الأجنبية، من خلال دراسة شروط تنفيذ قرار التحكيم، وإجراءاته، ثم نبين حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين.

## المطلب الأول: شروط تنفيذ قرار التحكيم

بالإضافة إلى ضرورة توافر الشروط الشكلية في قرار التحكيم (بأن يكون مكتوبا ومترجما إلى اللغة العربية، وإشتمال قرار التحكيم على مجموعة بيانات: أسماء الأطراف، وموضوع النزاع، وأسباب القرار، ومنطوقه، وتاريخ ومكان صدوره، وأسماء المحكمين وتواقيعهم، وإيداعه لدى المحكمة المختصة)، فإن القانون الفلسطيني قد اشترط مجموعة شروط موضوعية يجب توافرها لجواز طلب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، وهي شرط المعاملة بالمثل، وأن يكون قرار التحكيم نهائي وحائز على قوة الأمر المقضي به، وعدم تعارض قرار التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية، وعدم تعارض القرار مع النظام العام، وقابلية النزاع الذي صدر فيه القرار للحسم بطريق التحكيم.

أنه: "اجتهاد محكمتنا على ان المحكمة التي يطلب إليها تصديق الحكم الأجنبي أو إكسابه صيغة التنفيذ لا تملك مناقشة موضوعه أو التعديل فيه وتتحصر مهمتها بمراقبة توفر شروط تنفيذه...": تمييز حقوق أردني، رقم 2009/567، بتاريخ 2009/10/6، منشورات مركز عدالة. 3- طريقة المراجعة العامة المحدودة: يعطى القاضي بموجب حق مراقبة مراجعة عامة محدودة لموضوع حكم التحكيم بصفة شاملة، إلا انه لا يملك صلاحية تعديل الحكم الأجنبي المراد تنفيذه في بلده، وإنما يكون له صلاحية رفض تنفيذه في هذه الحالة.

(1026) تنص المادة (8) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005 على أنه: "1- لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي ... 2- الأسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية والنظامية والشرعية ومحاضر التسوية القضائية والصلح التي تصدق عليها المحاكم النظامية والشرعية وأحكام المحكمين القابلة للتنفيذ والسندات الرسمية والعرفية وغيرها من الأسناد التي يعطيها القانون هذه الصفة".

(1027) استئناف القدس رقم 2008/400، والصادر بتاريخ 2010/5/24، المقتضي.

وقد بينت المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم شروط تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، حيث جاء فيها: "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون:

- أ. صادرا بمقتضى اتفاق تحكيم قانوني بمقتضى قوانين البلاد التي صدر فيها.
- ب. صادرا عن هيئة التحكيم المنصوص عليها في اتفاق التحكيم أو مؤلفة بالطريقة التي اتفق عليها الأطراف.
- ت. صادرا بمقتضى التشريع المتعلق بأصول التحكيم في البلد الذي صدر فيه.
- ث. قد اكتسب الدرجة النهائية في البلاد التي صدر فيها.
- ج. قد تناول مسألة يصح إحالتها قانونيا للتحكيم بمقتضى قوانين فلسطين وأن لا يكون تنفيذه منافيا للنظام العام في فلسطين".

وسنقصر دراستنا في هذا المقام على الشروط الموضوعية فقط، أما الشروط الشكلية فنحيل بشأنها إلى ما ورد أعلاه.

### الفرع الأول: شرط المعاملة بالمثل وعدم التناقض مع القوانين الفلسطينية وعدم إلحاق ضرر بالصالحة الوطنية العليا

نصت على هذا الشرط المادة (36/1) من قانون التنفيذ الفلسطيني حيث جاء فيها: "1- الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في فلسطين بنفس الشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الفلسطينية فيه، على ألا تتناقض مع القوانين الفلسطينية أو تلحق ضررا بالصالحة الوطنية العليا".

يقصد بمبدأ المعاملة بالمثل أن يعامل قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين بمثل ما يعامل به قرار التحكيم الصادر في فلسطين في ذلك البلد<sup>(1028)</sup>. ويترتب على ذلك أنه إذا كان قانون البلد الأجنبي يجيز للجهة التي تنظر في طلب تنفيذ قرار التحكيم الفلسطيني مراجعة موضوع النزاع الذي صدر فيه القرار، كان للجهة الفلسطينية التي تنظر في تنفيذ القرار الصادر في ذلك البلد القيام بالمثل<sup>(1029)</sup>. والعبارة بالمعاملة الفعلية وليست بالمعاملة الدبلوماسية، فلا يشترط وجود اتفاقية على المعاملة بالمثل، وإنما يكفي أن يكون القانون المعمول به في ذلك البلد يجيز تنفيذ قرارات التحكيم الفلسطينية.

(1028) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن: "الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل مؤداه وجوب معاملة الأحكام الأجنبية في مصر معاملة الأحكام المصرية في ذلك البلد الأجنبي الذي أصدر الحكم المراد تنفيذه في مصر...": نقض مصري، طعن رقم 231 لسنة 25 ق، جلسة 1969/5/6، ص 20، ص 717.

(1029) "بالنسبة للحكم المطلوب تنفيذه في مصر والصادر من محكمة الخرطوم العليا - قانون جمهورية السودان وكان يبين من ذلك الحكم أنه وإن لم يشتمل على أسباب إلا أنه قابل للتنفيذ في جمهورية السودان ومن ثم يمكن إصدار الأمر بتنفيذه في مصر إذا استوفيت باقي الشرائط الأخرى في هذا الخصوص، ولا يقدر في ذلك ما قضت به المادة 347 من قانون المرافعات السابق من وجوب اشتغال الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة ذلك أن الخطأ بهذا النص متعلق بالأحكام التي تصدر في مصر طالما أنه لم يثبت أن تبادل الأحكام بين الدوليتين يتطلب المراجعة...": نقض مصري، الطعن رقم 231 لسنة 35 ق، الجلسة 1969/5/6، مجموعة الأحكام ص 20.

وقضت محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد بأنه: "للمحاكم الأردنية أن ترفض الاستدعاء المقدم لها بطلب تنفيذ حكم أجنبي صادر من إحدى المحاكم في أية دولة لا يجيز قانونها تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم المملكة الأردنية وهو أمر جوازي لمحكمة الموضوع، تمارس فيه خيارها بلا معقب عليها من المصدر الأعلى إضافة إلى أنه ليس في أوراق الدعوى ما يشير إلى أن دولة الكويت لا تعترف بالأحكام الأردنية سيما أنها من الدول الموقعة على اتفاقية الرياض للتعاون القضائي"<sup>(1030)</sup>.

### الفرع الثاني: أن يكون قرار التحكيم نهائي حائزا لقوة الأمر المقضي به

مفاد هذا الشرط أن يكون قرار التحكيم الأجنبي قد أصبح حائزا على قوة الأمر المقضي به طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه، أو وفقا لقانون البلد الذي صدر بموجبه<sup>(1031)</sup>، بحيث يكون قد اكتسب الدرجة القطعية وغير قابل للطعن به. وقد أخذ قانون التحكيم الفلسطيني بهذا الشرط في المادة (2/49 و 3) حيث جعل عدم اكتساب القرار الدرجة القطعية أحد أسباب رفض تنفيذ قرار التحكيم<sup>(1032)</sup>، وجاء التأكيد على ذات الشرط في اللائحة التنفيذية وقانون التنفيذ أيضا<sup>(1033)</sup>. وقرار التحكيم الذي يحوز قوة الأمر المقضي به هو القرار النهائي الذي لا يجوز استئنافه أو الطعن به بأي طريق من طرق الطعن.

ويقع عبء إثبات عدم اكتساب قرار التحكيم الدرجة القطعية على عاتق المحكوم عليه، كإثبات أن القرار ما زال معروضا على المحكمة المختصة، أو أن مدة الطعن بالقرار لم تنتهي بعد وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه. وتقول محكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد: "... وحيث أن الحكم المطلوب اكسائه صيغة التنفيذ قد صدر وجاهايا وأن الشهادة المعطاة من قاضي التنفيذ في محكمة أبو ظبي الاتحادية تفيد أن الحكم اكتسب الدرجة القطعية وأصبح قابلا للتنفيذ فإن عبء إثبات عدم قابلية الحكم للتنفيذ كونه لم يكتسب الدرجة القطعية تقع على عاتق المحكوم عليه وفقا لحكم المادة (7/5) من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية، وطالما أن المحكوم عليه لم يقدم البينة على أن الحكم المطلوب تنفيذه لم يكتسب الدرجة القطعية فيكون هذان السببان غير واردين على القرار المميز"<sup>(1034)</sup>.

(1030) تميز حقوق أردني، رقم 96/975، مجلة نقابة المحامين، حزيران 1997، ص 2339.

(1031) المادة (2/37) من قانون التنفيذ. انظر مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 307.

(1032) انظر أيضا المادة (37/ب) من اتفاقية الرياض، والمادة (1/5) من اتفاقية نيويورك حول رفض تنفيذ قرار التحكيم.

(1033) جاء في المادة (76/ث) من اللائحة التنفيذية أنه: "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون: ث- قد اكتسب الدرجة النهائية في البلاد التي صدر فيها". وجاء في المادة (37/2) من قانون التنفيذ الفلسطيني على أنه: "1- لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق: 2- أن الحكم أو القرار أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي به طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته".

(1034) تميز أردني، رقم 99/221، مجلة نقابة المحامين، أيار- حزيران لسنة 2000، ص 1665.

## الفرع الثالث: عدم تعارض قرار التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية

تجيز المادة (49/4) من قانون التحكيم الفلسطيني للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ هذا القرار "4- إذا كانت إحدى محاكم فلسطين قد أصدرت حكما يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع". وقد نصت على هذا الشرط أيضا المادة (37/3) من قانون التنفيذ الفلسطيني والتي جاء فيها: "... الحكم أو القرار أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من محكمة فلسطينية".

ويلاحظ أن نص المادة السابقة من قانون التحكيم قد جاء بصيغة مطلقة، فلم يشترط أن يكون الحكم نهائيا وحائزا على قوة الأمر المقضي به. بالتالي فإننا نرى انطباق هذا النص على كل حكم قضائي أو قرار تحكيم صادر في فلسطين حتى لو لم يكن قد حاز على قوة الأمر المقضي به بعد، ما يحول دون تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي. كما يلاحظ أيضا أن نص المادة السابقة من قانون التنفيذ الفلسطيني قد جاء أوسع من نص قانون التحكيم من حيث أنه لم يقصر التعارض مع حكم صادر من محكمة فلسطينية إنما أيضا مع أي قرار أو أمر صادر في فلسطين.

ويقع عبء إثبات وجود هذين الحكمين ووجود التناقض بينهما على عاتق المحكوم عليه، وهذا يوجب على المحكمة المختصة بالمقابل التحقق من مدى صحة هذا الإدعاء قبل إكساء القرار صيغة التنفيذ.

والغاية من هذا الشرط هو احترام الأحكام والقرارات الفلسطينية، وأن قرار التحكيم الفلسطيني باعتباره قرارا وطنيا هو أولى بالتنفيذ من قرار التحكيم الأجنبي. كما أن السيادة توجب التضحية بقرار التحكيم الأجنبي لصالح الحكم القضائي أو قرار التحكيم الفلسطيني.

## الفرع الرابع: عدم تعارض القرار مع النظام العام

تنص المادة (48) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها والقوانين المعمول بها في فلسطين، يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في إحدى الحالتين التاليتين: 1- إذا كان القرار مخالفا للنظام العام في فلسطين. 2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين" (1035).

(1035) وقد اشترطت ذلك أيضا المادة (37/3) من قانون التنفيذ لإجازة تنفيذ الحكم القضائي أو قرار التحكيم الأجنبي بنصها: "... أن لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في فلسطين"، والمادة (76/ج) من اللائحة التنفيذية والتي جاء فيها: "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون... ج- قد تناول مسألة يصح إحالتها قانونيا للتحكيم بمقتضى قوانين فلسطين وأن لا يكون تنفيذه منافيا للنظام العام في فلسطين".

يتبين من هذا النص أن مخالفة النظام العام في فلسطين وعدم اتفاق قرار التحكيم مع الاتفاقيات الدولية المرتبطة بها فلسطين، يعدان سببين لرفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، وتستطيع المحكمة إثارتها ولو من تلقاء نفسها نظرا لتعلقهما بالمصلحة العامة.

ويتفق هذا التوجه مع المادة (5/2) من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بنصها على أنه: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها... ب- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد". وجاء في اتفاقية الرياض أيضا في المادة (37/هـ) أنه يجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم: "إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب لدى الطرف المتعاقد المطلوب إليه التنفيذ". وأضاف القانون النموذجي في المادة (63/1/ب) رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا كان ذلك يتعارض مع "السياسة العامة للدولة".

وتقدر مخالفة قرار التحكيم للاتفاقيات الدولية، في كل حالة على حده، لمعرفة ما إذا كان القرار يتعارض معها أم لا. أما الحالات التي تدخل ضمن مفهوم النظام العام والآداب العامة، فلا يمكن حصرها، بالتالي يجب الأخذ بالمفهوم الواسع للنظام العام، واعتبار قرار التحكيم الأجنبي مخالفا للنظام العام إذا كان ينطوي على مساس بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع في فلسطين، سواء كانت مبادئ سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، كمخالفة التشريعات الضريبية أو الجمارك والرسوم والطوابع وغيرها من المسائل<sup>(1036)</sup>. وإذا كان قرار التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه في فلسطين يتعارض في شق منه مع النظام العام، ولا يتعارض معه في الشق الآخر، فيتم رفض تنفيذ قرار التحكيم بقدر الجزء المتعارض مع النظام العام، ما دام بالإمكان فصل الجزء المتعارض مع النظام العام عن الجزء الآخر، أما إذا استحال الفصل بين هذين الشقين، فيتم رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي كله. وقد سارت في هذا الاتجاه، محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1990/5/21<sup>(1037)</sup>.

ومن التطبيقات العملية لرفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، ما قضت به محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها حيث رفضت الاعتراف بقرار التحكيم الصادر بشأن نزاع متعلق

(1036) ولكن يبدو أن فكرة النظام العام في إطار تنفيذ قرارات التحكيم لا تتطابق دائما مع فكرة النظام العام بوجه عام، فقد جاء في أحد قرارات محكمة استئناف القدس بشأن تنفيذ قرار تحكيم داخلي، أنه: "ما دام أن المستأنف عليه قد تبلغ قرار التحكيم ووجود إقرار خطي بذلك، ولم يتقدم بطعن ضد هذا القرار وبالتالي لم يعد هناك مجالاً للطعن بهذا القرار والذي أضحي قراراً نافذاً أو مكتسب الصيغة التنفيذية قانوناً، وأن ما ذهب إليه محكمة الدرجة الأولى بأن الحصاص والأراضي موضوع التحكيم مسجلة في الطابو وأراضي أميرية ويعتبر التعامل بها مخالف للنظام العام غير وارد إلا إذا كانت مسجلة بموجب أعمال التسوية بموجب القانون رقم 40 لسنة 1952 وهذه السجلات تستند إلى سجلات العهد العثماني... وبالتالي لم يعد هناك بحث في هذا الموضوع طالما توصلنا إلى أن هناك خصومة متوافرة. وأن محكمة الدرجة الأولى مقيدة بقانون التحكيم وهو قانون خاص طالما لم يقدم المستأنف عليه اعتراض ضمن المدة القانونية المنصوص عليها قانوناً. وعلى ضوء ما تقدم وسندا لما بيناه وحيث تبين أن مدة الطعن قد انتهت ولا مجال سوى التصديق على قرار التحكيم": محكمة استئناف القدس رقم 2008/400، والصادر بتاريخ 2010/5/24، المقضي.

(1037) نقض مصري، طعن رقم 815 سنة 52 ق، جلسة 1990/5/12.



بالوكالات التجارية على أساس أنه يتعارض مع السياسة العامة للمملكة في مجال الوكالات التجارية والهادفة إلى حماية المواطن وتأكيد السيادة الوطنية<sup>(1038)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود من مخالفة قرار التحكيم للنظام العام في إطار تنفيذ قرارات التحكيم هو النظام العام الداخلي، أي الفلسطيني، وليس النظام العام الدولي. ولكن توجد بعض الحالات التي تدخل ضمن مفهومي النظام العام الداخلي والدولي على حد سواء، كبيع المخدرات، ورشوة المحكمين. وتدخل ضمن مفهوم النظام العام الدولي مجموعة المبادئ والأسس التي تشترك فيها معظم الأنظمة القانونية، والمبادئ التي يكون مصدرها التعامل الدولي، وما أقرته الأحكام القضائية وأحكام المحكمين من قواعد وآداب في إطار معاملات التجارة الدولية.

واحترام النظام العام هو شرط لتنفيذ جميع قرارات التحكيم الأجنبية والوطنية على حد سواء. فقد جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية الصادر بتاريخ 2010/1/10 المتعلق بطلب التصديق على قرار تحكيم وتنفيذه بشأن أراضي مسجلة في دائرة الطابو، وانعدام صفة الوكيل الدوري في النزاع المتعلق بتنفيذ وكالة دورية انقضت مدة تنفيذها مما جعلها منعدمة<sup>(1039)</sup>.

(1038) تمييز حقوق أردني، رقم 91/47، بتاريخ 1991/8/28، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، ص 193-199.

(1039) نقض مدني فلسطيني رام الله، رقم 2009/266، بتاريخ 2010/1/20، المقتضى. ونظرا لأهمية هذه القضية، فإننا نورد ملخصا لوقائعها: - تقدم المحكوم له بطلب إلى محكمة بداية بيت لحم لتصديق قرار محكم بتاريخ 2007/6/2 سندا لاتفاق تحكيم منظم بين الأطراف. - بالتدقيق في اتفاق التحكيم وكامل المستندات التي استند إليها المحكم عند نظره النزاع، وجدت المحكمة عدم وجود خصومة بين المستدعي والمستدعى ضده بصفته الواردة في اتفاق التحكيم وفي الدعوى، لذلك قررت عدم التصديق على قرار التحكيم وبالتالي فسخه وإلزام المستدعي بالرسوم والمصاريف. - طعن المستدعي بحكم محكمة بداية بيت لحم أمام محكمة استئناف رام الله بتاريخ 2008/5/11، حيث قررت المحكمة "أنه لدى النظر في دعوى التصديق على قرار المحكم فإن محكمة الموضوع تكون مقيدة بما ورد في قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000 ولا يجوز لها رفض التصديق على قرار التحكيم إلا للأسباب الواردة في المادة 43 منه، وأن المحكمة لا تملك من تلقاء نفسها مناقشة المستندات التي استند إليها المحكم في إصدار قراره، وأن قرار التحكيم قد صدر بذات الصفات التي لجأ إليها الخصوم بمشاركة التحكيم للمحكم، وهي ذات الصفة التي لجأ بها المستأنف لمحكمة الموضوع، لذلك قررت قبول الاستئناف وإلغاء القرار المستأنف وإعادة الأوراق إلى محكمة الموضوع لإصدار قرارها المقتضى. - بتاريخ 2008/10/22 قررت محكمة البداية أن الأراضي/الحصص العقارية موضوع قرار التحكيم هي تابعة لأراض مسجلة لدى دائرة الطابو وبالتالي لا يسري عليها التصرف كما ورد في قرار التحكيم، وأن البيع خارج الموقع الرسمي باطل بحكم القانون، وأن هذا الأمر يتعلق بالنظام العام وتملك المحكمة المطروح أمامها تصديق قرار التحكيم إثارة من تلقاء نفسها، لذلك ولأن قرار التحكيم قد فصل في نزاع خلافا للنظام العام والقوانين السارية المفعول في فلسطين وخلافا لأحكام المادة 4 من قانون التحكيم قررت المحكمة عدم التصديق على قرار التحكيم وبالتالي فسخه، الأمر الذي لم يقبل به الطاعن فطعن فيه مرة أخرى لدى محكمة استئناف القدس. وبالتدقيق في الوكالات الدورية التي استند إليها المحكم في إصدار قراره وجدت محكمة الاستئناف أن المستأنف عليه هو الوكيل الدوري في تلك الوكالات، وأن الفترة الزمنية ما بين تنظيم تلك الوكالات الدورية وما بين طلب التحكيم وصدر قرار المحكم تزيد عن خمسة عشر عاما، ولذلك تعتبر ملغاة لعدم تنفيذها لدى دائرة التسجيل خلال هذه المدة، وبالتالي فإن الوكيل الدوري المستأنف عليه ليس له صفة ولا يكون خصما للمستأنف في موضوع الدعوى أو التحكيم الذي تم بالاستناد لهذه الوكالات الدورية وإنما موضوعا الأمر الذي لم يقبل به الطاعن فطعن فيه بالنقض للأسباب الآنف ذكرها... وفي الموضوع، وبالنسبة للسبب الثالث من أسباب الطعن المتعلق بالخصومة، ولما كانت محكمة الاستئناف قد قررت... صحة الخصومة بين طرفي اتفاق التحكيم وقبلت الاستئناف واعادت الأوراق لمحكمة الموضوع لإصدار قرارها المقتضى، فإنها تكون بذلك قد فصلت في موضوع الخصومة بقرار قطعي، ولا يجوز لها أن تبحث في صحة الخصومة مرة أخرى

## الفرع الخامس: اختصاص محكمة التحكيم التي أصدرته وعدم اختصاص المحاكم الفلسطينية

نصت المادة (37/1) من قانون التنفيذ الفلسطيني على أنه: "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يلي: 1- أن محاكم دولة فلسطين غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو القرار أو الأمر، وأن المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها". ويتفق هذا الحكم مع ما جاء في المادة (25/7) من اتفاقية الرياض وذلك بنصها على أنه: "يعترف كل من الأطراف المتعاقدة بالأحكام الصادرة من محاكم أي طرف متعاقد... وذلك إذا كانت محاكم الطرف المتعاقد التي أصدرت الحكم مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي".

والواقع أنه يصعب تطبيق هذين النصين على قرارات التحكيم، لأن المحكم يستمد مهمته من اتفاق التحكيم وليس من القانون فيما يتعلق بقواعد الاختصاص القضائي الدولي، ولكن قد يكون ذلك ممكناً إذا تعرض قرار التحكيم للطعن به في بلد صدوره.

أما عن عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية، فقد اشترطت المادة (37) من قانون التنفيذ على وجوب التأكد من عدم اختصاص المحاكم الفلسطينية وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها القرار الأجنبي المطلوب تنفيذه في فلسطين. والمقصود من هذا النص هو أن يكون هناك اختصاص حصري للمحاكم الفلسطينية بنظر النزاع موضوع قرار التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه، واعتبار هذا الإختصاص متعلقاً بالنظام العام، كالاختصاص القضائي الحصري للمحاكم الفلسطينية بنظر المنازعات الخاضعة لقانون تسوية الأراضي والمياه لعام 1952.<sup>(1040)</sup> وبالتالي لا يكفي مجرد توافر الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفلسطينية لتقرير رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، إنما يجب أن يكون هذا الاختصاص اختصاصاً حصرياً للمحاكم الفلسطينية، أما إذا كان هذا الاختصاص مشتركاً بين المحاكم الفلسطينية ومحاكم الدولة الأجنبية التي صدر قرار التحكيم على أراضيها، فيجوز عندها الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي رغم اختصاص المحاكم الفلسطينية؛ لأن هذا الاختصاص هو اختصاص مشترك وليس حصري. إضافة إلى ذلك، فإن شرط عدم الاختصاص الحصري

وتقرر رد الاستئناف لعدم صحة الخصومة... تقرر المحكمة قبول الطعن موضوعاً ونقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأوراق لمرجعها لإجراء المقتضى القانوني في ضوء ما بيناه.

(1040) جاء في قانون تسوية الأراضي والمياه رقم 40 لسنة 1952 وتعديلاته في الفقرة الأولى من المادة (13) أنه: "تختص صلاحية سماع الاعتراضات على جدول الحقوق والبت فيها لمحكمة تسوية الأراضي والمياه والتي تسمى فيما بعد (محكمة التسوية)..."، فاختصاص المحكمة الفلسطينية في هذا النص هو اختصاص حصري. ومثال آخر، ما جاء في المادة (195) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964 والتي تنص: "إن محكمة بداية محل المركز الرئيسي للشركة المساهمة هي المختصة بنظر دعوى التصفية أو أي طلب ينشأ عن أعمال التصفية بمقتضى هذا الفصل العاشر".

للمحاكم الفلسطينية لا يمكن إعماله في الحالة التي يجيز فيها قانون التحكيم الفلسطيني التحكيم في المسألة محل النزاع، لأن إجازة التحكيم في هذه المسألة ينفي الاختصاص الحصري للمحاكم الفلسطينية.

أما تحديد الاختصاص القضائي للدولة التي صدر قرار التحكيم على أراضيها والمراد تنفيذه في فلسطين، فيتم بالرجوع إلى قانون تلك الدولة ذاتها، لأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد منفردة الجانب، بحيث أن كل دولة تتولى تحديد المنازعات التي تختص محاكمها بنظرها، ولكنها لا تتدخل في تحديد الاختصاص القضائي للدول الأخرى، لأنه أمر مرتبط بسيادة كل دولة. وتقول محكمة النقض المصرية في هذا الصدد: "... يشترط لتنفيذ الحكم أو الأمر الأجنبي أن تكون المحكمة التي أصدرته مختصة بإصداره وأن تحديد هذا الاختصاص يكون وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم وأن العبرة في ذلك بقواعد الاختصاص القضائي الدولي دون تدخل من جانب المحكمة المطلوب منها إصدار الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي وفقا لقواعد الاختصاص القضائي الداخلي للتحقق من أن المحكمة التي أصدرته كانت مختصة نوعيا أو محليا بالفصل في النزاع..."<sup>(1041)</sup>.

### الفرع السادس: أن يكون النزاع الصادر فيه قرار التحكيم قابلا للتسوية بطريق التحكيم

نصت على هذا الشرط المادة (76/ج) من اللائحة التنفيذية، حيث جاء فيها أنه: "يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في فلسطين أن يكون ج- قد تناول مسألة يصح إحالتها قانونيا للتحكيم بمقتضى قوانين فلسطين"<sup>(1042)</sup>. وتسير في ذات الاتجاه أيضا المادة (5/2) من اتفاقية نيويورك والتي نصت على أنه: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ- أن قانون البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم". وقد أخذت به أيضا اتفاقية الرياض في المادة (37/أ) والتي أجازت للجهة القضائية المختصة أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي "أ- إذا كان قانون الطرف المتعاقد المطلوب إليه الاعتراف أو تنفيذ الحكم لا يجيز حل الموضوع عن طريق التحكيم".

ومبرر هذا الشرط لإجازة تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، هو أنه طالما كانت المسألة لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم في فلسطين، فمن باب أولى رفض تنفيذ قرار التحكيم الذي صدر

(1041) نقض مصري، الطعن رقم 231 لسنة 35 ق، الجلسة 1969/5/6، مجموعة الأحكام س 20.

(1042) وتنص على هذا الشرط أيضا المادة (37) من قانون التنفيذ الفلسطيني، والتي أوردت أن النصوص الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الأجنبية الواردة فيه (المادتين 36 و 37) تنطبق على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، شريطة أن يكون الحكم صادرا في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقا لأحكام قانون التحكيم الفلسطيني. وكذلك المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني، التي اشترطت أن تكون المسألة محل النزاع قابلة للتسوية بطريق التحكيم.

في بلد أجنبي في مسألة لا يجوز فيها التحكيم. فمن غير المعقول قبول تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في دولة، بشأن مسألة تمنع هي نفسها تسويتها بطريق التحكيم.

ومن الأمثلة العملية على رفض تنفيذ قرار تحكيم أجنبي في بلد التنفيذ بشأن مسألة لا يجوز فيها التحكيم، ما قضت به محكمة التمييز الأردنية بشأن قرار تحكيم صادر استناداً لمشاركة تحكيم متعلقة بعقد نقل بحري، حيث رفضت تنفيذ هذا القرار لأن القانون الأردني الخاص بالتجارة البحرية رقم 35 لسنة 1983 ينص على بطلان أي شرط أو اتفاق ينزع اختصاص المحاكم الأردنية من نظر الخلافات الناشئة عن النقل البحري، وبذلك يكون قرار التحكيم المتعلق بالنقل البحري من المسائل التي لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم في الأردن<sup>(1043)</sup>.

ويجوز للقاضي أن يحكم بعدم تنفيذ قرار التحكيم لعدم جواز تسوية النزاع بطريق التحكيم من تلقاء نفسه دون توقف ذلك على طلب الخصوم.

### المطلب الثاني: إجراءات تنفيذ قرار التحكيم

تنص المادة (38) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم 23 لسنة 2005 على أنه: "تسري أحكام المادتين (36 و37) على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي شريطة أن يكون الحكم صادراً في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً لأحكام قانون التحكيم الفلسطيني المعمول به". ونصت المادة (36/2) من ذات القانون على أنه: "يطلب الأمر بتنفيذ الأحكام والقرارات والأوامر الصادرة في بلد أجنبي بدعوى تقدم أمام محكمة البداية التي يراد التنفيذ في دائرتها على أن تكون تلك الأحكام والقرارات والأوامر مصدقة من الجهات المختصة حسب الأصول".

وتختلف الجهة المختصة بالاعتراف وإصدار الأمر بتنفيذ قرار التحكيم بحسب نوع التحكيم: فهذه المحكمة وفق نص المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني، هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم محلياً، وإذا كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين، فالمحكمة المختصة هي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، أما إذا كان التحكيم أجنبياً، فإن المحكمة المختصة بتسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت لها في غزة، واختصاص محكمة البداية في الحالة الأخيرة هو اختصاص نوعي أياً كانت قيمة القرار المراد تنفيذه.

ويقدم طلب الاعتراف والأمر بتنفيذ قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة في فلسطين على شكل دعوى وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعاوى. واشترطت المادة (50) من قانون التحكيم الفلسطيني على طالب تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة: قرار التحكيم

(1043) تمييز حقوق أردني، رقم 85/496، بتاريخ 1985/9/9، مجلة نقابة المحامين، العددان 11-12، تشرين الثاني - كانون الأول 1987، ص 1919.

الأجنبي مصدقا عليه من المعتمد السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد، وأن يكون القرار مترجما إلى اللغة العربية من مترجم معتمد لدى جهات الاختصاص، ومصدق على صحة توقيع المترجم المعتمد السياسي أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل، وأن يكون القرار مترجما بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني<sup>(1044)</sup>.

وجاء في المادة (3) من اتفاقية نيويورك أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقا لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقا للشروط المنصوص عليها في المواد التالية. ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام هذه الاتفاقية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعا من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين". كما فرضت المادة (4) من اتفاقية نيويورك على طالب التنفيذ بأن يرفق الأصل الرسمي لقرار التحكيم أو صورته الرسمية التي تحوي جميع بيانات القرار، وترجمة رسمية لقرار التحكيم، واتفاق التحكيم بلغة الدولة المراد إجراء التنفيذ فيها.

أما ميعاد تقديم طلب تنفيذ القرار، فحسب المادة (45/1) من قانون التحكيم الفلسطيني، لا يجوز تقديم طلب تصديق حكم التحكيم واكسابه الصيغة التنفيذية إلا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن فيه<sup>(1045)</sup>.

(1044) ويتعين وفق المادة (37) من اتفاقية الرياض على الجهة التي تطلب الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه أن تقدم صورة معتمدة من الحكم مصحوبة بشهادة من الجهة القضائية في بلد صدوره تفيد قابلية القرار للتنفيذ فيه، وصورة معتمدة من اتفاق التحكيم. وبينت المادة (34) من ذات الاتفاقية المستندات الخاصة بطلب التنفيذ، حيث جاء فيها: "يجب على الجهة التي تطلب الاعتراف بالحكم لدى أي من الأطراف المتعاقدة الأخرى تقديم ما يلي: أ- صورة كاملة رسمية من الحكم مصدقا على التوقيعات فيها من الجهة المختصة. ب- شهادة بأن الحكم أصبح نهائيا وحائزا لقوة الأمر المقضي به ما لم يكن ذلك منصوصا عليه في الحكم ذاته. ج- صورة من مستند تبليغ الحكم مصدقا عليها بمطابقتها للأصل أو أي مستند آخر من شأنه إثبات إعلان المدعى عليه إعلانا صحيحا بالدعوى الصادر فيها الحكم وذلك في حالة الحكم الغيابي. وفي حالة طلب تنفيذ الحكم يضاف إلى الوثائق المذكورة أعلاه صورة مصدقة من الحكم القاضي بوجوب التنفيذ ويجب أن تكون المستندات المبينة في هذه المادة موقعا عليها رسميا بخاتم المحكمة المختصة دون حاجة إلى التصديق عليها من أية جهة أخرى، باستثناء المستند المنصوص عليه في البند (أ) من هذه المادة".

(1045) جاء في قرار محكمة النقض الفلسطينية أنه: "يجوز الطعن في قرار التحكيم خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ صدوره إن كان وجاهيا وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه، ولا يجوز تقديم طلب تصديق قرار التحكيم إلا بعد انقضاء هذه المدة، ويكون قرار التصديق الصادر غير قابل للطعن وذلك عملا بالمادة 44 و 45 من قانون التحكيم لسنة 2000: نقض مدني رام الله، رقم 2009/241، بتاريخ 2009/10/25، المقتضي. انظر من المادة 53/أ من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 أن طلب تنفيذ حكم التحكيم لا يقبل إذا لم يكن موعدا رفع دعوى بطلان الحكم قد أنقضى"، وتمييز حقوق أردني، رقم 2007/2140، منشورات مركز عدالة: يستفاد أردني رقم 2005/10، هيئة عامة. وتمييز حقوق المادتين 44 و 45 من قانون التحكيم لسنة 2000 فإنه يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ صدوره إن كان وجاهيا وإلا من اليوم التالي لتبليغه، وإن انقضت هذه المدة دون طعن تصدر المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الأطراف قرارا بتصديق قرار التحكيم واكسابه الصيغة التنفيذية،

ولم يحدد المشرع الفلسطيني ميعادا يمنع بانقضائه تقديم طلب الأمر بالتنفيذ؛ حيث يكون للخصوم الحق في تقديم هذا الطلب طالما ظل الحق الذي صدر به القرار قائما لم يسقط.

ويجب على المحكمة المختصة التي يطلب منها الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن تتأكد من تحقق مبدأ المعاملة بالمثل<sup>(1046)</sup>، والتحقق من توافر الشروط التي تطلبها القانون ومن عدم مخالفة قرار التحكيم للنظام العام والاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها<sup>(1047)</sup>. وتتأكد كذلك من صفة مقدم طلب المصادقة وتنفيذ قرار التحكيم، وفي ذلك تقول محكمة استئناف رام الله: "إن عدم تخويل الوكيل العام حق إحالة النزاع إلى التحكيم يجعل الدعوى المقدمة لتصديق قرار التحكيم مقدمة من غير ذي صفة مما يتوجب ردها... الخصومة من النظام العام تستطيع المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها"<sup>(1048)</sup>.

ويجري تبليغ المحكوم عليه نسخة من الأمر بالتنفيذ ومرفقاته حسب الأصول<sup>(1049)</sup>. ويجوز للمحكوم عليه متى تبلغ الأمر بالتنفيذ وفقاً للأصول أن يقدم رده إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه، ويبليغ المحكوم له نسخة من هذا الرد حسب الأصول<sup>(1050)</sup>.

وتتظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ بحضور طالب التنفيذ (المحكوم له)، فإذا تأكدت من توافر الشروط التي يتطلبها القانون لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، فإنها تأمر بتنفيذه، أما إذا تحققت من عدم تحققها فإن ترفض التنفيذ<sup>(1051)</sup>. ويمكن للمحكمة أن تأمر

ويكون قرار المحكمة نهائياً وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام القضائية: استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 2001/735، بتاريخ 2001/9/29، المقتضي. وقضت محكمة النقض الفلسطينية أيضاً: فإذا انتهت هذه المدة (مدة الطعن) فإن قرار المحكمة المختصة القاضي بالمصادقة على قرار التحكيم وإكسابه الصيغة التنفيذية يغدو حكماً نهائياً بمعنى قطعي لا يقبل الطعن وفق صريح المادة 45/1 من قانون التحكيم: "نقض فلسطيني في رام الله رقم 2010/409، بتاريخ 2010/11/23، المقتضي.

(1046) المادة (1/36) من قانون التنفيذ.

(1047) المادة (77) من اللائحة التنفيذية

(1048) استئناف مدني رام الله، دعوى رقم 1999/70، بتاريخ 1999/9/11، المقتضي.

(1049) المادة (51) من قانون التحكيم.

(1050) المادة (52) من قانون التحكيم.

(1051) ويقول البعض بأنه إذا توافرت الشروط المتعلقة بتنفيذ قرار التحكيم، فإن للمحكمة مطلق السلطة التقديرية في منح أو عدم منح الأمر بالتنفيذ لقرار التحكيم الأجنبي في فلسطين، رائد عبد الحميد، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005، ط1، 2008، ص 137. وقد أجاز قانون التحكيم الفلسطيني للمحكمة المختصة رفض تنفيذ قرار التحكيم في عدة حالات، وهي تقسم إلى قسمين: قسم تستطيع المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي وذلك وفق نص المادة (48) من قانون التحكيم في حالتين هما: 1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. 2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين. وقسم آخر يجيز للمحكمة أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي بناء على طلب يتقدم به المحكوم عليه للمحكمة المختصة يطلب منها الأمر بعدم تنفيذ قرار التحكيم، وهي وفق نص المادة (49) من قانون التحكيم: 1- إذا أثبت للمحكمة توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة (43) من قانون التحكيم وهي الحالات التي يجوز فيها الطعن بفسخ قرار التحكيم. 2- إذا أثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه. 3- إذا أثبت المحكوم عليه أن القرار

بتنفيذ قرار التحكيم جزئياً. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه: "... ليس في القانون ما يمنع من تنفيذ أي جزء من أجزاء الحكم الأجنبي إذا لم يكن هناك ما يبرر رفض طلب التنفيذ، ولا يرد القول بعدم جواز إعطاء الحكم برمته صيغة التنفيذ بحجة أن المحكمة لا تملك الحق بتعديل الحكم أو تجزئته".

ورقابة المحكمة المختصة بالمصادقة على قرار التحكيم وتنفيذه هي رقابة فعلية، وليست مجرد رقابة مادية، وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا المصرية أن: "الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضي المختص وفقاً لأحكام قانون التحكيم لا يعد مجرد إجراء مادي بحت يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع وأن لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية وأنه تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً ومن ثم فإنه وقد أجاز النص الطعين لأحد أطراف الخصومة التظلم من الأمر الصادر برفض التنفيذ بات حتماً تقرير ذات الحق للطرف الآخر بالتظلم من الأمر الصادر بالتنفيذ إذا تبين له أن هذا الأمر قد صدر دون التحقق من توافره على الضوابط السابق الإشارة إليها"<sup>(1052)</sup>.

ولكن المحكمة المختصة بالمصادقة على قرار التحكيم وتنفيذه لا يمكنها إدخال أي شخص لم يكن طرفاً في صك التحكيم، وهو ما قضت به محكمة استئناف القدس بقولها: "... أن هذه الدعوى أو الاستدعاء المقدم لتصديق قرار محكم لا يعطي أساساً الحق للمحكمة بإدخال أي جهة ليست طرفاً أصلاً في صك التحكيم حتى يصار لبحث موضوع الطلب وبالتالي فإن أسباب الاستئناف التي ساقها وكيل المستأنف لم تكن مبنية على أساس قانوني سليم ومخالفة للواقع والقانون والمنطق وغير مقبولة أمام المحكمة وأن الطلب من أساسه مرفوض بصورة قانونية لأن النصوص التي أوردها وكيل المستأنف ليس لها علاقة بطلبه لا قريب ولا من بعيد"<sup>(1053)</sup>. كما أنه لا يحق للقاضي عند الأمر بالتنفيذ التحقق من عدالته أو صحة ما قضى به قرار التحكيم في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد<sup>(1054)</sup>.

المراد تنفيذه قد أستؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه بعد فعلى المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف. 4 - إذا كانت محاكم فلسطين قد أصدرت حكماً يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع ولذات السبب. انظر ما ورد أدناه بخصوص رفض تنفيذ قرار التحكيم.

(1052) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم 92 لسنة 21 قضائية دستورية، جلسة 2001/1/6.

(1053) قرار محكمة استئناف القدس رقم 2010/191، بتاريخ 2010/12/23، المقتضي.

(1054) نقض مصري، الطعن رقم 2660، لسنة 59 ق، جلسة 1996/3/27، مجلة الأحكام، س 47، ج 1، ق 107، ص 588؛ نفس المحكمة، طعن رقم 10350 لسنة 65 ق، جلسة 1999/3/1.

وبينت المادة (53) من قانون التحكيم أنه يجوز استئناف قرار المحكمة الصادر بأمر تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، أو رفض تنفيذه، وذلك خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدوره إذا كان وجاهياً، وإلا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه إذا كان غيبياً. وتسري على هذا الاستئناف القواعد المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها. وبالرجوع إلى قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية، فإنه يترتب على تقديم الاستئناف وقف تنفيذ الحكم والقرار المستأنف لحين الفصل فيه، وإذا أُلغى الحكم المستأنف، تُلغى إجراءات التنفيذ التي تمت.

### المطلب الثالث: رفض تنفيذ قرار التحكيم

إذا كان الأصل هو قبول تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية متى توافرت شروط الأمر بالتنفيذ<sup>(1055)</sup>، إلا أنه استثناء من هذا الأصل، فقد بين قانون التحكيم الفلسطيني الحالات التي يجوز فيها رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر<sup>(1056)</sup>. وتقسم هذه الحالات إلى قسمين: قسم تستطيع المحكمة ولو من تلقاء نفسها أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي وذلك وفق نص المادة (48) من قانون التحكيم في حالتين هما: 1- إذا كان القرار مخالفاً للنظام العام في فلسطين. 2- إذا كان القرار لا يتفق والمعاهدات والاتفاقيات الدولية المعمول بها في فلسطين. ويضاف إلى هاتين الحالتين الحالة التي يأتي فيها قرار التحكيم في مسألة لا تجوز تسويتها بطريق التحكيم. وقسم آخر يجيز للمحكمة أن ترفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي بناء على طلب يتقدم به المحكوم عليه للمحكمة المختصة بطلب منها أن تأمر بعدم تنفيذ قرار التحكيم، وهذه الحالات أوردتها المادة (49) من قانون التحكيم وهي:

(1055) تقول محكمة استئناف القاهرة بصدد تطبيق اتفاقية نيويورك: "حظرت المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على الدول المتعاقدة رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو رفض تنفيذه، إلا إذا قدم المحكوم عليه الدليل على أن الحكم المطلوب الاعتراف به أو تنفيذه لم يصبح ملزماً للخصوم أو أُلغته أو أوقفته السلطة المختصة في الدولة التي صدر الحكم على إقليمها أو طبقاً لقوانينها. بالتالي فإن الاختصاص بدعاوى البطلان ضد تلك الأحكام يكون مقصوراً على اختصاص محاكم الدولة التي صدر الحكم على إقليمها دون غيرها بنظر بطلانه. أما محاكم الدول الأخرى فليس لها أن تعيد النظر في ذلك الحكم من حيث صحته أو بطلانه، وليس لها أن تراجع قضاءه في موضوع النزاع، وكل ما لها إن طلب منها الاعتراف به أو تنفيذه أن ترفض ذلك استناداً إلى الأسباب التي تجيز لها ذلك في القانون المعمول به في إقليمها أو للأسباب الواردة في الاتفاقية، دون أن يكون لمثل هذا الرفض أي أثر على حجية الحكم موضوع الطلب": استئناف القاهرة، د 91 تجاري، دعوى رقم 12 لسنة 123 ق تحكيم، جلسة 2006/6/28.

(1056) وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية أن: "نص المادتين الأولى والثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية مفاده اعتراف كل دولة منضمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية، والتزامها بتنفيذها طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة فيها، ما لم يثبت المحكوم ضده توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة (1/5) من الاتفاقية أو تبين لقاضي التنفيذ أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام": نقض مصري، طعن رقم 2994 لسنة 75، جلسة 1990/7/16، المكتب الفني، ج 2، ص 434. وجاء أيضاً في قرار محكمة التمييز الأردنية أن: "... المادة السابعة من قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية قد عدت على سبيل الحصر التي يجوز معها للمحكمة رفض طلب تنفيذ حكم أجنبي، وليس من بينها مراقبة تطبيق مشاركة التحكيم": تمييز حقوق أردني، رقم 2001/3048، بتاريخ 2002/1/21، منشورات مركز عدالة.



1- إذا أثبت للمحكمة توافر سبب من الأسباب الواردة في المادة (43) من قانون التحكيم وهي الحالات التي يجوز فيها الطعن بفسخ قرار التحكيم. 2- إذا أثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه. 3- إذا أثبت المحكوم عليه أن القرار المراد تنفيذه قد أستؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه بعد فعلى المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف. 4- إذا كانت محاكم فلسطين قد أصدرت حكما يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

وتتفق معظم الحالات السابقة، مع الحالات الواردة في اتفاقية نيويورك والتي تجيز في حال توافر إحداها رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي. وتقول محكمة النقض المصرية بهذا الصدد أن: "4- نص المادتين الأولى والثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ومفادها اعتراف كل دولة منضمة بحجية أحكام التحكيم الأجنبية والتزامها بتنفيذها طبقا لقواعد المرافعات المتبعة فيها ما لم يثبت المحكوم ضده في دعوى تنفيذ حكم التحكيم توافر إحدى الحالات الخمس الواردة على سبيل الحصر في المادة 5/1 من الاتفاقية أو يتبين لقاضي التنفيذ أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم أو أن تنفيذ الحكم يخالف النظام العام"<sup>(1057)</sup>.

وما دنا قد تناولنا الحالات التي تستطيع فيها المحكمة المختصة رفض تنفيذ قرار التحكيم ولو من تلقاء نفسها، وهي حالة مخالفة النظام العام في فلسطين وحالة مخالفة الاتفاقيات التي تكون فلسطين طرفا فيها، وحالة كون المسألة غير قابلة للتحكيم، فإننا نكتفي في هذا الصدد بما أوردناه أعلاه. وعليه، فإننا نقصر دراستنا في هذا المقام على حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم بناء على طلب المحكوم عليه.

### الفرع الأول: انعدام أهلية الأطراف

يجيز قانون التحكيم الفلسطيني للمحكوم عليه في قرار التحكيم الأجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ قرار التحكيم، إذا أثبت للمحكمة أن أحد أطراف التحكيم كان فاقدا الأهلية أو ناقصا لها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته ما لم يكن ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا<sup>(1058)</sup>.

وتتفق هذه الحالة من حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، مع ما أوردهته المادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي أجازت للدول المنضمة إليها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ الدليل على

(1057) نقص مصري، الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق - جلسة 1996/3/27، مج س 47 ج 1 ق 107 ص 558.

(1058) انظر المادة (49) من قانون التحكيم والتي أحالت إلى المادة (43) من نفس القانون.

أن أطراف اتفاق التحكيم كانوا عديمي الأهلية طبقا للقانون الواجب التطبيق عليهم" (1059). وهو ذات التوجه الذي أخذت به المادة (30/ج) من اتفاقية الرياض والتي أجازت بدورها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بسبب عدم الأهلية أو نقصانها ما لم يكن الشخص ممثلا تمثيلا قانونيا صحيحا.

### الفرع الثاني: عدم صحة اتفاق التحكيم

أجازت المادة (43/4) من قانون التحكيم الفلسطيني رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو سقط بانتهاء مدته. وقد أجازت المادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك للدول الأعضاء رفض الاعتراف وتنفيذ قرار التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم "غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

وتشمل هذه الحالة من حالات رفض الاعتراف بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي جميع صور بطلان اتفاق التحكيم وسقوطه، سواء كانت راجعة إلى عدم احترام الشروط التي يتطلبها القانون لصحة اتفاق التحكيم، أو تعلقت بعدم القابلية للتحكيم في المسألة محل النزاع. كما تشمل من باب أولى حالة انعدام اتفاق التحكيم مطلقا.

ويقع عبء إثبات انعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه بانقضاء مدته على عاتق المحكوم عليه، على أساس أنه هو الملزم بالتنفيذ ويضار من ذلك. وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أن: "حكم المحكمين الأجنبي المطلوب تنفيذه في دولة القاضي يفترض صدوره استنادا إلى اتفاق تحكيم توافرت له مقومات وجوده وصحته، ويقع على عاتق من يطلب تنفيذ الحكم ضده عبء إثبات انعدام هذا الاتفاق أو عدم صحته، ويتم الرجوع في التحقق من وجود وصحة اتفاق التحكيم - عدا أهلية الأطراف - إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاقهم على التحكيم أو ليحكم العقد الأصلي الوارد اتفاق التحكيم في إطاره أو إلى قانون البلد الذي صدر فيه الحكم عند عدم وجود هذا الاختيار" (1060).

### الفرع الثالث: عدم احترام حقوق الدفاع للخصم وعدم إبلاغه بإجراءات التحكيم

يجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي إذا قدم المحكوم عليه دليلا على أنه لم يعلن إعلانا صحيحا بحضور جلسات التحكيم أو بإجراءات التحكيم أو استحاله عليه لسبب أو لآخر تقديم

(1059) وحسب نص المادة (1/5/أ) من اتفاقية نيويورك فقد أشارت إلى أن القانون الواجب التطبيق على أهلية الشخص الطبيعي هو القانون الشخصي للشخص الذي تار الشك حول أهليته بأن كان ناقص الأهلية بسبب السن أو بسبب أحد عوارض الأهلية.

(1060) نقض مصري، الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق - جلسة 1996/3/27، مجس 47 ج 1 ق 107 ص 558.

دفاعه. ويشمل هذا النص حالة انتهاك الحقوق الأساسية للتقاضي، خصوصا حق الدفاع ومبدأ المواجهة وقاعدة المساواة بين الخصوم. إذ يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهم الفرصة الكاملة لعرض قضية والدفاع عنها<sup>(1061)</sup>، وأن يتقيد المحكم والأطراف باحترام مبدأ المواجهة، فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقيم حكمها إلا استنادا إلى الوقائع والمستندات والأدلة التي قدمها الأطراف ونوقشت وجاهة أمامها، وعدم الاستناد في الحكم على المعلومات الشخصية للمحكم.

وقد بينت اتفاقية نيويورك في المادة (1/5/ب) أنه يجوز للدولة المطلوب منها الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على أراضيها أن ترفض ذلك إذا قدم الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه الدليل على أنه "لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه". وتقول محكمة النقض المصرية بخصوص تطبيق هذا النص، إن "ما اشترطته المادة 5/1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 من وجوب تقديم الدليل على عدم إعلان المحكوم ضده بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه استحال عليه لسبب آخر تقديم دفاعه كشرط لرفض تنفيذ الحكم الأجنبي يعد من قواعد المرافعات خضوع المسائل المتعلقة بالمرافعات لقانون البلد الذي تقام فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات..."<sup>(1062)</sup>.

وجاءت اتفاقية الرياض بحكم مماثل لاتفاقية نيويورك، حيث بينت في المادة (30/ب) أنه إذا كان الحكم غائبا ولم يعلن الخصم المحكوم عليه بالدعوى أو الحكم إعلانا صحيحا يمكنه من الدفاع عن نفسه، يمكنه طلب رفض تنفيذ حكم التحكيم.

ومن التطبيقات القضائية الهامة على حالة عدم إعلان الخصم إعلانا صحيحا والتي تجيز رفض تنفيذ قرار التحكيم، هي حالة تعمد إعلان قرار التحكيم على عنوان غير حقيقي، ما يجعل قرار التحكيم باطلا، على أساس قاعدة أن الغش يبطل التصرفات. وتقول محكمة استئناف القاهرة بشأن تطبيق هذه القاعدة: "... وهي قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص في القانون وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافرها في التصرفات والإجراءات عموما، وصيانة لمصلحة الأفراد والجماعات ولذا يبطل الإعلان إذا ثبت أن المعلن قد وجهه بطريقة تتطوي على غش رغم استيفائها ظاهريا لأوامر القانون حتى لا يصل علم المعلن إليه لمنعه من الدفاع في الدعوى أو ليفوت عليه المواعيد، ولما كان المقرر أيضا أن الغش يفسد الإعلان ويعدمه كما لو تم الإعلان في مكان لا ينتسب إلى المراد إعلانه على وجه الإطلاق ولا يمت إليه بأية صلة بالتالي فإن الاعلان الذي أجراه المدعي ... لا يكون باطلا فحسب وإنما يعتبر معدوما لا يعتد به على وجه الإطلاق ولا تصححه أية إجازة ومن

(1061) المادة (18) من القانون النموذجي لسنة 1985.

(1062) نقض مصري، الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق - جلسة 1996/3/27، مج س 47 ج 1 ق 107 ص 558.

ثم فإن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم الطعين يبقى مفتوحا، ويكون الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد على غير أساس وتقضي المحكمة برفضه وبقبول الدعوى شكلا<sup>(1063)</sup>.

ولم ينص المشرع الفلسطيني على هذه الحالة من حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم بشكل مباشر، ولكنه نص على حالة مخالفة النظام العام وإساءة السلوك من قبل هيئة التحكيم<sup>(1064)</sup>، حيث يمكنهما اشتغال هذه الحالة لرفض تنفيذ قرار التحكيم. ويستفاد ذلك بشكل واضح من قرار محكمة استئناف رام الله، حيث جاء فيه: "وفقا للمادة 40 من قانون التحكيم الفلسطيني بأنه يجب أن تصدر هيئة التحكيم قرارها بحضور الأطراف، فإذا تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبليغه بذلك، تصدر هيئة التحكيم قرارها في تلك الجلسة وتقوم بتبليغه للطرف الغائب ويعتبر بمثابة الحضور في مواجهته، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبالتالي فإن هذه المادة قد رتبت أثرا يتوجب من خلاله أن يتم تبليغ الطرف الغائب بقرار هيئة التحكيم. وبمقابل ذلك رسمت المواد 44 و 45 طريقة الطعن في قرار هيئة التحكيم وطلب التصديق على ذلك القرار وفي كل المواد فإن "هنالك أمر جوهري يتوجب اتباعه ألا وهو تبليغ الأطراف للقرار الصادر عن هيئة التحكيم. ولما كانت محكمة أول درجة قد توصلت إلى أن قرار هيئة التحكيم لم يجري تبليغه للمستأنف عليه وفق ما هو ظاهر لديها في ملف الاستدعاء، وحيث أن القول بأن المستأنف عليه قد تبلغ لائحة الطلب المقدم لدى المحكمة مرفقا به قرار التحكيم ومشارطة التحكيم، هو قول في غير محله لأن ذلك لا يغني عن تبليغ قرار التحكيم للطرف في التحكيم ابتداء، ولكل ذلك فإننا نجد أن الحكم الصادر من محكمة أول درجة واقعا في محله. حمكت المحكمة بالأغلبية من حيث الموضوع، تأييد الحكم المستأنف..."<sup>(1065)</sup>. وقد جاء في قرار المخالفة لهذا القرار ما يفيد بأنه بموجب وكالة خاصة للمحامي بخصوص الطعن بالقرار تبيء بأن المسأنف عليه (المستدعى ضده) قد علم علما يقينا بقرار المحكمين منذ تاريخ توقيعه على وكالة المحامي وبالتالي سقط حقه بالطعن في قرار المحكمين كون أن علمه بالقرار صحح الإجراء الباطل بعدم تبليغه قرار المحكمين حيث أن طلب التحكيم لا يشترط لتقديمه بقرار يسبقه وأن تقديمه قبل فوات مدة الطعن لا يجعل منه مقدما قبل أو انه ما دامت فأتت مدة الطعن ولم يتقدم المحكوم عليه بطعنه سندا لقانون التحكيم وكان على قاضي الموضوع أن يتصدى لموضوع الطلب ويصدر قراره وفق ما يراه مناسباً للقانون والبيانات المقدمة في الطلب لذلك أي أن يقبل الاستئناف موضوعا وتعاد الدعوى لمرجعها لإصدار قرار في موضوع الطلب<sup>(1066)</sup>.

(1063) استئناف القاهرة، د 91، دعوى رقم 118 لسنة 121 ق تحكيم، جلسة 2005/9/25.

(1064) المادة (5/43) من قانون التحكيم.

(1065) استئناف رام الله رقم 2009/392، بتاريخ 2010/7/7، المقتضى.

(1066) نفس الحكم السابق.

## الفرع الرابع: مخالفة أو خلل في تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم

يجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي إذا أثبت المحكوم عليه أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم كانت مخالفة لاتفاق الأطراف أو لقانون دولة مقر التحكيم عند تخلف قانون الإرادة. وقد أخذت بهذه الحالة من حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم، المادة (5/1/د) من اتفاقية نيويورك حيث أجازت للخصم الذي صدر قرار التحكيم ضده الاعتراض على تنفيذه إذا أثبت للمحكمة المطلوب منها إعطاء صيغة التنفيذ، أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم كانت مخالفة لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم في حال عدم الاتفاق. ولم يتعرض قانون التحكيم الفلسطيني لهذه الحالة بشكل مباشر، ولكنه أجاز في المادة (43/6) لأحد الأطراف أن يطعن بفسخ قرار التحكيم إذا كانت إجراءاته باطلة بطلانا أثر في الحكم. في حين أن معظم القوانين قد اعتبرت هاتين الحالتين من حالات بطلان قرار التحكيم، ومنها المادة (34) من القانون النموذجي لعام 1985 وتعديلاته.

## الفرع الخامس: تجاوز هيئة التحكيم حدود اتفاق التحكيم

يجب على هيئة التحكيم الالتزام بحدود اتفاق التحكيم وعدم تجاوزه، وتقتصر مهمتها على الفصل في المنازعات التي حولها الأطراف سلطة حسمها بطريق التحكيم دون غيرها، ويبرر ذلك الطابع الاتفاقي للتحكيم. فإذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود هذه المهمة، وفصلت في مسائل تخرج عن إطار هذه المهمة، فيجوز للمحكوم ضده أن يطلب من المحكمة المختصة أن تأمر برفض تنفيذ قرار التحكيم في فلسطين على هذا الأساس. وإذا أمكن فصل الجزء الذي حصل فيه التجاوز، فيمكن عندها تنفيذ الجزء الداخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم دون الجزء الآخر، أما إذا كان الفصل بينهما مستحيلا، فيتم رفض تنفيذ قرار التحكيم كاملا.

وقد تناول قانون التحكيم الفلسطيني هذه الحالة استنادا إلى المادتين (49/1 و 43/5) حيث أجاز رفض تنفيذ قرار التحكيم في حال 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. وقد أخذت اتفاقية نيويورك في المادة (5/1/ج) بهذه الحالة أيضا لرفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي مبينة أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم إلا إذا قدم الخصم الدليل على أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به. ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلا للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

وتجيز هذه الحالة رفض تنفيذ قرار التحكيم سواء كان قرارا أجنبيا أم داخليا، وهو ما قضت به محكمة استئناف غزة بقولها: "لا يجوز تنفيذ حكم المحكمين ما دام أنهم قد تجاوزوا صلاحيتهم المحددة إليهم في اتفاق التحكيم وذلك بضم مساحة من أرض قسيمة مجاورة إلى قسيمة التحكيم دون إذن من كافة الأطراف وموافقتهم"<sup>(1067)</sup>.

## الفرع السادس: إذا كان قرار التحكيم غير نهائي أو أبطل أو أوقف تنفيذه

تجيز المادة (49/2 و 3) من قانون التحكيم الفلسطيني للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ القرار: إذا أثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه، أو أثبت أن القرار المراد تنفيذه قد استؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل فيه بعد، عندها يجب على المحكمة المختصة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف.

وقد سارت في ذات الاتجاه أيضا المادة (5/1) من اتفاقية نيويورك والتي أجازت رفض تنفيذ قرار التحكيم إذا قدم الخصم للسلطة المختصة في بلد الاعتراف أو التنفيذ الدليل على أن حكم التحكيم لم يصبح بعد ملزما للأطراف أو أنه قد ألغي أو أوقف تنفيذه من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه الحكم. وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية الرياض والتي أجازت في المادة (37/ب) للجهة القضائية المختصة في بلد التنفيذ أن ترفض تنفيذ حكم التحكيم إذا كان هذا الحكم صادرا تنفيذا لشرط أو لعقد تحكيم باطل أو لم يصبح نهائيا.

يتضح مما سبق أنه يشترط لتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي في بلد التنفيذ أن يكون هذا القرار نهائيا في الدولة التي صدر فيها، وقد استنفذ جميع طرق الطعن التي يسمح بها قانون مكان صدوره، فإذا لم يكن الأمر كذلك، فيمكن للمحكوم ضده حمل الدليل العكسي أمام المحكمة المختصة في بلد التنفيذ حتى تأمر برفض تنفيذه. كما يجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم بناء على طلب المحكوم ضده إذا أثبت أن قرار التحكيم قد تم إبطاله أو أوقف تنفيذه من السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيه أو طبقا للقانون الذي صدر القرار بموجبه، فتزول عنه صفة الإلزام ما يمنع تنفيذه.

(1067) استئناف مدني غزة، دعوى رقم 1999/93، بتاريخ 1999/9/30، المقضي.

## الفرع السابع: تعارض قرار التحكيم مع حكم أو أمر سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية

تجيز المادة (49/4) من قانون التحكيم الفلسطيني للمحكوم عليه في قرار تحكيم أجنبي أن يطلب من المحكمة المختصة الأمر بعدم تنفيذ هذا القرار إذا كانت إحدى محاكم فلسطين قد أصدرت حكماً يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع.

وتفترض هذه الحالة أن يكون المحكوم له قد تقدم بطلب أمام المحكمة الفلسطينية المختصة لتنفيذ قرار تحكيم أجنبي، عندها يحق للمحكوم ضده أن يتقدم إلى ذات المحكمة بطلب لرفض تنفيذ هذا القرار بإثبات أنه قد سبق صدور حكم قضائي فلسطيني في نفس الموضوع وبين ذات الفرقاء ولذات السبب. أما إذا اختلف أي عنصر من هذه العناصر فلا يجوز رفض تنفيذ قرار التحكيم على هذا الأساس. ولا يشترط لتطبيق هذه الحالة من حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يثبت المحكوم ضده وجود تناقض بين قرار التحكيم الأجنبي والحكم القضائي الفلسطيني<sup>(1068)</sup>، بل يكفي إثبات سبق صدور هذا الحكم القضائي الفلسطيني. وباعتقادنا أن النص يشمل أيضاً قرارات التحكيم الفلسطينية التي سبق وعرضت على المحكمة المختصة إما لغايات الطعن بفسخ قرار التحكيم أو للتصديق عليه وتنفيذه.

وقد أضافت المادة (43/7) من قانون التحكيم إلى هذه الحالة من حالات رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي بناء على طلب المحكوم عليه، حالة صدور قرار التحكيم بطريق الغش أو الخداع، ما لم يكن قرار التحكيم قد تم تنفيذه قبل اكتشاف الغش أو الخداع، لأنه في هذه الحالة الأخيرة، يصار إلى التعويض لعدم جدوى رفض تنفيذ القرار كونه قد تم تنفيذه قبل اكتشاف الغش أو الخداع.

(1068) انظر بشأن تنفيذ القرارات النهائية المتناقضة، قرار المحكمة الدستورية العليا المصرية، بقولها: "إن مناط طلب الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هو أن يكون الحكمين صادرين عن أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى وأن يكون الحكمان قد حسمتا النزاع وتناقضا بحيث يتعذر تنفيذهما معاً. وتتم المفاضلة بين الحكمين طبقاً لقواعد الاختصاص بحيث تعتد بالحكم الصادر عن الجهة التي لها ولاية الحكم في الدعوى". المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم 9 لسنة 1 ق، جلسة 1981/12/5.

## قائمة المراجع

### أولاً: المراجع بالعربية

- أحمد ابراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، ط 5، منشأة دار المعارف بالإسكندرية.
- أحمد الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، صنعاء، 1994.
- أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه - دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2011.
- أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - تنظير وتطبيق مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- أحمد مصلح الطراونة، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني - دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر، عمان، 2010.
- أسامة المليجي، هيئة التحكيم الإختياري - دراسة تحليلية مقارنة لطبيعتها القانونية وطبيعة العمل الذي تقوم به، دار النهضة العربية، 2004.
- أشجان داوود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير بجامعة النجاح الوطنية، 2008.
- أشرف الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- أكثم أمين الخولي، صياغة اتفاق التحكيم، محاضرات في التحكيم، إعداد المحامي وليد عناني، المكتبة القانونية، دمشق - حرستا، 2003.
- حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قدرتها محكمة النقض، الجزء الرابع، الدار العربية للموسوعات.
- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، الكويت، 1996.
- حفيظة الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1997.



- حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- رائد عبد الحميد، الوجيز في شرح قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (23) لسنة 2005، ط1، 2008.
- رضوان أبو زيد، الأساس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- شمس الدين الخزاولة، نطاق سلطان الإرادة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 سنة 2001 - دراسة مقارنة مع القانون الإنجليزي الجدي سنة 1996، دار الكتاب الثقافي، إربد، 2005.
- عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، مجلة الحقوق، كلية الحقوق بجامعة الكويت.
- عزمي عطية، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1990.
- عيد القصاص، حكم التحكيم - دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- فهمي راغب، هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو 1993، ص 133.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- محمد الزعبي، دعوى بطلان حكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.
- محمود السيد التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي - دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط 3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- محمود هاشم، استتفاذ ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية حقوق جامعة عين شمس، العدد الأول والثاني، 1984، السنة 26، ص 53.
- مزهر بن سعيد، وكرم النجار، التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، دون دار نشر، 1998.
- ممدوح العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي : الأسباب والنتائج دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001.
- نادر إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
- نادية معوض، التحكيم التجاري الدولي، ط 2، ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

## ثانياً: المراجع الأجنبية

- Agostini, note sous Civ 1re, 6 juill. 2005, D 2006,1424.
- Ammar, note sous Civ. 1re, 8 févr. 2000, JCP G 2001, II, 10570.
- Ancel P., note sous CA Rennes, 26 sept. 1984, Rev. arb. 1986, 441.
- Ancel P., note sous Com. 22 mai 2001, Rev. arb. 2002, 146.
- Ancel P., Arbitrage et procédures collectives, Rev. arb. 1993, 155.
- Ancel P., note sous Com. 14 janv. 2004, Rev. arb. 2004, 591.
- Ancel P., obs. sous Com., 2 juin 2004, Rev. arb. 2004, 591.
- Antin et La corne, note sous TGI Paris, 22 mars 1983, JCP 1983, II, 2004.
- Antonias Dimolitsa, Autonomie et Kompetenz – Kompetenz, Rev. arb. 1998, 305.
- Asfar-Cazenave, note sous Civ. 1re, 20 juin 2006, Dr. et Proc. 2006, 342.
- Aubert, obs. sous Com. 4 juin 1985, Defrénois 1986, 788.

- Avena-Robard, note sous Civ. 1re, 20 juin 2006, D 2006, IR, 1840.
- Avena-Robardet, obs. sous Civ. 1re, 7 juin 2006, D 2006, IR, 3028.
- Aynès L., note sous CA Paris, 26 mai 1992, Rev. arb. 1993, 624.
- Aynès L., note sous CA Paris, 10 sept. 2003, Rev. arb. 2004, 623.
- Barbièri J.-F., note sous Civ.2e, 21 nov. 2002, LPA 21 nov. 2003, 18.
- Bastian, note sous Com., 30 mars 1949, JCP 1951, II, 6180.
- Batiffol H., La sentence Aramco et le droit international privé, Rev. arb. 1964, 647.
- Béguin, obs. sous Civ. 1re, 20 févr. 2007, JCP 2008, I, 168.
- Béguin, obs. sous Civ. 2e, 18 déc. 2003 JCP 2004, I, 179.
- Béguin, obs. sous Com. 23 janv. 2007, JCP 2007, I, 168.
- Bellet P., note Paris, 14 oct. 1993, Rev. arb. 1994, 380.
- Bellet P., note sous CA Paris, 5 mai 1989, Rev. arb. 1989, 723.
- Bellet P., note sous Civ. 1re, 7 janv. 1992, Dutco, Rev. arb. 1992, 470.
- Belloc, note sous CA Paris, 28 nov. 2002, Rev. arb. 2003, 445.
- Benabent, obs. sous Civ. 1re, 14 mai 1996, Defrénois 1996, 1075.
- Bénguïn, obs. sous CA Versailles, 31 mars 2005, JCP E 2005, 1986.
- Bensaude D., note sous CA Paris, 11 avr. 2002, Rev. arb. 2003, 143.
- Bensaude D., note sous CA Paris, 4 avr. 2002, Rev. arb. 2003, 143.
- Bensaude, note sous CA Paris, 6 nov. 2003, Rev. arb. 2004, 631.
- Bernard, obs. sous CA Paris, 25 juin 1982, Rev. arb. 1983, 344.
- Bernard, obs. sous CA Paris, 30 mars 1962, Rev. arb. 1984, 388.
- Betto J., note sous Cass. 2e civ., 30 sept. 1999, Rev. arb. 2000, 267.
- Betto J., note sous Civ. 1re, 6 mars 2007, LPA, 26 sept. 2007, 8.
- Blaize, note sous Com. 21 oct. 1981, Rev. arb. 1982, 265.
- Blanchin C., L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, 1994.
- Boillot, note sous Civ.-2e, 22 nov. 2001, JCP 2002, II, 10174.

- Boitard, note sous CA Paris, 11 juill. 1978, Rev. arb. 1979, 258.
- Bollée, note sous Civ. 1re, 27 mars 2007, D 2007, 2077.
- Bonet G. et Jarrosson C., L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle, Colloque IRPI, 26 janv. 1994, Litec, coll. Le droit des affaires, propriété intellectuelle, 1994.
- Bouche et Fourtoy, note sous Civ. 2e, 25 mars 1999, Gaz. Pal. 2001, 1477.
- Boucobza X., note sous CA Paris, 11 sept. 1998, Rev. arb. 1998, 495 et 564.
- Boucobza X., note sous Cass. 1re civ., 3 juin 1997, aff. FNT c/ Prodexport, Rev. arb. 1998, 537.
- Boulbès R., note sous CA Paris, 7 dec. 1965, JCP 1966, II, 14625.
- Bouloc, obs. sous Civ. 1re, 6 févr. 2001, RTD com. 2001, 754.
- Bredin J.-D., note sous Civ. 1re, 7 mai 1963, Gosset, JDI 1964, 82.
- Broches A., Commentary on the Uncitral Model Law on international commercial arbitration, Kluwer 1990.
- Bureau D., note sous CA Paris, 20 juin 1996, Rev. arb. 1996, 657.
- Bureau D., note sous CA Paris, 29 mars 2001, Rev. arb. 2001, 543.
- Bureau D., note sous Civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi, Rev. crit. DIP 1999, 546.
- Bureau D., note sous T. com. Nanterre, 9 sept. 2001, Rev. arb. 2002, 445.
- Bureau D., obs. sous Civ. 1re, 22 nov. 2005, Rev. arb. 2005, 1011.
- Cachard, note sous Com. 8 oct. 2003, Rev. arb. 2003, 77.
- Callé, note sous Civ. 11 juill. 2006, JCP 2006, II, 10182.
- Charbot, note sous Civ. 1re, 20 juin 2006, JCP 2006, II, 10155.
- Charbot, note sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, JCP E 2006, 1284.
- Charbot, note sous Civ. 1re, 30 mars 2004, JCP 2004, II, 10132.
- Chartier, note sous Civ. 16 mai 1994, D 1994, 423.
- Clay, note sous CA Paris, 11 mai 2000, Rev. arb. 2002, 180.
- Clay, note sous CA Paris, 27 oct. 2005, D 2006, 697.
- Clay, note sous CA Reims, 16 déc. 1999, Rev. arb. 2000, 316.
- Clay, note sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, JCP 2006, II, 10066.



- Clay, obs. Civ. 1re, 25 oct. 2005, D 2005, 3052.
- Clay, obs. sous CA Paris, 10 févr. 2005, D 2005, pan. 3057.
- Clay, obs. sous CA Paris, 13 déc. 2001, D 2003, somm. 2475.
- Clay, obs. sous CA Paris, 1re ch. C, 20 nov. 2003, D 2004, somm. 3179.
- Clay, obs. sous CA Paris, 29 janv. 2004, D. 2004, Somm. 3182.
- Clay, obs. sous Cass. 1re civ., 30 oct. 2006, JCP 2007, I, 139.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, D 2006, pan. 3028.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 2006, D. 2006, pan. 3027.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 27 mars 2007, D 2008, Pan. 184.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, D 2006, pan. 3031.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 6 mars 2007, D 2008, pan.184.
- Clay, obs. sous Civ. 2e, 12 oct. 2006, D 2006, pan. 3034.
- Clay, obs. sous Civ. 2e, 12 oct. 2006, JCP 2007, I, 139.
- Clay, obs. sous Civ. 2e, 15 janv. 2004, D 2004, somm. 3181.
- Clay, obs. sous Civ. 2e, 20 mars 2003, D 2003, som. 2470.
- Clay, obs. sous Com. 23 janv. 2007, D 2008, pan. 185.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 20 févr. 2007, D 2008, pan. 183.
- Clay, obs. sous Civ. 1re, 20 juin 2006, D. 2008, pan. 185.
- Clay., obs. sous Civ. 1re, 7 juin 2006, D 2006, pan. 3028.
- Cohen D., Arbitrage et société, LGDJ 1993, Préface Bruno Oppetit.
- Cohen D., note sous Civ. 1re, 16 oct. 2001, Rev. arb. 2002, 919.
- Cohen D., note sous Civ. 1re, 16 oct. 2001, Rev. crit. DIP 2002.
- Cohen D., note sous Civ. 1re, 6 févr. 2001, Rev. arb. 2001, 765.
- Cohen D., note sous Civ. 1re, 27 mars 2007, JCP G 2007, II, 10118.
- Couchez G., note sous CA Paris, 19 nov. 1987, Rev. arb. 1989, 62.
- Couchez G., note sous CA Paris, 2 févr. 1988, Rev. arb. 1989, 62.
- Couchez G., note sous CA Paris, 27 nov. 1987, Rev. arb. 1989, 62.

- Couchez G., note sous Civ. 3e, 9 juill. 1979, JCP 1980, II, 19389.
- Coulson R., Prima Paint. An Arbitration Milestones, 22 Arb. Journal (1967), 237.
- Courteault, note sous CA Paris, 3 juill. 1979, Rev. arb. 1980, 78.
- Croze, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Procédures 2002, com.,162.
- D'Antin et Lacorne., note sous TGI Paris, 22 mars 1983, JCP 1983, II, 20004.
- David R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992.
- De Boissésou M., note sous CA Paris, 25 mai 1990, Fougerolle, Rev. arb. 1990, 892.
- Deby-Gerard F., Le rôle de la règle de conflit dans le règlement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz.
- Degos, note sous Civ. 1re, 21 oct. 1997, Rev. arb. 1998, 673.
- Degos, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, D 2003, 1117.
- Delebecque Ph., Arbitrage et droit de la consommation, Droit et Patrimoine 2002, 46.
- Delebecque Ph., note sous Com., 2 mars 1992, Rev. arb. 1992, 650.
- Delebecque Ph., obs. sous Civ. 1re, 14 mai 1996, Defrénois 1997, 325.
- Delpech Ph., obs. sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, D. 2006, IR, 2052.
- Delpech Ph., obs. sous Civ. 1re, 20 févr. 2007, D 2007, AJ, 734.
- Delpech Ph., obs. sous Civ. 1re, 27 mars 2007, D 2007, AJ, 1086.
- Delvolvé J.-L., Essai sur la motivation des sentences arbitrales, Rev. arb. 1989, 149.
- Derains Y., L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international, Rev. arb. 1986, 375.
- Derains Y., Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, 1993, 829.
- Derains Y., note sous CCI n° 4265, 1984, Clunet 1984, 922.
- Derains Y., obs. sous CA Paris, 14 déc. 2000, Rev. arb. 2001, 806.
- Derains Y., obs. sous CA Paris, 15 janv. 2000, Rev. arb. 2001, 806.
- Derains Y., obs. sous CCI n° 2879, 1978, Clunet 1979, 989.
- Derains Y., obs. sous sentence CCI n° 6840, Rev. arb.1991, 1030.
- Didier, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Rev. arb. 2003, 1034.



- Dmytrov, note sous CA Paris, 14 nov. 2007, LPA, 24-25 mars 2008, 6.
- Douchy, note sous Civ. 2e, 22 nov. 2001, Dr. et proc. 2002, 109.
- Du Rusquec, note sous Civ. 1re, 3 juin 1997, aff. FNT c/ Prodexport, Gaz. Pal. 1998, 2, 784.
- Du Rusquec, obs. sous Civ. 1re, 26 juin 2001, Gaz. Pal. 26-27 juill. 2002, 11.
- Dubarry J.-C. et Bénabent, obs. sous TGI Paris, 22 mars 1983, RTD com. 1983, 533.
- Dubarry J.-C. et Loquin E., note sous CA Paris, 7 déc. 1994, aff. Jaguar, RTD com. 1995, 401.
- Dubarry J.-C. et Loquin E., note sous Civ. 1re, 20 déc. 1993, Dalico RTD com. 1994, 254.
- Duquenne C., L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montreal, 2000.
- Edelman B., Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, JCP 1972, n° 2487.
- Estoup P., L'amiable composition, D 1996, chron., 221.
- Fouchard Ph., note sous Civ. 2e, 17 nov. 1993, Rev. arb. 1995, p. 78.
- Fouchard Ph. note sous Civ. 1re, 1er déc. 1999 Exporties, Rev. arb. 2009, 96.
- Fouchard Ph., Arbitrage et faillites, Rev. arb. 1998, 471.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, 1996.
- Fouchard Ph., L'arbitrage judiciaire, Etudes offertes à P. Bellet, Litec, 1991.
- Fouchard Ph., La loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, Clunet, 1987, 861.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 14 nov. 1991, aff. European Country, Rev. arb. 1994, 545.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 15 avril 1992, Ikori, Rev. arb. 1994, 557.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 18 nov. 1987, Rev. arb. 1988, 657.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 4 mai 1988, Rev. arb. 1988, 657.
- Fouchard Ph., note sous Civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi, Rev. arb. 1999, 260.
- Fouchard Ph., note sous Civ. 2e, 7 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 272.
- Fouchard Ph., note sous Com. 19 nov. 1985, Rev. arb. 1986, 425.
- Fouchard Ph., note sous Com. 22 nov. 1977, Rev. arb. 1978, 461.
- Fouchard Ph., note sous Com., 9 janv. 1978, Rev. arb. 1979, 478.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 25 janv. 1972, Rev. arb. 1973, 158.

- Fouchard Ph., note sous Civ. 1re, 1er déc. 1999, Métu, Rev. arb. 2000, 96.
- Françon, note sous TGI Paris, 27 mars 1981, Rev. arb. 1983.
- Gaillard E. and Savage J., Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.
- Gaillard E., note sous CA Paris, 11 janv. 1996, Rev. arb. 1996, 100.
- Gaillard E., note sous CA Paris, 16 mai 2002, Rev. arb. 2003, 1231.
- Gaillard E., note sous CA Paris, 2 avr. 2003, Rev. arb. 2003, 1231.
- Gaillard E., note sous CA Paris, 26 oct. 1999, Rev. arb. 1999, 811.
- Gaillard E., note sous CA Paris, 5 mars 1998, Rev. arb. 1999, 86.
- Gaillard E., note sous Civ 1re, 20 déc. 1993, Dalico JDI 1994, 432.
- Gaillard E., note sous Civ. 1re, 26 juin 2001, American Bureau Shipping c/Copropriété Maritime Jules Verne et autres, Rev. arb. 2001, 529.
- Gaillard E., note sous Civ., 1re 21 mai 1997, arrêt Jaguar, Rev. arb. 1997, 537.
- Gaudmet Y., Arbitrage et droit public, Dr. et patr. 2002, 83.
- Gaudmet-Tallon H., note sous Civ. 1re, 20 déc. 1993, Dalico, Rev. arb. 1994, 116.
- Gaudmet-Tallon H., note sous Civ. 1re, 30 mars 2004, Rev. arb. 1994, 116.
- Gautier, note sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, D. 2006, 274.
- Goldman B., note sous Civ. 1re, 7 mai 1963, Gosset, JCP 1963, II, 13405.
- Gout, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, JCP E 2002, n° 1555.
- Goutal, note sous Com. 4 juin 1985, Rev. arb. 1987, 139.
- Groze, note Civ. 2e, 20 déc. 2001, RTD com. 2002, 47.
- Grozem, note sous Civ. 1re, 22 nov. 2005, JCP E 2006, II, 1196.
- Guinchard S. et Moussa, obs. sous Com. 15 juill. 1987 : Gaz. Pal. 1988, I, somm. 34.
- Guinchard S., Le respect du principe du contradictoire, Rev. arb. 1997, 185.
- Guinchard S., note sous Civ. 2e, 22 nov. 1989, Philipp Brother, Rev. arb. 1990, 142.
- Guniberti G., note sous CA Lyon, 23 avr. 2002, JCP 2003, 459.
- Hanoiiiau B., L'arbitrabilité et la favor arbitration : un réexamen, Clunet 1994, 899.
- Hascher D., note sous CA Paris, 1er juill. 1997, Rev. arb. 1998, 131.
- Henri-Jacques Nougéin et autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, éd. Litec (LexisNexis) 2004.
- Henry, note sous CA Paris, 10 févr. 2005, Rev. arb. 2005, 709.
- Henry, note sous CA Paris, 17 févr. 2005, Rev. arb. 2005, 709.





- Henry, note sous CA Paris, 29 janv. 2004, Rev. arb. 2004, 709.
- Henry, note sous T. Com. Paris, 6 juill. 2004, Rev. arb. 2005, 709.
- Hory A. note sous CA Paris, 19 déc. 1995, Geci, Rev. arb. 1996, 110.
- Hory, obs. sous Civ. 2e, 8 avr. 1998, Rev. arb. 1998, 373.
- Idot L., note sous CA Paris, 28 avr. 1988, Rev. arb. 1989, 280.
- Idot L., note sous CA Paris, 20 janv. 1989, Rev. arb. 1989, 280.
- J. R., note sous Cass. 2e civ., 2 juill. 1970, Rev. arb. 1970, 70.
- Jacquet J.-L., La loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale, Rev. arb. 2004, 63.
- Jaeger, note sous TGI Paris, 4 avr. 2003, Rev. arb. 2005.
- Jaeger, obs. sous Civ.2e, 21 nov. 2002, Rev. arb. 2003, 1356.
- Jarrosson C., La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, Rev. arb. 2006, 126.
- Jarrosson Ch., note CA Paris, 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, 107.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris 3 déc. 1998, Rev. arb. 1999, 601.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 16 nov. 1988, Rev. arb. 1989, 309.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 1er juill. 1999, Rev. arb. 1999, 834.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 24 avr. 1992, Rev. arb. 1992, 598.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 25 mars 1994, Rev. arb. 1994, 391.
- Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 5 mai 1989, JDI 1992, 707.
- Jarrosson Ch., note sous Cass. Mixte, 14 févr. 2003, Rev. arb. 2003, 416.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 1re, 10 mai 1988, Rev. arb. 1988, 639.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 1re, 7 janv. 1992, JDI 1992, 707.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 2e, 14 nov. 1990, Rev. arb. 1991, 75.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 2e, 18 oct. 2001, Rev. arb. 2002, 359.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 2e, 19 avr. 1985, Rev. arb. 1986, 57.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 2e, 28 oct. 1987, Rev. arb. 1988, 149.
- Jarrosson Ch., note sous Civ. 1re, 7 janv. 1992, Rev. Arb. 1992, 707.
- Jarvin S., note sous sentence CCI n° 4504, 1985, JDI 1986, 1118.
- Jault-Seseke F., note sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, Rev. crit. DIP 2007, 128.
- Jault-Seseke F., note sous Civ. 1re, 16 oct. 2001, Société Chidren's Books Limited c/

- Société Editions du Seuil et autres, Rev. crit. 2002, vol. 3, 555.
- Jault-Seseke F., note sous Civ. 1re, 27 mars 2007, RCDIP 2007, 798.
  - Jeuland, note sous CA Paris, 18 janv. 2001, Rev. arb. 2002, 935.
  - John Carey J., Uncitral, its origin and prospects, in Am. Jour. Comp. Law 1966-1967, 606.
  - Josselin-Gall M., Arbitrage et propriétés intellectuelles, Dr. et Patrimoine 2002, 63.
  - Julien, obs. sous Civ. 2e, 14 juin 1984, D 1985, IR, 263.
  - Kahn Ph., note sous Civ. 1re, 18 mai 1971, Impex, Rev. arb. 1972, 2.
  - Kessedjian C., note sous CA Paris, 20 janv. 1987, Rev. arb. 1987, 482.
  - Kessedjian C., note sous CA Versailles, 23 janv. 1991, Rev. arb. 1991, 291.
  - Kessedjian C., note sous Civ. 1re, 11 oct. 1989, Rev. arb. 1990, 134.
  - Kessedjian C., note sous Civ. 1re, 9 nov. 1993, Rev. arb. 1994, 108.
  - Kessedjian C., Principe de la contradiction et arbitrage, Rev. arb. 1995, 381.
  - Khan Ph., Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international, Clunet 1989, 303.
  - Khan Ph., note sous Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, JDI 2003, 473.
  - Kiffer, obs. sous Civ. 2e, 11 juin 1997, Rev. arb. 1998, 417.
  - Lacarabats, note sous CA Paris, 10 oct. 2002, Rev. arb. 2003, 1277.
  - Lacarabats, note sous Civ. 1re, 7 mars 2000, Rev. arb. 2000, 447.
  - Laine, L'exécution en France des sentences arbitrales étrangères, Clunet, 1899, 649.
  - Larroumet, note sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, Rev. arb. 2006, 969.
  - Le Bars et Callé, note sous Civ. 1re, 22 nov. 2005, D 2006, 2777.
  - Le Gros, note sous Civ. 1re, 6 févr. 2001, JCP G 2001, II, 10567.
  - Le Gros, obs. sous Civ. 1re, 20 déc. 2000, Rev. arb. 2003, 1341.
  - Le Gros., obs. sous Civ. 2e, 21 janv. 1999 Rev. arb. 2003, 1341.
  - Lécuyer H., note sous CA Paris, 13 déc. 2001, Rev. arb. 2003, 1312.
  - Lécuyer H., note sous Civ. 14 juin 2000, Rev. arb. 2001, 729.
  - Lefort, obs. sous Civ. 2e, 12 oct. 2006, Dr. et patr. nov. 2007, 86.
  - Leurent B. note sous CA Paris, 28 oct. 1997, Rev. arb. 1998, 399.
  - Level P. et Oppetit B., note sous CA Colmar, 29 nov. 1968, aff. Impex, JCP 1970, 2, 1624.
  - Level P., L'arbitrabilité, Rev. arb. 1992, 213.



- Level P., note sous CA Paris, 14 févr. 1985, Rev. arb. 1987, 325.
- Level P., note sous CA Paris, 30 mars 1962, JCP 1962, II, 12843.
- Level P., note sous Civ. 1re civ., 4 juill. 1972, Hecht, Rev. crit. DIP 1974, 82.
- Level P., note sous Civ. 1re. 6 avr. 1994, Rev. arb. 1995, 263.
- Level P., note sous Civ. 2e, 30 nov. 1978, Rev. arb. 1979, 355.
- Leveneur, note sous Civ. 1re, 4 juill. 1972, Rev. crit. DIP 1974, 82.
- Libchaber, note sous Civ. 1re, 30 juin 2004, Rev. arb. 2005, 645.
- Libchaber, obs. sous Civ. 2e, 18 déc. 2003, Defrénois 2004, 990.
- Li-Kotovtchikhine, note sous CA Paris, 23 nov. 1999, Rev. arb. 2000, 501.
- Loquin E., L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence, Rev. arb. 1976, 223.
- Loquin E., note sous CA Paris, 11 janv. 1996, D.1996, 351.
- Loquin E., note sous CA Paris, 13 déc. 1993, Menicucci, JDI 1977, 281.
- Loquin E., note sous CA Paris, 13 juin 1996, JDI 1997, 151.
- Loquin E., note sous CA Paris, 20 janv. 1987, aff. Bomar Oil c. Etap., Clunet 1987, 934.
- Loquin E., note sous CA Paris, 20 mai 1988, Clunet, 1989, 1032.
- Loquin E., note sous CA Paris, 22 janv. 2004, Rev. arb. 2004, 647.
- Loquin E., note sous CA Paris, 26 nov. 1996, Rev. arb. 1997, 380.
- Loquin E., note sous CA Paris, 5 mai 1988, Rev. arb. 1989, 83.
- Loquin E., note sous CA Paris, 6 mars 1988, Rev. arb. 1989, 83.
- Loquin E., note sous CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039.
- Loquin E., note sous Civ. 1re, 10 juill. 1990, Cassia, JDI 1992, 168.
- Loquin E., note sous Civ. 1re, 7 janv. 1992, RTD com. 1992, 790.
- Loquin E., note sous Civ. 2e, 15 févr. 2001, Rev. arb. 2001, 135.
- Loquin E., note sous Civ. 2e, 20 déc. 1971, Rev. arb. 1972, 122.
- Loquin E., note sous Civ. 2e, 30 sept. 1981, Rev. arb. 1982, 431.
- Loquin E., note sous Civ. 2e, 7 nov. 1974, Rev. arb. 1975, 302.
- Loquin E., note sous Com. 29 nov. 1995, Rev. arb. 1996, 234.
- Loquin E., note sous TGI Paris, 7 déc. 1994, Démolitions Delair, Rev. arb. 2000, 116.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, RTD com. 2006, 299.
- Loquin E., obs. sous CA Paris, 13 févr. 2003, RTD com. 2004, 450.

- Loquin E., obs. sous CA Paris, 21 févr. 2002, RTD com. 2002, 277.
- Loquin E., obs. Sous Civ 1re, 6 juill. 2005, RTD com. 2006, 309.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, RTD com. 2006, 764.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 4 juill. 2006, RTD com. 2006, 764.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi, RTD com. 1999, 380.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, RTD com. 2006, 297.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 6 févr. 2001, RTD com. 2001, 413.
- Loquin E., obs. sous Civ. 2e, 13 juin 2002, RTD com. 2002, 655.
- Loquin E., obs. sous Civ. 2e, 18 déc. 2003, RTD com. 2004, 257.
- Loquin E., obs. sous Civ. 2e, 20 déc. 2001, RTD com. 2002, 279.
- Loquin E., obs. sous Civ.2e, 21 nov. 2002, RTD com. 2003, 62.
- Loquin E., obs. sous Com., 2 juin 2004, RTD com. 2004, 439.
- Loquin E., obs., CA Paris, 7 févr. 2002, RTD com. 2002, 659.
- Loquin E., obs.TGI Paris, 4 avr. 2003, RTD com. 2005, 482.
- Loquin E., Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur, Rev. arb. 1985, 144.
- Loquin E., note sous Civ. 1re, 20 déc. 1993, Dalico Rev. arb. 1994, 690.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 30 mars 2004, RTD com. 2004, 443.
- Loussouarn, obs. sous Civ. 1re, 4 juill. 1972, RTD com. 1973, 499.
- Malan, note sous Civ. 1re, 27 mars 2007, LPA 10 août 2007, 23.
- Marmayoun, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Dr. et proc. 2002, 347.
- Mayer P., La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. arb. 1994, 615.
- Mayer P., Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, 359.
- Mayer P., note sous CA Paris, 28 nov. 1989, Cotunav, Rev. arb. 1990, 675.
- Mayer P., note sous Civ. 1re, 20 déc. 1993, Dalico, Rev. crit. DIP 1994, 663.
- Mayer P., note sous Civ. 1re, 3 juin 1997, aff. FNT c/ Prodexport, RCDIP 1999, 92.
- Mayer P., note sous Civ. 1re, 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, 273.
- Mayer P., obs. sous Civ. 1re, 25 juin 1991, Rev. arb. 1991, 453.
- Mestre, obs. sous Civ. 2e, 13 juin 2002, Dr. et Patrimoine, mars 2003, 99.
- Mestre, obs. sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Dr. et patr. Juin 2002, 21.
- Mestre, obs. sous Civ.2e, 21 nov. 2002, Dr. et patrimoine, mars 2003, 99.
- Mestre, obs. sous Com. 4 juin 1985, RTD civ. 1986, 593.

- Mezgen E., note sous Civ. 1re, 18 mai 1971, Impex Rev. crit. DIP 1972, 124.
- Mezger, note sous CA Paris, 10 mars 1981, Rev. arb. 1982, 214.
- Mezger, note sous Civ. 2e, 16 juin 1976, Rev. arb. 1977, 269.
- Mezger., note sous Civ., 16 juin 1976, D 1978, 310.
- Mohammed Ali Bahmaie, L'intervention du juge étatique des mesures provisoires et conservatoires en présence d'une convention d'arbitrage, préf. J. Beguin, LGDJ 2002.
- Moitry, note sous CA Paris, 3 mars 1991, Rev. arb. 1992, 669.
- Moitry, note sous Com. 4 févr. 1992, Rev. arb. 1992, 663.
- Moreau B., Compromis – clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004.
- Moreau B., note sous CA Paris, 13 mars 1981, Rev. arb. 1983, 83.
- Moreau B., note sous Civ. 2e, 14 juin 1984, Rev. arb. 1985, 427.
- Moreau B., note sous Civ. 2e, 4 janv. 1978, Rev. arb. 1978, 466.
- Moreau B., note sous TGI Paris, 22 mars 1983, Rev. arb. 1983, 479.
- Moreau B., obs. sous CA Paris, 14 Déc. 1990, Rev. arb. 1991, 36.
- Moreau-Bourlès, note sous Cass. Soc. 5 nov. 1984, Rev. arb. 1986, 47.
- Motulsky H., Mél. Roubier, t. II.
- Motulsky H., note sous CA Paris, 15 juin 1956, JCP 1956, II, 9419.
- Motulsky H., note sous Civ. 1re, 7 mai 1963, Gosset, Rev. crit. DIP 1963, 615.
- Najjar, note sous Civ. 2e, 13 juin 2002, D 2002, 2439.
- Najjar, note sous Com. 29 juin 1999, D 1999, 649.
- Niboyet, obs. sous Civ. 1re, 16 oct. 2001, Gaz. Pal. 21-23 juill. 2002, 23.
- Noblot, note sous Civ. 2e, 18 déc. 2003, JCP 2004, III, 10075.
- Normand., obs. sous TGI Paris, 22 mars 1983, RTD civ. 1984, 545.
- Nougain H.-J. et d'autres, Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale, Litec, 2004.
- Olivier J.-M., Arbitrage et droit du travail, Dr. et Patrimoine 2002, 52.
- Oppetit B. note sous CA Paris, 25 mai 1990, RC 1990, 753.
- Oppetit B., Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. arb. 1984, 307.
- Oppetit B., La clause arbitrale par référence, Rev. arb. 1990, 551.
- Oppetit B., note sous CA Paris, 20 mai 1988, Rev. arb. 1990, 651.
- Oppetit B., note sous Civ. 1re, 18 mai 1971, Impex, JDI 1972, 62, 3 arrêts.

- Oppetit B., note sous Civ. 1re, 20 mars 1989, JDI 1989, 1045.
- Oppetit B., note sous Civ. 1re., 4 juill. 1972, Hecht, JDI 1972, 843.
- Ortscheidt, obs. Civ. 2e, 21 nov. 2002 JCP 2003, I, 164.
- Ortscheidt, obs. sous CA Colmar, 12 déc. 2002, JCP 2003, I, 164.
- Ortscheidt, obs. sous Civ. 1re, 6 mars 2007, JCP 2007, I, 168.
- Ortscheidt, obs. sous Civ. 2e, 24 juin 2004, JCP E 2005, 675.
- P. L., note sous CA Paris, 3 janv. 1969, JCP 1969, II, 15808.
- P. L., note sous Cass. 2e civ., 2 juill. 1970, JCP 1971, II, 16642.
- P. L., note sous Cass. com., 17 janv. 1967, II, 15065.
- Paclot Y., note sous CA Paris, 30 mai 1991, Rev. arb. 1994, 95.
- Paillusseau, obs. sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, JCP E 2006, 1395.
- Pataut, obs. sous Civ. 1re, 5 janv. 1999, RCDIP 1999, 536.
- Paul Smith Ltd. v. H & S. international holding, 18 Feb. 1991, Yearbook of Commercial Arbitration, 1994, 725.
- Pellerin J., note sous CA Paris, 4 avril 1991, Rev. arb. 1991, 659.
- Pellerin J., note sous Civ. 2e, 28 févr. 1990, Rev. arb. 1991, 649.
- Périlleux J., Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire, RIDC 1978, 185.
- Perrot C., note sous Civ. 2e, 22 nov. 2001, Procédures 2002, 109.
- Perrot C., note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Procédures 2002, com. 112.
- Perrot C., note sous Civ. 2e, 8 avr. 1999, Procédures 1999, com. 146.
- Perrot C., obs. sous Civ. 1re, 20 mars 1989, RTD civ. 1989, 624.
- Perrot C., obs. sous Civ. 2e, 12 oct. 2006, RTD civ. 2007, 183.
- Perrot C., obs. sous Civ. 2e, 16 juin 1976, RTD civ. 1976, 832.
- Perrot C., obs. sous Com. 23 janv. 2007, RTD civ. 2007, 383.
- Peyrard, note sous Civ. 1re, 20 mars 1989, D 1990, 147.
- Peyrard, obs. sous CA Paris, 13 févr. 1990, D 1990, 593.
- Pinsolle Ph., note sous CA Paris, 17 févr. 2000, Rev. arb. 2000, 518.
- Pinsolle Ph., note sous CA Paris, 7 sept. 2000, Rev. arb. 2001, 199.
- Poillot-Peruzzetto S., note sous Civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi, JDI 1999, 784.
- Racine J.-B., L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ 1999.
- Racine J.-B., L'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ 1997.



- Racine J.-B., note sous CA Paris, 17 janv. 2002, Rev. arb. 2002, 391.
- Racine J.-B., note sous Civ. 1re, 25 oct. 2005, Rev. arb. 2006, 103.
- Rebellin-Devichi, note sous CA Paris, 13 janv. 1981, Rev. arb. 1982, 66.
- Reboul-Maupin N., Arbitrage et bail, Dr. et Patrimoine 2002, 69.
- Reifegerste, note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, JCP 2002, II, 10154.
- Rivier M.-C., obs. sous Civ. 2e, 21 janv. 1999, RG proc. 411.
- Rivier M.-C., note sous CA Dijon, 23 avr. 2002, Rev. arb. 2002, 743.
- Robert J., L'arbitrage : droit interne, droit international privé, 6e éd. Dalloz 1993.
- Robert J., note sous CA Paris, 14 janv. 1974, Rev. arb. 1977.
- Robert J., note sous Civ 2e, 17 juill. 1978, Rev. arb. 1979, 241.
- Robert J., note sous Civ. 1re, 7 mai 1963, Gosset, D. 1963, 545.
- Robert J., note sous Civ. 2e, 13 avr. 1972, D. 1973, 2.
- Robert J., note sous Civ. 2e, 16 juin 1976, D 1978, 310.
- Robert J., note sous Civ., 16 juin 1976, Rev. arb. 1977, 269.
- Rondeau-Rivier M.-C., note sous CA Angers, 28 sept. 1987, Rev. arb. 1988, 162.
- Rondeau-Rivier M.-C., note sous CA Paris, 19 déc. 1985, Rev. arb. 1987, 157.
- Rondeau-Rivier M.-C., note sous Civ. 1re, 14 déc. 1983, Rev. arb. 1984, 483.
- Rontchevsky N., Arbitrage et baux commerciaux après la loi NRE, AJDI 2002, 270.
- Rubellin-Devichi, note sous Cass. Civ. 16 févr. 1972, Rev. arb. 1972, 123.
- Rubellin-Devichi, note sous Com. 26 févr. 1973, Rev. arb. 1974, 290.
- Rubellin-Devichi, note sous Com. 29 mai 1978, Rev. arb. 1979, 221.
- Sainte-Rose, avis sous Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, D. 2006, 199.
- Sana-Chaillé de Néré, note sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, JDI 2007, 146.
- Sanders P., L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, Rev. arb. 1980, 243.
- Sanders P., under Corte di Appello of Venice, 26 avril 1980, S.P.A. Carapelli v. Ditta Otello Mantovani, Yearbook Com. Arb. Vol. VII (1982), 340.
- Sanders P., under Landgericht Hamburg, 16 mars 1977, Italian Company v. German Firm, Yearbook Com. Arb. Vol. III (1978), 274.
- Scott Rau A. et Pedamon C., La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain, Rev. arb. 2001, 451.
- Seraglini, obs. sous CA Paris, 28 nov. 2002, JCP 2003, 1, 164.
- Seraglini, obs. sous CA Paris, 29 janv. 2004, JCP 2004, I, 179.

- Seraglini, obs. sous Civ. 1re, 11 juill. 2006, JCP 2006, I, 187.
- Seraglini, obs. sous Civ. 1re, 27 mars 2007, JCP 2007, I, 168.
- Seraglini, obs. sous Civ. 1re, 4 juill. 2006, JCP 2006, I, 187.
- Seraglini, obs. sous Civ. 1re, 6 mars 2007, JCP 2007, I, 168.
- Seraglini, obs. sous Civ. 2e, 31 janv. 2002, JCP 2003, I, 105.
- Seraglini, obs. sous Civ. 2e, 4 avril 2002, JCP 2003, I, 105.
- Synvet H., note sous CA Paris, 17 déc. 1991, Gatoil, Rev. arb. 1993, 281.
- Synvet H., note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, Behar, JDI 1984, 603.
- Taisne, note sous Civ. 2e, 11 déc. 1985, JCP G 1986, II, 20677.
- Théry, note sous Civ. 2e, 12 déc. 1990, Rev. arb. 1991, 317.
- Théry, note sous Civ. 2e, 22 nov. 2001, Rev. arb. 2002, 371.
- Théry, obs. sous Civ. 1re, 20 févr. 2007, RTD civ. 2008, 151.
- Théry, obs. sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, RTD civ. 2006, 144.
- Théry, obs. sous Civ. 1re, 8 nov. 2005, RTD civ. 2006, 143.
- Théry, obs. sous Civ. 2e, 8 avr. 2004, RTD civ. 2004, 770.
- Train, note sous Civ. 1re, 4 juill. 2006, Rev. arb. 2006, 959.
- Train, note sous Civ. 1re, 6 déc. 2005, RLDC, Avr. 2006, 14.
- Verbist H., La pratique de la cour internationale d'arbitrage de la CCI en matière de fixation du lieu d'arbitrage, Rev. dr. aff. inter. 1995, 100.
- Viandier, note sous Civ. 2e, 8 avr. 1999, JCP 1999, II, 10136.
- Vidal D., Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gaulino éditeur, Paris, 2004.
- Vigneau V., obs. sous Civ. 2e, 12 oct. 2006, D 2007, chron. 897.
- Vuitton, note sous Com. 29 juin 1999, JCP 2000, II, 10228.
- X. D., obs. sous Civ 1re, 5 janv. 1999, D Aff. 1999, 474.
- Zollinger, note sous CA Paris, 12 janv. 1988, Rev. arb. 1988, 691.







BZU Main Library



128791



## المؤلف في سطور



يوسف شندي: حاصل على درجة الدكتوراه في القانون الخاص (القانون المدني) من جامعة "Robert Schuman (Strasbourg III)" الفرنسية عام 2005؛ أستاذ مساعد في القانون الخاص بكلية الحقوق والإدارة العامة في جامعة بيرزيت، ورئيس سابق لدائرة القانون فيها.

له العديد من الأبحاث والمقالات العلمية المنشورة في مجلات علمية محكمة عربية وأجنبية. وهو محام ومحكم معتمد من الفئة الأولى لدى وزارة العدل. تتركز اهتماماته العلمية والبحثية في حقل القانون المدني: العقود، التجارة الإلكترونية، تنازع القوانين، التحكيم، فلسفة القانون، حماية المستهلك، المنافسة، الملكية الفكرية، التأمين، البيئات والتفويض، الصياغة القانونية، والقضاء.

## هذا الكتاب

يتناول الكتاب مختلف الجوانب القانونية والعملية للتحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000.

قام الكتاب على المنهج المقارن من خلال مقارنة النصوص القانونية الناظمة للتحكيم في فلسطين بالنصوص المقابلة لها في فرنسا ومصر والأردن وغيرها من الدول، وكذلك النصوص الواردة في عدد من الأعمال الدولية الهامة خصوصا القانون النموذجي للأمم المتحدة لسنة 1985 وتعديلاته لسنة 2006، وقواعد الأونسترال لسنة 1976، واتفاقية الرياض لسنة 1982، واتفاقية نيويورك لسنة 1958، وعدد من أنظمة ولوائح مراكز التحكيم الدائمة لا سيما غرفة التجارة الدولية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

جاء الكتاب زائرا بالتطبيقات القضائية المستقاة من واقع القضاء الفلسطيني والقضاء الفرنسي والأردني والمصري واللبناني، وقضاء التحكيم، لا سيما لغرفة التجارة الدولية بباريس ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وغيرها من مراكز التحكيم الدائمة.

وكان الهدف من هذه المقارنة والتركيز على التطبيقات القضائية، هو إعطاء تصور شامل ومتكامل عن آخر ما وصل إليه الفكر القانوني في مجال التحكيم الداخلي والدولي، بحيث يفيد منه القاضي والمحكم والمحامي والباحث القانوني وطالب القانون في الجامعات الفلسطينية والعربية في هذا المجال. قسم الكتاب إلى فصل تمهيدي خصص لدراسة ماهية التحكيم، وأربعة فصول خصصت على التوالي لدراسة: اتفاق التحكيم، وهيئة التحكيم، وإجراءات التحكيم، وقرار التحكيم.

## سلسلة المناهج الدراسية

تعنى هذه السلسلة بنشر الكتب العلمية المتخصصة في المجالات التي ترعاها كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، وهي القانون والإدارة العامة والعلوم السياسية، التي من شأنها إفادة الطلبة والأساتذة والباحثين والمهنيين في هذه المجالات، في فلسطين والدول العربية.



ISBN 978-9950-318-48-9



9 789950 318489