استقلالية العقد التحكيمى و مبدأ الاختصاص بالاختصاص

اعداد

• محمد خير• عمار شريف

تمهيد:

الإتفاق التحكيمي هو عقد بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف على عدم إحالة أي نزاع ناشئ بينهما أو سينشأ بينهما نتيجة علاقة قانونية معينة _ عقدية كانت أو غير عقدية إلى القضاء وإحالته إلى شخص معنوي أو طبيعي أو عدة أشخاص طبيعيين يختارهم أطراف النزاع لدراسة النزاع حسب إجراءات تحكيم معينة و القانون الواجب تطبيقه على النزاع، ومن ثم إصدار حكم مُلزم لأطراف النزاع و تنطبق عليه القواعد العامة في العقود من حيث شروط إنعقاده وتفسير ما إلى ذلك، فالإتفاق التحكيمي هو من العقود المُسماة[١] .

فبموجب العقد التحكيمي يمتنع أي طرف من أطراف العقد للجوء إلى المحكمة المُختصة أصلاً بنظر النزاع، و لكن قد يلجأ طرف من أطراف العقد التحكيم إلى إدعاء بطلان العقد التحكيمي، لأي سبب مثل الغلط أو عدم الأهلية أو كان ساقطاً لإنتهاء مدته أو عدم وجود عقد تحكيمي، أو بطلان العقد الأصلي المتضمن للعقد التحكيمي أو إنعدامه أو انقضاؤه و ما إلى ذلك من أسباب، ففي هذه الحالة من هي الجهة المُختصة بنظر هذا الإدعاء، هل هو المُحكم أو القاضي ؟

و إذا ثبت أن العقد الذي يتضمن عقد التحكيم مشوباً **بالعيب فهل يلحق هذا العيب بعقد التحكيم، و ما هو الحال إذا لحق عيب بالعقد التحكيمي نفسه ؟**

إن مسألة تحديد الجهة المُختصة بالبت بهذه الأمور على درجة كبيرة من الأهمية، فإذا سمح لأي طرف من أطراف العقد التحكيمي اللجوء إلى القضاء بحجة أن العقد التحكيمي باطل أو مُنقضي لأي سبب، فإن ذلك سيكون له أثر سلبي على التحكيم بصفة عامة و على التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة، ذلك أن من مزايا التحكيم سرعة البت في النزاع إضافة إلى مزايا أخرى عديدة مثل إقتصادية العملية التحكيمية و تحديد مكان و لغة التحكيم و إختيار المُحكمين ...إلخ، و هذا ما لا يتوافر بالقضاء خاصة عامل السرعة .

لذلك أُوجد مبدأ إستقلال العقد التحكيمي و مبدأ الإختصاص بالإختصاص، فإذا بطُل العقد الذي يحوي العقد التحكيمي فإن ذلك لن يُؤثر على العقد التحكيمي إلا إذا طالته أسباباً تتعلق بالعقد التحكيمي نفسه، و إذا كانت هناك طعون على إتفاق التحكيم، فإن المُحكم هو الذي ينظر في تلك الطعون.

و قد عرّف القانون النموذجي إتفاق التحكيم بأنه إتفاق بين الطرفين على أن يُحيلا إلى التحكيم كل أو بعض المنازعات المُحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[١] .

و سنبحث فيما يلي هذين المبدأين في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية و في أنظمة التحكيم و في إتفاقية نيويورك للإعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية .

المطلب الثاني إستقلال عقد التحكيم الدولي عن القانون الذي يحكم العقد الذي يضمنه ثم إستقلاله عن كل قانون، ثم نبحث النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم الدولي .

---

[١] أنظر في هذا المعنى الدكتور عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص٢٣٠-٢٣١ . و كذلك الدكتور شريف الطباخ، التحكيم الإختياري و الإجباري في ضوء القضاء و الفقه، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٠، ص٤٦ .

[١] الدكتور عاشور مبروك،التحكيم، دار الفكرو القانون للنشر و التوزيع،المنصورة، مصر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص٤٥١ .

المطلب الثالث موقف كل من القانونين المصري و الأردني من مسألة صحة عقد التحكيم الدولي، وأخيراً نتناول مبدأ الإختصاص بالإختصاص .

المطلب الأول
إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية و في أنظمة التحكيم و في إتفاقية نيويورك

لقد نتج عن مبدأ إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي أثرين، أولهما إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، و الثاني هو إستقلال العقد التحكيمي عن القانون الذي يحكم العقد .

سنتناول في هذا المطلب إستقلال عقد التحكيم الدولي في ثلاثة فروع:

الفرع الأول إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في القوانين الوضعية.

الفرع الثاني إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه في أنظمة التحكيم.

الفرع الثالث إستقلال عقد التحكيم الدولي في إتفاقية نيويورك للإعتراف و تنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٨ .

الفرع الأول
إستقلال عقد التحكيم الدولي في القوانين الوضعية

عقد التحكيم قد يكون وارداً في العقد الأصلي و يُسمى بهذه الحالة شرط التحكيم، و قد يتم الإتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع و يُسمى بهذه الحالة مُشارطة التحكيم [١]، و مسألة إستقلال مشارطة التحكيم عن العقد الأصلي مسألة واضحة [٢].

أما مسألة أو مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقد أصبحت من المبادئ المُستقرة في القوانين و المعاهدات الدولية و لوائح التحكيم [٣].

فالعقد التحكيمي يرد على الإجراءات التي تُتبع في حال حصول نزاع ناشئ في الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد [٤].

إن قاعدة إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه مُكرسة صراحةً أو ضمناً في عدد كبير من قوانين التحكيم و نضرب لذلك الأمثلة التالية :

---

[١] الدكتور فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦، ص ٢٠٧ .

[٢] الدكتورة ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم و فقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، إتفاقية نيويورك _ القانون الفرنسي _ القانون النموذجي _ الشريعة الإسلامية _ التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٣١١.

[٣] الدكتورة حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١١٩

[٤] الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص١١٩، و انظر بنفس المعنى الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع نفسه،ص٣١١-٣١٢ .

أولاً : قضت المادة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١)، أن شرط التحكيم إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهاؤه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته[٥] .

ثانياً : نصت المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على أنه يُعتبر إتفاق التحكيم إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى، و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته .

ثالثاً : إن مضمون المادة (١٤٤٦) من قانون المرافعات الفرنسي يُشير إلى إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه فقد نصت هذه المادة أنه " إذا كان هذا الشرط باطلاً فإنه يعتبر غير مكتوب " و بذلك فإنه لا يُؤثر على صحة العقد الذي يتضمنه، و يستنتج من ذلك أيضاً أنه إذا كان العقد الأصلي باطلاً، فإن ذلك لا يُؤثر على شرط التحكيم[١] .

رابعاً : المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥ التي تنص على ما يلي " ... و لهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد، كما لو كان إتفاقاً مُستقلاً عن شروط العقد الأخرى و أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم "[٢].

خامساً : المادة (٢١/ ٢) من قانون الأنوسترال لسنة ١٩٧٦، حيث ورد بها نص مُشابه للنص الوارد بالمادة (١/١٦) من القانون النموذجي [٣].

سادساً : أخذت دول كثيرة بمبدأ الإستقلالية مثل إيطاليا و بلجيكا و ألمانيا و النمسا و اليابان، و الدول التي كانت تنتهج النهج الإشتراكي و عدداً من دول العالم الثالث[٤] .

و حيث ذكرنا مبدأ إستقلال عقد التحكيم الدولي عن العقد الذي يتضمنه فسنحاول فيما يلي إستعراض رأي القضاء :

فقد كان القضاء الهولندي سباقاً في إقرار مبدأ إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، فقد أصدرت محكمة هولندية سنة ١٩٣٥ حُكماً مفاده أنه لا يمنع المحكم بالفصل بالنزاع رغم إحتمال عدم صحة العقد الأصلي الذي يتضمن العقد التحكيمي[٥] .

---

[٥] نصت المادة المذكورة (٢٢) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أ فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته " و تماثلها المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .

[١] أنظر الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص٢١١ .

[٢] المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم لسنة ١٩٨٥، منشورة في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص٤٥٦.

[٣] أنظر الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص٤٨٣

[٤] الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢١٣ .

و قضت محكمة إيطالية سنة ١٩٥٩ أن مصير شرط التحكيم منفصل تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه [١]، و كان القضاء الفرنسي لا يعترف بإستقلال شرط التحكيم المُتضمن بالعقد الأصلي[٢]، إلا أنه و في سنة ١٩٦٣ و في قضية Gosset عاد و إعترف بإستقلالية شرط التحكيم المتضمن بالعقد و ورد بالحكم عبارة _ إلا في حالات إستثنائية[٣] .

كذلك قضت محكمة نقض فرنسية بإستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه و ذلك في قضية Impex و قضية Hecht [٤].

وفي قضية Menicucci التي سيأتي ذكرها لاحقاً، قررت محكمة إستئناف باريس صحة شرط التحكيم الوارد في العقود الدولية و إستقلاليته [٥] .

وقضت محكمة نقض فرنسية في قضية DALICOسنة ١٩٩٣، أن شرط التحكيم يُعد مُستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه بشكل مباشر أو عن طريق الإشارة [٦].

الفرع الثاني

إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يحويه في أنظمة التحكيم

لدى مُراجعة المادة (٤/٨) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية[١] و المادة الخامسة من نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي لسنة [٢] ١٩٩٤ ، و البند رقم (٢/٢١ من نظام التحكيم لدى

---

[٥] الدكتور أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص١١٨ .

[١] الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، ص١١٨

[٢] الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، هامش ص ١١٩

[٣] الدكتور إياد محمود برادات، التحكيم و النظام العام " دراسة مقارنة " الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٤٤٤-٤٤٥، و الدكتور فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ٢١٠ و الدكتور أحمد مخلوف، المرجع نفسه، ص ١١٩ .

[٤] الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٢٢-١٢٣

[٥] الدكتور إياد محمود برادات، المرجع السابق، ص٤٤٨ و حفيظه السيد حداد، المرجع السابق، ص١٢٣-١٢٤ .

[٦] الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، ص١٢٤ .

[١] نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية / باريس، منشور في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص٥٠٤ و ما بعدها .

[٢] منشورة في مؤلف الدكتور عاشور مبروك، المرجع السابق، ص٦١٨ و ما بعدها .

محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA لسنة[٣] ١٩٩٨، و البند (٢/١٥) من إجراءات حل النزاعات الدولية للمركز الدولي لحل النزاعات (ICDR) _ الفرع الدولي للهيئة الأمريكية للتحكيم (AAA) لسنة ٢٠٠٦[٤]، نجد أن جميع هذه البنود قد نصت عل أن عقد التحكيم المُتضمن في العقد الأصلي يُعتبر مُستقلاً عن العقد نفسه، و أنه إذا قررت لجنة التحكيم أن العقد باطل لن يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، أي أن جميع أنظمة التحكيم المذكورة أعلاه تعترف و تُقر بإستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه .

الفرع الثالث

إستقلال عقد التحكيم في إتفاقية نيويورك ١٩٥٨

لم تنص إتفاقية نيويورك بشكل صريح على إستقلال عقد التحكيم عن العقد الذي يحويه، و لكن المادة الثانية و المادة الخامسة / الفقرة الأولى تُعاملان عقد التحكيم كعقد مُستقل، حيث تُطالب المادة الثانية من الإتفاقية الدول الإعتراف بعقد التحكيم المكتوب، دون تفرقة بين شرط أو مشارطة التحكيم، و أن تُحيل محاكم الدول الموقعة على الموقعة على الإتفاقية كل نزاع _ بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم إذا تبين وجود إتفاقية تحكيم مكتوب بخصوص النزاع.

أما الفقرة الأولى من المادة الخامسة من هذه الإتفاقية فتنص على أنه يجوز عدم الإعتراف بحكم المُحكمين إذا قدّم الخصم الذي يحتج عليه بالحكم ما يثبت أن عقد التحكيم نفسه باطل أو غير صحيح و فقاً للقانون الذي ينطبق عليه أو عند عدم النص على القانون الذي ينطبق عليه فطبقاً لقانون البلدالذي صدر فيه الحكم، أي أن إتفاقية نيويورك تحرم عقد التحكيم من بعض آثار إستقلاليته كما سنرى لدى تعرضنا لآثار إستقلال عقد التحكيم [١].

و بعد أن إستعرضنا إستقلال العقد التحكيمي في القوانين الوضعية و في انظمة التحكيم، نرى ان نبحث أمرين هامين وهما حالة إستقلال العقد التحكيمي في حالة إنعدام العقد الاصلي والامر الأخر هو مُناقشة ما ورد في النصوص الواردة في بعض أنظمة التحكيم و القوانين بشأن ربط مبدأ إستقلال العقد التحكيمي بإرادة أطراف التحكيم.

الأمر الأول : حالة إستقلال عقد التحكيم و حالة إنعدام العقد الأصلي .

فمن الصعب التفرقة بين حالة بطلان العقد الذي يحوي العقد التحكيمي و حالة إنعدامه التي هي حالة إستثنائية، و بداية نقول أن جانب من الفقه يُفرق بين حالة إنعدام العقد الأصلي و حالة بطلانه، و يرى أنصار هذا الجانب من الفقه أنه إذا كان العقد الأصلي مُنعدماً، فإن عقد التحكيم المُتضمن فيه يتأثر بهذا الإنعدام .

أما الإجتهاد الفرنسي و مُعاهدة جينيف لسنة ١٩٦١ و قواعد الأنوسترال للتحكيم و القانون النموذجي و نظام غرفة التجارة الدولية و نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لا تُفرق بين إبطال العقد الأصلي أو إنعدامه، و تُقرر هذه الأنظمة و القوانين إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي في حالة بطلان أو إنعدام العقد

---

[٣] منشور في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم " وثائق تحكيمية"،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨، ص٨١٦ و ما بعدها .

[٤] منشور في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحدب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق ص٩٣٧ و ما بعدها

[١] نصوص إتفاقية نيويورك توجد في مؤلف الدكتور عبد الحميد الأحدب، وثائق تحكيمية، المرجع السابق، ص٥٦١ و ما بعدها، و كذلك انظر الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص١١٧ و كذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٢٦-١٢٨ .

الأصلي، فإذا لحقت أسباب إنعدام العقد الأصلي بالعقد التحكيمي، كان العقد التحكيمي مُنعدماً أيضاً، أما إذا لم تُلحق أسباب الإنعدام بالعقد التحكيمي كان العقد التحكيمي غير منعدم [١].

و الأمر الثاني إن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية و نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي و القانون الإنجليزي فقد نصت في بداية البنود المُتعلقة بإستقلال العقد التحكيمي على عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك)، و بالتالي إذا إتفق الأطراف على "غير ذلك" أي إذا إتفق الأطراف على عدم إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الذي يحويه و وجد نزاع بين الأطراف و كان العقد باطلاً، فإن العقد التحكيمي سيكون باطلاً، و الفصل في النزاع بين الاطراف عن طريق التحكيم سيُصبح أمراً غير ممكن .

لذلك من الضروري إعمال مبدأ إستقلال العقد التحكيمي عن العقد الأصلي[٢]، و نرى ضرورة أن تنتبه أنظمة التحكيم المذكورة أعلاه و كذلك القانون الإنجليزي إلى هذه النقطة و أخذها بعين الإعتبار[٣] .

المطلب الثاني

إستقلال عقد التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد االذي يتضمنه و إستقلاله عن كل قانون والنموذج السويسري لتقرير صحة إتفاق التحكيم

سنتناول هذا المطلب في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: إستقلال عقد التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الذي يتضمنه.

الفرع الثاني إستقلال عقد التحكيم عن كل قانون.

الفرع الثالث: النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم.

الفرع الأول

إستقلال العقد التحكيمي عن القانون الذي يحكم العقد

لا شك أن عقد التحكيم الدولي ذو أهمية كبيرة لعقود التجارة الدولية، إذ لو إنعدم هذا العقد أو أُبطل لتاهت المُنازعات بين أطراف عقد التجارة الدولية في أروقة المحاكم النظامية مع ما يستغرقه ذلك من وقت طويل إضافة إلى الصعوبات الكثيرة التي تعتري هذا الطريق، مما يُؤدي إلى عرقلة التجارة الدولية، لذلك أولى الفقه و القضاء و المُشرعون إهتماماً كبيراً بالعقد التحكيمي الدولي حتى لا يتمكن أحد الأطراف من التسويف و إضاعة الوقت و مجهودات حل النزاع عن طريق التحكيم السريع و السهل نوعاً .

لقد تبيّن لنا سابقاً أن عقد التحكيم الدولي يُعتبر مُستقلاً عن العقد الذي يتضمنه و هذا يعني أن مصير عقد التحكيم لا يلحق بمصير العقد الأصلي الذي يحويه،إن هذه الإستقلالية تمنح العقد التحكيمي الدولي ميّزة أن يكون خاضعاً لقانون مُختلف عن القانون المُطبق على العقد الأصلي[١].

---

[١] أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٤٣-١٤٨ و كذلك أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد،الإتجاهات المُعاصرة بشأن إتفاق التحكيم (من حيث إستقلاليته و أثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص٤٥ و ما بعدها

[٢] الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص١٢٣- ١٢٤ .

[٣] الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٤٤- ١٤٨، و كذلك أنظر الدكتور عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، المرجع السابق، ص٢٣٧-٢٣٨ .

و قد أكد القضاء الفرنسي في قضية عُرفت Menicucci كان طرفها الأول شخص فرنسي غير تاجر و الطرف الأخر شركة هولندية، و إتفق الطرفان على إخضاع عقد تم توقيعه بينهما للقانون الفرنسي الصادر عام ١٩٥٨، بشأن الوكلاء التجاريين، و هذا القانون يُحرم مثل هذه الإتفاقيات بين التجار و بين غير التجار، مما يعني أن هذا العقد مُخالف للقانون الفرنسي و يُعتبر باطلاً . قامت الشركة الهولندية بفسخ العقد فلجأ الشخص الفرنسي إلى التحكيم إستناداً إلى عقد تحكيم تضمنه العقد الأصلي مُطالباً بتعويضه عن فسخ العقد .

دفعت الشركة الهولندية أن عقد التحكيم المُتضمن بالعقد الأصلي باطل لبطلان العقد الأصلي، و عندما عُرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، رفضت المحكمة هذا الدفع مُقررةً مبدأ إستقلال عقد التحكيم عن العقد الأصلي، و سار الإجتهاد الفرنسي على نهج أن العقد التحكيمي لا يخضع بالضرورة للقانون الذي أخضع له العقد الأساسي، و ذلك في حكم لمحكمة إستئناف باريس في ١/٢٥ /١٩٧٢، و في قضية أخرى بتاريخ ١٩٨٣/١٠/٢١، و هناك أحكاماً أخرى عديدة تحمل نفس المبدأ .

وحكم القضاء الإنجليزي حُكماً مُشابهاً، فقد تعامدت شركة ألمانية مع شركة تابعة لرأس الخيمة، و وقعا عقد يتضمن عقداً تحكيمياً و إختار الأطراف قانون رأس الخيمة لينطبق على العقد الأصلي، ثم حصل نزاع بين الطرفين و حكم في النزاع حكماً في سويسرا، و صدر حكمه لصالح الشركة الألمانية، و لدى قيام الشركة الألمانية لتنفيذ الحكم في إنجلترا، نازعت الشركة التابعة لرأس الخيمة بدعوى أن عقد التحكيم باطلاً تبعاً لقانون رأس الخيمة، إلا أن محكمة إستئناف لندن رفضت هذا الدفع، و طبقت على عقد التحكيم قانون سويسرا بإعتباره قانون مكان التحكيم، و ورد بالحكم أن عقد التحكيم مُستقل و لا ينطبق عليه قانون العقد الأصلي الذي أثاره الأطراف لينطبق على العقد الأصلي .

الفرع الثاني

استقلال العقد التحكيمي عن كل قانون

لم يكتفي الإجتهاد الفرنسي بفك الإرتباط بين العقد الأصلي و العقد التحكيمي بل ذهب إلى أن العقد التحكيمي مستقل عن كل قانون، و استند الإجتهاد الفرنسي في ذلك لسلطان الإرادة أو إلى أي نظام تحكيمي يكرس هذه القاعدة دون الإشارة إلى قانون معين . و صدرت احكاما تطبق على المبدأ في السنوات ١٩٧٥، ١٩٨٢،١٩٩١[(١)].

ووفقا لهذا المفهوم فإن إتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لأي قانون و لكنه يخضع لمقضيات النظام العام الدولي [(٢)].

و كمثل لما أوردناه أعلاه سنعرض فيما يلي قضية بين شركة دينماركية تدعى dialco و وحدة محلية ليبية، فقد تعاقدت الشركة المذكورة مع الوحدة الليبية، و قد نص العقد الموقع بينهما أن الوثائق الخاصة بالمناقصة و الشروط النموذجية وتلك المعدله في الملحق تُعتبر جزءاً من العقد، و ورد في الشروط النموذجية شرطاً ينص على إختصاص المحاكم الليبية، بينما ورد في المُلحق إحالةً بالإشارة إلى شرط التحكيم الوارد في

---

(١) Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator,s Contract , ٢٠١٠ , p.٢٢ &Aiste Sklenyte, International Arbitration : the Doctrine of Separability and Competence _Competence Principle ,٢٠٠٣, p.٣٩

(١) أنظر الدكتور عبد الحميد الأحدب، التحكيم الدولي،المرجع السابق ص٢٤١، و كذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٨٥، و الدكتور أحمد مخلوف المرجع السابق، ص ١٣٥-١٣٦ و كذلك Aiste Sklenyte , Op.cit , p. ٤٠-٤١

(٢) أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٨٧ .

إحدى الوثائق الخاصة بالمناقصة، ثم قامت الوحدة المحلية الليبية بفسخ العقد مع الشركة الدينماركية، و طلبت هذه الأخيرة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، و حكم المحكم أن تدفع الوحدة الليبية تعويضات إلى الشركة الدينماركية .

طعن الطرف الليبي على الحكم بالبطلان مدعيا عدم اختصاص المحكم بالفصل بالمنازعة استنادا إلى بطلان شرط التحكيم وفقا للقانونين الليبي و الفرنسي،ولكن محكمة استئناف باريس رفضت الطعن على أساس أن شرط التحكيم بالإشارة قد تم إدماجه حسب الإرادة المشتركة للأطراف بالعقد الذي يعتبر بمثابة قانون الأطراف .

طعن الطرف الليبي بحكم محكمة استئناف باريس، فقررت محكمة النقض صحة ما ذهبت إليه محكمة استناف باريس و أضافت أن قاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم هي التي تمدُ اتفاق التحكيم بوجوده و فاعليته، و قررت صحة العقد التحكيمي دون حاجة إلى الإشارة إلى أي قانون وطني باستثناء القواعد الآمرة للقانون الفرنسي والنظام العام الدولي .

رأي الفقه بقضية dialco

انقسم رأي الفقه بين مؤيد و معارض، أما الرأي المعارض فقد استند إلى ثلاثة نقاط، أولها أنها تساءل عن طبيعة القاعدة من القانون الدولي للتحكيم الذي يمد اتفاق التحكيم بوجوده و فاعليته و هل تنتمي هذه القاعدة إلى قانون أعلى من القوانين الوطنية، ثم إن القانون الدولي العام لا يهتم بتنظيم العلاقات الناشئة عن الأطراف الخاصة، و أخيراً إن هذه القاعدة التي خلقتها محكمة النقض تتضمن صحة شرط التحكيم عن طريق الإشارة و هو حل غير متفق عليه في القانون المقارن [١].

أما الرأي المؤيد فقد **أورد خمسة نقاط أساسية و عليها استند في تأييده إلى ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس و محكمة النقض، أول هذه النقاط** أن القضاء الفرنسي قصد باستخدام مصطلح النظام العام الدولي _ مفاهيم القانون الفرنسي في الإطار الدولي، **و النقطة الثانية** أن اتفاق التحكيم يخضع للرقابة في ضوء المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي، **و النقطة الثالثة** أن النظام العام يُعبّر عن القواعد المادية التي تشكل الحد الأدنى من المبادئ التي يجب احترامها وفقا للمفهوم الفرنسي للتحكيم الدولي حتى يمكن الإعتراف لإتفاق التحكيم بترتيب أثاره.

أما النقطة الرابعة إن القضاء الفرنسي يسعى إلى وضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي على أن تكون هذه القواعد مستوحاه من القانون المقارن و الطموحات المشروعة للمتعاملين على مسرح التجارة الدولية .

و النقطة الأخيرة أن الحصانة التي يتمتع بها إتفاق التحكيم الدولي ليست مطلقة إذ أن القضاء أخضع مبدأ صحة إتفاق التحكيم لرقابة كل من القواعد الآمرة في القانون الفرنسي و النظام العام الدولي[١].

---

[١] أنظر في هذا المعنى الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ١٣٧–١٣٨ و كذلك الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص١٩١–١٩٢ .

[١] الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ٢٠٠

الفرع الثالث

النموذج السويسري لتقرير صحة عقد التحكيم

إن ما توصل إليه القضاء الفرنسي بعدم ربط مسألة صحة عقد التحكيم بأي نظام قانوني إلى قيام دول أخرى بوضع قواعد مادية خاصة لتقرير صحة عقد التحكيم، و كان التشريع السويسري سبّاقاً بوضع هذه التشريعات ثم لحق به التشريع الجزائري .

فقد وردت مادة في كل من التشريعين السويسري و الجزائري (المادة رقم ٢/١٧٨ من التشريع السويسري)، تنص هذه المادة على أن صحة عقد التحكيم يُحكم عليها بواسطة أحد قوانين ثلاثة، و أي هذه القوانين الثلاثة يُقرر صحة عقد التحكيم يؤخذ به حتى لو كان القانونان الآخران يُقرران بطلانه .

أما القانون الأول من هذه القوانين، فهو القانون الذي إختاره الأطراف لحكم عقد التحكيم، و **القانون الثاني هو القانون** الذي يحكم النزاع سواء إختاره الأطراف أو إختاره المُحكم، **و القانون الثالث هو** القانون السويسري (الجزائري في حالة الجزائر) [١].

و يقترح الدكتور أحمد مخلوف إضافة قانون مكان التحكيم للحكم على صحة إتفاق التحكيم، وهذا رأي عدد كبير من الفقهاء، و كذلك أخذت به إتفاقية نيويورك كبديل في حال تخلف الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد التحكيم .

المطلب الثالث

موقف القانونين المصري و الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي و مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأثر من أثار إستقلال عقد التحكيم

سنبحث في هذا المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول: موقف القانون المصري من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي.

الفرع الثاني: موقف القانون الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي.

الفرع الثالث: سنتناول مبدأ الإختصاص بالإختصاص كنتيجة لإستقلال عقد التحكيم .

الفرع الأول

موقف القانون المصري في مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي

إذا أردنا أن ندرس موقف القانون المصري من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي فلا بد لنا من التعرض لنصوص المواد (٢٥ و ٣٩) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، أما المادة (٢٥) فتنص على أنه لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي مُنظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يُوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مُراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مُناسبة .

أما المادة (٣٩) من ذات القانون فتنص على أنه " ١ _ تُطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الأطراف، و إذا إتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة إتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ٢ _ و إذا لم يتفق الأطراف على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر إتصالاً بالنزاع ٣ _ يجب أن تُراع هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع و الأعراف الجارية في نوع المُعاملة ٤ _ إذا إتفق الأطراف على تفويض

---

[١] الدكتور أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص١٣٠-١٣١ و الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ٢٠٤ .

هيئة التحكيم بالصلح ... أن تفصل في موضوع النزاع على مُقتضى قواعد العدالة و الإنصاف دون التقيّد بأحكام القانون"

و في حالة نزاع ينعقد الإختصاص الأصلي بنظره للمحاكم المصرية فقط، فيجب أن تكون مصر هي مكان التحكيم، و إذا نظرت هيئة التحكيم بمسألة تتعلق ببطلان العقد الأصلي أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فإنها تنظر هذه المسألة وفقاً لأحكام القانون المصري الواجب التطبيق و مدى تأثير ذلك على عقد التحكيم [١].

وبخصوص ما ورد أعلاه ننوه إلى أن المادة (٢٩٨) و هي خاصة بالأحكام الأجنبية و تنص على أنه لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق أن محاكم مصر غير مُختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم، و تنص المادة (٢٩٩) من ذات القانون على أنه تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المُحكمين الصادرة في بلد أجنبي[٢] .

نخلص مما ورد أعلاه أنه في حالة التحكيم بمسألة يعود الإختصاص الأصلي بنظرها إلى القضاء المصري فيجب أن يطبق القانون المصري و يجب أن يكون التحكيم ذاخل جمهورية مصر .

أما في التحكيم الدولي و ذلك الذي يكون أحد أطرافه أجنبياً و سواء جرى التحكيم في مصر أو خارجها، فينطلق مبدأ إستقلال عقد التحكيم إلى إطار يتوافق مع العلاقات الدولية، فيمكن تطبيق قانون على العقد الأصلي و قد يمتد ليشمل عقد التحكيم، و قد يكون هذا القانون هو القانون المصري أو أي قانون وطني أخر، و على أساس هذا القانون الواجب التطبيق تحدد شروط أو صحة عقد التحكيم، و كذلك الحال إذا كان عقد التحكيم يُشير إلى نظام تحكيمي مُعين، فإن قواعد هذا النظام هي الواجبة التطبيق في شأن صحة أو بطلان عقد التحكيم، وإذا كان التحكيم سيجري خارج جمهورية مصر، فإن عقد التحكيم سيخضع للقواعد القانونية الآمرة[١] في مكان التحكيم .

إن إختيار الأطراف لإجراءات التحكيم على نحو ما هو وارد بالمادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ يُحرر هذه الإجراءات من الخضوع لأي قانون وطني، و بما أن عقد التحكيم هو عقد يتعلق بتنظيم إجراءات التحكيم، و إذا ألحق بفكرة الإجراءات فإنه كذلك يتحرر من الخضوع إلى أي قانون وطني، و هذا ذات ما يُقال في حالة إختيار هيئة التحكيم الإجراءات على نحو ما ورد بالمادة (٢٥) من قانون التحكيم المصري .

أما المادة (٣٩) من قانون التحكيم المصري فإنها تُعطي الأطراف الحق في إختيار قواعد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع و إن لم يختاروه، فإن هيئة التحكيم تقوم بإختياره على نحو ما ورد في المادة (٣٩) السالفة الذكر، و إذا قُمنا بتكييف عقد التحكيم بالتكييف العقدي، فإن عبارة موضوع النزاع ستنطبق عليه أيضاً، و هذا ما ذهب إليه الفقه الفرنسي بشأن المادة (١٤٩٦) .

و نُشير أخيراً إلى أن المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري تنص صراحة على إستقلال عقد التحكيم، و لكنه لم ينص صراحة على الصحة الذاتية لهذا العقد و لكن ما أوردناه سابقاً بخصوص المادتين (٢٥ و ٣٩) من قانون التحكيم تُؤكد حقيقة الإستقلال الذاتي لعقد التحكيم.

الفرع الثاني

موقف القانون الأردني من مسألة تقرير صحة عقد التحكيم الدولي

---

[١] الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣٢٩ .

[٢] أنظر الدكتور أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٩١

[١] أنظر الدكتورة ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص٣٢٩-٣٣٠ .

إبتداءاً نود أن نُشير أنه إذا كانت محاكم الأردن هي صاحبة الاختصاص بنظر موضوع النزاع فيجب أن يتم تطبيق القانون الأردني على النزاع المعروض على التحكيم.
كما أن قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية ينص في المادة الثانية على تطبيق أحكام قانون الأحكام الأجنبية على الأحكام الصادرة عن المحكمين، بينما تنص المادة السابعة[١] على انه لا ينفذ الحكم الأجنبي في الأردن إذا كانت المحاكم الأردنية هي صاحبة الاختصاص في نظر النزاع،و على ذلك إذا كانت المحاكم الأردنية هي صاحبة الاختصاص في نظر النزاع، فيجب أن يكون التحكيم داخليا، و تطبيق القانون الأردني على النزاع .
و تنص المادة٢٢ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١لسنة ٢٠٠١ على استقلال عقد التحكيم و انه لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهاءه أي اثر على عقد التحكيم الذي يتضمنه إذا كان عقد التحكيم صحيحا في ذاته .
إذن فينظر المحكم في قضية أي شائبة تشوب العقد مما ذكر في المادة ٢٢ من قانون التحكيم و يحكم بمدى صحة عقد التحكيم حسب القوانين الأردنية .
أما في حالة التحكيم الدولي فيمكن تطبيق أي قانون وطني على العقد الأصلي أو على عقد التحكيم وهما من يحكمان مدى صحة العقد الأصلي و مدى صحة عقد التحكيم .
وإذا كان عقد التحكيم يشير إلى نظام تحكيمي معين كما ورد بالمادة ٢٤ من قانون التحكيم الأردني فان قواعد هذا النظام هي الواجبة التطبيق في شأن صحة أو بطلان عقد التحكيم. وسيخضع عقد التحكيم للقواعد الآمرة لبلد التحكيم .
أما المادة ٣٦ من قانون التحكيم الأردني فتعطي أطراف التحكيم الحق باختيار القواعد القانونية التي تطبق على موضوع النزاع و إذا اتفق أطراف التحكيم على تطبيق قانون دولة مُعينة فإن المحكم يطبق القواعد الموضوعية فيه دون قاعدة تنازع القوانين،وفي حالة ما إذا لم يتفق أطراف التحكيم على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، فان المحكم يطبق القواعد الموضوعية في القانون الأكثر اتصالا بالنزاع، و في جميع الأحوال يجب أن يراع المحكم الأعراف الجارية في نوع المعاملة و العادات المتبعة و ما جرى عليه التعامل بين أطراف التحكيم، و عبارة موضوع النزاع تنطبق أيضا على عقد التحكيم على نحو ما أوضحنا خلال بحثنا عن موقف القانون المصري من مسألة صحة عقد التحكيم الدولي و على ذلك فسواء نظر إلى عقد التحكيم من الناحية الإجرائية أو من الناحية العقدية، يتبيّن لنا أن عقد التحكيم الدولي صحيح بذاته و إن لم يرد نص صريح بذلك في قانون التحكيم الأردني . الفرع الثالث

مبدأ الإختصاص بالإختصاص كأثر من آثار إستقلال عقد التحكيم

سنتناول هذا الفرع في ثلاث بنود :

البند الأول : ماهية مبدأ الإختصاص بالإختصاص
لقد نتج عن إستقلال عقد التحكيم أثرين غير مُباشرين، فأما الأول فهو إمكانية تطبيق قواعد موضوعية بعيداً عن قواعد تنازع القوانين ليحكم صحة إتفاق التحكيم و على نحو ما بينا سابقاً، أما الأثر الغير مُباشر الثاني فهو تمكين المُحكم بالبحث و الحكم في إختصاصه و هذا ما يعرف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص و هو ما سنتحدث عليه تالياً .
و قد مرّ بنا سابقاً مبدأ إستقلال عقد التحكيم، فإذا طعن أحد الأطراف بصحة العقد الأصلي المُتضمن لعقد التحكيم، فإن ذلك الطعن لا يمس عقد التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته، و لو تبيّن لهيئة التحكيم أن العقد مُنعدماً أو باطلاً أو تمّ فسخه ... إلخ، فإن ذلك لن يُؤثر على عقد التحكيم الصحيح في ذاته ن و تقوم هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع الذي قد يتضمن مُطالبة أحد الأطراف بتعويضه عن فسخ العقد أو أي نزاع أخر

---

[١] حيث ورد في هذه المادة في الفقرة أ " إذا لم تكن المحكمة التي أصدرت الحكم المذكور ذات وظيفة .

نشأ أثناء العمل بالعقد الأصلي. و لو كان الأمر أنه إذا أبطل العقد أو فسخ أو إنعدم ...إلخ، و ذلك العيب يُلحق بعقد التحكيم، **فإنه يثور سؤال من الذي سيحكم إذن بالمنازعات بين الطرفين ؟**

و لكن ماذا إذا طعن طعن أحد أطراف النزاع بعقد التحكيم نفسه، و خاصة و أن الدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم بالنظر بالنزاع غالباً ما يتم عن طريق الدفع ببطلان عقد التحكيم أو إنتهاء مدته أو غير ذلك من الحالات .

و لو أُعطيّ أمر الفصل في إدعاء أحد الأطراف ما لحق بعقد التحكيم إلى القضاء لضاعت فائدة كبيرة من فوائد التحكيم، حيث أن القضاء سيأخذ وقتاً طويلاً للفصل في هذه المسألة، ثم إن القضاء سيحتاج غالباً إلى الدخول في تفاصيل النزاع و مُعالجته بشكلٍ كامل حسب القانون المُطبق على النزاع .

لقد تولد مبدأ الإختصاص بالإختصاص عن مبدأ إستقلال عقد التحكيم، و بموجب هذا المبدأ فإن هيئة التحكيم هي التي تنظر في مسألة صحة أو بطلان عقد التحكيم أو إنتهاء مدته، و قد أصبح مبدأ الإختصاص بالإختصاص من المبادئ المُستقرة في التحكيم و تنص عليه مُعظم قوانين و لوائح التحكيم [١] .

و من الجدير بالذكر أن بعض الفقه كان لا يعترف مبدأ إستقلال عقد التحكيم و من باب أولى لا يعترف بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، فمثلاً يقول الدكتور أحمد أبو الوفا " كذلك لا يملك المحكم نظر النزاع إذا تمسك أحد الخصوم ببطلان العقد الذي إشتمل على شرط التحكيم، أو طالب بالتعويض عن بطلانه "[٢] .

البند الثاني : مبدأ الإختصاص بالإختصاص في القوانين الوضعية

نصت المادة (١/٢٢)من قانون التحكيم المصري على أنه تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المُتعلقة بعدم إختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، و هذا يُشابه ما ورد بالمادة (١/٢١) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة (٢٠٠١)، فقد أخذ كذلك بمبدأ الإختصاص بالإختصاص

و قد أخذ كذلك بمبدأ الإختصاص بالإختصاص القانون النموذجي حيث ورد في المادة (١/١٦) منه " بأنه يجوز لهيئة التحكيم البت في إختصاصها بما في ذلك البت في أي إعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو صحته " .

و كذلك قانون الأنوسترال في المادة (١/٢١) منه حيث ورد بها أن هيئة التحكيم هي صاحبة الإختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعدم إختصاصها و تدخل في ذلك الدفوع المُتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الإتفاق المُنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الإتفاق .

و في تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المادة (٤/٨)، ورد أنه إذا لم يكن ثمة إتفاق على خلاف ذلك فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بإنعدامه لا يُرتب أثر على إختصاص المُحكم إذا إرتأى صحة إتفاق

---

[١] الدكتور حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، عمان، ص٢٨٩ –٢٩٠، و كذلك أنظر الدكتورة حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٥١–١٥٢، و كذلك الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي " دراسة مقارنة " المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٣، ص٩٠ . و كذلك الدكتور حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦، ص٢٥٠–٢٥١ . و كذلك الدكتور المستشار أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤، ص٢٤٧–٢٥١ .

[٢] أنظر الدكتور أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص ١٣٧ بند ٥٢

التحكيم، و يظل المُحكم حتى في حالة إنعدام العقد نفسه أو بطلانه مُختصاً لتحديد حقوق الأطراف و الفصل في إدعاءاتها و طلباتها .

نكتفي بهذا القدر، و ما يهمنا هو أن مُعظم قوانين و أنظمة التحكيم تقر بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، **و لكن يبقى سؤال هو إذا حكمت هيئة تحكيم أن عقد التحكيم صحيح أو باطل، فما هي حجية هذا الحكم ؟؟ هذا ما سنبحثه في البند الثالث .**

البند الثالث: حجية حكم التحكيم الدولي ومدى إنطباقها على حكم المحكم بإختصاصه

المقصود بالحجية أنه إذا صدر حكم ما من محكمة نظامية بشأن نزاع ما بين أطراف معينين، فإنه لا يجوز عرض هذا النزاع نفسه بين ذات الأطراف على أي محكمة نظامية أخرى إلا بالطرق و المواعيد التي حددها القانون[١] .

و الآن هل لأحكام التحكيم هذه الحجية ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أن الإجتهاد التحكيمي أجمع على تكريس الطابع القضائي لحكم التحكيم، و لكن يلزمه الإستحصال على صيغة التنفيذ ليصبح ذو طبيعة قضائية كاملة فهو حكم له قوة القضية المقضية[٢] .

فالتحكيم نظام قضائي يُمكّن الأطراف من الفصل في نزاعهم عن طريق التحكيم بدل طريق القضاء، و يكتسب الحكم التحكيمي حجيته بين الأطراف بشأن النزاع من تاريخ صدوره، و يُعد صادراً منذ كتابته و توقيعه [٣].

و قد أثبت القانون المصري حجية أحكام المُحكمين في المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري، وكذلك فعل قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ بالمادة (٥٢) منه، وكذلك مُعاهدة نيويورك للإعتراف و تنفيذ أحكام المُحكمين في المادة الثالثة .

و الآن و قد ثبت لنا حجية حكم التحكيم الدولي، فهل حكم هيئة التحكيم بخصوص وجود أو بطلان إتفاق التحكيم يستفيد من هذه الحجيه، للإجابة على هذا السؤال سنتناول تعريف حكم التحكيم ؟

حاول البعض وضع تعريف لحكم التحكيم و لكن هذه التعريفات لم تكن كافية أو غير واضحة، كذلك فإن لوائح التحكيم لم تتضمن تعريفاً لحكم التحكيم و إن بيّنت أوصافه و كيفية صدوره، ولكن محكمة إستئناف باريس وضعت تعريفاً للحكم التحكيمي في قضية Sardisud فقالت بأنه " أعمال المُحكمين التي تفصل بطريقة نهائية في كل أو في جزء من النزاع المعروض عليهم، سواء في أساس النزاع أو في الإختصاص أو في إجراءات المُحاكمة و تُفضي لوضع حد نهائي للدعوى "، و على ذلك فإن الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم في إختصاصها يُعتبر حكم تحكيم[١٠٤٣] .

---

[١] أنظر الدكتور فؤاد محمد أبو طالب مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام " دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، ٢٠١٤، دار الفكر الجامعي، ص٢٢٣

[٢] الدكتور عبد الحميد الأحدب، الكتاب الثاني، التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص ٤٥٤ .

[٣] الدكتور فؤاد محمد أبو طالب، المرجع نفسه، ص٢٢٤، و الدكتور مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المرجع السابق، ص٥٩، الدكتور علي عوض حسن، التحكيم الإختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص٤٣١ –٤٣٢ و الدكتور أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١الإسكندرية، ص ٤٩ .

[١٠٤٣] أنظر الدكتور عبد الحميد الأحدب، الكتاب الثاني، التحكيم الدولي، ص٤٥٢-٤٥٣ و كذلك الدكتور فؤاد أبو طالب، ص٢٢٧ .

إذن فإن حكم التحكيم الذي تصدره هيئة التحكيم بشأن صحة أو بطلان عقد التحكيم يتمتع بحجية الحكم و لا يجوز إعادة عرضه على أي محكمة نظامية، و لا على أي هيئة تحكيم أخرى إلا حسب ما ينص عليه القانون و في المواعيد المُحدده، و هذه الحجية من النظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، و قد ورد بالمادة (١١٦) من قانون المُرافعات المصري، إن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها .

لنتائج

من خلال بحثنا هذا تبين لنا مدى أهمية إتفاق التحكيم و أهمية مبدأ الإختصاص بالإختصاص المُنبثق من مبدأ أخر هام، و هو مبدأ إستقلال عقد التحكيم .

كذلك يتبين لنا مدى أهمية المحكم و عمله، لذلك على المحكم أن يُضفي أهمية و إحتراماً لعمله و أن يقوم به بإتقان .

التوصيات

أولاً : نوصي أن يبحث المحكم عن حقيقة تعينه كمحكم سواء إختاره الأطراف أو عينته هيئة أو مؤسسة أو المحكمة، فيبحث هل تنطبق عليه الشروط المطلوبة من قبل الأطراف مثل الخبرة و المؤهلات .

ثانياً : نوصي أن يقوم المحكم قبل بدء التحكيم بالتأكد من وجود عقد التحكيم و أن لا شائبة تشوبه واضعاً في إعتباره أن أي طرف قد يطعن بحكم التحكيم، إذا تبيّن عدم وجود عقد تحكيم أو أن شائبة تشوبه، و هذا ما يحصل غالباً إذا لم يتفاعل أحد الأطراف مع المُحكم .

ثالثاً: إذا كان للمحكم أي صلة بأحد الأطراف المُحتكمين فننصح و هذا واجبه أن يُبين و أن يفصح عن ذلك للأطراف حتى لا يكون حكم التحكيم عرضه للإبطال،إن إبطال حكم التحكيم لأسباب ترجع إلى المحكم ستؤثر سلباً على سمعته و بالتالي على الأحكام التي يصدرها أو يُشارك في إصدارها مُستقبلاً .

رابعاً : نوصي أطراف التحكيم التفاعل مع المحكم لأن للمحكم حق الإستمرار بعملية التحكيم حتى لو تغيّب أحد الأطراف بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً و طالما وجد عقد تحكيم صحيح .

خامساً : إذا كان أحد الأطراف يعتقد عدم وجود إتفاق تحكيم أو أن أي عيبِ لحق به، فننصح أيضاً التفاعل مع المحكم و بيان رأيه و دفوعه بشأن وجود أو عدم وجود عقد تحكيم، خاصةً وأن الطرف الذي يتعسف بحقه سيتحمل مسؤولية ذلك، فقد يتبيّن للمحكم عدم وجود عقد تحكيم أو أن عيباً لحق به، و لكن يحمل مسؤولية الطرف الذي تعسف بحقه و لم يتفاعل مع المُحكم، إذ قد يحمله المحكم تكاليف التحكيم .

سادساً : ننصح الأطراف بصياغة عقد التحكيم بشكل واضح لا غموض فيه و لا إبهام، حتى لا يتفاجئ أحد الأطراف بتفسير عقد التحكيم تفسيراً لا يروق له، مثال ذلك قد يُفسر عقد التحكيم أن مكان التحكيم سويسرا مثلاً بينما يرغب أحد الأطراف أن يكون التحكيم في بلده .

قائمة المراجع

المراجع العربية :

١. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري و الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧.
٢. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم الطبعة الأولى،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية٢٠٠١.
٣. أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري و العربي و الدولي، الطبعة السابعة، دار القانون للإصدارات القانونية، ٢٠١٤
٤. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٥. إياد محمود برادات، التحكيم و النظام العام " دراسة مقارنة " الطبعة الأولى،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٤.

٦. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٦.
٧. حفيظة السيد حداد،الإتجاهات المُعاصرة بشأن إتفاق التحكيم (من حيث إستقلاليته و أثاره و النظام القانوني الذي يحكمه و مدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
٨. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٧.
٩. حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الطبعة الثانية، ٢٠١٤، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان.
١٠. شريف الطباخ، التحكيم الإختياري و الإجباري في ضوء القضاء و الفقه، دار الفكر والقانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، ٢٠١٠
١١. عاشور مبروك،التحكيم، دار الفكرو القانون للنشر و التوزيع،المنصورة، مصر، ٢٠١٣-٢٠١٤. .
١٢. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم " وثائق تحكيمية"،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨

١٣. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الكتاب الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٨.
١٤. علي عوض حسن، التحكيم الإختياري و الإجباري في المنازعات المدنية و التجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
١٥. فؤاد محمد أبو طالب مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام " دراسة مقارنة" الطبعة الأولى، ٢٠١٤، دار الفكر الجامعي
١٦. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، ٢٠٠٦.
١٧. مصطفى ناطق صالح مطلوب الناصري، المحكم التجاري الدولي " دراسة مقارنة " المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٣
١٨. ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم و فقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤، دراسة مقارنة، إتفاقية نيويورك _ القانون الفرنسي _ القانون النموذجي _ الشريعة الإسلامية _ التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.

المراجع الأجنبية :

- Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator,s

  Contract , ٢٠١٠.
- Aiste Sklenyte, International Arbitration : the Doctrine of Separability and Competence _Competence Principle , ٢٠٠٣