

مجلة التحكيم

العدد الثاني

- أثر التحكيم في العقود الإدارية ● دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم في ضوء قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 ● التدابير الوقائية والتحفيزية في التحكيم التجاري ● نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين مضامين اتفاقية الاونسترال للشفافية في التحكيم التعاهدي وموقف العراق منها ● بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني ● حكم التحكيم الأجنبي ● دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارية وقواعد قانونية

مجلة التحكيم

العدد الثاني

تاريخ الإصدار آب 2021

أثر التحكيم في العقود الإدارية | د. أشرف أعور | فلسطين

دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم في ضوء قانون التحكيم السوري
رقم 4 لعام 2008 | أ. طلعت قيسية | سوريا

التدابير الوقائية والتحفيزية في التحكيم التجاري | أ. سفيان الأحمدى | المغرب

نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين
د. عبد الناصر أبو سمهدانة | فلسطين

مضامين اتفاقية الاونسترال للشفافية في التحكيم التعااهدي
وموقف العراق منها | أ.م.د. مصطفى مطلوب | العراق

بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني | د. محمد احمد الشهير | مصر

حكم التحكيم الأجنبي | أ. حسن الخطيب | فلسطين

دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارية وقواعد قانونية
م. محمد عبدالله عابدين | الكويت

مجلة التحكيم

العدد الثاني
تاريخ الإصدار آب 2021

المشرف العام:
المحامي محمد هاديه – المدير التنفيذي

تصميم وطباعة:
مؤسسة امرزيان للطباعة والنشر – القدس
print@emerezian.com

© جميع الحقوق محفوظة لـ:

مؤسسة ACT لحل النزاعات. القدس – 2021

لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو نقله على أي وجه، أو بأي حال، أو بأي طريقة إلا بموافقة مسبقة من مؤسسة ACT لحل النزاعات.



البنك الإسلامي للتنمية



صندوق النقد العربي



برنامج الأمم المتحدة للتنمية

الفهرس

4	كلمة العدد
6	قسم مذكرات التفاهم
11	قسم الأبحاث والسوابق القضائية
12	أثر التحكيم في العقود الإدارية د. أشرف أعور
22	حكم قضائي رقم (1)
	دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم
26	في ضوء قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 أ. طلعت قيسية
38	حكم قضائي رقم (2)
40	التدابير الوقائية والتحفزية في التحكيم التجاري أ. سفيان الأحمدى
44	حكم قضائي رقم (3)
48	نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين د. عبد الناصر أبو سمهدانة
62	حكم قضائي رقم (4)
	مضامين اتفاقية الأونسترال للشفافية
64	في التحكيم التعاهدي وموقف العراق منها أ.م.د. مصطفى مطلوب
74	حكم قضائي رقم (5)
78	بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني د. محمد احمد الشهير
90	حكم قضائي رقم (6)
92	حكم التحكيم الأجنبي أ. حسن الخطيب
102	حكم قضائي رقم (7)
	دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارية
106	وقواعد قانونية م. محمد عبدالله عابدين

كلمة العدد القدس منارة للأدب والثقافة



أ.محمد هادية
المدير التنفيذي
المشرف العام

فلسطين

نشأت فكرة إصدار المؤسسة لمجلة دورية مختصة في مجال التحكيم لتعزيز البحث العلمي والأكاديمي المقترن بالمواءمة العملية لقضايا التحكيم، والمساهمة في انتشار هذا المجال المهني الآخذ في التوسع. يأتي إصدار هذا العدد من المجلة مواكباً للعلاقات والشراكات المحلية والعربية التي بنتها المؤسسة خلال العام الماضي، حيث تضمن نشر مجموعة من أحكام محكمة النقض الفلسطينية الخاصة بالتحكيم بالتنسيق مع موقع مقام التابع لكلية القانون في جامعة النجاح الوطنية وذلك تفعيلاً لمذكرة التفاهم التي وقعت حديثاً. كما شارك في هذا العدد باحثون متميزون في الوطن العربي من المغرب، وسوريا، ومصر، والكويت، والعراق، وكان ذلك ثمرة لجهود العمل في إطار المحكمة العربية الدائمة للتحكيم التي أنشئت في مطلع هذا العام. كما شارك في هذا العدد مجموعة متميزة من الأكاديميين الفلسطينيين. تضمن هذا العدد مجموعة من الأبحاث التي تناولت قضايا حيوية في مجال التحكيم وهي: أثر التحكيم في العقود الإدارية، دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم في ضوء قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨، التدابير الوقائية والحفظية في التحكيم التجاري، نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين، مضامين اتفاقية الاونسترال للشفافية في التحكيم التعاهدي وموقف العراق منها، بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني، حكم التحكيم الأجنبي، وأخيراً، دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارية وقواعد قانونية. تضمنت هذه الأبحاث عدد من قوانين التحكيم في الوطن العربي، نأمل أن تكون مفيدة للقراء والباحثين، وأن تساهم في رفد المكتبة التحكيمية في فلسطين والوطن العربي بمحتوى علمي وقيمة مضافة.

إن الإصرار على إصدار العدد الثاني من مجلة التحكيم من مدينة القدس لا يقتصر على الجانب الأكاديمي والمهني للتحكيم، كما أن الإصرار على إشراك أكاديميين وباحثين من الوطن العربي لا يتعلق فقط بإضفاء التنوع البحثي للمجلة. إننا نؤمن بأن القدس وعلى الرغم من كل ما تمر به من مصاعب، يجب أن تعود لتحتل مكانتها الطبيعية كعاصمة للسماء، ومنارة للأدب والثقافة، وقبلة لكل أصحاب الفكر الحر.

نتوجه في المؤسسة بكل الحب والتقدير لجميع الأساتذة الأفاضل الذين منحوا من وقتهم وجهدهم لإنجاح هذا الإصدار، آمليين أن تكون هذه المجلة عنواناً دائماً للبحث الأكاديمي والمهني المتخصص، وفرصة للباحثين والباحثات الشباب لنشر أبحاثهم، حيث سيتضمن العدد الثالث إن شاء الله قسماً خاصاً لدعم المحاولات البحثية لطلاب الجامعات وحديثي التخرج.

كما نتوجه بالشكر إلى الجهة الداعمة لمشروع تعزيز المشاركة المجتمعية في حل النزاعات المنفذ من قبل صندوق النقد العربي بإدارة البنك الإسلامي للتنمية وبتنفيذ برنامج الأمم المتحدة الإنمائي UNDP التي رعت إصدار العددين الأول والثاني من المجلة.

ACT



توقيع مذكرات تفاهم
بين مؤسسة آكت لحل النزاعات
ومؤسسات محلية وإقليمية ودولية

وقعت مؤسسة ACT لحل النزاعات
عدداً من مذكرات التفاهم
لتطوير البحث العلمي.



مذكرة تفاهم مع مركز السياسات ودراسات حل الصراع
الجامعة العربية - الأمريكية



مذكرة تفاهم مع كلية القانون - جامعة النجاح الوطنية



مذكرة تفاهم مع مركز المستشار للاستشارات التحكيمية - الكويت



أ. محمد هادية



المستشار محمد عابدين

مذكرة تفاهم مع مجموعة سهام ناصر صليبيخ القانونية
(SNS Legal Group) - البحرين



- مذكرة تفاهم مع المدرسة العليا للصحافة والتواصل - باريس





قسم الأبحاث والسوابق القضائية

- 12 أثر التحكيم في العقود الإدارية | د. أشرف أعور
حكم قضائي رقم (1) 22
- دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم
في ضوء قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 | أ. طلعت قيسية 26
حكم قضائي رقم (2) 38
- التدابير الوقائية والتحفيزية في التحكيم التجاري | أ. سفيان الأحمد 40
حكم قضائي رقم (3) 44
- نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين | د. عبد الناصر أبو سمهدانة 48
حكم قضائي رقم (4) 62
- مضامين اتفاقية الاونسترال للشغافية
في التحكيم التعاهدي وموقف العراق منها | أ.م. د. مصطفى مطلوب 64
حكم قضائي رقم (5) 74
- بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني | د. محمد أحمد الشهير 78
حكم قضائي رقم (6) 90
- حكم التحكيم الأجنبي | أ. حسن الخليل 92
حكم قضائي رقم (7) 102
- دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارة
وقواعد قانونية | م. محمد عبدالله عالدين 106



أثر التحكيم على منازعات العقود الإدارية



د. أشرف أعور
استاذ القانون الاداري
جامعة القدس
محكم معتمد لدى غرفة التحكيم الفلسطينية الدولية

فلسطين

تمهيد وتقسيم

يعتبر نظام التحكيم بديلا لنظام التقاضي أمام محاكم الدولة، وكما للتحكيم خصائص فإن للتحكيم آثار إيجابية تترتب على اللجوء إليه لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، كما أنه هناك آثار سلبية تترتب على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية^(١)، والتحكيم في العقود الإدارية له الكثير من المميزات الإيجابية ومرجع ذلك أن التحكيم يخفف كثيرا من الإجراءات المعقدة والشديدة الصرامة التي يلتزم بها الأفراد عند لجوئهم للقضاء الوطني، فضلا عن أن التحكيم يبني على إختيار الخصوم بإرادتهم أفراد غير قضاه لنظر المنازعات الناشئة بينهم^(٢).

وعلى هدي ما تقدم وللتعرف على تلك الآثار بالتفصيل سنقوم بتقسيم هذا الدراسة إلى مبحثين في المبحث الأول الآثار الإيجابية للتحكيم على العقد الإداري، ونبين في المبحث الثاني الآثار السلبية للتحكيم على العقد الإداري.



١. جار الله على جارالله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٣٥.
٢. جارالله على جارالله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، سنة ٢٠٠٧، ص ١٣٥.

المبحث الأول: الآثار الإيجابية للتحكيم على العقد الإداري

تمهيد وتقسيم

من الآثار الهامة التي تترتب على اتفاق التحكيم في حالة قيامه صحيح وقانوني، التزام أطراف التحكيم بعرض النزاع موضوع الاتفاق على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع، فاتفاق التحكيم أيا كانت صورته، سواء أبرم قبل النزاع في صورة شرط تحكيم أو بعد قيام النزاع في صورة مشاركة تحكيم، يسمح لأطرافه عند قيام النزاع بالالتجاء مباشرة إلى تشكيل هيئة تحكيم فيستطيع الطرف الأكثر استعجالاً في حالة وقوع النزاع أن يبدأ مباشرة في اتخاذ إجراءات التحكيم وعرض الأمر على المحكم^(١).

وبداية هذه الإجراءات تكمن في تشكيل هيئة التحكيم، حيث أن مسأله تشكيل هيئة تحكيم وهي مسألة دقيقة يترتب عليها نجاح التحكيم أو فشله، فالتوصل إلى المحكم الموضوعي والمحايد هو هدف كل طرف يلجأ إلى التحكيم^(٢).

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي، المطلب الأول الآثار المتعلقة بإجراءات المنازعة، والمطلب الثاني الآثار المتعلقة بأطراف المنازعة.

المطلب الأول: الآثار الإيجابية المتعلقة بإجراءات المنازعة

التحكيم في مجال العقود بصفة عامة، وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، له الكثير من المزايا أو الآثار الإيجابية المتعلقة بإجراءات خصومة أو منازعة التحكيم المعروضة على الهيئة المشكلة بإرادة طرفي الخصومة، فالتحكيم يعطي للمحكم حرية أكبر في ظل نظام التقاضي وذلك بتحديد القانون الواجب التطبيق على الخصومة، كما أن التحكيم يحرم الأطراف والمحكم من القيود المفروضة على القاضي العادي، وكذلك لكون المحكم متفرغاً وذا دراية فنية فإن ذلك يعطي الأطراف الثقة والإطمئنان فيما يصدر عنه من أحكام^(٣).

وأيضاً للتحكيم أثر إيجابي في توفير الوقت وذلك بالفصل في الدعوى في أقل وقت ممكن، وهذا بعكس الحال إذا ما عرض النزاع على القضاء العادي حيث تستمر الدعوى أمامه عدة سنين. وفي هذا المطلب سنقوم بتفصيل بعض الآثار الإيجابية التي تترتب على اللجوء إلى التحكيم والمتعلقة بخصومة التحكيم وذلك على النحو التالي:

أولاً: حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر مسألة إجرائية يتم حسمها بالرجوع إلى القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم والتي تفيد أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الحاكم لموضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين التي تراها مناسبة^(٤).

١. د. حمد الله محمد الحمد لله، النظام القانوني لشرط التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٢، ص ١٨١.

٢. د. ابراهيم احمد ابراهيم، اختيار طرق التحكيم ومفهومه، مقالة منشورة في مجلة المحاماه المصرية، العدد الاول، دار وهدان للنشر، ٢٠٠١، ص ٥٦٧.

٣. جارالله جلاله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص ١٣٦.

٤. القضية التحكيمية من أحكام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي رقم ٦٧٤ لسنة ٢٠٠٩ حكم بتاريخ ٢٠١١/١٠/٥، مجلة التحكيم العربي، العدد السابع عشر، ديسمبر ٢٠١١، ص ٢٥٢.

ومن التوجهات الحديثة في مجال التحكيم، موضوع إعطاء حرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع أو على الإجراءات، ولأطراف النزاع في العقود الإدارية الحق في تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع ما دام ذلك لا يصطدم بالقواعد الآمرة في النظم القانونية ذات الشأن^(٥).

حيث أن تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع يعتبر مسألة إجرائية يتم حسمها بالرجوع إلى القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم^(٦). ويتضح لنا ما سبق أن التحكيم في العقود الإدارية بصفه عامة يخول طرفي العقد إمكانية اختيار القانون المطبق على عقدهم، تلك الحرية التي لا تتاح لهم أمام القضاء العادي، في حين يخضع الأطراف أمام القضاء العادي لقانون القاضي، أو لقانون الدولة التي ينتميان لها بجنسيتهما، فالتحكيم في العقود بصفة عامة، وفي العقود الإدارية بصفة خاصة، يخول طرفي العقد إمكانية اختيار القانون، مما يرجع على الطرفين بالاطمئنان عندما يطبق على النزاع القانون الذي يريان أنه الأصلح لحكم عقدهما^(٧). ويرى الباحث أنه يمكن الاستفادة من هذه الميزة في مجال العقود الإدارية حيث يمكن للدولة المتعاقدة اشتراط تطبيق قانونها الوطني على النزاع المتوقع قيامه أو القائم فعلاً بينها وبين المتعاقدة معها، وبذلك تضمن تلك الدولة المميزات التي يوفرها لها قانونها الوطني وتحافظ كذلك على مميزات العقد الإداري. وبناء على ما سبق فإن نظام التحكيم يمنح المحكم الحرية في اختيار القانون الذي يراه أصلح من وجهة نظره لتطبيقه على الخصومة المطروحة عليه، بعكس ما إذا رفعت دعوى أمام القضاء الوطني، فالقاضي الوطني مقيداً دائماً بتطبيق قانون دولته، أو بتطبيق القانون الواجب التطبيق حسبما تشير قواعد الإسناد الواردة في القانون الدولي الخاص للدولة التابع لها^(٨).

ثانياً: توفير الوقت وتضريح المحكم لنظر النزاع

إن أهم وأخطر عيب ينسب إلى طريقة الالتجاء إلى القضاء هو إضاعة الجهد والوقت والمال، فمن المعروف أن اللجوء للقضاء يحتاج جهداً كبيراً ويكلف نفقات كثيرة من رسوم قضائية وأتعاب محاماة وغيرها، ويستغرق وقتاً طويلاً وهذه العيوب لا توجد غالباً في حالة اللجوء إلى التحكيم أو لا توجد على الأقل بنفس الدرجة الموجودة في طريقة اللجوء للقضاء^(٩). وبلا شك يعتبر التحكيم وسيلة سريعة لحل النزاعات أسرع من إجراءات التقاضي أمام المحاكم، لذا يعتبر التحكيم الملاذ الأفضل لأطراف النزاع حيث يكون باستطاعة الأطراف التحكم في مسار إجراءات التحكيم، كما يمكن للأطراف تحديد الجدول الزمني الذي يجب أن يستغرقه التحكيم وصولاً إلى القرار النهائي الملزم، وعند عرض النزاع على القضاء العادي فإن الحكم في الدعوى قد يستغرق سنين عديدة، وذلك نظراً للإجراءات المتبعة أمام جهات القضاء، والذي أوجب القانون على أطراف الدعوى أن يلتزموا بها وإلا تعرضت الدعوى لعدم القبول.

٥ . د . أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، دار الفكر العربي، ص ١٢٩.

٦ . حيث تفيد المادة (٣٣) من قواعد مركز القاهرة للتحكيم أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الحاكم لموضوع النزاع، فإن هيئة التحكيم تطبق القانون الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع وفق قواعد تنازع القوانين، مع مراعاة أن الأولوية تكون دائماً لبند العقد موضوع النزاع . انظر في ذلك بالتفصيل القضية التحكيمية رقم ٦٧٤ لسنة ٢٠٠٩ حكم بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٥، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد ١٧، ديسمبر ٢٠١١، ص ٢٥٢.

٧ . د . حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، الكويت، ١٩٩٦ ص ٣٦١.

٨ . د . محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص ١٦.

٩ . د . فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الاسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٦، ص ٢٧.

ولما كانت العقود الإدارية التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب جزءاً من عقود التجارة الدولية فإنها تتأثر بالقيود المفروضة على نظام التقاضي أمام المحاكم الوطنية والتي منها مراعاة أشكال وإجراءات معينة لرفع الدعوى ونظرها، تلك القيود التي تضيع الوقت والجهد على كل من طرفي الدعوى.

وهذا ما أكدته المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم حيث نص على أنه «ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك يجب أن يصدر التحكيم خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات التحكيم»^(١١)، وقد اتفق بذلك مع المشرع المصري حين أجاز لهيئة التحكيم مد الميعاد لمدة ستة شهور. وقد علل القضاء الفلسطيني جواز اللجوء إلى التحكيم دون القضاء كسبب من عدة أسباب سرعة البت في النزاع حيث نص الحكم على «أن التحكيم هو استثناء يتم اللجوء إليه دون القضاء العادي من أجل سرعة البت في النزاع»^(١٢).

ومما سبق يتضح لنا مدى المميزات التي يتمتع بها التحكيم مقارنة بالقضاء العادي، حيث تؤدي هذه المميزات بالنفع على العقود التجارية بصفة عامة على المستوى الدولي والمحلي والتي من بينها العقود الإدارية.

المطلب الثاني: الآثار المتعلقة بأطراف المنازعة

يعتبر البعض التحكيم بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم^(١٣)، فاتفق طرفي الخصومة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لفض نزاع معين إنما يعني في حقيقته سلباً لاختصاص القضاء الوطني للدولة^(١٤)، الذي كان يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم، وهو أمر يترتب عليه بالضرورة إنهاء الخصومة بمجرد صدور قرار من هيئة التحكيم، فهذا القرار يعتبر منهيماً للخصومة محل النزاع، إلا أن هذا السلب يعتبر في مصلحة القضاء، والذي يتفرغ بعد نزع اختصاصه بنظر الدعوى الذي عهد بها أطرافها إلى هيئة تحكيم لنظر قضايا أخرى ذات أهمية كبيرة.

وبناء عليه يتضح أن التحكيم يعتبر طريقاً استثنائياً من أصل عام وهو اللجوء إلى القضاء الذي نظمته الدولة ووضعت القواعد الخاصة به، ولكن ذلك لا يعني إهدار كل قيمة للتحكيم، فالتحكيم بالرغم من ذلك لعب دوراً بارزاً في تخفيف العبء عن كاهل القضاء^(١٥)، حيث جذب التحكيم إليه العديد من الدعاوى التي كانت سترفع أمام القضاء وتكتظ بها المحاكم وينوء بها القضاء، وتمثل عبئاً عليهم من كثرتها، هذه الكثرة التي نتج عنها بطء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام، واللذان أصبحتا ظاهرتين خطيرتين تهددان العدالة، بل لا نغالي في القول إذا قلنا أنهما تجردان حق التقاضي الذي نظمته الدولة وكفله الدستور من كل قيمة له^(١٥).

وبناء على ما تقدم يمكننا القول أن المحاكم أمام هذا الكم الهائل من القضايا المطروحة أمامها حين

١٠. المادة (٢٨) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠٠، وقد أكدت محكمة النقض الفلسطينية على ما نص عليه المشرع في المادة (٢٨) من قانون التحكيم وذلك في حكمها في الدعوى رقم ٢٤١/٢٠٠٩، الصادر بتاريخ ٢٥/١٠/٢٠٠٩.

١١. حكم محكمة الاستئناف الفلسطينية في الدعوى رقم ٥٦٠/٢٠١٠، الصادر بتاريخ ٦/٣/٢٠١١.

١٢. د. جابر جاد نصار التحكيم في العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٠.

١٣. د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ط ٣، ٢٠٠٧، ص ٦.

١٤. هناك عدة آثار إيجابية أخرى غير تخفيف العبء عن القضاء نذكر منها توفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص. راجع بالتفصيل د. محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مجلة حقوق الإسكندرية، السنة العاشرة، العددان الأول والثاني، ص ٥٢. راجع أيضاً د. أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو القانون التجاري الدولي، مجلة الامن والقانون، دبي، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٩٣، ص ٢٢٢.

١٥. د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٧.

تحجز الدعوى للحكم لا تنطق بهذا الحكم في الجلسة المحددة للنطق به، وتؤجل إصداره الحكم مرة تلو الأخرى فلا يصدر في بعض الاحيان قبل عدة شهور، وقد يصل الأمر لطرح الدعوى أمام القضاء لعدة سنين، لكل هذا لا يخفي على كل ذي لب مدى ما ينطوي عليه ذلك من مشقة على المتقاضين وكذلك مشقة على القضاة أنفسهم الذين يواجهون بهذا الكم الهائل من القضاء سواءً على مستوى محاكم القضاء العادي أم على مستوى محاكم القضاء الإداري^(١٦).

فعلى ضوء ما قدمنا نجد أن التحكيم لعب دور البديل والمخفف لعبء القضاء، فاتفق أطراف الخصومة على اللجوء إلى التحكيم يكشف عن رغبتهم في حسم ما قد يثور بينهم من خلافات، وينزع إلى حد كبير وصف الخصومة ويقضي إلى عدم نظر الدعوى أمام القضاء الإداري مما يقلل من عدد القضايا المطروحة على ساحات القضاء، وهذا يعطي الفرصة للقاضي لنظر عدد محدود من القضايا، مما يؤدي إلى حسن أدائه لوظيفته القضائية^(١٧).

المبحث الثاني: الآثار السلبية للتحكيم على العقد الإداري

تمهيد وتقسيم

إذا ما نظرنا إلى الآثار السلبية من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية نجد أن هذه العقود والنزاعات تتسم بطابع خاص يميزها عن عقود ومنازعات القانون الخاص ذلك الطابع الناتج عن وجود الإدارة طرفاً في تلك المنازعات، حيث تفقد الإدارة في حالة لجوءها للتحكيم أهم السلطات الممنوحة لها في ظل القانون الإداري، وخاصة إذا ما علمنا أن التحكيم في الغالب الأعم من حالاته يضع الخصومه بين أعضاء هيئة تحكيم التي تكون مكونه من أعضاء ينتمون لجنسية بلد ما لا تعرف التميز بين العقود الإدارية والعقود المدنية وتخضع كلاهما لقواعد قانونية موحده، مما يترتب سلب سلطات الإدارة التي منحها إياها القانون الإداري^(١٨).

لذلك فإنه يترتب على اللجوء إلى التحكيم فقد الإدارة لأهم السلطات الممنوحة لها في ظل القانون الإداري، اضافة إلى خضوع الخصومة لأعضاء هيئة تحكيم ممكن أن يكونوا منتمين لجنسية بلد ما لا تعرف التمييز بين العقود الإدارية والعقود المدنية وتخضع كلاهما لقواعد قانونية موحده، مما يترتب عليه سلب الإدارة السلطات التي منحها إياها القانون الإداري.

ولبيان الآثار السلبية للتحكيم على العقد الإداري سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نفردهم الأول منهما لامتناع القضاء العادي عن نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، والثاني للآثار السلبية التي تنتج عن لجوء الإدارة والأشخاص الاعتبارية العامة للتحكيم.

الفرع الأول:

امتناع القضاء العادي عن نظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم

عند لجوء الخصوم إلى حسم النزاع بواسطة المحكمين واستبعاد إمكانية اللجوء إلى القضاء، وذلك لوجود اتفاق التحكيم الذي يلزم أطرافه أن يحيلوا إلى المحكمين أمر حسم النزاعات التي اتفقوا على عرضها للتحكيم^(١٩).

١٦. د. أحمد السيد صاوي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ص ٨٥.

١٧. د. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٥.

١٨. جار الله على جار الله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١٨٦.

١٩. د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٦١.

وإذا كان يترتب على اتفاق التحكيم حرمان الأطراف من اللجوء إلى القضاء بصدد الموضوع المتفق عليه على التحكيم، فإن هذا ينفي على وجه الإطلاق اختصاص القضاء المستعجل بنظر طلبات اتخاذ الإجراءات الوقتية المتصلة بالموضوع^(٢٠).

وبوجه عام يمكن القول إن القوانين الوطنية التي أجازت للأطراف الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد أخذت من حيث المبدأ بقاعدة امتناع القضاء العادي عن نظر المنازعات التي أبرم الأطراف بشأنها اتفاق التحكيم^(٢١)، ولقد ترك التحكيم الحرية للأفراد لتحديد هذا القانون انطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة، والذي أصبح في وقتنا المعاصر مبدأ مهيمناً على العلاقات الدولية الخاصة، تلك الحرية التي لا تخرج عن أحد احتمالين:

الأول: اتفاق طرفي العقد على تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بشأنه.
الثاني: عدم اتفاق الطرفين على تحديد هذا القانون وسنقوم بتفصيل الإحتمالين على النحو التالي:

أولاً: القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات الإدارية.

إن الأصل في التحكيم أن المحكم يجب عليه أن يطبق القانون الذي إختاره الأطراف المتنازعه، فلا يطبق قانون آخر إلا في حالة تعارض هذا القانون مع النظام العام الدولي^(٢٢).

ولقد اعترفت غالبية التشريعات الوطنية بأن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق بين طرفي النزاع يأخذ أحد شكلين، إما الاتفاق الصريح بين طرفي خصومة التحكيم على إختيار قواعد قانونية معينة، أو اللجوء إلى أحكام قانون وطني بأكمله^(٢٣).

وقد يتم اتفاق الأطراف على تطبيق قانون وطني معين يكون له الفصل في النزاع وفقاً لما يتضمنه هذا القانون من نصوص، وقد يكون هذا الاتفاق على تطبيق قانون غير القانون الواجب التطبيق، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً، أما الشكل الثاني وهو اتفاق الطرفين بشكل ضمني على تبني قانون أو قواعد معينة، ولا يجوز للمحكم أن يحدد عن هذا الاتفاق ويطرحة جانباً ليطبق قانوناً آخر.

ثانياً: عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق.

لقد جاءت النصوص واضحة في قانون التحكيم الفلسطيني فيما يتعلق بعدم اتفاق أطراف النزاع على القانون حيث نص قانون التحكيم الفلسطيني على تطبيق 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 يجب على هيئة التحكيم أن تراعي الأعراف المطبقة على العلاقة بين أطراف النزاع^(٢٤).

٢٠. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ١٢٦.

٢١. انظر في ذلك القانون الفرنسي الجديد بشأن التحكيم فقد نصت المادة ١٤٥٨ من هذا القانون على أنه إذا رفع النزاع المعروض على محكمة التحكيم بموجب اتفاق التحكيم يجب على قضاء الدولة أن يقرر عدم اختصاصه وإذا لم تكن محكمة التحكيم قد فصلت بعد بالنزاع يجب أيضاً على هذا القضاء أن يقرر عدم اختصاصه. راجع في ذلك د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ص ٦١.

٢٢. د. نجلاء حسن سيد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ٤٨٣.

٢٣. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٩١.

٢٤. المادة (١٩) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠، حيث نصت: ١- يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبيق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. ٢- 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.

وإن الاتفاق على إخضاع تلك العقود والمنازعات الناشئة عن تنفيذها للقانون الخاص يؤدي إلى حرمان الإدارة من السلطات والمزايا التي يكفلها القانون الإداري. وعلى ذلك فإن إخضاع المنازعة المنظورة أمام هيئة تحكيم للقانون الخاص ولنفس القواعد القانونية التي لا تفرق بين العقود الإدارية والعقود المدنية، يمثل خطراً على المبادئ التي أرساها القانون الإداري في نظرية العقود الإدارية، وعلى السلطات الممنوحة لجهة الإدارة، تلك السلطات التي ترتبط بتطبيق القانون الإداري، والخضوع للقضاء الإداري الذي يعمل على تطبيق مبادئ هذا القانون.

الفرع الثاني:

اللجوء للتحكيم يؤثر على مستقبل القانون الإداري ويؤدي

إلى عدم تطبيق القانون الساري في الدولة

اتجهت غالبية الدول لجذب الاستثمارات الأجنبية بهدف التنمية الاقتصادية الداخلية، في حين أن المستثمر يصر على استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وكذلك يطلب في نصوص العقد نزاع الاختصاص للقضاء الوطني، وذلك لخشية المستثمر من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة، ظناً منه أن القانون الوطني والقضاء الوطني دائماً ما يقفان بجانب الدولة التي سنت تلك القوانين ونظمت هذا القضاء. ولذلك فإن المستثمر يقوم بإدراج شرط تحكيم في العقود التي يبرمها مع هذه الدولة، ويستبعد بهذا الشرط خضوعه لقانون تلك الدولة، السبب في إصرار المستثمر على استبعاد القانون الوطني للدولة المتعاقدة، يرجع إلى عدة مخاوف تجول في نفس المستثمر يمكن ذكر بعضها على النحو التالي:

أولاً: خوف المستثمر من انحياز القضاء الوطني للدولة التي هي طرف في المنازعة

لا يتوقع المستثمر الأجنبي من الوسائل القضائية في الدولة أن يكون موقفها حيادياً بشكل كامل نحو النزاع، إضافة إلى بعض الشك في أن الأحكام التي تصدر من المحاكم الداخلية للدولة المضيفة لا تتسم بالحيادة الواجبه، بسبب كونه أجنبياً، ومن ثم تختلف النظرة إليه في مواجهة الطرف الآخر، وهو الطرف الوطني في النزاع.

وأياً كانت المزايا التي تتمتع بها الدولة المتعاقدة من حياد واستقلال عن الدولة ذاتها، فإنه في نهاية المطاف قضاء تابع للدولة الطرف وأحد أجهزتها، وفي سبيل درء مخاطر انحياز القضاء للدولة الطرف في المنازعة، يلجأ المستثمر إلى سلب اختصاص القضاء الوطني، ومنحه في قضاء آخر محايد هو قضاء التحكيم، وهو الهدف الذي تتمسك به الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع الدولة وتصر عليه ولو على حساب عدم إتمام التعاقد^(٢٥).

وبناءً على ما تم ذكره نجد أن الكثير من الدول قد ضمنّت قوانينها نصوصاً تفيد قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن تلك العملية، وذلك كضمانة إجرائية لتشجيع الإستثمار على إقليمها، واستهداءً بسياسة تشجيع الاستثمار، وهذا ما جاء في قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ حين نص على أنه «يجوز لأطراف التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق موضوع النزاع»^(٢٦).

٢٥. د. حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم على عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجبات لتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠١، ص ٧.

٢٦. انظر في ذلك ما نصت عليه المادة (١٩) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ «يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبيق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني. ٢- 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».

ثانياً: خوف المستثمر الأجنبي من تمسك الدولة بالحصانة القضائية

الأصل ألاّ تثير مسألة تقاضي الأجنبي أمام محاكم الدولة المضيضة مشكلات تذكر من حيث إمكانية التقاضي ما داموا يسلمون باختصاص تلك المحاكم بنظر سائر المنازعات التي ترتبط بإقليم الدولة إذا كان الأصل في ممارسة سلطة القضاء في الدولة هو سيادتها على إقليمها بكل ما يوجد فيه أو عليه من أشخاص، فالأصل سيادة الدولة على إقليمها بكل ما يوجد فيه أو عليه من أشخاص^(٢٧).

ورغم أن الأصل العام أن تتمتع الدولة بالحصانة إلا أن هذه الحصانة مقيدة ولا تستفيد الدولة منها إلا في الأحوال التي يكون التصرف الصادر عنها تصرفاً سيادياً استخدمت فيه مميزات كسلطة عامة أو كان التصرف من تصرفات القانون العام، وذلك لا يعني انتهاء التمتع بالحصانة، بل يظل الأصل العام التمتع بها.

٢٧. د. حفظة الحداد: القانون القضائي الدولي الخاص، الإسكندرية طبعة ١٩٩٠، ص ١٧٧، وما بعدها.

قائمة المراجع

• الكتب

١. د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٨١.
٢. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الإختياري والإجباري، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.
٣. د. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، الاسكندرية: منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٦٤.
٤. د. أحمد السيد الصاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
٥. د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
٦. د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية: دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
٧. د. حفظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم على عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجبات لتطبيق، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
٨. د. حفظة السيد الحداد، القانون القضائي الدولي الخاص، الإسكندرية، ١٩٩٠.
٩. د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، الكويت، ١٩٩٦.
١٠. د. حمدالله محمد الحمد لله، النظام القانوني لشرط التحكيم، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.
١١. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
١٢. د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٦.
١٣. د. محسن شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
١٤. د. محمود مختار البريري، التحكيم التجاري الدولي، القاهرة: دار النهضة العربية، طبعة الثالثة، ٢٠٠٧.
١٥. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة، د.ت.
١٦. د. نادية محمد معوض، التحكيم التجاري الدولي، ط الثانية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
١٧. د. نجلاء حسن سيد خليل، التحكيم الإداري في المنازعات الإدارية في مصر وفرنسا، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢.

• الرسائل العلمية والابحاث المنشورة في المجالات والدوريات

١. جار الله جار الله المري، أثر التحكيم على طبيعة العقد الإداري: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، ٢٠٠٧.
٢. د. إبراهيم احمد ابراهيم، إختيار طرق التحكيم ومفهومه، مجلة المحاماه المصرية، العدد الاول، دار وهدان للنشر، ٢٠٠١.

قضية رقم (1)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة النقض

«الحكم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة
في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد عبد الله غزلان
وعضوية القضاة السادة: عدنان الشعيبي، محمد الحاج ياسين، فواز عطية، محمود جاموس

الطاعن: بسام محمد يوسف سوخة/ رام الله
وكيلاه: المحاميان اسامة الطاهر و/أو حمزة الطاهر/ رام الله
المطعون ضده: بادي محمد احمد أبو العم/ البيرة
وكيله: المحامي عميد العناني/ رام الله

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



الإجراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بتاريخ ٢٠١٧/٧/٦ لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٦/٨ عن محكمة استئناف رام الله في الاستئناف المدني رقم ٢٠١٧/١١٢ القاضي وعلى النحو الذي صيغ به «قبول الاستئناف موضوعاً، وتعديل الحكم المستأنف بإعلان بطلان حكم المحكمين فيما يتعلق بشق الادانة بجرم اساءة الامانة، وكذلك بطلان الجزء المتعلق بالتعويض عنها بمقدار ١٠٠٠٠ دولار أمريكي، والتصديق على الحكم فيما عدا ذلك واعطاء الصبغة التنفيذية فيما عدا ما ابطل، وتضمن المستأنف عليه الرسوم والمصاريف ومبلغ ٥٠٠ دينار اردني اتعاب محاماة عن درجتي التقاضي».

تقدم المطعون ضده من خلال وكيله بلائحة جوابية، التمس بنتيجتها رد الطعن موضوعاً مع الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

المحكمة

بالتدقيق وبعد المداولة، ولما كان الطعن قد قدم ضمن الميعاد، مستوفياً لشروطه الشكلية تقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع، وعلى ما أفصحت عنه الاوراق أن الطاعن قد تقدم امام محكمة بداية رام الله بالطلب رقم ٢٠١٠/٢٤٦ بتاريخ ٢٠١٠/٤/١٥ للطعن بقرار هيئة التحكيم الصادر بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٨ القاضي بإلزام المدعي بدفع مبلغ ٩١٩٦٩,٥٤ دولار امريكي للمدعى عليه المطعون ضده، على اساس من القول أن طريف الخصومة قد وقع على اتفاقية باسم اتفاقية الحسابات الاسلامية المدارة، بحيث يقوم المدعى عليه بإدارة حساب المدعي لدى شركة وندرسون التي تقوم الاخيرة بالتجارة بالعملات الاجنبية، وأنه نتيجة الخلاف الذي وقع بين طريف النزاع تم الاتفاق بينهما على التوقيع على اتفاقية تحكيم بتاريخ ٢٠٠٩/٣/١٠، وألحقت باتفاقية ثانية لاختيار لجنة تحكيم مؤلفة من خمسة اعضاء مؤرخة في ٢٠٠٩/٣/١٦، وبتاريخ ٢٠١٠/٣/١٨ اصدرت هيئة التحكيم قرارها والذي طعن فيه امام محكمة البداية اذ نعى المدعي عليه مخالفته للقانون والنظام العام، كونه اشتمل على قرار جزائي كما خالف المادة ٤٣ من قانون التحكيم من حيث: تغيب احد الاعضاء وانتداب عضو آخر محل الغائب ومخالفة اتفاق المتاجرة بالعمل للبرنامج العام في فلسطين الى اخر ما جاء في لائحة الطعن.

وفي السياق المتصل تقدم المدعى عليه بلائحة جوابية، اقر بموجبها بما ورد في البندين ٣ و ٤ ، وابدى أن قرار التحكيم صدر بالاغلبية ويتفق واحكام القانون، وبنتيجة المحاكمة قضت المحكمة بتاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٠: «بفسخ قرار التحكيم واعلان بطلانه».

لم يرتض المدعى عليه بحكم محكمة البداية، فبادر للطعن فيه امام محكمة استئناف رام الله ، وبنتيجة المحاكمة قضت المحكمة «قبول الاستئناف موضوعاً، وتعديل الحكم المستأنف بإعلان بطلان حكم المحكمين فيما يتعلق بشق الادانة بجرم اساءة الامانة، وكذلك بطلان الجزء المتعلق بالتعويض بمقدار ١٠٠٠٠ دولار أمريكي، والتصديق على الحكم فيما عدا ذلك واعطاء الصبغة التنفيذية فيما عدا ما ابطل، وتضمن المستأنف عليه الرسوم والمصاريف ومبلغ ٥٠٠ دينار اردني اتعاب محاماة عن درجتي التقاضي».

لم يرتض المدعي بحكم محكمة الاستئناف، فبادر للطعن فيه بالنقض.

وعن السبب الرابع منها والذي يتقدم بحثه عن باقي الأسباب وحاصله مخالفته للمادة ٤٣ من قانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ لا سيما الفقرة السادسة منها، وكذلك المادة ٥٦ من اللائحة التنفيذية رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٤ بشأن قانون التحكيم، كون محاضر الجلسات غير متوفرة وفق ما ورد في كتاب رئيس هيئة التحكيم المورد لقلم محكمة الدرجة الاولى بتاريخ ٢٠١٥/٦/١٧، نرى في ذلك أن المادة ١٨ من قانون التحكيم

نصت على: «مسألة اتفاق الاطراف على القواعد الاجرائية الواجب اتباعها من قبل هيئة التحكيم، وإذا لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم تطبيق الاجراءات المعمول بها في مكان اجراء التحكيم»، وبما أن اتفاق التحكيم الاول المؤرخ في ١٠/٩/٢٠٠٩ (ملحق رقم ١)، والاتفاق الثاني المؤرخ في ١٦/٣/٢٠٠٩ (الملحق رقم ٢) قد خلا كل منهما من القواعد الاجرائية التي يجب على هيئة التحكيم العمل بمقتضاها، سواء فيما يتعلق بتثبيت إجراءات حضور الخصوم أو بتثبيت وتدوين ما يتم في محاضر الجلسات حتى لحظة اصدار قرار التحكيم، علما أن هذا الواقع مثبت في الكتاب الموجه من رئيس هيئة التحكيم إلى محكمة الدرجة الاولى بتاريخ ١٦/٦/٢٠١٥، بما يوجب على هيئة التحكيم الاسترشاد بالقواعد الاجرائية الواردة في اللائحة التنفيذية رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٤ الصادرة عن مجلس الوزراء بشأن قانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠.

ذلك ان اللائحة التنفيذية تضمنت قواعد تفصيلية تتعلق بشروط اجراءات التحكيم بما يتعين على هيئة التحكيم تطبيق احكام المادة ٥٦ من اللائحة التي نصت على وجوب تدوين اقوال الاطراف مستندة في ذلك لحكم المادة ٢٧ من قانون التحكيم الاصلي بأن: «تستمع هيئة التحكيم إلى بينات الأطراف وتقوم بإثبات الوقائع والإجراءات التي تتم في الجلسة في محضر تحرره هيئة التحكيم، مثبتا 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 وأعضاؤها وأطراف التحكيم، وتسلم نسخة منه إلى كل طرف بناء على طلبه»، فضلا عما نصت عليه المادة ٧٢ من ذات اللائحة من أنه: «إذا صدر قرار التحكيم بالإجماع فيجب أن يوقع من أعضاء هيئة التحكيم، وإذا صدر بالأغلبية فيكتفى بتوقيعه من المحكمين الذين اشتركوا في إصداره، ويشار في محضر جلسة النطق به إلى الرأي المخالف»، كما أن المادة ٧٣ من ذات اللائحة نصت على وجوب أن: «يشتمل قرار التحكيم على اسم المحكم الذي أصدره إذا كان منفردا، أو أسماء أعضاء هيئة التحكيم التي أصدرته، وتاريخ ومكان إصداره، وملخص لاتفاق التحكيم وموضوعه وأسماء أطراف التحكيم وألقابهم وصفاتهم وخصائصهم ودفاعهم الجوهرية، ثم أسباب القرار ومنطوقه ويوقع المحكم أو أعضاء هيئة التحكيم والكاتب نسخة القرار الأصلية المشتملة على ما تقدم وتحفظ في ملف القضية».

وبناء على ما تقدم، وبعد الاطلاع على واقع مجريات التحكيم وما تبعه من اجراءات حتى تاريخ صدور قرار التحكيم، المبرزم ع/٢، نجد أن ما ورد في قرار التحكيم من وقائع، حيث تم تلاوة قرار التحكيم عملا باحكام المادة ٤٠ من قانون التحكيم، كما ورد ضمن البندين ٣١ و٣٢ من قرار التحكيم بأنه: «طلب بتاريخ ١٧/٣/٢٠١٠ المهندس خالد بطراوي من عضو هيئة التحكيم السيد امجد أبو شقرة ليتصل بالسيد طارق الطويل والسيد بهاء الحنو والسيد وليد حمد وابلغهم بضرورة الحضور للجلسة الختامية وفي مقر اللجنة الشعبية بعد صلاة العشاء بتاريخ ١٨/٣/٢٠١٠، وذلك من اجل اصدار قرار بالاجماع أو بالاغلبية أو بقرار المرجح، وطلب منهم ابلاغ طرقي الخلاف بالاستعداد للحضور مساء ذلك اليوم وحال الطلب لتلاوة قرار التحكيم»، ذلك الواقع الذي اشار لصدور القرار بالاغلبية بتوقيع ثلاثة اعضاء وهم: (خالد بطراوي ووليد حمد وامجد أبو شقرة) من خمسة دون أن يحضر العضو الخامس بهاء الحنو نتيجة اغلاق هاتفه (كما ورد في البند ٣١ من قرار التحكيم)، وبمعارضة العضو الرابع طارق الطويل، لكن دون وجود محاضر رسمية تثبت واقعة حضور الخصوم وتبلغهم، ودون تثبيت واقعة سبب غياب الخصوم لجلسة النطق بالقرار، وفيما إذا تم تبليغهم ذلك رسميا، وبالتالي تثبيت واقعة تبليغ اعضاء هيئة التحكيم كما ولو أنهم من الخصوم، حتما تكون اجراءات التحكيم قد شابها العوار والخلل القانوني، إذ يجب على هيئة التحكيم السير في اجراءات التحكيم وفق القواعد التي تتفق مع الاجراءات التي نظمها قانون التحكيم المفصلة في اللائحة التنفيذية من حيث تدوين جلسات التحكيم بصورة متسلسلة وتثبيت حضور الاطراف من عدمه، وتثبيت واقعة حضور الاطراف لجلسة تلاوة القرار نتيجة تفهمهم أو تبليغهم وتبيان آلية التبليغ وتدوين سبب الغياب فيما إذا كان مشروعا أو غير ذلك.

وحيث أن المشرع رمى من تلك الاجراءات تعزيز الرقابة الموضوعية لمحكمة الموضوع على اعمال التحكيم، الذي يوازي درجة من درجات التقاضي امام القضاء النظامي، ضمن ضوابط وقواعد لا تقل اهمية عن

القواعد الاجرائية الأمرة في قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية أو على أقل تقدير بالحد الأدنى من أعمال القواعد الاجرائية، بهدف اطلاق الخصوم على الاجراءات ومواكبتها لاتصالها بالنظام العام، بحيث تخضع تلك الاجراءات لرقابة محكمة الموضوع لضمان صحة اجراءات المحاكمة التي هي كذلك من النظام العام.

وبإنزال حكم قانون التحكيم واللائحة التنفيذية على الوقائع المفقودة سالفه الوصف، وفق ما أنبأ عنه كتاب رئيس هيئة التحكيم سالف الذكر المثلث بالوقائع المفقودة كذلك في قرار التحكيم على النحو المذكور اعلاه، وبعد الاطلاع على حكم محكمة الاستئناف الذي عاب على حكم محكمة الدرجة الاولى في النتيجة التي توصلت إليها بإعلان بطلان قرار التحكيم نتيجة عدم تدوين هيئة التحكيم لواقع جلسات التحكيم، بقولها أن البطلان محدد في حكم المادة ٤٣ من قانون التحكيم على سبيل الحصر، وأنه على صاحب المصلحة التمسك بذلك من تلقاء نفسه، وعلى محكمة الدرجة الاولى ألا تتمسك ببطلان اجراءات التحكيم من تلقاء نفسها، نجد أن معيار الفصل في الازراء المتباينة بين حكم محكمة الدرجة الاولى وحكم محكمة الاستئناف، ينحصر في تطبيق حكم المادة ٣٤ من اللائحة سالفه الذكر التي نصت على أن: «يجري التحكيم أمام هيئة التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذه اللائحة ما لم يرد نص مغاير في اتفاق التحكيم، أو ما يجيز للأطراف اختيار اجراءات إضافية للتحكيم أمام هيئة التحكيم وعلى ألا تؤثر هذه الإجراءات على صلاحية هيئة التحكيم المنصوص عليها في هذه اللائحة»، بحيث يفهم من هذا النص أن هناك قواعد لا يجوز مخالفتها مع امكانية اختيار اجراءات اضافية بهدف تعزيز وتثبيت سلامة الاجراءات امام هيئة التحكيم، وبالتالي تصدي محكمة الدرجة الاولى لقواعد اجرائية يشترط توفرها في اجراءات التحكيم، باعتباره قضاء موازياً، على أساس أن التحكيم هو عبارة عن نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المتنازعة لجهة أو هيئة تقوم بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي به، ضمن رقابة القضاء النظامي.

ولما كان التحكيم يتعلق، بأداء وظيفة لا تختلف عن تلك التي يقوم بها القاضي المعين من طرف الدولة، ألا وهي الفصل في المنازعات المعروضة عليه بحكم يتمتع بحجية الشيء المقضي به تحول دون إعادة طرح ذات النزاع الذي فصل فيه أمام هيئة تحكيم أخرى، أو أمام القضاء نفسه، فإن ذلك لا ينف عن نظام التحكيم أنه نظام يختلف عن القضاء الذي تنظمه الدولة، لأن التحكيم ينبع من اتفاق الخصوم على اتخاذه وسيلة لحل نزاعاتهم، بينما يتسم القضاء بأنه سلطة من سلطات الدولة العامة تتولى هذه الأخيرة تنظيمه بما يحقق إقامة العدل بين الناس ويستمد القاضي ولايته من الدولة كموظف يقوم على أداء العدالة في جهاز القضاء، ورغم هذا الاختلاف فإن التحكيم لا يظل بمعزل عن قضاء الدولة الذي يساهم الاخير بصقل قرار التحكيم بصيغة التنفيذ فيما إذا كان يتوافق واحكام القانون.

وعليه، لا يجوز أن تتمتع قواعد واجراءات التحكيم بقواعد واجراءات أقل ضمانة من قواعد واجراءات التقاضي امام القضاء النظامي، الامر الذي لا نقر محكمة الاستئناف لما توصلت إليه في ردها على السبب الثامن من اسباب الطعن بالاستئناف، مما يغدو هذا السبب من اسباب الطعن وارداً على الحكم الطعين يتعين نقضه لتعلق اجراءات التحكيم السلمية بالنظام العام، دون الحاجة للبحث في باقي اسباب الطعن.

لهذه الأسباب

نقرر نقض الحكم المطعون فيه، وعملاً باحكام المادة ٢٣٧/٢-أ ولما كان موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه، نقرر قبول الدعوى الأساس بالحكم ببطلان قرار التحكيم محل الدعوى الأساس، وتضمين المطعون ضده الرسوم والمصاريف و٣٠٠ دينار اردني اتعاب محاماة عن جميع مراحل التقاضي، وبذات الوقت اعتبار طلب وقف التنفيذ رقم ٢٠١٧/٢٥٦ المتفرع عن هذا الطعن كأن لم يكن نتيجة قبوله.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠٢١/٠٢/٢٢

دور القضاء المعاون للتحكيم قبل صدور الحكم في ضوء قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008



إعداد المحامي طلعت سليمان قيسيه
محكم معتمد - عضو مجلس أمناء المحكمة العربية
الدائمة للتحكيم
رئيس مجلس إدارة مركز السويداء للتحكيم

سوريا

المقدمة

يقول الفيلسوف اليوناني أرسطو: «إن القاضي يحكم وهو ينظر إلى القانون، والمحكم يحكم وهو ينظر إلى العدالة، وقد ابتكر التحكيم بهدف ضمان القوة المطلقة للإنصاف».

قيلت هذه الكلمات منذ حوالي الألفي عام، إلا أنها مازالت تتردد عبر الأزمان. فالتحكيم نظام قضائي قديم في التاريخ، متجدد رافق تطور الحياة المدنية و أصبح ضرورة ملحة لفض النزاعات التي أصبحت أكثر تعقيداً و تحتاج الى قضاء متخصص يواكب ما يشهده العالم من نهضة في كافة مجالات التنمية والأنشطة التجارية و الاقتصادية. فكان التحكيم تحرراً من العدالة القضائية البطيئة وبنفس الوقت مسانداً للقضاء في تخفيف كاهله من أكداس الملفات القضائية، فطالب التحكيم والراغب فيه كمن يكسر الوقت الثقيل و ينشد التجوال الحر ليتحرر من الروتين أمام القضاء العادي ناشداً عدالة فاعلة و سريعة خارج حدود محاكم الدولة، تحقق محاكمة أكثر نفعاً من الناحيتين المادية و المعنوية حيث يختار فيها أطراف النزاع هيئة التحكيم التي يجدون فيها الحياد و الكفاءة و غالباً ما يصدر حكم التحكيم محافظاً على العلاقات الإنسانية بين المتحاكمين بأقل الأضرار و بسرعة بأقل وقت. إلا أن ما تقدم لا يعني بأي حال أن التحكيم في حالة من التناقض أو الخصومة مع القضاء العادي، فللقضاء دور مهم في العملية التحكيمية يأخذ في الغالب شكلين أساسيين يتجلى الشكل الأول في صورة المساند و الداعم حيث يعلب القضاء دوراً هاماً في مساندة و معاونة إرادة أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم و البدء بالسير بدعوى التحكيم و رعايتها حتى صدور الحكم الفاصل بالنزاع. أما الشكل الثاني لدور القضاء في التحكيم فيكون بصورة فرض رقابته على الحكم الصادر بالدعوى التحكيمية ((من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم أو من خلال النظر بالطعن على حكم التحكيم حسب القانون المطبق على النزاع)) ومن ثم إعطاء الحكم صيغة التنفيذ. و يهدف هذا البحث إلى بيان الشكل الأول لدور القضاء في التحكيم و الذي يمكن تسميته (دور القضاء قبل صدور حكم التحكيم) و سنبحث هذا الدور في ضوء قانون التحكيم السوري رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ و قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لعام ٢٠٠٠. و لهذه الغاية سيكون نشر الموضوع في مجلتي، حيث نتناول في المبحث الأول ماهية التحكيم بتعريفه و التفريق بينه و بين القضاء و في المبحث الثاني سنتحدث عن دور القضاء قبل صدور حكم التحكيم نتناول فيه مظاهر هذا الدور و كيف يعاون القضاء التحكيم قبل و أثناء رؤية هيئة التحكيم للدعوى التحكيمية. ثم خاتمة تتضمن بعض النتائج. و أخيراً نسأل الله العلي القدير أن يتوج هذا الجهد بالنجاح و يجعله فائدة ينتفع بها.



المبحث الأول ماهية التحكيم

تمهيد وتقسيم: نفضت التشريعات الغبار عن التحكيم ليلمع نجمه في الساحة الحقوقية، ويأخذ مكانه كوسيلة في دعم قضاء الدولة ومساعدته في تسوية المنازعات التي يتطلّب مرونة و سرعة، فكان لا بد للقضاء من رعاية التحكيم ويكون له عوناً و رقيباً معاً، و كتوطئة للموضوع لا بدّ من التعريف بالتحكيم وبسط التفريق بينه و بين القضاء وسوف نتناول هذا في مطلبين.

المطلب الأول: تعريف التحكيم

تمهيد: أقرّت دول العالم المتمدن إمكانية فض المنازعات بالوسائل البديلة لقضاء الدولة والتحكيم يعتبر من أهم هذه الوسائل ، فكان طريق العدل الأول للإنسان، و بات في عصرنا نظاماً قضائياً عالمياً تتنازعه عدة تعريفات ، وذلك لأهميته ولما يكتنف تعريف التحكيم من عدم تحديد ورغبة في تحديد جامع له ولخصائصه.

أولاً - تعريف التحكيم لغةً:

التحكيم: مصدر حكّم بتشديد الكاف مع الفتح، يقال حكّمت فلاناً في مالي تحكيماً، أي فوّضت إليه الحكم فيه.

فالتحكيم لغةً: التفويض في الحكم.

حكّم الشَّخصَ: ولاءه وأسند إليه مسؤوليّةً ما .

حَكَّمَهُ فِي خِلافٍ: طَلَبَ مِنْهُ أَنْ يَحْكُمَ فِيهِ، جَعَلَهُ حَكَمًا (فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ). [النساء: ٦٥]

والمحكم هو الشيخ المجربّ المنسوب له الحكمة، والحكمة هي العدل. وأحكم أمره: أي أتقنه.

ثانياً - التحكيم في بعض التشريعات المختلفة:

عرّف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم الدولي التجاري في الفقرة الأولى من المادة /٧/ عام ١٩٨٥ («اتفاق التحكيم» هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محدّدة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في العقد، أو في شكل اتفاق منفصل).

وقد ذهبت المادة رقم /٤/ /فقرة /١/ من القانون المصري رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤ إلى القول إن «لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء أكانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم، أو لم يكن كذلك».

وعرّف قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ في المادة الأولى منه ("التحكيم وسيلة لفض المنازعات القائمة بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة تحكيم للفصل فيها").

أما قانون التحكيم السوري رقم /٤/ لعام ٢٠٠٨ فقد عرّف التحكيم في مادته الأولى بأنه: "أسلوب اتفاقي وقانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء، سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أم مركزاً دائماً أم لم يكن كذلك".

ومن خلال ما تقدّم يتضح لنا أن التحكيم لا يختلف عن القضاء العادي، لأن كلاهما طريقة قانونية لحلّ النزاعات بين الأشخاص على أساس احترام القانون، والفرق بينهما هو أن التحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيل هيئته على إرادة الأطراف المتنازعة.

المطلب الثاني: القضاء والتحكيم

القضاء مسلك طبيعي لفضّ المنازعات التي تنشأ بين الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة والأشخاص الاعتبارية، إلا أن تطور الحياة المدنية وتطور التجارة وأساليبها أدت إلى البحث عن وسائل بديلة عنه كوسائل اختيارية تتسم بالسرعة والمرونة، فكان التحكيم مع غيره من الطرق شلالاً صاخباً من التمازج والتقارب والتفاوت مع القضاء ومسلكاً لا لبس فيه للوصول لتحقيق العدالة وهناك فروقات متعدّدة بين التحكيم والقضاء سوف نلخصها بما يلي:

١. التحكيم قضاء خاص تفرضه إرادة الأطراف ليفصل في النزاع، وهم يختارون لغة ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. بينما القضاء سلطة من سلطات الدولة يحقّق القانون ويطبقه وله مكان محدّد يمارس عمله فيه وهو ما يسمّى القصر العدلي.
 ٢. يجوز للتحكيم ألا يتقيّد بقانون أصول المحاكمات أو بنظام محدّد، فإجراءاته مبسطة ويسود فيها جو من التسامح والتقبل، أي أنه لا يلتزم بالقواعد الآمرة في النظام القانوني، أما بالنسبة للقضاء فهو يخضع لإجراءات إلزامية وقواعد أمرة لا يجوز له مخالفتها تحت طائلة بطلان الإجراء.
 ٣. الفرق الأساسي الذي يميّز التحكيم عن القضاء هو الجبرية، أي أن للقضاء صلاحية الأحكام بالقوة الجبرية، أما هيئة التحكيم فلا تملك هذه الصلاحية ولايتها قاصرة على إصدار الحكم.
 ٤. يجوز تفويض المحكّم بالصلح بين أطراف النزاع وهذه الميزة ينفرد بها التحكيم عن القضاء.
 ٥. يضاف إلى ما تقدم إعطاء هيئة التحكيم فترة زمنية محدّدة لإصدار الحكم، أما القضاء فإن الوقت غير محدّد لإصدار الأحكام وقد يستغرق وقتاً طويلاً.
 ٦. الأصل السرية في جلسات التحكيم وذلك حسب ، وهذا عكس القضاء الذي يجب أن تكون جلساته علنية إلا في حالات محدّدة قانونياً.
 ٧. التحكيم يمكن أن يكون وطنياً أو عربياً ودولياً، أما القضاء فهو محلي ووطني.
 ٨. حكم التحكيم مبرم ودرجات التقاضي فيه واحدة في أغلب التشريعات، أما الحكم القضائي فيصدر قابلاً للطعن ودرجات التقاضي على مرحلتين درجة أولى ودرجة ثانية.
 ٩. الاختلاف بين التحكيم والقضاء في الهدف، أي أن هدف القضاء تحقيق مصلحة عامة، بينما هدف التحكيم تحقيق مصلحة خاصة.
- جميع هذه الفروق تجعل التحكيم قضاءً خاصاً إلى جانب القضاء العادي، وعندما يتفق أطراف النزاع على اللجوء للتحكيم فإنهم لا يتنازلون عن القضاء العادي، إنما يتنازلون عن الالتجاء بدعواهم إلى القضاء العادي الذي تنظمه الدولة إلى قضاء آخر يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة. فالتحكيم نوع من أنواع القضاء إلى جانب قضاء الدولة.

المبحث الثاني دور القضاء قبل صدور حكم التحكيم

تمهيد عام:

إنّ تحقيق التوازن بين استقلال التحكيم وتدخل الدولة ليس بالأمر السهل، حيث إنّ مشكلة التحكيم تكمن في مدى استقلاله أو تبعيته للقضاء العادي، فرقابة المحاكم على التحكيم تتراوح بين الاتساع والضييق حسب نظام كل دولة. وقد أورد المشرع السوري في قانون التحكيم رقم (٤) لعام ٢٠٠٨ مهمة المحكمة المنصوص عنها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة الثالثة التي عقدت اختصاص النظر في مسائل التحكيم التي يشملها القانون لمحكمة الاستئناف المدنية التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى، ويظل الاختصاص معقوداً حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم، ويستمر إلى ما بعد صدور الحكم المنهي للخصومة وفقاً للمادة ٤٥/ من قانون التحكيم السوري، أي أنّ المحكمة مختصة في النظر بدعوى البطلان التي تقع على الحكم وكذلك دعوى إكسء صيغة التنفيذ، إضافة إلى اختصاصها أثناء سير الإجراءات. بالتالي فإنّ للقضاء دوراً مهماً في دعوى التحكيم، ويؤدي وظائف متباينة في علاقته بقضاء التحكيم، ولتحقيق الفعالية القصوى من العملية التحكيمية، فإنّ التحكيم يلجأ إلى القضاء في مختلف المراحل التي يمرّ بها كون القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، ومن الطبيعي أن يقدم المساعدة لقضاء التحكيم في أغلب مراحلها، وسنتناول هذا الدور قبل الفصل بالدعوى التحكيمية في مطلبين:

- المطلب الأول: دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم.
- المطلب الثاني: دور القضاء في سير إجراءات الدعوى التحكيمية.

المطلب الأول: دور القضاء في تشكيل هيئة التحكيم

تمهيد: عرّفت المادة الأولى من قانون التحكيم السوري رقم (٤) هيئة التحكيم بأنها «الهيئة المشكلة من محكم واحد أو أكثر للفصل في النزاع المحال للتحكيم وفقاً لشروط اتفاق التحكيم». فهي هيئة يختارها الأطراف بالإرادة المشتركة، أي أنه يتمّ تعيين محكم أو أكثر من قبل أطراف النزاع، وإذا تعذر ذلك لا يؤدي إلى بطلان أو تعطيل اتفاق التحكيم فنلجأ في هذه الحالة إلى القضاء لتعيين المحكم، لذا سنتناول في هذا المطلب:

أولاً - دور القضاء في تعيين المحكمين:

بيّنت المادة ١٤/ من قانون التحكيم السوري حالات تدخل القضاء بسبب عدم اتفاق أطراف النزاع على اختيار المحكمين أو كفيته ووقته وذلك وفق الآتي:
إذا اتفق أطراف النزاع على تسمية محكم واحد منذ البدء أو عند نشوء النزاع وتمّ تسميته بالعقد ابتداءً، فالأمر اتفاقي لا معقب عليه، أمّا إذا لم يتفقوا على تسمية المحكم أو امتنع أحدهما عن تسميته، فيرجع الأمر إلى القضاء العادي أي إلى محكمة الاستئناف المدنية المختصة مكانياً باختيار المحكم بناءً على طلب أحد الخصوم وقرارها بذلك مبرم.

إذا اتفق الطرفان على أن يحال التحكيم إلى التحكيم الثلاثي، أي أن هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكماً عنه ثم يتفق المحكمان على اختيار محكم ثالث ويكون رئيساً للهيئة. أما إذا لم يتفق المحكمان على تسمية الرئيس فإن محكمة الاستئناف المعرفة في المادة الثالثة من قانون

التحكيم تتدخل بالمساعدة لتعيين الرئيس بناءً على طلب صاحب المصلحة وقرارها بهذا الشأن مبهم، وفق ما نصّت عليه الفقرة الأولى البند /ج/ من المادة ١٤ من قانون التحكيم رقم ٤ لعام ٢٠٠٨. إذا كان العقد يتضمن شرط التحكيم ونشب النزاع ولم يكن أيّ من الطرفين قد سمّي محكماً عنه في العقد، فيرسل صاحب المصلحة إخطاراً إلى الخصم يخطر به ضرورة تعيين محكم، فإذا لم يعيّن المرسل له محكماً خلال ثلاثين يوماً التالية لتسليمه طلب التحكيم يلجأ صاحب المصلحة أو طالب التحكيم إلى المحكمة المختصة بطلب لتعيين المحكم الآخر.

قد يتمّ اللجوء إلى المحكمة المختصة المعرفة في المادة الثالثة لتسمية رئيس الهيئة ومحكم عن الطرف الآخر، يطلب من المحكمة تعيين محكمين اثنين فتكون المحكمة مقيدة بتعيين اثنين على أن تحدّد من منهما يترأس الهيئة.

تسري هذه الأحكام في حال تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين ويكون قرار المحكمة نهائياً غير خاضع لأيّ طريق من طرق الطعن بمقتضى المادة /١٤/ الفقرة الخامسة، ويقبل القرار الصادر برّد طلب تعيين المحكمين الطعن أمام محكمة النقض خلال مدة الثلاثين يوماً التالية لتبليغ القرار. وبذلك نجد أن المشرّع كان موفقاً بوضع ضوابط لآلية تعيين المحكمين في حال عدم اتفاق أطراف التحكيم، وكذلك بالنسبة للطعن بالقرار الصادر عن المحكمة والهدف الأساسي من ذلك ينصبّ على تحقيق سرعة البت في قضايا التحكيم.

إن القانون بتحويله المحكمة سلطة تعيين المحكم لم يفرّق بين التحكيم في القضاء والتحكيم بالصلح، ولربما كان الهدف من ذلك الحيلولة دون تملّص أطراف التحكيم من تنفيذها تحت ذريعة تفويض المحكمين بالصلح.

ولا يجوز للمحكمة أن تعتمد إلى تعيين المحكم بمجرد امتناع أحد أطراف النزاع عن تعيين محكمه إذا كان هناك شرط خاص بين طرفي النزاع حول كيفية تعيينه في حال الخلاف، لأنّه في هذه الحالة لا بد من احترام إرادة أطراف النزاع.

ولا تقبل المحكمة طلب التعيين إلا بعد التأكد مما يلي:

- وجود اتفاق على التحكيم غير ظاهر البطلان بين الطرفين، فإذا ظهر للمحكمة أنه لا يوجد اتفاق على التحكيم، أو أن هذا الاتفاق قد سقط لانقضاء الميعاد لا تقبل الطلب
- أن يكون المدعى والمدعى عليه طرفين في اتفاق التحكيم.
- ألا يكون الأطراف قد اتفقوا على اختيار وسيلة أخرى لتعيين المحكمين، سواء بواسطة شخص أو عن طريق مركز تحكيم.
- أن يكون النزاع محل التحكيم قد نشأ بالفعل.
- أن تكون الثلاثين يوماً قد انقضت دون تعيين محكم

ثانياً- دور القضاء في رد المحكم:

يحتاج إحقاق الحق وحسم النزاع بين الأطراف إلى النزاهة والحياد اللذين يمثلان جوهر القضاء وأساس التحكيم، لذا يجب على من يتولاه أن يتزّه عن كل شائبة تخلّ بميزان العدالة، والحياد والاستقلال شعاره وورقيته، ولكن القانون يضع على عاتق المحكم التزاماً عند قبوله مهمته بالإفصاح عن أي ظروف من شأنها الشك حول استقلاله.

فإذا أفصح عن هذا السبب فإن المحكم يعتبر عالماً بذلك منذ إبلاغه بهذا الأمر، أمّا إذا لم يفصح عنه فهذا يعتبر قرينة قضائية لردّ المحكم وهي قرينة تقبل إثبات العكس من خصم طالب الرد. لهذه الأسباب كفل قانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨ حق ردّ المحكم، حيث تنصّ الفقرة الأولى من

المادة ١٨/ من قانون التحكيم على ما يلي:

«لا يجوز ردّ المحكّم إلا للأسباب التي يرد بها القاضي، أو إذا فقد أحد شروط صلاحيته المنصوص عليها في القانون».

وتنصّ المادة (١٩) من قانون التحكيم على ما يلي:

١. يقدم طلب الردّ إلى المحكمة المعرفة في المادة (٣) من هذا القانون مرفقاً به الأوراق المؤيدة له خلال مدة ١٥ يوماً من تاريخ علم طالب الردّ بالأسباب المبررة للردّ.
٢. تنظر المحكمة المذكورة بطلب الردّ في غرفة المذاكرة وتفصل به بقرار مبرم بعد سماع المحكم المطلوب رده.
٣. يترتب على تقديم طلب الردّ وقف إجراءات التحكيم وتعليق مدته إلى حين صدور القرار برفض طلب الردّ، أو إلى حين قبول المحكّم البديل مهمته التحكيمية.
٤. لا يقبل طلب الردّ ممن سبق له تقديم طلب برد المحكّم نفسه في التحكيم ذاته وللسبب ذاته.
٥. إذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما تمّ من إجراءات، بما في ذلك حكم التحكيم، كأنه لم يكن من تاريخ قيام سبب الردّ.

وبالرجوع إلى المواد المشار إليها سابقاً نجد أن قانون التحكيم أجاز ردّ المحكم كما يرد القاضي، وهذا حق لأطراف النزاع إذا وجدوا أنّ هناك ما يتعارض مع مصالحهم ويضرّ بهم، إلا أن قانون التحكيم لم يترك رد المحكمين رهناً بإرادة أطراف النزاع إنّما قيده بالأسباب التي يجوز فيها رد القاضي على وجه الحصر قياساً بنص المادة (١٧٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية التي جاء فيها:

١. إذا كان له أو لزوجته مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الدعوى ولو بعد انحلال عقد الزواج.
 ٢. إذا كان بينه وبين أحد الخصوم قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة.
 ٣. إذا كان خطيباً لأحد الخصوم.
 ٤. إذا سبق أن كان وكيلاً لأحد الخصوم في أعماله الخصوصية أو وصياً عليه.
 ٥. إذا سبق أن كان شاهداً في القضية.
 ٦. إذا كان أحد المتداعين قد اختاره حكماً في قضية سابقة.
 ٧. إذا وجد بينه وبين أحد المتداعين عداوة شديدة.
 ٨. إذا أقيمت بينه وبين أحد المتداعين أو أقربائه أو مصاهريه حتى الدرجة الرابعة دعوى مدنية أو جزائية خلال السنوات الخمس السابقة.
- ويجوز لكل من أطراف النزاع طلب رد المحكّم الذي يختاره الخصم، أو الذي تمّ تعيينه من قبل المحكمة، أو الذي تمّت تسميته من قبل مركز التحكيم.
- إلا أنه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم طلب ردّ المحكم الذي عينه إلا لسبب تبنيه بعد أن تمّ هذا التعيين عملاً بالفقرة الثانية من المادة (١٨) من قانون التحكيم، كما يجوز رد محكّم واحد أو جميع المحكمين. ويشترط لقبول طلب ردّ المحكم تقديم طلب مكتوب مرفقاً بالمستندات والأوراق المؤيدة للطلب إلى محكمة الاستئناف خلال ١٥ يوماً من تاريخ علم طالب الردّ بالأسباب المبررة لردّه، ويشترط أن يكون سبب رد المحكّم قد حدث بعد الاتفاق على التحكيم، لأن اتفاق أطراف النزاع على التحكيم وهم على علم بأسباب ردّه يفيد قبولهم بالمحكم، وعلى طالب الردّ عبء إثبات تاريخ علمه بالأسباب الموجبة للردّ. وعليه تفصل محكمة الاستئناف في طلب رد المحكّم في غرفة المذاكرة بعد سماع أقوال المحكم ودون دعوى الخصوم ويكون قرارها مبرماً.

وإذا قرّرت محكمة الاستئناف رد المحكّم امتنع عليه متابعة نظر الدعوى مهما كانت المرحلة التي وصل إليها، كما يتوجب تعيين بديل عنه، وعلى من يحلّ بدلاً عنه أن يتابع إجراءات التحكيم، وإذا رفض طلب

رد المحكم فيعود المحكم إلى متابعة إجراءات التحكيم ابتداءً من المرحلة التي وقفت عندها، وإن دعوى رد المحكم لا تقبل إلا مرة واحدة حتى لا تصبح وسيلة لعرقلة السير في إجراءات التحكيم.

ثالثاً - دور القضاء في عزل المحكم:

إذا قبل المحكم مهمة التحكيم وتعذرّ عليه أداء مهمته ولم يباشرها، أو انقطع عن أدائها سواء بعذر أو بغير عذر على نحو أدى إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، ومع ذلك لم يتنح عن مهمته ولم يتفق الأطراف على عزله، كان لكل طرف أن يطلب من المحكمة المشار إليها في المادة / ٣ / من قانون التحكيم السوري إنهاء مهمته أو عزله. حيث تنص الفقرة / ٢ / من المادة / ٢٠ / من قانون التحكيم أنه «إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو بحكم الواقع على أداء مهمته أو تخلف أو انقطع عن القيام بها بعد قبوله أكثر من / ٣٠ / يوماً وجب عليه التنحي وإلا كان عرضة للعزل، وفي هذه الحالة يتمّ العزل إذا لم يتفق الطرفان على عزله بقرار مبرم من المحكمة المعرفة بالمادة الثالثة من هذا القانون، تتخذ في غرفة المذاكرة بناءً على طلب أحد الطرفين».

ويُستفاد من هذا النص أن للقضاء دوراً في إنهاء مهمة المحكم الذي يتخلف عن أداء مهمته أو قيام أسباب قانونية كفقده للأهلية واتخاذ قرار الحجر عليه أو حرمانه من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو إشهار إفلاسه، وقد يتعذر عليه الاستمرار بمهمته لأسباب واقعية مثل المرض أو الموت، وقد يمتنع عن أداء مهمته بإرادته بصورة دائمة أو متقطعة مما يترتب عليه التأخير في إجراءات التحكيم دون مبرر.

ويشترط لكي تقوم المحكمة المعرفة بالمادة / ٣ / بإنهاء مهمة المحكم:

١. أن يتخلف المحكم عن أداء مهمته أو الانقطاع عن القيام بها بعد قبوله بـ / ٣٠ / يوماً.
 ٢. عدم اتفاق الأطراف على عزله، وأن يتقدم أحدهم بطلب العزل إلى محكمة الاستئناف التي يجب أن تتحقق من توافر إحدى الحالات التي يجوز معها عزل المحكم.
 ٣. تتخذ المحكمة قرارها في غرفة المذاكرة ويصدر مبرماً، وهذا الأمر لا يزيل المسؤولية عن المحكم، إذ أنّ المشرع نصّ عليه في المادة / ١٧ / من قانون التحكيم
- ومما لا شك فيه أن المشرع أنصف العملية التحكيمية بالعودة بهذا الأمر إلى محكمة الاستئناف لتكون صاحبة الولاية بعزل المحكم، وذلك لحماية إجراءات التحكيم من المماطلة والتسويف تحت أية ذريعة، وإن مدة / ٣٠ / يوماً كفيلاً بإظهار النوايا الحقيقية وراء عدم التزام المحكم المختار، وتحمله مسؤولية تقصيره يحمي قضاء التحكيم ويحمي المتضرر من هذا العمل.

رابعاً - دور القضاء في حال عدم صدور حكم التحكيم في المدة المحددة:

إنّ التزام المحكم هو التزام لغاية، وهذه الغاية تتجلى بإنهاء النزاع وإصدار حكم منهي للخصومة ضمن المدة المحددة في اتفاق التحكيم أو المنصوص عنها قانوناً، وعندما تنتهي المدة القانونية أو الاتفاقية دون صدور حكم، فإنّه يجوز لأطراف النزاع خلال / ١٠ / أيام من انتهاء مدة التحكيم اللجوء إلى المحكمة المعرفة في المادة الثالثة من قانون التحكيم بطلب قرار لتجديد مدة التحكيم، فتصدر المحكمة قراراً بتجديدها لمدة / ٩٠ / يوماً مرة واحدة، أو برد هذا الطلب ويكون قراراً مبرماً تتخذ المحكمة في غرفة المذاكرة بعد دعوة الخصوم، وذلك حسب الفقرة الثالثة من المادة / ٣٧ / من قانون التحكيم.

المطلب الثاني: دور القضاء في التدابير الوقائية والتحفظية

تمهيد: إن عمل المحكم كعمل القاضي يجب أن يوفر الضمانات للعدالة والخير للمتقاضين، ولكن إذا طرأ أثناء النظر بدعوى قضائية أو بمناسبة الحاجة إلى اتخاذ تدابير وقائية وتحفظية تتصف بطابع العجلة ولا يمكن أن تنتظر انتهاء دعوى الأساس لأجل اتخاذها تحت طائلة فقدان فعالية حكم الأساس، يتم اللجوء إلى القاضي المختص بالنظر في هذا التدبير وهو عادة قاضي الأمور المستعجلة. وعليه سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

أولاً - دور القضاء في وضع إشارة الدعوى:

إن وضع إشارة الدعوى: «هو إجراء تحفظي مؤقت يوضع على صحيفة العقار في السجل العقاري لتكون بمثابة إعلام للكافة بأن الحق العيني الذي أقيمت من أجله الدعوى لا يزال موضوع منازعة قضائية قد تنتج عنها آثار تلغي أو تحد من حقوق الشخص المسجل على اسمه العقار في السجل العقاري، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً».

وقد تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم اتخاذ قرار بوضع إشارة الدعوى، ففي هذه الحالة يأخذ القضاء دوره وينعقد الاختصاص لمحكمة الاستئناف المعرفة بالمادة ٣، فيتقدم طالب التحكيم إلى المحكمة لوضع إشارة الدعوى حيث تبت بالطلب في غرفة المذاكرة بقرار مبرم وذلك حسب الفقرة ٣/ من المادة ٢/ من قانون التحكيم: «إذا تعلق النزاع بحق عيني على عقار وجب وضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار بقرار تتخذه في غرفة المذاكرة المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة الأولى من هذه المادة».

أي أن اتفاق التحكيم لا يخول هيئة التحكيم بإصدار قرار بوضع إشارة الدعوى، بل العودة إلى محكمة الاستئناف، إذ أن هذا الأمر من مهمة القضاء العادي، ودور القضاء هنا مساعد يسهل إجراءات التحكيم.

ثانياً - دور القضاء في الإجراءات الوقائية والتحفظية: في القانون السوري عدة أنواع من التدابير الوقائية والتحفظية التي يجوز لقاضي الأمور المستعجلة اتخاذها، ويمكن تحديدها كالتالي:

١. التدابير التحفظية التي من شأنها حفظ الحقوق أو الأوضاع القانونية، والأمثلة على ذلك (جرد الموجودات، فرض الحراسة القضائية، بيع الأموال القابلة للتلف، وكذلك تدابير إزالة التعدي).
 ٢. التدابير التحفظية التي من شأنها الحفاظ على وسائل الإثبات، وإلزام تقديمها بموجب أحكام القانون السوري الذي يعطي لقاضي الأمور المستعجلة صلاحية تمكين أحد المتقاضين من الاستحصال أو المحافظة على وسائل إثبات يخشى ضياعها.
 ٣. التدابير التحفظية التي من شأنها تجميد الأموال تحضيراً للتنفيذ عليها.
- ولقد عالجت الفقرتان الخامسة والسادسة من المادة ٣٨/ من قانون التحكيم رقم (٤) مسألة الإجراءات الوقائية والتحفظية ونصت على ما يلي:
- (ف-٥) «يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر أحكاماً وقائية أو في جزء من الطلبات، وذلك قبل إصدار الحكم النهائي».
 - (ف-٦) «يحق لأي من طرفي التحكيم مراجعة قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء بإجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، لاتخاذ إجراء تحفظي وفقاً للأحكام المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية».

بموجب هاتين الفقرتين تقرّر نوع من الاختصاص المشترك بين القضاء العادي وقضاء التحكيم، ونجد في ذلك ثلاث حالات:

١. حالة الفقرة الخامسة التي أعطت لهيئة التحكيم حق اتخاذ التدابير الوقائية أو في جزء من الطلبات.
٢. حالة منح طرقي التحكيم مراجعة قضاء الأمور المستعجلة، سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، لاتخاذ إجراء تحفظي وفقاً للفقرة السادسة.
٣. الحالة التي نصّت عليها المادة الثالثة من قانون التحكيم، أي ينعقد الاختصاص لمحكمة الاستئناف المدنية في مسائل التحكيم التي يشملها القانون حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم. وحبذا لو أن قانون التحكيم أعطى لهيئة التحكيم اتخاذ قرارات وقتية وتحفظية كالحجز الاحتياطي، فجميع المحاكم تكون مختصة بإجراء الحجز الاحتياطي، إضافة إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء كانت صلح أو بداية أو شرعية أو الاستئناف أو النقض عندما تنظر في الموضوع أو يطعن أمامها بقرار رفض الحجز الاحتياطي، وكذلك المحاكم واللجان العمالية والزراعية ومحاكم الجمارك، واستثنى المشرع هيئة التحكيم من هذا الأمر رغم أنها تنظر بدعوى أصل الحق. ويمكن لهيئة التحكيم أن تحكم بتثبيت الحجز الاحتياطي

ثالثاً - دور القضاء في استدعاء الشهود والأمر بالإبادة القضائية:

١. استدعاء الشهود: يتمّ الإثبات بالشهادة بناءً على طلب أحد الخصوم في القضية، أو بمبادرة من هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع، عندما ترى في ذلك فائدة للحقيقة ولتستكمل قناعتها، ولما كان المحكم لا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر شخصاً عادياً لا يملك سلطة القاضي في إجبار الغير على الانصياع إلى ما تطلبه الخصومة التحكيمية من قواعد الإثبات، ومنها استدعاء شاهد للحضور لسماع شهادته أمام هيئة التحكيم بالوسائل التي تساعدها على إجباره للحضور عند امتناعه عن الإجابة، فإذا لم يحضر الشاهد لأداء الشهادة بعد تكليفه بالحضور على الوجه المقرر بالقانون فلهيئة التحكيم أن تطلب من محكمة الاستئناف المعرفة في المادة الثالثة من قانون التحكيم السوري أن تحكم عليه حكماً مبرماً بالغرامة المقررة في القانون، وأن تقرر إحضاره جبراً، إذا أثبت الشاهد بعد إحضاره أن تخلفه كان راجعاً إلى عذر مقبول جاز لها أن تعفيه من أداء الغرامة كلها أو بعضها. وبالتالي لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء ليلزم الشهود بالحضور بناءً على الفقرة الأولى من المادة ٣٤/ من قانون التحكيم السوري.

٢. الأمر بالإبادة القضائية: الإبادة القضائية هي عمل بموجبه تفوّض محكمة لمحكمة أخرى القيام مكانها وفي دائرة اختصاصها ببعض الإجراءات القضائية التي يقتضيها الفصل في دعوى مرفوعة أمامها والتي تعذر عليها مباشرتها بسبب المسافة أو أي مانع آخر، كأن يكون المال المراد معاينته في مكان بعيد عن مقر المحكمة المنببة.

كما يجوز إبادة المحكمة لسماع شهادة الشاهد بالدعوى التحكيمية، وفي هذه الحالة تقدم هيئة التحكيم صحيفة استبيان تتضمن الحالة الخاصة للشاهد والوقائع المراد استشهادها عليها وترسل إلى المحكمة المنابة عن طريق محكمة الاستئناف المدنية التي يتمّ التحكيم في دائرة اختصاصها عملاً بالفقرة الثانية من المادة ٣٤/ من قانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨ حيث إنّ هيئة التحكيم ليس من سلطاتها أن تتيب عنها اتخاذ إجراء قضائي معين فتلجأ إلى المحكمة المختصة المشار إليها في المادة الثالثة من قانون التحكيم، وهي المحكمة المنببة والمحكمة التي توجّه إليها أمر الإبادة هي المحكمة المنابة، إذ يتوجب عليها أن تعدّ محضراً رسمياً بالواقعة التي أنببت لأجلها يوقعه الرئيس والقضاة وكاتب الضبط، ويرسل إلى هيئة التحكيم عن طريق محكمة الاستئناف المنببة، ولا شك أن طلب الأمر بالإبادة القضائية يعزّز دور القضاء المساند والرديف لقضاء التحكيم لتحقيق فعالية قصوى لعمل هيئة التحكيم.

رابعاً - دور القضاء بإلزام الغير إبراز مستند بحوزته:

هيئة التحكيم شأنها شأن القضاء يمكنها أن تلجأ إلى كل الوسائل للوصول إلى الحقيقة، شريطة مراعاة ضمانات التقاضي، ويمتاز دورها في هذا المجال بالمرونة والحرية في مدى الالتجاء إلى اجراءات الإثبات، ومن ذلك إعطاء الحق لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى المحكمة المعرفة بالمادة الثالثة من قانون التحكيم السوري حسب الفقرة الثالثة من المادة /٢٤/ الحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يعتبر ضرورياً للحكم في النزاع، وفي هذه الحالة تلجأ هيئة التحكيم إلى محكمة الاستئناف المدنية التي تعمل ضمن دائرة اختصاصها في تنفيذ ما تقرره هيئة التحكيم في هذا الموضوع سيما أنه ليس لهيئة إدخال الغير في القضية التحكيمية لتقديم المستند، لأن صلاحية هيئة التحكيم محدودة بالنزاع المطروح عليها وحسب اتفاق التحكيم، وإذا ما قررت هيئة التحكيم إلزام الخصم بتقديم المستند الذي بحوزته ولم يمثل لقرارها كان لها أن تعتمد على أقوال الطرف الآخر في صدق وجوده ومحتوياته دون التقييد بالقواعد والإجراءات التي نص عليها قانون البيئات:

الخاتمة

عرضنا فيما تقدم لدور قضاء الدولة في العملية التحكيمية قبل صدور الحكم المنهي للنزاع وخصوصاً دوره المعاون و المساند في تشكيل هيئة التحكيم عند تعنت أحد أطراف النزاع و عدم تسمية محكمه الأمر الذي قد يجعل العملية التحكيمية في مأزق يشلها . وبقناعتي أن المحكم هو محور العملية التحكيمية، لذا على المتقاضين اختيار المحكم بعناية، وأن يكون ذا خلق حسن ويمتاز بالحياد والنزاهة ومن أصحاب الخبرة بالعمل القانوني والمهني، لأن التحكيم عمل قضائي بحاجة إلى من يتقن الأعمال القانونية والسير بإجراءات التحكيم والمقدرة على التعامل مع موضوع النزاع وتهيئة الظروف المناسبة لإحقاق الحق والمحافظة على مزايا التحكيم، لذا نحتاج إلى توعية المتقاضين لخطورة اختيارهم وعدم الانجرار وراء العواطف وذلك لحماية مصالحهم وتحقيق العدالة، فالجهل بحقوقهم وحقيقة التحكيم يؤدي إلى ضياع الكثير من الحقوق وتفريغ التحكيم من محتواه وغاياته.

وبالنسبة لدور القضاء في القرارات التحفظية فحبذا لو أن قانون التحكيم رقم ٤ لعام ٢٠٠٨ أعطى لهيئة التحكيم اتخاذ مثل هذه القرارات كالحجز الاحتياطي، فجميع المحاكم تكون مختصة بإجراء الحجز الاحتياطي، إضافة إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء كانت صلح أو بداية أو شرعية أو الاستئناف أو النقض عندما تنظر في الموضوع أو يطعن أمامها بقرار رفض الحجز الاحتياطي، وكذلك المحاكم واللجان العمالية والزراعية ومحاكم الجمارك، واستثنى المشرع هيئة التحكيم من هذا الأمر رغم أنها تنظر بدعوى أصل الحق، ويمكن لهيئة التحكيم أن تحكم بتثبيت الحجز الاحتياطي مثلها مثل محاكم الموضوع، وهيئة التحكيم تقوم مقام محكمة الموضوع في نظر النزاع موضوعاً لذلك، كان من الأجدى اعطاء الحق

لهيئة التحكيم أن تصدر القرارات المتعلقة بالأمور التحفظية و خصوصاً الحجز الاحتياطي.

مصادر ومراجع البحث

المصادر:

١. القرآن الكريم.
٢. قانون التحكيم السوري رقم (٤) لعام ٢٠٠٨.
٣. قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (١) لعام ٢٠١٦.
٤. وثيقة الأمم المتحدة رقم (A/٤٠/١٧)، المرفق الأول، قانون اليونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ ١١/٦/١٩٨٥، وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ٧/٧/٢٠٠٦.
٥. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤.
٦. قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لعام ٢٠٠٠.

المراجع:

١. قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - للدكتور فتحي والي- الطبعة الأولى- ٢٠٠٦.
٢. التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية - للدكتور نجم الأحمد- ٢٠٠٨.
٣. التحكيم في العقود الإدارية - للدكتور محمد وليد منصور- منشورات فرع نقابة المحامين في دمشق - ٢٠٠٧.
٤. الكامل في شرح قانون التحكيم السوري- للمستشار أنس كيلاني - المحامي عماد كيلاني - ٢٠١٣.
٥. التحكيم العادي والإداري من الناحية العملية - الدكتور محمد وليد منصور- جزء أول.
٦. الإجراءات في القضايا التحكيمية - المحامي زهير سليمان حمدان- دار المرساة للطباعة والنشر.
٧. قانون التحكيم السوري والمقارن - المحامي أحمد حداد.
٨. التدابير التحفظية في ضوء الاجتهاد- المحامي محمد فخر شفقة - ٢٠٠٧.

المعاجم:

١. مختار الصحاح.
٢. قاموس المحيط.
٣. تاج العروس.

وبالخلاصة يمكن طرح رأي يتمثل في العمل على حصر التحكيم في مراكز خاصة متخصصة، أي أن يجري التحكيم في ظل مراكز مرخصة لها قواعد منظمة وتخضع للرقابة الإدارية من قبل وزارة العدل، وتكون تحت إشراف مختصين قانونياً وعلمياً، فالتحكيم المؤسسي نظام إجراءات سهل وميسر ولا يخلُ بأساسيات التقاضي ويجري التحكيم على أساسه. إضافة إلى التنويه إلى ضرورة إعداد المحكمين المختصين إعداداً مهنيًا وقانونياً يتشابه مع إعداد القضاة في السلطة القضائية.

وهكذا أكون قد أنهيت هذا البحث، وكلي أمل أن أكون قد قدمت بحثاً مكتمل العناصر ومفيد بمحتواه من الناحيتين العلمية والعملية فإن أصبت فضلٌ من الله وإن أخفقت فحسبي أنني حاولت.

قضية رقم (2)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة النقض

«الحكم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة
في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد عبد الله غزلان
وعضوية القضاة السادة: عدنان الشعيبي،
بسام حجاوي، كمال جبر، أمينة حمارشة

المستدعي: أيمن أحمد سليمان الشوبكي.
وكيلته المحامية: غادة وهدان.

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



الإجراءات

تقدم المستدعي بواسطة وكيله بتاريخ ٢٦/٠٩/٢٠١٩ بهذا الطلب لتعين المحكمة المختصة وفقاً لأحكام المادة (٥١) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية لسنة ٢٠٠١.

تتلخص اسباب الطلب بما يلي:

١. المستدعي هو المدعي في الدعوى المدنية رقم ٢٠١٧/١٣٣ المسجلة لدى محكمة بداية رام الله موضوعها طلب تصديق قرار محكم صادر عن هيئة التحكيم المتضمن الزام المحكوم ضده محمود محمد علي جبيل بدفع مبلغ وقدره سبعة عشر الف دولار أمريكي محسوم منه قيمة الضريبة ليكون المبلغ الواجب دفعه أثني عشر ألفاً ومائة دولار أمريكي بتاريخ ٢٩/٠١/٢٠١٧.
٢. بتاريخ ٢٢/٠١/٢٠١٧ كان المحكوم ضده بموجب قرار التحكيم قد أقام دعوى أمام محكمة بداية رام الله سجلت تحت رقم ٢٠١٧/٩٤ موضوعها فسخ قرار التحكيم المذكور أعلاه.
٣. قررت محكمة بداية رام الله ضم الدعويين والنظر بهما من خلال الدعوى ٢٠١٧/٩٤ بتاريخ ٠٥/٠٢/٢٠١٩ وإحالة ملفي الدعويين الى محكمة صلح رام الله على اساس ان الاختصاص ينعقد لها من جهة الاختصاص القيمي كون المبلغ المتوجب دفعه وفق قرار التحكيم هو ١٢١٠٠ دولار امريكي وسجلت لدى محكمة الصلح تحت الرقم ٢٠١٩./٣٤٢.
٤. بتاريخ ١١/٠٤/٢٠١٩ أصدرت محكمة صلح رام الله في الدعوى رقم ٢٠١٩/٣٤٢ قراراً يقضي بعدم اختصاصها بنظر (طلب تصديق قرار التحكيم وطلب الغاء قرار التحكيم).

المحكمة

بالتدقيق والمداولة وبالرجوع الى الأوراق نجد أن المستدعي أيمن احمد سليمان الشويكي ومحمود محمد علي جبيل اتفقا على احالة الخلاف بينهما حول الأعمال المنفذة والمبالغ المستحقة عن تنفيذ أعمال ميكانيك في جمعية أصدقاء المريض (أبو ريا) في رام الله للتحكيم، حيث تم الإتفاق على اختيار هيئة التحكيم وذلك بتاريخ ٢٢/٠٥/٢٠١٦، وبتاريخ ٢٤/١٢/٢٠١٦ اصدرت هيئة التحكيم قراراً يقضي بالزام محمود محمد علي جبيل بدفع مبلغ ١٢١٠٠ دولار أمريكي لصالح المستدعي أيمن الشويكي، حيث بادر الأخير الى تقديم الدعوى رقم ٢٠١٧/١٣٣ لدى محكمة بداية رام الله للتصديق على قرار هيئة التحكيم في حين تقدم محمود محمد علي جبيل بالدعوى رقم ٢٠١٧/٩٤ لذات المحكمة طالبا الغاء قرار هيئة التحكيم المشار اليه، وبعد أن ضمت محكمة بداية رام الله الملفين لبعضهما أصدرت في ٠٥/٠٢/٢٠١٩ قراراً يقضي بعدم اختصاصها لنظرهما بالقول ان الثابت للمحكمة ان قيمة الدعوى هو ١٢١٠٠ دولار أمريكي، وهي بذلك تقل عن عشرة الاف دينار وبذلك تكون محكمة صلح رام الله صاحبة الاختصاص القيمي لنظر الدعويين

وبعد احالتهما الى محكمة الصلح سجلت تحت رقم ٢٠١٩/٣٤٢، حيث قررت بتاريخ ١١/٠٤/٢٠١٩ عدم اختصاصها لنظر الدعويين بالقول ان محل التحكيم اساساً هو محاسبة غير مقدرة القيمة.

وبعطف النظر على ما قرره كلا المحكمتين، فإننا نجد أن النزاع محل التحكيم يتصل بأعمال الميكانيك المنفذة في جمعية أصدقاء المريض (أبو ريا) رام الله والمبالغ المستحقة عليها، وهي بذلك غير مقدرة القيمة اذ بنتيجة الوقوف على ما تم تنفيذه من الاعمال سوف تتحدد المبالغ المستحقة عنها، ولما كانت المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ في بند التعاريف ذكرت ان المحكمة المختصة هي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم اذا كان التحكيم محلياً، فإننا نخلص الى أن المحكمة المختصة بنظر هاتين الدعويين هي محكمة بداية رام الله، ولا عبرة لمقدار المبالغ المحكوم بها للمستدعي بموجب قرار هيئة التحكيم طالما أن الخلاف في الأساس يتعلق بالأعمال المنفذة ومن ثم حساب المبالغ المستحقة عليها وهي على هذا النحو غير محددة وغير مقدرة القيمة.

لذلك

تقرر محكمة النقض تعيين محكمة بداية رام الله لنظر الدعويين ٢٠١٧/٩٤ و ٢٠١٧/١٣٣ وإحالة الدعويين اليها للسير بهما حسب الأصول.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٨/١٠/٢٠١٩

التدابير الوقائية والتحفيزية في التحكيم التجاري



د. سفيان الأحمدى

محكم تجاري مصرح لدى محكمة الاستئناف بالحسيمة المغرب
والأمين العام للمحكمة العربية الدائمة للتحكيم بالقاهرة-مصر
وعضو قائمة المحكمين لدى المركز العربي للتحكيم بمصر.

المغرب

تمهيد

ان المحكم ليس موظفا عموميا بمعنى انه قاضي غير حاكم (نظام الحاكمية) الذي يرتبط باحتكار الدولة للقضاء العمومي (مبدأ عمومية القضاء) وبين نظام المحكم وحقيقة وظيفته القضائية المستمدة من إرادة الخصوم فهذا المعيار لا ينكر عن المحكم نظام القاضي غير الحاكم لأن التحكيم هو قضاء خاص والمحكم فرد من الخواص ويختاره الخصوم ولا ينتصب للقضاء على وجه الدوام.

المفهوم العام لمصطلح الإجراءات الوقتية والتحفظية رغم اختلاف فقهاء التحكيم التجاري حول توحيد تعريف جامع وموحد للتدابير الوقتية والتحفظية والتي تعتبر واحدة من اكثر المسائل غموضا حتى ظهور قانون الاونسترال وبالضبط تعديلات ٢٠٠٦ والتي قامت على أساس الإجراءات الوقتية بالأساس. نصت المادة ١٧-٢ من قانون الاونسترال النموذجي المعدل على انه أي تدبير وقتي سواء أكان في شكل قرار او في شكل اخر وبموجبه تأمر هيئة التحكيم أحد الطرفين في أي وقت يسبق القرار التحكيمي الذي يفصل نهائيا في النزاع بما يلي:

١. إبقاء الحال على ما هو عليه وإعادةه لما كان عليه
٢. اتخاذ اجراء وقتي يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو يمس التحكيم نفسه
٣. توفير وسيلة للمحافظة على الموجودات التي بواسطتها يمكن تنفيذ قرار تحكيمي لاحق
٤. المحافظة على الأدلة التي تكون هامة وجوهرية في حل النزاع

طبيعة التدابير الوقتية والتحفظية في التحكيم التجاري:

سلطة المحكم لأخذ التدابير الوقتية	خصائص وشروط التحكيم الاستعجالي
الحدود الاتفاقية لسلطة المحكم	الاختصاص التحكيمي
الحدود القانونية لسلطة المحكم	شروط ممارسة المحكم لولايته في الامر بالتدابير المعجلة

خصائص وشروط التحكيم الاستعجالي

الاختصاص التحكيمي:

من خلال عنوان الموضوع يتضح ان المحكم يمتلك سلطة اصدار أوامر وقتية وتحفظية فضلا عن النظر في موضوع النزاع موضوع اتفاق التحكيم.

يستمد الاختصاص التحكيمي الاستعجالي طبيعته من الخصائص المميزة لقضاء التحكيم باعتباره نظاما قضائيا شاملا ومستقل بداته مبني على سلطان الإرادة في اختيار واسناد اختصاص جهة قضائية وسلبه من أخرى.

هل يرجع الاختصاص الى التحكيم نفسه كقضاء مستقل ومواز أم يرجع الى قضاء الدولة كقضاء أصيل ووصي منتدب على التحكيم. لم يتأخر الجواب على هذه الإشكالية وجاء مستندا الى طبيعة التحكيم وذاتيه والى مبادئ المنطق الاجرائي قاطعا بذلك مسلمات عوار ودونية التحكيم واخراجه عن وصاية القضاء العمومي.

الفصل ٣٢٧-١٥ قانون رقم: ٠٥، ٠٨ ق م م يجوز للهيئة التحكيمية ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك ان تتخذ كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها.



شروط ممارسة المحكم لولايته في الامر بالتدابير المعجلة

الأمر باتخاذ الاجراء الوقتي وجب ان يكون بناء على طلب أحد طرفي اتفاق التحكيم تأصيلاً بقانون التحكيم المغربي المسطري خلاف قانون التحكيم الاماراتي والسوري وكذلك قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي والتي تعتبر اتفاق التحكيم كافي كشرط اتخاذ أي اجراء وقتي او تحفظي دون التنصيص على ذلك سواء في القانون المسطري الوطني او الاجرائي متال ذلك القانون الاجرائي لغرفة التحكيم بباريس او غرفة لندن للتحكيم كذلك التحكيم امام محكمة الاوكسيد والتي تعتبر مجرد اللجوء لها شرط كافي لاتخاذ المحكم أي اجراء وقتي او تحفظي.

سلطة المحكم لاتخاذ التدابير الوقتية

الحدود الاتفاقية لسلطة المحكم:

تماشياً مع عقديّة التحكيم والتي يعتبر اتفاق التحكيم أحد أهم عناصرها. وهذه الحدود تقسم الى حدين:

- الالتزام بالفصل في موضوع النزاع.
- الالتزام بعدم تجاوز موضوع النزاع.

على المحكم ان يلتزم بعدم الخروج عن المهمة التحكيمية بموجب اتفاق التحكيم مع إمكانية اتخاذ تدابير وقتية ترى الهيئة انه من المناسب اتخاذها لتسهيل مرور الحكم التحكيمي.

الحدود القانونية لسلطة المحكم

الالتزام بالمسطرة التوجيهية والحضورية ارتباط الاجراء الوقتي بموضوع النزاع مع الالتزام بقواعد الاسناد في ميدان التحكيم المطبقة على موضوع النزاع (عقد فيديك. قانون الاستيراد. القانون التجاري او الإداري)

التدابير الوقتية والتحفظية تكون قبل صدور القرار التحكيمي لتسهيل صدوره ولا تدابير وقتية بعد صدور الحكم التحكيمي ومن أبرز هذه التدابير المستعجلة على سبيل المثال:

- الحجز على الأرصدة البنكية كضمان التنفيذ
- تعيين حارس على المنشأة لعدم ضياع الأدلة

ولقيام هذه التدابير الوقتية يلزم توفر الشروط الأربعة التالية:

١. الضرورة والاستعجال
٢. وجود خطر محقق
٣. الجدية او وجود نزاع موضوعي قائم او على وشك الوقوع
٤. وجود حق ظاهر يمكن استجلائه من ظاهرات المستندات لمنح التدبير دون المساس بجوهر بموضوع جوهر النزاع.

تصنيف التدابير الوقائية والتحفيزية:

تدابير غيابية	تدابير حضورية
عدم المواجهة كمبدأ أساسي	مسطرة التواجهية والحضورية
سرعة الإجراءات	تصدر في شكل حكم تحكيمي عادي
تصدر في شكل أمر تحكيمي	او امر تحكيمي (امر اجرائي)

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة:

وقد اعتمدت الأونسيترال، في شهر يوليو ٢٠٠٦، تعديلات على المواد ١ (٢) و٧ و٣٥ (٢)، كما اعتمدت الفصل الرابع ألف الجديد لكي يحل محل المادة ١٧، والمادة ٢ ألف الجديدة. ويقصد بالصيغة المنقحة للمادة ٧ أن تُحدّث الشرط المتعلق بشكل اتفاق التحكيم لكي يوافق ممارسات العقود الدولية على نحو أفضل. ويرسى الفصل الرابع ألف المستحدث نظاما قانونيا أشمل للتعامل مع التدابير المؤقتة التي تتخذ دعما للتحكيم. واعتبارا من عام ٢٠٠٦، أصبحت الصيغة المعيارية للقانون النموذجي هي صيغته المعدلة. ويستسخ أيضا النص الأصلي لعام ١٩٨٥ نظرا إلى وجود العديد من التشريعات الوطنية التي سُنّت استنادا إلى هذه الصيغة الأصلية

التشريعات القانونية ذات الصلة

القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي (الأونسيترال) (بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢١ حزيران / يونيو ١٩٨٥م، والمعدل في عام ٢٠٠٦م) والمذكرة الايضاحية الصادرة من أمانة الأونسيترال بشأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ بصيغته المعدلة، والمرفقة بهذا القانون.

قانون التحكيم المسطري المغربي قانون رقم ٠٨،٠٥ المعدل لسنة ٢٠٠٧
قانون التحكيم البحريني رقم (٩) لسنة ٢٠١٥م المنشور في الجريدة الرسمية في مملكة البحرين، العدد ٣٢١٧- الخميس ٩ يوليو ٢٠١٥م
قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م
قانون التحكيم اليمني النافذ رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٢م
والمعدل بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧م والمنشور في الجريدة الرسمية العدد (٧). الصادر بتاريخ ١٥/٤/١٩٩٧م
مشروع قانون تحكيم اليمني لسنة ٢٠٠٧م الذي اعدته لجنة العدل والأوقاف
قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري لعام ١٩٦٨م وتعديلاته

قضية رقم (3)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة النقض

«الحكم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة
في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة: برئاسة السيد القاضي عدنان الشعيبي وعضوية السادة القضاة:
محمد الحاج ياسين، فواز عطية، محمود جاموس، ومامون كلش

الطاعن: عمر محمد عمر أبو الخير/ رام الله
وكيله المحامي هشام أبو الحلو/ رام الله
المطعون ضده: بكر أنيس محمد كحلة/ رام الله
وكيله المحاميان فهد الشويكي و/أو شداد كنعان/ رام الله

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



الإجراءات

تقدم الطاعن بهذا الطعن بتاريخ ٢٧ / ٣ / ٢٠١٨ لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٨ / ٢ / ٢٠١٨ عن محكمة استئناف رام الله في الاستئناف المدني رقم ٢٠١٦/٨٥٧ القاضي: « برد الاستئناف موضوعا، وتأييد الحكم المستأنف من حيث النتيجة، مع إلزام الجهة المستأنفة بالرسوم والمصاريف والاكتفاء باتعاب المحاماة المحكوم بها امام محكمة الدرجة الاولى. ».

المحكمة

بالتدقيق وبعد المداولة، ولورود الطعن ضمن الميعاد مستوفيا شرائطه الشكلية تقرر قبوله شكلا. وفي الموضوع، وعلى ما أفصحت عنه أوراق الدعوى أن المدعي المطعون ضده اقام الدعوى المدنية رقم ٢٠١٤/٦٠٩ ضد الطاعن المدعى عليه، امام محكمة بداية رام الله بتاريخ ٨ / ٦ / ٢٠١٤، موضوعها فسخ قرار محكم منفرد، على سند من القول أن قرار التحكيم منعدم لأن صك التحكيم الموقع بين مسعود منصور قاسم حمامرة والمستدعى ضده، موقع بين الوكيل العام بموجب الوكالة العامة رقم ٢٠١٣/١٢٠١٧ عدل رام الله، وإن موالة اجراءات التحكيم من الوكيل العام من لحظة التوقيع على الصك قد وقعت باطله، لأن الوكيل العام لا يملك صلاحية تخوله التوقيع على صك التحكيم، بالاضافة إلى أن اجراءات التحكيم كانت مخالفة للمواد ١٢ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ و ٣٣ و ٤٣ من قان التحكيم.

وفي السياق المتصل تقدم المدعى عليه الطاعن بلائحة جوابية، ابدى من خلالها أن مسألة القبول الشكلي للمحكمة، وانكر أن يكون قرار التحكيم قد صدر بصورة مخالفة لقانون التحكيم، وبنتيجه المحاكمة وبعد أن استمعت المحكمة للبيانات واقوال الاطراف، قضت بتاريخ ٩ / ٦ / ٢٠١٦ « بفسخ قرار التحكيم وتضمين المدعى عليه الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة بواقع ١٠٠ دينار اردني. »

لم يرتض المدعى عليه بحكم محكمة الدرجة الاولى، فبادر للطعن فيه امام محكمة استئناف رام الله بموجب الاستئناف رقم ٢٠١٦/٨٥٧، وبنتيجه المحاكمة وبعد أن استمعت المحكمة لأقوال الاطراف قضت بتاريخ ٢٨ / ٢ / ٢٠١٨: « برد الاستئناف موضوعا، وتأييد الحكم المستأنف من حيث النتيجة فقط، وإلزام المستأنف بالرسوم والمصاريف، والاكتفاء باتعاب المحاماة المحكوم بها امام محكمة الدرجة الاولى. »

لم يرتض المدعى عليه بحكم محكمة الاستئناف، فبادر للطعن فيه بالنقض المائل للاسباب التي سيقنت فيه، علما أن المدعي المطعون ضده تقدم بلائحة جوابية، التمس من خلالها رد الطعن موضوعا مع الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة.

وفيما يتصل بالسبب الاول، وحاصله تخطئة محكمة الاستئناف في توجيه اليمين الحاسمة دون أن يعلم حالفها اللغة العربية، لا سيما وأن ما صرح به المستأنف عليه بجلسة ٢٢ / ١ / ٢٠١٨ بأنه: « لا يعرف اللغة العربية»، الامر الذي خالفت المحكمة مصدرة الحكم الطعين المادة ١١٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية والمادة ٤ من القانون الاساسي، مما كان عليها أن تحضر ترجمان قانوني معتمد ليفهم المستأنف عليه صيغة اليمين، في ذلك نجد وبعد الرجوع إلى تلك الجلسة، حيث صرح المستأنف عليه «المدعي» بأنه فهم ما تلي عليه من صيغة اليمين، رغم تصريحه بأنه لا يعرف اللغة العربية قراءة، ولكنه يدرك فهمها ويتحدثها، ولما كان لمحكمة الاستئناف باعتبارها محكمة موضوع أن توجه اليمين الحاسمة للمستأنف عليه بعد أن تحققت من أن المستأنف عليه يدرك كنه اليمين وصيغته، على اساس ادراكه للغة

العربية فهما ومحادثة دون قراءة وكتابة، وحيث أن المشرع في قانون البيئات النافذ لم يشترط لمن توجه إليه اليمين أن يجيد القراءة والكتابة، وإنما اشترطت المادة ١٣٦ من قانون البيئات أن تكون اليمين محددة الوقائع بعبارات واضحة كل الوضوح ليدرك الحالف طبيعة اليمين ووقائعها، وبالتالي ادراك المستأنف عليه المدعي للغة العربية وهي لغة محكمة الموضوع وفهمها وتحديثه بها وفق ما صرح به، لا يجعل من عدم اتقانه للقراءة أو الكتابة بأنه غير واع لها أو أنه جاهل لمفهومها، وبما يستدعي تطبيق احكام المادة ١١٦ من الاصول المدنية والتجارية، كما أنه لايشكل حلف المدعي لليمين الحاسمة خرقا للمادة ٤ من القانون الاساسي، لأن المدعي حلف اليمين باللغة العربية، وترداده للعبارات محل صيغة اليمين الحاسمة دون ابداء أية ملاحظات من محكمة الاستئناف، يؤكد على أنه حلفها بما يتفق واحكام المادة ١٣٦ من القانون سالف الذكر، الامر الذي يجعل من هذا السبب غير وارد لينال من الحكم الطعين، مما يتعين رده.

وفيما يتصل بالسبب الثاني، وحاصله تخطئة محكمة الاستئناف في اسباب ردها على السبب الثاني من اسباب الاستئناف، بانتفاء صفة ومصلحة المطعون ضده في طلب فسخ قرار التحكيم، وذلك لأن المطعون ضده قد تنازل عن كامل حصصه وحقوقه في العقار محل الدعوى بموجب الوكالة الدورية رقم ٢٠١٣/١٢٣٦٤ عدل رام الله إلى الوكيل العام مسعود حمامرة، في ذلك نجد وبعد الاطلاع على حيثيات الحكم الطعين حول هذا السبب، فإن محكمة الاستئناف توصلت لنتيجة مفادها: « أن قرار المحكم المنفرد يتعلق برد المطالبة المالية كما جاء في خلاصة قرار التحكيم »، الامر الذي قررت رد ذلك السبب، ولما كان قرار التحكيم فعلا قد انصب وقضى برد المطالبات المالية بكافة بنودها، فإن نعي الطاعن حول واقعة تنازل المطعون ضده عن كامل حصصه وحقوقه في العقار محل الدعوى الاساس، يخالف واقع ما أفصح عنه منطوق قرار المحكم المنفرد، الامر الذي يجعل من هذا السبب غير وارد على الحكم الطعين، مما يتعين رده أيضا.

لهذه الأسباب

نقرر رد الطعن موضوعا، وتضمنين الطاعن الرسوم والمصاريف التي تكبدها و ١٠٠ دينار أردني اتعاب محاماة عن هذه المرحلة من مراحل التقاضي.
حكما صدر تدقيقا في هذا اليوم ٢٣/٥/٢٠٢١

الرئيس

الكاتب

”
التحكيم من الوسائل البديلة لحل النزاع
التي تحمل طابع السرية والحيادية
والسرعة بالفصل في النزاعات
“

نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار في فلسطين



المستشار الدكتور عبد الناصر عبدالله ابوسمهدة
قاضي المحكمة الدستورية العليا

فلسطين

المقدمة

الحمد لله رب العالمين و الصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد ومن اهتدى بهديه وستن بسنته إلى يوم الدين أما بعد

إن تدفق الاستثمارات الأجنبية إلى دولة ما تعتمد بالدرجة الأولى على ملائمة مناخ هذه الدولة للاستثمار من وجهة نظر المستثمرين، ودرء ما تواجهه هذه الاستثمارات من صعوبات جمة تحول دون انطلاقها، ومن بين هذه الصعوبات كيفية تسوية المنازعات التي تثار بشأنها بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفه للاستثمار، حيث يخشى المستثمر من إهدار حقوقه لعدم وجود الضمانات الكافية لحماية استثماراته في هذه الدولة، علاوة على طول وبطء الإجراءات القضائية المتبعة لدى المحاكم، ومن هنا تبدو أهمية التحكيم بالنسبة للمستثمر كوسيلة ملائمة ومحايدة وسريعة لتسوية نزاعاته مع الدول المضيفة للاستثمارات.

وحين عودة السلطة الوطنية إلى فلسطين تضاءل الجميع بتهيئة مناخ صالح للاستثمار الا انه نظرا للكثير من المعوقات أصبحت يتلاشى هذا التفاؤل شيئاً فشيئاً ولقد قامت السلطة التشريعية بإيجاد التشريعات التي قد تساهم وتعمل على جذب الاستثمار لفلسطين.

ولقد أصبح موضوع الاستثمار من الموضوعات التي تحتل مكانة مهمة وأساسية في أولويات الدراسات الاقتصادية والمالية والمصرفية والإدارية وغيرها من التخصصات التي تهتم بالتطورات الهيكلية التي شهدتها المجتمعات المتقدمة، هذه التطورات صاحبها تطور مماثل في دراسة الاستثمار ومجالاته المختلفة، لذا تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع خصوصاً للبلدان النامية التي عليها الاهتمام أكثر علمياً وعملياً بموضوعات مجالات وأدوات الاستثمار الأكثر موائمة ونفعاً لهذه المجتمعات من خلال تحسين فرص الاستثمار ومنح المستثمرين الأجانب ضمانات وطمأنينة في حل المنازعات التي قد تتجم خلال تنفيذ عقود الاستثمار بوسائل أكثر مرونة وسرعة من الوسائل التقليدية، وعلى هدي ماسبق نقسم هذا البحث إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية الاستثمار.

المبحث الثاني: نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار.



المبحث الأول ماهية الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

يعد الاستثمار وسيلة لتحقيق عائد أو ربح وذلك من خلال شراء أو بيع بقصد تحقيق زيادة في الناتج القومي، وعلى هدي ما تقدم يجب بادئ ذي بدء أن نتناول تعريف الاستثمار وأنواعه بصفة عامة "مطلب أول" ثم نتناول بعد ذلك خصائص عقود الاستثمار "مطلب ثاني" وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف الاستثمار وأنواعه

تمهيد وتقسيم

نظراً لأهمية الاستثمار وأنواعه فإننا نقوم بتعريف الاستثمار بصفة عامة « فرع أول» ثم نتناول أنواعه « فرع ثاني» وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

تعريف الاستثمار

نتناول تعريف الاستثمار في كل من اللغة والاصطلاح وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الاستثمار في اللغة

الاستثمار: مصدر استثمر يستثمر، وهو للطلب بمعنى طلب الاستثمار، وأصله من الثمر، وهو له عدة معان منها ما يحمله الشجر وما ينتجه، ومنها الولد حيث قال: الولد ثمرة القلب، ومنها أنواع المال. ويقال: ثمر -بفتح الميم- الشجر ثموراً أي أظهر ثمره، وثمر الشيء أي نضج وكمل، ويقال: ثمر ماله أي كثر، وأثمر الشجر أي بلغ أو ان الإثمار، وأثمر الشيء أي أتى نتيجه، وأثمر ماله -بضم اللام- أي كثر، وأثمر القوم: أطعمهم الثمر، ويقال: استثمر المال وثمره -بتشديد الميم- أي استخدمه في الإنتاج، وأما الثمرة فهي واحدة الثمر فإذا أضيفت إلى الشجر فيقصد بها حمل الشجر، وإلى الشيء فيراد بها فائدته، وإلى القلب فيراد بها مودته وجمع الثمرة: ثمر -بفتح الثاء والميم- وثمر-بضمهما- ثمار وأثمار⁽¹⁾.

أما لفظ الاستثمار فقد ورد في المعجم الوسيط بمعنى استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات و المواد الأولية و إما بطريق غير مباشر كشراء الأسهم و السندات⁽²⁾.

١ . لسان العرب، موقع الوراق الالكتروني.

٢ . المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، نسخة الكترونية، ص٢١٧.

ثانياً: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاصطلاح^(٣)

يعرف الاقتصاديون الاستثمار الأجنبي على أنه تحويل المدخرات النقدية إلى أصول رأسمالية أي تحويلها إلى عدد وآلات ومباني^(٤).

بينما يعرف القانونيين الاستثمار الأجنبي بأنه قيام شخص أجنبي طبيعي أو اعتباري بنقل أصول مالية أياً كانت طبيعتها من دولة تسمى بالدولة المصدرة لرأس المال إلى دولة أخرى تسمى بالدولة المضيفة بهدف تنميتها اقتصادياً، وذلك بإقامة مشروع اقتصادي أو المشاركة في رأسمال مشروع قائم بقصد تحقيق عوائد مجزية وفقاً لقانون الدول المضيفة^(٥).

وعرفه البعض بأنه تحركات الأموال النقدية أو العينية أو الحقوق المعنوية من بلد إلى آخر سواء رافقها العمل أو بدونه لإقامة مشروع اقتصادي أو المساهمة في رأسمال مشروع قائم بهدف تحقيق ريع يفوق ما يتوقع الحصول عليه في البلد المصدر لها^(٦).

ومما سبق يتبين لنا أن الاستثمار الأجنبي هو عبارة عن انتقال الأموال أياً كانت طبيعتها من بلد لآخر بغية تشغيلها اقتصادياً للحصول على عوائد أكبر من العوائد المتوقعة في البلد المصدر لها، وبالتالي عندما يقوم المستثمر الأجنبي بالاستثمار في بلد آخر يكون قد وصل إلى قناعة بأهمية تلك البلد من الناحية الاقتصادية، وترسخت لديه التوقعات بزيادة المال المستثمر في هذا البلد المضيف مقارنة مع البلد المصدر لرأس المال.

الفرع الثاني

أنواع الاستثمار

ينقسم الاستثمار الأجنبي إلى نوعين، استثمار أجنبي مباشر واستثمار أجنبي غير مباشر، ونتناول كلا النوعين فيما يلي:

أولاً: استثمارات أجنبية مباشرة

وهي تلك المشروعات المملوكة للأجانب سواء أكانت الملكية كاملة أم كانت بالاشتراك بنسبة كبيرة من رأس المال الوطني بما يكفل السيطرة على إدارة المشروعات، ويستوي في ذلك أن يكون المستثمر الأجنبي فرداً أو شركة أجنبية أو فرعاً لأحد الشركات الأجنبية أو مؤسسة خاصة^(٧). وهو النوع الغالب في الاستثمار.

كما عرفه صندوق النقد الدولي بأنه «الاستثمار الذي يتم للحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعمليات في إطار اقتصادي، خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف به الحصول على الحق في القيام بدور فعال في إدارة المشروع»^(٨).

ولقد أكدت هيئة تشجيع الاستثمار الفلسطينية في تقريرها حول الاستثمارات الأجنبية في فلسطين 2012- الربع الأول 2018 هي 1,700 مليون دولار أمريكي، مرتفعاً بنسبة قدرها 3.9% مقارنة مع الربع

٣. لقد عرف قانون تشجيع الاستثمار في فلسطين رقم (١) لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته في مادته الأولى الاستثمار بأنه، اتفاق مالي فعلي لتكوين المشروع (رأس المال الثابت) من جانب المستثمر في المشروع، سواء كان مشروعاً حديثاً أو قائماً أصلاً، كما عرف المستثمر بأنه « أي شخص طبيعي أو اعتباري يستثمر أو سبق له أن استثمر في فلسطين بموجب أحكام هذا القانون أو القوانين السابقة ».

٤. د. السيد عبدالمولى، أصول الاقتصاد، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، ص ٢٢٥.

٥. د. رائد خالد، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، ٢٠١٠، ص ١٤.

٦. د. فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦١، ٦٢.

٧. د. عبد الواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتاب، ١٩٧٩، ص ٩٧، د. بشار الأسعد، مرجع سابق ص ٤٠.

٨. د. سعيد النجار، التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٤٨.

الأول من العام 2017، في حين بلغ حجم الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة (استثمارات الحافظة) 839 مليون دولار أمريكي للربع الأول من العام 2018 محققة ارتفاعاً قدره 31.1% بالمقارنة مع نفس الربع من العام 2017⁽⁹⁾.

ثانياً: استثمارات أجنبية غير مباشرة

وهي تلك الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة في شكل قروض مقدمة من أفراد أو هيئات أجنبية أو تأتي في شكل اكتتاب في الصكوك الصادرة عن تلك الدولة أو في المشروعات التي تقام بها، سواء تم الاكتتاب عن طريق السندات التي تحمل فائدة ثابتة أو عن طريق الأسهم، على ألا يكون للأجانب الحق في الحصول على نسبة من الأسهم تخولهم حق إدارة المشروع⁽¹⁰⁾.

ويمكن تعريف الاستثمار غير المباشر بأن الاستثمار الذي يأخذ شكل تملك الأجانب للأسهم والسندات الخاصة أو الحكومية في البلد المضيف بقصد المضاربة والاستفادة بالتالي من فروقات الأسعار أو الحصول على عوائد تدرها السندات ذات الفائدة الثابتة أو الأسهم بشرط ألا يحوز المستثمرون الأجانب من الأسهم ما يخولهم حق إدارة المشروع ويتميز هذا الاستثمار بأنه قصير الأجل⁽¹¹⁾.

أي أن المستثمر يقتصر دوره في تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيضة لكي تقوم هي بالاستثمار دون أن يكون له رقابة على هذا المشروع⁽¹²⁾. وهذا يعني أن الاستثمار الأجنبي المباشر يمكن المستثمر الأجنبي من إدارة المشروعات أما الاستثمار الأجنبي غير المباشر لا يمكن الأجانب من إدارة تلك المشروعات، وبالتالي تبقى إدارة تلك المشروعات إدارة وطنية بعيدة عن التدخل الأجنبي في إدارتها.

المطلب الثاني

خصائص عقود الاستثمار

من المعلوم أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين كل منهما ينتمي لنظام قانوني مختلف عن الآخر، وتتميز هذه العقود بالخصائص التالية:

أولاً: تبرم بين الدولة وشخص أجنبي، تبرم هذه العقود بين الدولة وبين شخص أجنبي يتمتع بالشخصية القانونية، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، وذلك وفقاً لأحكام قانون دولته⁽¹³⁾.

والجدير بالذكر أن اتفاقية واشنطن المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول لعام ١٩٦٥ قد اشترطت لانعقادها أن يكون الطرف الثاني المتعاقد مع الدولة مستثمراً أجنبياً منتمياً لدولة أجنبية أخرى طرف الاتفاقية، ويستوى في ذلك أن يكون المستثمر شخصاً طبيعياً أم معنوياً

٩. الموقع الإلكتروني لهيئة تشجيع الاستثمار الفلسطينية على الرابط التالي (تاريخ المشاهدة ٢-٣-٢٠٢١): http://www.pipa.ps/ar_page.php?id=27b787y2602887.

١٠. د. إبراهيم محمد الفار، دور التمويل الخارجي في تنمية اقتصاديات البلاد النامية مع دراسة تطبيقية خاصة بجمهورية مصر العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٤، ص ٢٥٣.

١١. د. هناء عبدالغفار، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، الصين نموذجاً، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢، ص ١٧.

١٢. د. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٨.

١٣. د. حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٢٧ وما بعدها.

ثانياً: ذات آجال طويلة

تتميز هذه العقود أنها ذات آجال طويلة، كما أنها ذات صلة وثيقة بكيان الدولة المضيضة سواء بطريق مباشر، عندما يتعلق الأمر باستغلال الثروات الطبيعية للبلاد، أو بطريق غير مباشر من ناحية تأثيرها في خطط التنمية الاقتصادية للبلاد، مما جعل للدولة كطرف في هذه الروابط، امتيازات وصلاحيات تضي على المنازعات التي تثور بمناسبة استخدامها طابعاً خاصاً⁽¹⁴⁾.

حيث يتطلب تنفيذ كافة بنود تلك العقود سواء ما يتعلق منها بانجاز المشروع أو استغلاله وكذلك نقل الخبرات الفنية مدد زمنية طويلة أو على الأقل يمتد فترة زمنية متوسطة المدى وهذا ما أكدت عليه اتفاقية سيول المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار في مادتها رقم (١٢) التي اشترطت أن تتم العملية في مدة زمنية متوسطة أو بعيدة المدى حتى يمكن وصفها باستثمار⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: تتعلق بكيان الدولة المضيضة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة

رابعاً: منح المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة حقوقاً لاتعد حقوقاً تعاقدية صرفه، كحقه في تملك مساحات للأبس بها من إقليم الدولة المتعاقدة وحقه في ممارسة سلطات واسعة في نطاق هذه المنطقة⁽¹⁶⁾.
رابعاً: تتضمن هذه العقود عادة شرط التحكيم حيث يسعى الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة إلى سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية لطرفي العقد، ومرجع ذلك عدم ثقة المستثمر في قضاء الدولة المضيضة، ويعتبر تضمين هذا الشرط حافظاً وضماناً مهماً للاستثمار الأجنبي⁽¹⁷⁾.

خامساً: تتضمن هذه العقود بنوداً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي، أي خضوع الاتفاق بما في ذلك شرط التحكيم لقانون الدولة المضيضة الساري لحظة إبرامه، وذلك كون هذه التغييرات التشريعية تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيضة، وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة⁽¹⁸⁾.

١٤. د. عصام القصيبي، بحث بعنوان «التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار»، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي - أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية-، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ابريل ٢٠٠٨، ص ٢٠٢.

١٥. د. قادري عبدالعزيز، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري، ضمان الاستثمار، دار هوم، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٤٢٥.

١٦. د. حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢٧.

١٧. د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٦٨.

١٨. د. عصام القصيبي، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

المبحث الثاني التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة⁽¹⁹⁾ لتسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ عقود الاستثمار، وتتجه معظم دول العالم بصفة عامة، والدول النامية بصفة خاصة بسن تشريع خاص بالتحكيم التجاري الدولي⁽²⁰⁾، وذلك أملاً منها بجذب الاستثمارات الأجنبية التي تساعد في إنشاء المشروعات الصناعية والزراعية والخدمية المختلفة، وقد انتشر اللجوء للتحكيم في عقود الاستثمار بحث يندر أن نجد عقد لا يتضمن شرط التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد، وعلى هدي ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول مبررات التحكيم في منازعات الاستثمار، ونبين في المطلب الثاني نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مبررات التحكيم في منازعات الاستثمار

من المتعارف عليه في كثير من الدول النامية أن أحد الأسباب الهامة لجذب الاستثمارات الأجنبية هو وجود قانون تحكيم يسمح للمستثمر الأجنبي وضع شرط للتحكيم في المنازعات التي من الممكن أن تحدث أثناء تنفيذ عقود الاستثمار، وذلك لعدم ثقة المستثمر في القضاء الوطني أو لبطء إجراءات التقاضي في القضاء النظامي بوجه عام، وبالتالي تسارعت الدول لإقرار مثل هذه القوانين، ومن أهم مبررات التحكيم في منازعات الاستثمار ما يلي:

أولاً: السرعة في الإجراءات

إن من أهم ما يميز التحكيم كوسيلة لفض المنازعات وخاصة في مجال الاستثمار هو بساطة وسرعة إجراءاته.

إذ أن مرونة إجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت مقارنة مع النظم القضائية المحاطة بإجراءات طويلة ومتعددة الدرجات تعوق الفصل السريع في النزاع، وبالتالي يصبح التحكيم هو الوسيلة الأفضل للفصل في منازعات الاستثمار لما يقدمه من عدالة سريعة، وهذه العدالة ترجع إلى عاملين: الأول هو إلزام المحكم بالفصل في المنازعة المعروضة عليه في زمن معين يحدده الأطراف⁽²¹⁾، وهذا مانص عليه قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 في المادة (38/1) والتي نصت على أن:

- أ. على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان.
- ب. ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

ويتضح من النص السابق أن المشرع قد أتاح لأطراف التحكيم تحديد المدة الزمنية التي يتوجب على هيئة التحكيم إنهاء الخصومة التحكيمية خلالها وهذا الميعاد ملزم لها بناء على اتفاق طرفي التحكيم كما ان المشرع وضع مدة زمنية في حال غفل طرفي التحكيم تحديد مدة زمنية لإنهاء الخصومة التحكيمية وهي مدة سنة ميلادية ويجوز تمديد المدة ستة أشهر من قبل هيئة التحكيم.

وعليه يكون التمديد صلاحية مطلقة لهيئة التحكيم دون طلب الأطراف أو موافقتهم وبالتالي تستطيع الهيئة تمديد المدة دون موافقة أو معارضة أحد اطراف التحكيم⁽²²⁾.
أما العامل الثاني فإنه يتعلق في التحكيم باعتباره نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر عن هيئة التحكيم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن العادية⁽²³⁾، وهذا مانصت عليه بعض قوانين التحكيم العربية مثل قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته حيث نصت المادة (٥٢) منه على أن أحكام التحكيم لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، أما قانون التحكيم الفلسطيني فقد جاء بفلسفة مغايرة وأجاز الطعن في أحكام التحكيم وحدد أسباب للطعن وفقا لما نصت عليه المادة ٤٣ من القانون.

ثانياً: السرية

الأصل في التحكيم أن جلساته وإجراءاته سرية لا يحضرها إلا أطرافه وممثلوهم، وهذا فارق أساسي بين الإجراءات القضائية والإجراءات التحكيمية، وتمتد السرية في التحكيم إلى مداوات هيئة التحكيم، وتشمل المعلومات والمستندات التي يقدمها الأطراف أثناء التحكيم⁽²⁴⁾.
تعتبر السرية أمر بالغ الأهمية لأن الأمر قد يتعلق بأسرار مهنية أو اقتصادية يترتب على إعلانها الإضرار بمركز أطراف العلاقة، كما أن هذه السرية قد تؤدي إلى الحد من تضخيم النزاع، وقد تؤدي إلى التسوية الودية⁽²⁵⁾.

وتزداد السرية أهمية في منازعات الاستثمار، وذلك لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول والمستثمرين الأجانب، نظراً لحساسية المعلومات والمستندات المرتبطة بإبرام هذه العقود، ولهذا تحرص الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي بإحاطة التحكيم بأكبر قدر من السرية للمحافظة على مصالحهم الاقتصادية المشتركة.

ولقد نصت المادة (٤١) من قانون التحكيم الفلسطيني الحالي على تقييد نشر قرار التحكيم بموافقة الأطراف أو المحكمة حيث نصت على أنه «بما لا يتعارض مع أحكام القانون لا يجوز نشر قرار التحكيم أو أجزاء منه إلا بموافقة أطراف التحكيم أو المحكمة المختصة». وهذا يؤكد تحريم نشر قرار التحكيم إلا بموافقة الطرفين أو المحكمة المختصة وهو تأكيداً لمبدأ سرية التحكيم التي كثيراً ما يعلق عليها الطرفان أهمية خاصة حفاظاً على العلاقات التجارية وخاصة في عقود الاستثمار⁽²⁶⁾.

ثالثاً: اختيار هيئة التحكيم

الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظراً لتعلقها بمسائل فنية بحتة، لهذا فإن أطراف النزاع يفضلون أسلوب التحكيم لأنه بخلاف القضاء يمكن من خلاله الاستعانة بخبراء أكفاء لتسوية هذه المنازعات، وبالتالي يعد التحكيم أقرب إلى تحقيق العدالة

٢٢. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفلسطينية للمزيد يراجع حكم محكمة النقض (نقض مدني) رقم ٤٧٩/٢٠١٠، موقع المفتي الالكتروني على الرابط التالي تاريخ المشاهدة ٢٠٢١-٣-٢٠):

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/CJFullText.aspx?CJID=87085>.

٢٣. د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٧، ص ٨٨.

٢٤. د. محمد سليم العوا، مبدأ السرية في التحكيم ماله وما عليه، مجلة التحكيم العربي، ١٢، يوليو ٢٠٠٩، ص ١٠.

٢٥. د. سميرة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة التمهيدية لإعداد المحكم الدولي والتي ينظمها مركز تحكيم اتحاد المحامين الدولي، القاهرة من ٢٥ إلى ٢٩/٩/٢٠٠٩.

٢٦. للمزيد يراجع المذكرة الإيضاحية لقانون التحكيم المصري الحالي.

لأن الخبير المتخصص أقدر على استيعاب تفاصيل النزاع وتعقيداته من القاضي الذي ينظر كل أنواع المنازعات دون أن يكون متخصصاً في مجال النزاع⁽²⁷⁾.

وهذا يعني أن المحكم الذي يتمتع بالكفاءة الفنية في موضوع النزاع المطروح تكون لديه القدرة على الوصول إلى القرار السليم، وغني عن البيان أن منازعات الاستثمار المختلفة والمتنوعة تحتاج إلى اختيار دقيق للمحكم الذي تكون لديه دراية كاملة وخبرة واسعة في موضوع النزاع، وذلك تبعاً لنوعية النزاع.

رابعاً: قلة التكاليف

يرى الكثير أن أحد أهم مطالب نظام التحكيم كثرة المصاريف بالمقارنة مع القضاء، وخاصةً عندما يكون التحكيم دولياً، ففي هذه الحالة قد يكون كل من أعضاء هيئة التحكيم وأطراف النزاع والمحامين من جنسيات مختلفة، أو مقيمين في دول مختلفة مما يعني زيادة مصاريف التحكيم بالنسبة لتقلاطهم واجتماعاتهم في مكان معين، هذا بالإضافة لأتعاب المحكمين والمصاريف الإدارية الخاصة بالمركز الذي ينظم التحكيم حيث يكون التحكيم مؤسسياً، وعلى الأغلب فإن هذه الأتعاب والمصاريف تتناسب طردياً مع قيمة النزاع، بحيث يزداد مقدارها كلما زادت هذه القيمة⁽²⁸⁾.

ومن جانبنا نرى أن أهم مميزات التحكيم قلة النفقات وذلك لأن طبيعة منازعات الاستثمار الأجنبي تكون برأسمال كبير يقدر بالملايين وربما بالمليارات وبالتالي يكون حسم النزاع في مدة معقولة على فرض سنة مثلاً واسترداد المال المتنازع عليه، وذلك من خلال اللجوء للتحكيم مع دفع نفقات كبيرة مقارنة بنفقات اللجوء إلى القضاء العادي، أفضل لدي المستثمرين من الناحية الاستثمارية من بقاء النزاع عشرات السنين في المحاكم النظامية وبقاء المال المتنازع عليه غير مستغل لحين الفصل في النزاع.

وبهذا يكون أسلوب التحكيم من مميزاتة تقليل النفقات مقارنةً بالقضاء ولو زادت مصروفات التحكيم وأتعاب هيئة التحكيم عن نفقات اللجوء إلى المحاكم النظامية.

خامساً: انعدام الثقة في المحاكم الوطنية للدول المضيفة.

يعتبر السبب الحقيقي وراء اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية هو انعدام ثقة المستثمرين الأجانب بالمحاكم الوطنية في الدول المضيفة بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة، وعدم قبولهم الخضوع بسهولة لقضاء دولة أجنبية أو لنظام قانوني سائد في دولهم⁽²⁹⁾.

والسبب في ذلك كما يرى البعض⁽³⁰⁾ هو خشية المستثمر الأجنبي من ميل القاضي إلى تهتم وجهة نظر دولته ومواطنيه منه لوجهة نظره، فضلاً عن أنه في كثير من الدول لا يوجد هناك نظام خاص بمقاضاة الحكومات، كما يشعر المستثمر الأجنبي أن قوته التفاوضية تتناقص لمجرد دخول رأس المال في البلد الأجنبي، لهذا فهو يحرص على تضمين عقد الاستثمار نصوصاً تضمن له حماية أكبر مما يمكن أن يوفرها له القضاء والقانون الوطني.

٢٧. د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظيم وتطبيق مقارنة، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٤، ص٢٢٤.

٢٨. د. حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية(الدولية)، ورقة عمل مقدمة لندوة «محاموا المستقبل»، المنعقدة في عمان، الأردن خلال الفترة من ٧-٢ تشرين أول/١٩٩٨، ص٦.

٢٩. محمد أمين الداوق، التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال مع التركيز على أوضاعه في البلاد العربية، بحث مقدم لمؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، ١٩٩٧، ص٥٢٠ ومابعدها.

٣٠. برونو لورنت، أثر التحكيم الدولي على الاستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت التجاري الدولي، ١٩٩٧، ص٦٢٦.

وتأكيداً لما سبق ذهبت العديد من الدول الساعية إلى جذب الاستثمارات الأجنبية إلى سن قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي، وذلك أملاً في زيادة الاستثمارات الأجنبية، وقد أشارت إلى هذا المعنى اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية بمجلس الشعب المصري عند مناقشة مشروع قانون التحكيم الذي صدر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث ورد بهذا التقرير ما يلي «وقد جاء مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي مواكباً للجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار متمشياً مع سياسة الإصلاح الاقتصادي الذي قطعت فيه الدولة شوطاً كبيراً لجذب رؤوس الأموال المستثمرة، لاسيما بعد أن تبين لها أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق هدف زيادة الاستثمارات، من ذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار⁽³¹⁾، والقرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ بشأن سرية الحسابات بالبنوك⁽³²⁾ وغيرها.

ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية، فضلاً عن أنه يعطي الطمأنينة والثقة للمستثمرين حيث أنه يتسق مع القواعد الدولية السارية في هذا الخصوص، كما يستهدف التغلب على بطء إجراءات الفصل في الدعاوى الذي يعرقل العمل التجاري بصفة عامة، مع ملاحظة أن قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود باعتبارها وضعت للتحكيم الداخلي، ومن ثم فإنها لا تفي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي لما له من طبيعة خاصة⁽³³⁾.

وهذا يعني أن التحكيم ضمانه إجرائية لتشجيع الاستثمار وهذا ما تضمنه قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني رقم (١) لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته، وتحديد الماد (٤٠) من القانون والتي أجازت تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة وبالإجراءات المحددة في الأنظمة، وأجازت أيضاً في حال أخفقت المفاوضات في تسوية النزاع في الفترة الزمنية المحددة في الأنظمة لأي من الطرفين أن يحيل النزاع إلى تحكيم مستقبل ملزم كما تنص على ذلك الأنظمة.

المطلب الثاني

نطاق التحكيم في منازعات الاستثمار

تمهيد وتقسيم:

٢١. ألغي هذا القانون وحل محله قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته، ومن ثم ألغي هذا القانون وحل محله قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧.

٢٢. ألغي هذا القانون وحل محله قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣، ولقد ألغي القانون الأخير وحل محله القانون رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠.

٢٣. النشرة التشريعية عن شهر مايو ١٩٩٤، ص ٤٩٩، ٤٥٠.

يتميز التحكيم في منازعات الاستثمار أن أحد أطراف النزاع هو الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة، وهذا يعطي للتحكيم طابعاً خاصاً، فضلاً على أن موضوع عقد الاستثمار يكون في الأساس أحد المشاريع الاستثمارية التي يمكن إضافة شرط التحكيم فيها، وعلى هدي ما سبق نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتحدث في الأول عن نطاق التحكيم من حيث الأشخاص، ونخصص الثاني للحديث عن نطاق التحكيم من حيث الموضوع، على النحو التالي:

الفرع الأول

نطاق التحكيم من حيث الأشخاص

تعد عقود الاستثمار مثل باقي العقود الأخرى تقوم على تلاقح إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، بيد أنها تتميز بحقيقة هامة وهي التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها والناجم عن حقيقة أن أحد أطراف العقد هو الدولة والتي تتمتع بمزايا خاصة سواء في إطار القانون الدولي أو الداخلي⁽³⁴⁾. وبناء على ما سبق سوف نتناول نطاق التحكيم من حيث الأشخاص في النقاط التالية تباعاً:

أولاً: الدولة كطرف في منازعات الاستثمار

تقوم الدولة في سعيها إلى تحقيق تنميتها الاقتصادية إلى إبرام العديد من العقود اللازمة لذلك مع المستثمرين الأجانب، بحسب حاجتها لتنفيذ خططها الاقتصادية، وهي تقوم بإبرام هذه العقود بطريقة مباشرة عن طريق قيام من يمثلها (رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو أحد الوزراء)⁽³⁵⁾ بإبرامها⁽³⁶⁾. وإن أهم خصوصية من خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار تتمثل في وجود الدولة أو أشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً في هذه المنازعة، مما يضيف على هذا التحكيم طابعاً خاصاً، هذا الطابع الخاص مستمد أساسه في بعض الحالات من واقعة عدم توافر القدرة لدى الشخص الاعتباري العام على الدخول طرفاً في اتفاق تحكيمي، أو نظراً إلى اعتبارات السيادة التي تحيط ببعض التصرفات التي يجريها هذا الشخص الاعتباري⁽³⁷⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن تتوافر الأهلية اللازمة في الاتفاق على التحكيم، ومن المعروف أن القوانين الوطنية لا تتخذ موقفاً موحداً تجاه مسألة أهلية الدولة والأشخاص العامة في الاتفاق على التحكيم، وعلى ذلك قد يحدث أن الدولة يحظر عليها قانونها الداخلي اللجوء إلى التحكيم، وبالتالي تتمسك بهذا الحظر من أجل التخلص من اتفاق التحكيم الذي سبق وأن أبرمته، هذا إلى أن الدولة بإمكانها تعديل قانونها الداخلي في وقت لاحق، وبالتالي فإن من شأن تطبيق قانونها الداخلي أن يمكن الدولة من التنازل بإرادتها المنفردة عن التزامها باللجوء إلى التحكيم⁽³⁸⁾.

ومن أحكام التحكيم التي تعرضت لهذه المشكلة، حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن في ١٤ يناير ١٩٨٢م بواسطة المحكم الوحيد الأستاذ Gomard في النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية EIF-Aquaine والشركة الوطنية الإيرانية للبترول، ففي هذه القضية تمسكت الشركة الإيرانية ببطلان شرط التحكيم مستتدة في ذلك على أن القانون الإيراني يحظر عليها اللجوء إلى التحكيم، ولكن المحكم رفض هذا الدفع

٣٤. د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص ١٤.

٣٥. تثور المشكلة إذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الأجنبي أحد أجهزة الدولة وليس الدولة ذاتها، للمزيد حول هذه المشكلة، انظر د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها.

٣٦. د. بشار الأسعد، مرجع سابق، ص ١٥.

٣٧. د. عمر مشهور الجازي، بحث بعنوان «التحكيم في منازعات عقود الاستثمار»، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العددان التاسع والعاشر، أيلول وتشرين أول، ٢٠٠٢، ص ٤.

٣٨. د. سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دورة المنازعات الاستثمارية والنظرية، المنعقدة من ١٣/٥/٢٠١٠، مركز حقوق عين شمس للتحكيم، ص ٢١٢ وما بعدها.

وأكد على أن هناك مبدأ عاماً في القانون الدولي يلزم الدولة بشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بواسطتها أو بواسطة إحدى الشركات العامة التابعة لها، ويحظر عليها إلغاؤه في وقت لاحق بإرادتها المنفردة، ثم أضاف أن هذا المبدأ معترف به في جانب اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المبرمة في واشنطن عام 1965م "المادة 25"، كما طبقت العديد من أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية⁽³⁹⁾.

ثانياً: المستثمر الأجنبي

يقصد بالأجنبي في الدولة، ذلك الذي لا يتمتع بوطنيتها أي هو كل من لا يحمل جنسيتها طبقاً لقانون الجنسية الوطنية، ولا ينفي عنه صفة الأجنبية عندما تتوثق صلته بالدولة عن طريق التوطن أو الإقامة في ظل أجنبياً، وإن كان اتصاله بالدولة عابراً أو طالته إقامته بها⁽⁴⁰⁾. والمستثمر الأجنبي هو الشخص الأجنبي (طبيعي أو اعتباري) الذي يوظف أمواله أو خبرته في مشروع اقتصادي بقصد الحصول على عوائد مجزية وفقاً لقانون الدولة المضيفة⁽⁴¹⁾. ولقد عرف قانون تشجيع الاستثمار الفلسطيني النافذ المستثمر بأنه «أي شخص طبيعي أو اعتباري يستثمر أو سبق له أن استثمر في فلسطين بموجب أحكام هذا القانون أو القوانين السابقة». ويتضح من التعريف السابق أن المشرع الفلسطيني عرف المستثمر بغض النظر عن جنسيته وبالتالي فهذا التعريف ينطبق على المستثمر الوطني أو الفلسطيني وكذلك على المستثمر الأجنبي على حد سواء وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص لجنة التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (إكسيد) ينعقد إذا كان المستثمر الأجنبي «طبيعي أو اعتباري» شركة خاصة، ومن ثم تستبعد المنازعات التي يكون أحد أطرافها الشركات والمؤسسات العامة المملوكة للدولة والتي تستثمر في دولة أخرى، أما منازعات الشركات التجارية الخاصة المملوكة أسهمها بالكامل من قبل الدولة فتخضع لاختصاص المركز لأن هذه الشركات هي شركات خاصة وفقاً لقانونها الأساسي، ويشترط أن يكون المستثمر الأجنبي من غير مواطني الدولة الطرف في النزاع، ويستثنى من ذلك الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في النزاع إذا اتفق على معاملته معاملة «المستثمر الأجنبي وذلك لوجود مصلحة أجنبية مسيطرة به» كتملك أسهمه من مستثمرين أجنب، ففي دعوى أمكو آسيا قررت لجنة التحكيم «أن اتفاقية التحكيم إلى المركز بين الطرفين تعتبر دليلاً كافياً على موافقة الأطراف على معاملة الشخص الاعتباري كمواطن أجنبي بسبب السيطرة الأجنبية والتي تعرفها الدولة المضيفة»⁽⁴²⁾.

الفرع الثاني

نطاق التحكيم من حيث الموضوع

إن الهدف الأساسي التي تسعى إليه الدول من خلال إبرام عقود الاستثمار هو جذب الاستثمار الأجنبي لتحقيق الغاية من ذلك وهو تحقيق التنمية الاقتصادية، وبالتالي فإن موضوع عقود الاستثمار هو الحصول

٣٩. المرجع السابق، ص ٢١٢.

٤٠. د. شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ط ٣، ١٩٦٨، ص ٣٣١.

٤١. د. غسان على، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصدها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

٤٢. د. خالد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٢، العدد ٣، ص ٢٢٠.

على الاستثمار الأجنبي في المجالات المتاحة للاستثمار لتحقيق التنمية الاقتصادية. إن الاستثمار الأجنبي المباشر يساهم بشكل كبير في تحسين وسائل الإنتاج المختلفة سواء التقنية أو الإيجازية، بالإضافة إلى تطوير البنية الأساسية للدول المضيفة، كما أن الحصول على التقنية من خلال الاستثمارات الأجنبية المباشرة يؤدي إلى استفادة المؤسسات المحلية للبلد المضيف من تواجد هذه التقنية، وذلك من خلال الأفكار الجديدة في العملية الإنتاجية ونوعية التدريب العملي للعمال المحلية من قبل الشركات متعددة الجنسيات التي تستثمر في البلد المضيف. كما يساهم في تنمية البنية التحتية في الدول النامية كالاتصالات والطرق والمطارات، ويساهم في تدريب الأيدي العاملة المحلية وفي تنمية وتطوير مختلف الصناعات، لذلك فقد اعترفت الحكومات على نطاق واسع بأن الاستثمار الأجنبي المباشر يمكن أن يؤدي دوراً أساسياً في عملية النمو الاقتصادي والتنمية⁽⁴³⁾. ووجود الاستثمار الأجنبي المباشر بالدول النامية يؤدي إلى خلق المنافسة بين المؤسسات المحلية ونظرائها من الشركات متعددة الجنسيات المستثمرة في البلد المضيف، وبالتالي يكون على المؤسسات المحلية أن تغير و تطور في منشآتها إن أرادت الحفاظ على بقائها و استمرارها في النشاط، الأمر الذي يؤدي إلى التحسين و إضفاء الفعالية على منتجات المؤسسات الوطنية للبلد المضيف.

وتجدر الإشارة إلى أن كثير من الدولة النامية بدأت في تذليل العقبات أمام الاستثمارات الأجنبية لقناعتها بأهمية تلك الاستثمارات في عملية التنمية، وذلك من خلال سن تشريعات جديدة لجذب المستثمرين الأجانب إليها من خلال المناخ الاستثماري الملائم لتلك الاستثمارات. ولقد قامت دولة فلسطين بتطوير واستحداث بعد النصوص القانونية لإزالة العقبات أمام الاستثمارات الأجنبية فنجد أن المشرع في قانون تشجيع الاستثمار كان ينص في المادة السادسة منه قبل تعديلها على جواز قيام الدولة بمنح معاملة تفضيلية للمستثمرين على أساس الجنسية بموجب اتفاقيات تجارية أو استثمارية ثنائية أو متعددة الأطراف قد تعقدها السلطة الوطنية مع دول أخرى دون المساس بحقوق الآخرين مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل..

أما بعد تعديل القانون بموجب القرار بقانون رقم 2 لسنة 2011 فقد نصت على ما يلي:

١. يجوز للمستثمر غير الفلسطيني الاستثمار في كافة قطاعات المشاريع أو فروعها وبالنسبة التي يريدها من رأس مال هذه المشاريع مع مراعاة التشريعات السارية.
٢. تسري أحكام هذا القانون على كافة المستثمرين بشكل متساو ودون تمييز مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل.

ويتضح من توجه المشرع الفلسطيني بمنح المزيد من المزايا للاستثمار الأجنبي وذلك من خلال السماح بالاستثمار في كافة القطاعات ودون تحديد رأس مال معين وكذلك تساوي كافة المستثمرين المحليين والأجانب دون تمييز فقط بقيد مبدأ المعاملة بالمثل⁽⁴⁴⁾.

المراجع

- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، ع7، يوليو 2001.
- إبراهيم محمد الفار، دور التمويل الخارجي في تنمية اقتصاديات البلاد النامية مع دراسة تطبيقية خاصة بجمهورية

٤٣. وكذلك حوافز الاستثمار الواردة في الفصل الرابع من القانون والتي تم تعديلها في القرار بقانون رقم ٧ لسنة ٢٠١٤.

٤٤. الاستثمار الأجنبي المباشر والتنمية، سلسلة منشورات الأونكتاد حول القضايا التي تتناولها اتفاقات الاستثمار الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، نيويورك وجنيف، ١٩٩٩، ص٢٣.

- مصر العربية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1984.
- أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارنة، دار النهضة العربية، ط1، 2004.
- برونو لورنت، أثر التحكيم الدولي على الاستثمارات وتدفقات رؤوس الأموال الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر الكويت التجاري الدولي، 1997.
- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.
- جمال الدين نصار، المطالبات وتسوية المنازعات والتحكيم بموجب شروط عقد مقاولات، مجلة التحكيم، ع4، أكتوبر 2009.
- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007.
- حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية (الدولية)، ورقة عمل مقدمة لندوة "محامو المستقبل"، المنعقدة في عمان، الأردن خلال الفترة من 7-3 تشرين أول/1998.
- خالد الجمعة، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 22، العدد 3.
- رائد خالد، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم التجاري الدولي في تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، 2010.
- سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دورة المنازعات الاستثمارية والنفطية، المنعقدة من 8 إلى 13/5/2010، مركز حقوق عين شمس للتحكيم.
- سعيد النجار، التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1964.
- سميحة القليوبي، مدى جدوى تطبيق القانون الوطني في التحكيم بشأن تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، ورقة عمل مقدمة إلى الدورة التمهيدية لإعداد المحكم الدولي والتي ينظمها مركز تحكيم اتحاد المحامين الدولي، القاهرة من 25 إلى 29/9/2009.
- السيد عبدالمولى، أصول الاقتصاد، دار النهضة العربية، 1998.
- شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، ط3، 1968.
- عبدالحميد الأحمد، قوانين واتفاقات التحكيم في البلاد العربية، مجلة التحكيم العربي، ع13، ديسمبر 2009.
- عبدالواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، عالم الكتاب، 1979.
- عصام القصبى، بحث بعنوان "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي - أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية -، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، أبريل 2008.
- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1998.
- عمر مشهور الجازي، بحث بعنوان "التحكيم في منازعات عقود الاستثمار"، مجلة نقابة المحامين الأردنية، العددان التاسع والعاشر، أيلول وتشرين أول، 2002.
- غسان على على، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثار بصددتها، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2004.
- فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1984.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط1، 2006.
- لسان العرب، موقع الوراق الإلكتروني.
- محمد أمين الداعوق، التحكيم الدولي وأثره في تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال مع التركيز على أوضاعه في البلاد العربية، بحث مقدم لمؤتمر الكويت للتحكيم التجاري الدولي، 1997.
- محمد سليم العوا، مبدأ السرية في التحكيم ماله وما عليه، مجلة التحكيم العربي، ع12، يوليو 2009.
- المعجم الوسيط، تحقيق مجمع اللغة العربية، نسخة الكترونية.
- هناء عبدالغفار، الاستثمار الأجنبي المباشر والتجارة الدولية، الصين نموذجاً، بيت الحكمة، بغداد، 2002.

قضية رقم (4)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة النقض

«الحكم»

الصادر عن محكمة النقض المنعقدة
في رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد عبد الله غزلان
وعضوية القضاة السادة: حلمي الكخن، يوسف الصليبي ، د.نصار منصور، محمد الحاج ياسين.

الطاعنه: نجوى خالد حسين عوده / الخضر
وكيلها المحامي: سائد صلاح / بيت لحم
المطعون ضده: محمد يعقوب أحمد عوده / الخضر
وكيله المحامي: ماجد عوده / بيت لحم

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



الاجراءات

تقدمت الطاعنه بهذا الطعن بتاريخ ٢٠١٧/٣/٩ لنقض الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١٧/١/٣٠ عن محكمة استئناف القدس في الاستئناف المدني ٢٠١٦/٣٩٤ القاضي برد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف.

تتلخص اسباب الطعن بالنعي على الحكم المطعون فيه:

١. الخطأ في تأييد الحكم المستأنف بحجة أن صك التحكيم لم يتضمن موضوع النزاع ذلك ان المطعون ضده وبتوقيعه على قرار التحكيم يعني موافقته على ما جاء فيه.
٢. الخطأ بعدم السماح للطاعنة تقديم ما لديها من بينات رغم طلبها بسماع ما لديها من بينات لدى محكمة الدرجة الاولى والثانية.
٣. الخطأ في إبطال قرار التحكيم وعدم معالجه جميع اسباب الاستئناف على نحو ينبئ بالقصور.

وقد طلبت بالنتيجة نقض الحكم المطعون فيه.

تقدم المطعون ضده بلائحة جوابية تضمنت فيما تضمنته ان الحكم المطعون فيه جاء متفقاً وصحيح القانون وان اسباب الطعن لا تتال منه مستوجباً الرد.

المحكمة

بالتدقيق والمداولة ولورود الطعن في الميعاد تقرر قبوله شكلاً.

وفي الموضوع وعن اسباب الطعن مجتمعة ولما كان الحكم المطعون فيه إذ قضى برد الاستئناف موضوعاً وتأييد الحكم المستأنف فقد حمله على ان صك التحكيم جاء خالياً من بيان موضوع النزاع الأمر الذي يشكل مخالفة لاحكام المادة ٤/٥ من قانون التحكيم، وبما يرتب بطلان التحكيم.

وبانزال حكم القانون على هذا الذي خلص اليه الحكم المطعون فيه وحمل عليه وبغض النظر على المادة ٤/٥ من قانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ الباحثه عن اتفاق التحكيم أو ما يعرف بصك التحكيم فقد نصت:

(اذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب ان يتضمن الاتفاق موضوع النزاع والا كان باطلاً.)

وبالاطلاع على صك التحكيم فقد تضمن وعلى نحو واضح لا لبس فيه ولا غموض عدم بيان موضوع النزاع إذ تضمن - وعلى النحو الذي صيغ به - (... اتفق الفريقان ان يكون السيد أحمد حبيب موسى محمد محكم بينهما من اجل حل الخلاف الغير مذكور تفاصيله...).

وفي هذا الذي تضمنه صك التحكيم ما يفصح ان موضوع النزاع بين الطرفين جاء مجهلاً وأن جهالته جاءت على نحو فاحش بما يرتب بطلان ذلك الصك وفق صريح نص المادة ٤/٥ من قانون التحكيم المشار اليها آنفاً. وعليه ولما كان الامر كذلك، وحيث أن من شروط صحة صك التحكيم بيان موضوع النزاع، وحيث أن أمراً كهذا لم يتوفر فان اي إداء أو دفع يتعلق بعدم سماع بينة الطاعنه يغدو والحاله هذه غير وارد وفي غير محله إذ ان صحة وسلامة صك التحكيم تسبق أي أمر آخر وتتقدم عليه وبعدم توفر شروط الصحة والسلامة يغدو - كما قلنا سابقاً - الصك باطلاً - وتغدو ايه طلبات تتعلق بسماع بينة الطاعنه لا طائل منها ولا تعدو ان تعمل على إطالة أمر التقاضي دون جدوى أو فائدة لا سيما وأن من الشروط الواجب توفرها في اتفاق التحكيم وعلى ما أنبأت عنه الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون التحكيم وجوب أن يكون مكتوباً. وتأسيساً على هذا الذي تم بيانه فان الطعن يغدو مستوجباً الرد موضوعاً طالما أن الحكم المطعون فيه جاء متفقاً وحكم القانون.

لهذه الاسباب

تقرر المحكمة رد الطعن موضوعاً وتكبيد الطاعنه الرسوم والمصاريف و٢٠٠ دينار اتعاب محاماه.

حكماً صدر تدقيقاً باسم الشعب العربي الفلسطيني بتاريخ ٢٠١٨/٣/٦

مضامين اتفاقية الاونستراال للشفافية في التحكيم التعاهدي وموقف العراق منها



أ.م.د. مصطفى ناطق صالح مطلوب
كلية الحقوق-جامعة الموصل

العراق

المقدمة

تعد الشفافية في التحكيم الدولي إحدى أبرز السمات المستقبلية للتحكيم وهي تمثل القاعدة العامة في التحكيم الاستثماري الدولي.

ولقد قام الفقه بإيراد تعريف للشفافية بأنها: (التزام بنقل المعلومات للأخريين وهو التزام جبري بقوة القانون)⁽¹⁾، ويلاحظ على هذا التعريف انه اعتبر الشفافية التزام جبري بقوة القانون في حين مبدأ الشفافية في التحكيم يقوم على اتفاق أطراف النزاع مؤكدة على ذلك اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول⁽²⁾.

وعرفها آخر بانها: (توفر المعرفة والمعلومات عن المعايير والقواعد والإجراءات التي وضعتها معاهدة وممارسة النظام وسياسات وأنشطة الأطراف في المعاهدة وأية أجهزة مركزية للنظام فيما يتعلق بالمسائل ذات الصلة بالامتثال وفعالية النظام)⁽³⁾، ويلاحظ على هذا التعريف انه جاء أكثر تفصيلاً من سابقه في بيانه لطبيعة المعلومات التي يمكن الكشف عنها عند اللجوء الى التحكيم واثاء عمليات التحكيم وصولاً إلى إصدار حكم التحكيم .

1. Albert Salgueiro, Les modes d'evaluation de la dignite de credit d'un emprunteur , these universite Clermont 1,13 > septemvte, 2004 , p145.

٢. نصت المادة (1/٢) من القواعد المتعلقة بالشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول المنبثقة عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي على تطبيق قواعد الشفافية اذا اتفق طرفا التحكيم (الطرفان المتنازعان) على تطبيقها على ذلك التحكيم .

3. (1)Dr .Fola Adeleke , the Role of law in Assessing the value of Transparency and the Disconnect with The Lived Realities under Investor –State Dispute Settlement ,working paper No. 06/2015 ,p18.

منشور على الموقع الالكتروني

https://www.wti.org/media/filer.../wti_seco_wp_06_2015.pdf



لماذا التوسع في مبدأ شفافية التحكيم؟؟؟

الجواب على ذلك يكون لاجل تحسين سياسة الدولة فيما يتعلق بإبرام الاتفاقيات الاستثمارية الدولية ودعم الثقة الواسعة تجاه التحكيم في منازعات الاستثمار وتوفير أداة فعالة لمراقبة عمل الشركات ومؤسسات الأعمال التجارية والاهتمام بقضاياها الاستثمارية ومنازعاتها والتسهيل على المستثمرين عموماً، بالحصول على المعلومات الأساسية عن السياسة الاستثمارية في الدولة المضيضة للاستثمار والتي يتم من خلالها الوصول الى رؤية كاملة عن معوقات ومشكلات الاستثمار في هذه الدولة المضيضة^(١)، فقد اكتسب مبدأ الشفافية أهمية خاصة من قبل المجتمع الدولي والداخلي وهذا ما أكدته قواعد الشفافية في المادة ٧/١ منها بالنص على انه (اي تضارب بين قواعد الشفافية وقواعد التحكيم تكون الغلبة لقواعد الشفافية)^(٢).

ان التحكيم الاستثماري الدولي والذي تكون فيه الشفافية والإفصاح عن المعلومات هي المبدأ الأساسي فيه أما السرية فتعد استثناء وهذا ما أكدت عليه قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول والتي صدرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٦٨ /١٠٩ والصادر في ١٦ ديسمبر ٢٠١٣ بناء على تقرير اللجنة السادسة المؤكد على تطبيق تلك القواعد^(٣). كما أكدت القواعد المذكورة أعلاه على انطباق مضمونها على المعاهدات المبرمة في (١) نيسان/ابريل لعام ٢٠١٤ او بعد هذا التاريخ ما لم تتفق الأطراف في المعاهدة على خلاف ذلك، اما بالنسبة للمعاهدات المبرمة قبل هذا التاريخ فقد اشترطت قواعد الاونسيترال لانطباقها وجوب ان يكون هناك اتفاق طرفاً التحكيم على تطبيقها^(٤).

وإذا كان مبدأ الشفافية ينحصر في نطاق التحكيم الاستثماري الدولي فإنه له من الأسباب ما يبرر ذلك وهي كالآتي :

1. تعزيز التنمية المستدامة من خلال قانون الاستثمار الدولي وهذا يشكل وسيلة لتعزيز سيادة القانون والحوكمة الرشيدة ومراعاة الأصول الإجرائية والإنصاف والمساواة والحق في الحصول على المعلومات^(٥) وقد جاء التأكيد على هذه المسألة في قواعد الشفافية الخاصة بالتحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول^(٦).
2. بما ان الدولة هي طرف في التحكيم الاستثماري ولكونها تتصرف باسم الشعب ولصالحه حسب الدستور، فمن حق الشعب إذن إعلامه بكل مراحل العملية التحكيمية وهذا الامر يخفف على الدولة النامية المضيضة للاستثمار ضغوطات الشركات العملاقة ، ويضمن تسيير المال العام بكل شفافية وكذلك المواد الطبيعية^(٧).

1. Gabor Szalay , Arbitration and transparency relations between a private environment and a fundamental requirement, master thesis, Tilbury university, 2015 ,p.23.)

٢. ينظر قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

٣. فقد نصت المادة (١/١) من القواعد المذكورة اعلاه على نطاق تطبيق تلك القواعد ب (تنطبق قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول (قواعد الشفافية) على التحكيم بين المستثمرين والدول الذي يستهل بمقتضى قواعد الاونسيترال للتحكيم عملاً، بمعاهدة تنص على حماية الاستثمارات او المستثمرين)

٤. ينظر المادة (٢/١) من قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية.

٥. ريتا بوعون ، اعداد الاونسيترال لمعيار قانوني في شأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمر والدولة ، بحث منشور في مجلة التحكيم العالمية ، العدد التاسع ، ٢٠١١ ، توزيع: منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص ٢٥٠ .

٦. ينظر المادة (١) /٤ ب) من قواعد الاونسيترال بشأن الشفافية.

٧. د. محمد عيسوي ، حدود صمود مبدأ السرية في تحكيم الاستثمار امام مطالب الشفافية ، بحث منشور في مجلة معارف ، قسم العلوم القانونية ، السنة التاسعة ، العدد الثامن عشر ، ٢٠١٥ ، ص ١١٧ .

3. ان اعتماد مبدأ الشفافية في التحكيم الدولي ما بين المستثمرين والدول له مبرره كونه يختلف كلياً عن التحكيم التجاري العادي بين الأفراد الذي يتعلق بالمصالح الفردية أكثر من تعلقه بالمصالح العامة في التحكيم الاستثماري ولذلك لا بد ان تخضع كل أنشطة الحكومة التي تتعامل بالاستثمار للأحكام الخاصة بالشفافية وإتاحة المعلومات والبيانات الخاصة بهذه الاتفاقية للجمهور⁽⁸⁾، وإذا كان مجال تطبيق قواعد الشفافية ينحصر على المعاهدات المبرمة بين الدول والمستثمرين فإنه يستلزم من هيئة التحكيم ان تراعي مصالح الطرفين المتنازعين باعتمادها الإنصاف والعدالة والمساواة في تسوية النزاع كما تلتزم بمراعاة المصلحة العامة في ممارسة الشفافية⁽⁹⁾.

ويلاحظ من خلال ماتقدم ان قواعد الشفافية للأونسيترال قد أشارت الى الانفتاح والكشف الإلزامي ومشاركة الأطراف غير المتنازعة الا انه في الوقت نفسه قد وجدنا فيها استثناءات نصت عليها الاتفاقية الخاصة بالشفافية اذ استثنت فيها من الشفافية المعلومات السرية او المحمية لمصلحة عامة الناس وأيضاً، المعلومات المتعلقة بالمصالح الأمنية الأساسية كما استثنت المعلومات الماسة بسلامة عملية التحكيم⁽¹⁰⁾.

وعليه تتمثل حالات ومظاهر الشفافية في التحكيم التجاري وفقاً لما يأتي:

1. ضرورة الاعلان عن الدعوى التحكيمية من خلال اتفاق التحكيم وموضوع النزاع واطرافه عبر نشرات مراكز التحكيم الدولية ليتم الوصول الى مراحل متقدمة في تقليل الاعتماد على سرية التحكيم التجاري وايصال العلم لكافة المهتمين بهذا المجال.
2. على الرغم من ان المبدأ العام السائد هو سرية الوثائق والمستندات عند عرضها واطلاع الاطراف المتنازعة وهيئة التحكيم عليها الا انه وفقاً لهذا المبدأ الحديث ونطاقه المطبق عليه بدا بالاضمحلال ليحل مكانه نشر وثائق والادلة ومستندات الدعوى التحكيمية لعامة الناس كما في طلبات التحكيم المقدمة من المدعي واشعار التحكيم وبيان الدفاع وتقارير الخبراء والشهود، وذلك من خلال الحصول على اذن وموافقة من الجهة المعنية للاطلاع على هذه الامور.
3. تميز التحكيم التجاري منذ عقود طويلة بان نظر النزاع في جلسة تعد سرية ومقتصرة على اطراف النزاع وهيئة التحكيم، الا ان هذه التوجه تغير من خلال اعتماد مفهوم الشفافية في التحكيم التجاري فأصبح لزاماً ان تتحول الجلسات لعنانية ومتاحة لعامة الناس الا ما يتم جعله وعلى سبيل الاستثناء سرية بسبب حالات خاصة تتعلق بمعلومات في الاصل محمية او سرية لا يجوز اطلاق الغير عليها.

الا انه مع تطور التكنولوجيا في القرن الحادي والعشرين كان لزاماً على المؤسسات والمشاريع التجارية والاستثمارية مراجعة اتجاهاتها في السرية، حيث اصبحت مسألة حق الجمهور في الاطلاع على المعلومات المتعلقة بالتحكيم بسبب ان القضية القائمة لها علاقة كبيرة بالدولة المضيضة وافراد المجتمع وخصوصاً عند تعلقها بالاستثمارات⁽¹¹⁾، ونشير هنا الى قضية (suze-vivendi V.Argentine Republic) حيث سلطت المحكمة الضوء على الاهتمام العام بهذه القضية كونها من المنازعات الاستثمارية حول انظمة المياه والمجاري وتعد هذه الخدمات عامة للملايين الناس فالقضية تثير اعتبارات عديدة تتعلق

8. Dimitrios Katranstions , Transparency in international investment Arbitration ; From the current towards the future Normative from work , international Hellenic university , 2013 – 2014 , p15-16, on website: https://repository.ihu.edu.gr/.../Dimitrios%20Katrantsiotis_50582_15L

9. طاهر خليفة، المصدر السابق، ص 21.

10. جاء التأكيد على هذه الاستثناءات في المادة (7) من اتفاقية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول الصادرة من لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2014.

11. Gabor Szalay, op. cit., p4& 5.)

بحقوق الانسان والقانون الدولي واي قرار يصدر لاي طرف متنازع يؤثر بشكل مباشر على الجمهور وقبول تدخل الطرف الثالث(صديق المحكمة) الذي تكون له مصلحة في المنازعة لذا فالمحكمة شددت على ان العامل الاساس الذي يعطي اهمية للمنازعة كونها نزاع استثماري متعلق بمصلحة عامة فلا بد من وجود شفافية عند طرح النزاع ونظره^(١٢).

٤. ان مسالة صدور حكم التحكيم الفاصل بموضوع النزاع يعد غاية في الاهمية حيث ان الاصل ان الاحكام التحكيمية لا يجوز نشرها كلا او جزءاً الا بموافقة اطراف النزاع^(١٣)، الا انه ووفق مقتضيات الشفافية في التحكيم التجاري يتم نشر الاحكام التحكيمية واطلاع عامة الناس على مجريات القضية ونهايتها من خلال تقديم الطلب الى الجهة المعنية ومقابل رسوم خاصة تقدم لإدارة المركز، وان مثل هذا النشر سيحقق قدرة واسعة على التنبؤ بتوقعات معينة يريد تحقيقها المستثمرين او الدولة المضيفة وانشاء قاعدة بيانات اساسية للسوابق القضائية والتقليل من التناقضات في قرارات التحكيم في منازعات الاستثمار^(١٤).

واكدت المحكمة الادارية البولندية عام ٢٠١٢ في احد قراراتها بان: « قرارات التحكيم بموجب معاهدات الاستثمار تعد معلومات عامة مؤهلة للاعلان والافصاح عنها بموجب القوانين الداخلية^(١٥).

والجدير بالذكر هنا الى ان العراق ومن خلال الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية كان قد اشار من خلال تلك الاتفاقيات الى مسائل في الشفافية قبل ان تصدر قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي، ومن بين تلك الاتفاقيات اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين العراق اليابان^(١٦)، حيث تضمنت المادة(٨) من الاتفاقية انفة الذكر على التزام كل طرف متعاقد في الاتفاقية بإتاحة نشر قوانينه والانظمة التدابير الادارية والاحكام القضائية والاتفاقيات الدولية التي تؤثر على هذه الاتفاقية، واتاحتها للجمهور، واكدت المادة ايضا على قيام كل طرف متعاقد بالرد على اي اسئلة او طلبات محددة والمنصوص عليها في الفقرة (١) من المادة(٨) من الاتفاقية^(١٧)، واكدت الاتفاقية انفة الذكر على عدم جواز تفسير الفقرتين (١، ٢) من المادة(٨) من هذه الاتفاقية بالكشف عن اي معلومات محمية او سرية فقا لقوانين الدولتين.

ومما يمكن ملاحظته ان مسالة الشفافية في تحكيم حالات الاستثمار يتعلق منذ بداية دعوى التحكيم التجاري والاعلان عنها وصولا الى اصدار الاحكام والاطلاع عليها كلا او جزءاً ويعود السبب في ذلك بالرغبة الكبيرة في اطلاع افراد المجتمع في الدولة المضيفة للاستثمار لما تقوم به دولتهم كنشاطات استثمارية يتم من خلالها الاستثمار ومدى جديتها وفعاليتها وكأنما هي نوع من الرقابة على استثمارات دولتهم.

12. Dimitrios Katranstions, op.cit., p.4.)

١٣. المادة(٥/٣٤) من قواعد الاونسترال للتحكيم التجاري لعام ٢٠١٠.

14. Dimitrios Katranstions, op.cit.,p.11.)

15. Dr.Fola Adeleke, op.cit, p.26.)

١٦. قانون تصديق الاتفاقية رقم ٣٤ لسنة ٢٠١٣، الوقائع العراقية: العدد: ٤٢٩٦ في ٤/١١/٢٠١٣.

١٧. المادة(٢، ١/٨) من الاتفاقية انفة الذكر.

فضلا عن اطلاع ذوي الاختصاص على اهم التطورات والمبادئ القانونية التحكيمية التي يتم الاعتماد عليها حيث يبدي اصحاب الخبرة والاختصاص والباحثين في هذا المجال دورهم في اغناء المعرفة القانونية التحكيمية بالمبادئ الحديثة والمتطورة في هذا المجال الرحب.

قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

صدرت هذه القواعد وفقا لاتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي، والتي نفذت في ٢٠١٤/٤/١ وفتحت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي باب التوقيع على الاتفاقية انفا ابتداء من ٢٠١٥/٣/١٧^(١٨) حيث تضمنت هذه الاتفاقية جملة من اهم المعالجات بشأن شفافية التحكيم في اطار الاتفاقيات الثنائية والدولية المتعلقة بالاستثمار، لذا لابد من بيان اهم احكام هذه الاتفاقية وقواعدها ووفقا لما اورده.

ان الهمية القصوى تترتب للقواعد في الشفافية عند تسوية منازعات الاستثمار القائم على اساس المعاهدات بين المستثمرين والدول ومراعاة للمصلحة العامة، وحيث ان قواعد الشفافية الصادرة عام ٢٠١٤ ستوفر قواعد قانونية متطورة تمكن ذوي العلاقة من الوصول لتسويات دقيقة وواضحة عن منازعاتهم.

ان اتفاقية الشفافية بدأ نفاذها فعلا بعد قيام سويسرا بالتصديق على الاتفاقية في ٢٠١٧/١٠/١٨^(١٩)، علما ان الدول المصدقة بشكل كامل على الاتفاقية هي كل من (كندا وموريشيوس وسويسرا) اما بقية الدول ومن بينها العراق فقد وقع على الاتفاقية في ١٠ شباط ٢٠١٧ في نيويورك واصدر مجلس الوزراء مشروع قانون التصديق على الاتفاقية وتم قراءته القراءة الاولى امام مجلس النواب في تشرين الثاني من عام ٢٠١٧، ولقد صادق العراق عليها بموجب القانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٢٠^(٢٠).

حيث جاء في مشروع القانون بالمادة(١) على تصديق جمهورية العراق على اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ، الموقعة في بورت لويس بموريشيوس في ٢٠١٥/٣/١٧ والموقع عليها من جمهورية العراق في نيويورك في ٢٠١٧/٢/١٠، وكان من بين الاسباب الموجبة للتصديق بغية تطبيق قواعد الشفافية في تسوية منصفة للمنازعات في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وتعزيز الحوكمة الرشيدة، ولغرض تصديق اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

وعليه تبرز الهمية الشفافية وفقا لهذه القواعد كما يأتي:

١. نشر الوثائق المتعلقة بالدعوى التحكيمية حيث يتم السماح لعامة الناس الاطلاع على اشعار التحكيم والرد عليه وبيان الدعوى والدفاع واي بيانات كتابية اخرى قدمها أي طرف وتقارير الخبراء والشهود ومحاضر جلسات الاستماع واية اوامر وقرارات صدرت من هيئة التحكيم^(٢١).

١٨. المادة(٧) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

١٩. المادة(٩) من اتفاقية الشفافية والتي تنص على: «١-يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية بعد ستة اشهر من تاريخ ايداع الصك الثالث من صكوك التصديق او القبول او الاقرار او الانضمام».

٢٠. الوقائع العراقية، العدد: ٤٦١٥ في ١/شباط ٢٠٢١.

٢١. المادة(١/٣) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي.

واجازت القواعد وبناءً على طلب يقدمه احد لاطراف لهيئة التحكيم اتاحة الفرصة للاطلاع على تقارير الخبراء وبيانات الشهود^(٣٢).

وتوسعت المادة (٣) بشكل اكبر حيث يتم الطلب بشأنها من اي شخص للاطلاع عليها بغير ما ذكر في الفقرتين (١، ٢) من المادة انفة الذكر وذلك بعد تشاور هيئة التحكيم مع الاطراف المتنازعة بهذا الشأن.

وتتولى هيئة التحكيم بعد وصول طلبات الاطلاع على الوثائق الى جهة الايداع وفقا لهذه القواعد مع مراعاة اية امور قد تكون لها خصوصية او تتمتع بالسرية والحماية، ولا يجوز نشرها باي حال من الاحوال - كما سيتم بيانه- ويتحمل الشخص الذي يريد الاطلاع على هذه الوثائق اي تكاليف ادارية ومالية مترتبة على ذلك، وكل ما سبق مقيد بمراعاة المادة (٧) من القواعد المتعلقة بالمعلومات السرية او المحمية.

وعليه فان السرية بناء على ماسبق انتقدت بشدة وخصوصا في المنازعات التي تمس المصالح العامة في منازعات الاستثمار حيث يتطلب فض المنازعات المؤثرة على المصلحة العامة وصول تام ومنتاح للافراد ولكل ذي علاقة للمعلومات المتعلقة بالمنازعات الاستثمارية^(٣٣).

٢. اجازت القواعد من جانب اخر دخول اي شخص اخر ليس من اطراف النزاع وليس له علاقة قانونية تربطه معهم يسمون(اصدقاء المحكمة) بتقديم اي ادلة كتابية بخصوص المنازعة المنظورة، ويتم ذلك من خلال طلب يقدم لهيئة التحكيم متضمنا ماهية الادلة المقدمة ونبذة تعريفية عن الشخص ومصالحته في التحكيم ومدى اسهام ادلته او مذكراته في حسم المنازعة او تؤثر ايجابيا عليها وتملك هيئة التحكيم من خلال ممارسة سلطتها في ان لا يؤدي دخول هذا الشخص بتعطيل اجراءات التحكيم او الاضرار باي طرف، وبديهي ان يمنح اطراف النزاع الحق بالاطلاع على ما يقدمه هذا الشخص والرد عليه^(٣٤)، فلا بد ان يكون لمثل هذا التدخل فائدة كبيرة لهيئة التحكيم والخصومة التحكيمية للمساعدة بالفصل بالنزاع بأسرع وقت.

٣. من اساسيات الشفافية في اطار هذه القواعد اعتبار وكأصل عام جلسات الاستماع والمرافعة وتقديم الادلة علنية ويتم ذلك من خلال مثلا بثها لعامة الناس باي وسيلة من الوسائل المتاحة^(٣٥)، كما في التلفزة او وسائل التواصل الاجتماعي عبر شبك المعلومات العالمية (الانترنت) كبثها من خلال مواقع فيديو تهتم بهذه المسائل، ونجد ان هذه العلنية هنا وضع غير مألوف في نطاق المنازعات التي تنظر امام التحكيم، وبالتالي هو تشجيع اساس للشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

ان اتاحة مثل هذه المعلومات يتطلب فضلا عما سبق ضمان دقتها واكتمالها وكونها خالية من التلاعب او التزوير وتوفير الية للتأكد من صحتها وموثوقية المعلومات المتاحة^(٣٦)، وهذا الامر يتطلب سجلا خاصا للشفافية وتم مناقشة الموضوع في الدورة ٥٤ للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي من خلال

٢٢. المادة(٢/٣) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي.

23. Dimitrios Katranstions, op.cit. , p.3.)

٢٤. المادة(٤) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي. الجدير بالذكر هنا ان قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وفقا لاتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ نصت قواعد التحكيم امام المركز وفقا للمادة(٢/٣٧) على: « بعد استشارة الاطراف يمكن للمحكمة ان تسمح لشخص او كيان ليس طرفا في النزاع -الطرف غير المخاصم- ان يودع مقترحا مكتوبا لدى هيئة المحكمة يتعلق بمسألة تندرج ضمن اطار النزاع.....»

٢٥. المادة(١/٦) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي.

26. Dr.Fola Adeleke, op.cit., p.8)

ايجاد جهة محايدة لوضع سجل الشفافية لتعزيز الشفافية في التحكيم التعاهدي، قد تتولاه كل مؤسسة تحكيمية تقوم بفض المنازعة الاستثمارية او ايجاد سجل واحد مركزي لدى لجنة الاونسترال يتيح لباقي المراكز ادراج بياناتها الخاصة بالشفافية فيه ايضا، وتم الاتفاق خلال الدورة ٥٥ للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي بقيام الاونسترال هي المؤسسة المفضلة للقيام بوظيفة السجل^(٢٧)، وبالفعل انشأت الاونسترال من خلال موقعها الرسمي الالكتروني قسما خاصا بسجل الشفافية يمكن من خلال الاطلاع على الدول المدرجة فيه والقضايا الاستثمارية المتعلقة بذلك^(٢٨).

ومع مراعاة المعلومات او البيانات المحمية او السرية حيث تكون الجلسات سرية وكذلك لهيئة التحكيم وبالاتفاق مع الاطراف جعل جميع جلسات الاستماع او بعضها سرية لحين اعداد وتجهيز امكانية بثها للناس^(٢٩)، الا ان هذه السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم قد تضر بالشفافية ولا تتيح اطلاق العامة على الجلسات بشكل علني بسبب عدم امكانية جعلها علنية او بثها لأسباب غير معقولة يبيدها المحكم او الاطراف .

ومع ذلك يستثنى من مبدأ الشفافية جملة من الامور اشارت اليها المادة(٧) من القواعد وهي المعلومات السرية او المحمية ذات الصبغة التجارية والتي لا بد ان لا تكشف لعامة الناس بموجب المعاهدة او وفقا للتشريع الوطني، مع ضرورة ملاحظة انه لا يجوز للدولة ان تعتمد نصوص الشفافية وتوافق عليها ومن ثم تطبق قانونها الوطني لتضييق نطاق الشفافية بشكل كبير يتعرض مع المبادئ العامة لاتفاقية الشفافية وقواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي^(٣٠).

وتقوم هيئة التحكيم وبعد اخذ موافقة اطراف النزاع وبعد اخذ موافقة اطراف النزاع باتخاذ الاجراءات اللازمة لحماية مثل هذه المعلومات وتتمثل هذه الاجراءات بالاتي:

١. على الطرف المتنازع او الطرف في المعاهدة غير المتنازع او الطرف الثالث ان يقدم بوقت زمني طلبا يمثل هذه المعلومات وعدم كشفها .
٢. حجب هذه المعلومات السرية بالسرعة الممكنة من الوثائق ومنع نشرها .
٣. اتخاذ اجراءات عقد الجلسات المغلقة عند نظر النزاع وبعد التشاور مع اطراف النزاع بخصوص تلك المعلومات.

٢٧. مذكرة الامانة العامة للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الثاني المعني بالتحكيم والتوفيق، تسوية المنازعات التجارية اعداد معيار قانوني بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، الدورة ٥٨، نيويورك ٤-٨ شباط ٢٠١٣، ص ٦.

28. <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>

ومثال على هذه القضايا المشار اليها في سجل الشفافية على الموقع انف الذكر:

Dow AgroSciences LLC vs. Canada Treaty North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter 11 This case is reproduced pursuant to a proposal by the Government of Canada to publish on the Registry web page information in respect of cases brought against Canada under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA), with a view to illustrating the educational role played by the Registry as a global reference on transparency in treaty-based investor-State arbitration (see UNCITRAL Report, A/69/17, para. 108). Information published originates, and is reproduced here as received, from the archived content of the website of the Government of Canada, and the format may not allow usage of the search text function.

متاحة بالتفاصيل على الموقع

http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/data/can/dow_agrosociences_llc.html

٢٩. المادة(٣/٦) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي.

30. Esme Shirlow, a step toward greater transparency: The UN transparency convention, Kluwer arbitration blog, March 30, 2015, p.1&2, on website: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/30/a-step-toward-greater-transparency-the-un-transparency-convention/>



فعلى الرغم من التأكيد على مبدأ الشفافية واطاحة المعلومات والبيانات الاساسية في التحكيم التعااهدي القائم على معاهدات الاستثمار المتنوعة الا انه تبقى هناك امورا تجدها الدولة المضيفة للاستثمار او المستثمر، ولا يجوز اتاحتها للعالم، ولا بد ان تبقى سرية لأي اسباب تتعلق باقتصاد الدولة الوطني او امنها السياسي والاقتصادي او اي اسرار او بيانات تتعلق بنشاط شركات الاستثمار والمستثمرين وحجمها الحقيقي محليا ودوليا .

الا انه نرى من جانب اخر بان لا يتم استغلال هكذا نص لمنع نشر او حجب اي معلومات تكون مفيدة وقيمة للباحثين والمهتمين في هذا المجال لتطوير قطاع الاستثمار محليا ام دوليا وتطوير التشريعات الاستثمارية ونشر مبادئ الاستثمار واحكامه على كافة المستويات للإفادة منها .

ووفقا لهذه القواعد تملك هيئة التحكيم سلطة تقديرية معقولة مراعية فيها المصلحة العامة في الشفافية، ومصالح الطرفين المتنازعين بحسم النزاع بأفضل واسرع طريقة ممكنة^(٣١)، لكي لا تطفى هذه السلطة التقديرية على مبدأ الشفافية في التحكيم التعااهدي، وتمارس هيئة التحكيم تعسفا فيها . واجازت القواعد وضع التحفظات عليها من خلال عدم تطبيقها على اتفاقية معينة محددة بالاسم والاطراف^(٣٢).

ونجد ان القواعد فيما سبق قد وضعت عدة معايير مرنة وواسعة النطاق بشأن ما يمكن اعتباره من الاسرار التجارية والمعلومات المحمية وفقا للقواعد التحكيمية والاتفاقيات والقانون الوطني، فكان الاجدر

٣١. المادة(٤/١) من قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعااهدي بين المستثمرين والدول.

٣٢. المادة(٣) من اتفاقية الامم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعااهدي بين المستثمرين والدول.

كل نزاع ينشأ عن العقد أو تنفيذ أو تفسير أو الغاء أو فسخ أو بطلان هذا العقد أو ما يتفرع عنه أو يرتبط به بأي وجه من الوجوه، يتم فصله من خلال التحكيم وفقا لقواعد وإجراءات التحكيم لدى مؤسسة ACT لحل النزاعات بواسطة (محكم منفرد أو أكثر) ويتم تعيينهم وفقا لتلك القواعد

بالقواعد حصرتها بالمعلومات التجارية السرية أو ما يطلق عليها بالاسرار التجارية واية معلومات اخرى محمية وفقا للقواعد .

ان نطاق السرية والحماية للمعلومات التجارية وفقا لهذه القواعد واسع جدا وقد يضيع هدفها في شفافية التحكيم التجاري التعاهدي ولا يحقق متطلبات اتاحة المعلومات والبيانات الاساسية لعامة الناس في مجالات الاستثمارات.

لذا ما نجده ان الاصل في تطبيق قواعد الشفافية يتعلق بتحكيم الاستثمار او التحكيم التعاهدي القائم على اساس المعاهدات الثنائية او المتعددة الاطراف اذا كان موضوعها يتعلق بالاستثمارات ويجوز استثناء امتداد تطبيق هذه القواعد على غير ما سبق ذكره انفا عند وجود اتفاق بذلك، وتجدر الاشارة الى ان عند حصول تعارض بين قواعد الاونسترال وقواعد الشفافية فان الغلبة تكون لقواعد الشفافية^(٣٣)، وتعد الاخيرة قواعد مكملة لأي قواعد تحكيمية اخرى مطبقة على النزاع.

وعليه نجد ان وجود نصا للشفافية في هذه القواعد يكفل بوضوح قدرا كبيرا من الشفافية في المنازعات التي تنشأ في اطار المعاهدات اللاحقة الاستثمارية^(٣٤).

٣٣. المادة (٧/١) من قواعد الاونسترال، ولا بد من الاشارة الى ان هناك فرق بين القانون النموذجي او القواعد النموذجية التحكيمية والاتفاقية، حيث ان القانون النموذجي يصدر من لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي كاقترح للمشرعين في حكومات الدول للنظر في امكانية اعتماده كجزء من التشريع الوطني. اما الاتفاقية فهي صك ملزم بموجب القانون على الدول التي لها صلاحية عقد المعاهدات التي تختار ان تصبح طرفا فيها، ويتم الانضمام على الاتفاقية من خلال التوقيع عليها ومن ثم المصادقة عليها وهذا غير موجود في القانون او القواعد النموذجية. موقع الاونسترال: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral__texts__faq.html

٣٤. دليل قواعد الاونسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ، منشورة على الموقع: http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral__texts/arbitration/2014transparency.html

قضية رقم (5)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف

«الحكم»

الصادر عن محكمة استئناف رام الله المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة السيد القاضي حازم ادكيدك
وعضوية السيدين القاضيين ثائر العمري وسامر النمرى

المستأنف: امجد يوسف محمد فراج بصفته الشخصية وبصفته من ورثه مورثه المرحوم يوسف محمد
احمد الشايب بموجب حجه حصر الارث رقم ٨٤ / ٦٢ / ٣٤ الصادر عن محكمه رام الله الشرعيه
بتاريخ ١٧ / ٦ / ٢٠١٣

وكيله المحامي خالد بدوي ومحمد مصلح

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



المستأنف عليه:

١. اميره لطفي محمود الشايب
 ٢. بئينه ابراهيم محمد شايب
 ٣. ماريو ابراهيم محمد شايب
 ٤. علاء ابراهيم محمد شايب
 ٥. عمر ابراهيم محمد شايب
- وكيلهم المحامي سفيان براهيمه

الحكم المستأنف: الحكم الصادر عن قاضي الامور المستعجله في محكمة بداية رام الله بتاريخ ٢٠١٩/٤/٩ في الطلب المستعجل رقم ٢٦٣ / ٢٠١٩ والقاضي برد الطلب مع تضمين المستدعي الرسوم والمصاريف و٢٠ دينار اردني اتعاب محاماه

تتلخص اسباب الاستئناف فيما يلي:

١. لقرار المستأنف مخالف للاصول والقانون.
٢. القرار المستأنف مخالف للبيانات المقدمة.
٣. القرار المستأنف غير معلل تعليلا قانونيا سليما.
٤. القرار المستأنف قد يؤدي الى الاضرار بالمستأنف.

الاجراءات

بالمحاكمه الجاريه في ١٩ / ٦ / ٢٠١٩ تقرر قبول الاستئناف شكلا و كرر وكيل المستأنف لائحه الاستئناف وكرر وكيل المستأنف عليه اللائحة الجوابيه ثم ترفع الفريقين تباعا وحجزت الدعوى للحكم

المحكمه

بالتدقيق والمداولة تجد المحكمه ان اسباب الاستئناف الاول والثاني والثالث قبل التناوب تنعى على الحكم المستأنف انه مخالف للاصول والقانون ومشوب بالقصور في اسباب الحكم الواقعيه ومخالف للبيانات المقدمه وغير معلل ، وفي هذا الخصوص تجد المحكمه ان هذه الاسباب لا تخلو من الجهاله حيث ان الطاعن لم يوضح مقصوده من مخالفه القانون والاصول اذ الى ذلك انه لم يبين وجه مخالفه الحكم للبيانات المقدمه وما هو وجه القصور في التعليل والتسبيب وعليه فان هذه الاسباب لا ترد على الحكم المستأنف.

اما عن بقيه اسباب الاستئناف التي وردت بعد التناوب فان المحكمه تجد ان الطاعن يعيب فيها على الحكم المستأنف انه خالف ماده ٢٨ من قانون التحكيم النافذ التي اجازت اللجوء الى المحكمه المختصه لانهاء اجراءات التحكيم وينعى كذلك على الحكم المستأنف بانه صدر خلافا لوزن البينه ويخطئ الحكم في مساله عدم دخوله في اصل الحق وانه لم يوفر حمايه اللازمه للمستأنف.

بالتدقيق مره اخرى تجد المحكمه ان المستانف تقدم بهذا الطلب المستعجل يطلب وقف اجراءات التحكيم بداعي انتهاء مدته دون صدور قرار من هيئه التحكيم ، وفي هذا الخصوص نجد ان الطاعن يتمسك بنص المادة ٢٨ من قانون التحكيم النافذ التي اجازت ان يتقدم احد اطراف التحكيم الي المحكمه المختصه بطلب لانهاء اجراءات التحكيم وفي هذا الخصوص نجد ان القرار المستانف يوافق احكام القانون وان هذه الاسباب لا ترد على الحكم المستانف للاسباب الاتيه:

اولا: ان الجهه المختصه في تطبيق نص المادة ٢٨ من قانون التحكيم وذلك بانهاء اجراءات التحكيم هي المحكمه المختصه وبالرجوع الى تعريف المحكمه المختصه الوارد في ماده الاولى من قانون التحكيم نجد انها محكمه البدايه وبالتالي فان تقديم هذا الطلب الى قاضي الامور المستعجله والتمسك بالماده ٢٨ من قانون التحكيم امر غير وارد على ضوء عدم اختصاص قاضي الامور المستعجله في مساله انهاء اجراءات التحكيم على اعتبار ان هذا الامر امر موضوعي تختص به محكمه الموضوع ، وعليه فان تشبث المستانف بوجوب تطبيق احكام المادة ٢٨ وانهاء اجراءات التحكيم امام قاضي الامور المستعجله وتخطئة قاضي الامور المستعجله في عدم الاخذ بذلك هو امر يخالف احكام القانون للاسباب التي اشرنا اليها سيما انه اقام دعوى موضوعية بهذا الخصوص كما ورد في لائحته.

الامر الثاني ان لائحته الطلب اكدت في البند الرابع ان هيئه التحكيم حصلت على قرار بتاريخ ٥ / ٣ / ٢٠١٩ يقضي بتمديد عمل هيئه التحكيم ويضيف المستدعي ان ذلك تم دون رضاء الاطراف ، وهنا تلاحظ المحكمه ان المستدعي تقدم بهذا الطلب ليعدل عن قرار قضائي اخر حيث تلاحظ المحكمه ان البند الرابع من لائحته الاستئناف ما هو الا نعي على ذلك القرار القضائي وهو الامر الغير مقبول حيث لا يسلط القضاء على نفسه وان من لم يرضى من نتيجة العمليه القضائيه عليه ان يبادر الى طرق الطعن لا ان يتقدم بطلب الى جهه غير مختصه لتعدل عن ذلك الحكم القضائي.

الامر الثالث والاخير ان المستدعي في لائحته الطلب وتحديد البند السابع اكد انه تقدم بدعوى لانهاء اجراءات التحكيم وعليه فان تلك المحكمه ان كانت مختصه هي التي تتولى الفصل في هذه المساله وعليه فان تقديم هذا الطلب الى قاضي الامور المستعجله يكون في غير محله وعلى ما تقدم نجد ان القرار المستانف لا يخالف احكام القانون

لذلك

فان المحكمه تقرر رد الاستئناف موضوعا وتاييد الحكم المستانف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف و ١٠٠ دينار اردني اتعاب محاماه

حكما حضوريا صدر وتلي علنا بحضور الوكيلين وافهم في ٢٠١٩/٧/١

”
يعطي التحكيم الفرصة لأطراف
النزاع لاختيار وتحديد مكان التحكيم
ولغته والقانون واجب التطبيق
“

بطلان إتفاق التحكيم في ضوء التشريع البحريني



د. محمد احمد الشخير
محام بالإستئناف العالي ومجلس الدولة المصري
محكم قانوني ممارس ومقيد بقوائم (GCCAC)

مصر

مقدمة البحث

التحكيم هو نظام مزدوج يجمع بين الأعمال الاتفاقية من جهة والأعمال القضائية من جهة أخرى، فمصدر التحكيم هو اتفاق الطرفين، والمحكم وإن كان ليس قاضياً، إلا أنه يمارس ذات وظيفة القضاء ويفصل في النزاع المعروض عليه ليصدر فيه حكماً منهيّاً للخصومة.

وما يميز التحكيم كنظام قانوني، فهو مجال لتلاقي البطلان الموضوعي و البطلان الشكلي، فدعوى التحكيم بكافة إجراءاتها هي وليدة إتفاق عقدي، سواء كان هذا الإتفاق وارداً في صورة شرط ضمن بنود عقد ما، أو كان إتفاقاً مستقلاً عن وثيقة العقد الأصلي.

فمن المسلم به أن إتفاق التحكيم وليد إرادة الخصوم في الدعوى التحكيمية لأن إتفاقهم على التحكيم هو الذي منح المحكم ولايته للفصل في موضوع النزاع، وهو ذاته الذي يجيز للمحكوم لصالحه أن يتقدم لتنفيذ الحكم جبراً بواسطة السبل القضائية، كما أن إجازة قانون الدولة للإتفاق على التحكيم و طرح النزاع على أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة، فهي إجازة يقصد بها التيسير على الخصوم والتبسيط عليهم، ورفع المشقة من طول إجراءات التقاضي.

غير أن اتفاق التحكيم وإن كان يحمل العديد من المزايا، غير أنه يحمل بعض الخطر، فجاز ان يلجأ المتحاكمين إلى القضاء للفصل في صحة حكم التحكيم أو بطلانه بموجب دعوى بطلان مبتدأة، فبالرغم من وجوب خضوع حكم التحكيم للرقابة القضائية من قضاء الدولة، إلا أن الطبيعة الخاصة بالتحكيم التي تقوم على إرادة الأطراف قد تمنع من خضوع حكم التحكيم لطرق الطعن العادية، لأن قضاء التحكيم بطبيعته هو قضاء خاص يستبعد القضاء الوطني في حدود ما يسمح به القانون.

فمجمّل القول أن الطعن على الحكم التحكيمي تتحصر غايته في بطلان الحكم التحكيمي وليس في تعديله.⁽¹⁾ ومن أسباب البطلان التي قد تلحق حكم التحكيم بطلان إتفاق التحكيم ذاته، وهو ما نعرض إليه في هذا البحث.

أهداف البحث:

- أولاً: التعريف بإتفاق التحكيم في ضوء النظرية العامة للعقد
- ثانياً: بيان عيوب الإرادة المبطللة لإتفاق التحكيم
- ثالثاً: بيان أوجه بطلان و إبطال إتفاق التحكيم



المبحث الأول الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم

تمهيد و تقسيم:

إتفاق التحكيم هو عقد رضائي يتفادى به المتعاقدان طرح نزاعهم على المحاكم الوطنية لتفادي بطء الإجراءات، ولكنه في ذات الوقت قد يعتبر تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً لما فيه من خطورة لا تدعن لها النفوس إلا بصعوبة بالغة، فعلى الرغم من ان هدف التحكيم هو تقصير وقت الإجراءات القضائية، إلا أن بطلان إجراء واحد من إجراءاته أو بطلان الإتفاق ذاته قد يكون سبباً في إعادة رفع الدعوى و تكبد تكلفة التحكيم من جديد .

وحتى يتم تجنب الشق الخاص ببطلان إتفاق التحكيم، فلا بد أولاً من التعرف على شروط أعمال مبدأ سلطان الإرادة، و التعرف على الأركان الموضوعية العامة لأي إتفاق يقره القانون، بما في ذلك الإتفاق على التحكيم .

المطلب الأول

سلطان الإرادة المنشئ لإتفاق التحكيم

العقد هو تلاقي إرادة طرفين أو أكثر و إتفاقهم على إلزام معين بغرض إحداث أثر قانوني^(١) فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني، وليس كل إتفاق يراد به إحداث أثر قانوني يكون عقداً، بل يجب أن يكون هذا الإتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية.^(٢) ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ ذو الأثر الأكبر في تكوين العقد و ما يترتب عليه من آثار، لأن تنظيم حرية الفرد وحرية إرادته هي الغاية التي يرنو إليها المجتمع^(٣)، ومضمون هذا المبدأ ألا يخضع المتعاقد لواجبات إلا إذا كان قد إرتضاها مختاراً.^(٤)

ويترتب على هذا المبدأ إعتبار الإخلال بالعقد بعد التراضي عليه إخلالاً بالقانون ذاته، كما نتج عن أعمال مبدأ سلطان الإرادة أن أصبح العبرة بالمعاني التي قصدها المتعاقدان لا بالألفاظ التي جرت على لسانيهما.^(٥)

ذلك أن إتفاق التحكيم بإعتباره مولداً لإلتزام بالتحلل من الخضوع للقضاء الوطني، فلا بد من أن يكون أساسه رضا طرفيه و إختيارهما، في حدود ألا تتعارض حرية طرفي التحكيم مع حرية الغير غير الممثل في إتفاق التحكيم.

والطبيعة الرضائية لإتفاق التحكيم ليست وليدة العصر الحديث، وإنما تجد لنفسها جذوراً منذ القرن السابع عشر الذي ثبتت فيه قاعدة سلطان الإرادة.^(٦) فالإرادة الحرة هي مصدر الإلتزام العقدي في إتفاق التحكيم لأن طرفاه لا يلتزمان إلا في نطاق إرادتيهما التي صاغت إتفاق التحكيم، كما يفترض ألا يلتزم

١ . عرفت المادة رقم (٢٩) من القانون المدني البحريني رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ بأنه اتفاق يتم بإيجاب وقبول بقصد إحداث أثر قانوني معين

٢ . يرى الفقيه القانوني (جورج داي) أن النشأة التاريخية للعقد على نمط الإلتزام الذي يتولد من علاقة الشخص بأسرته، بحيث توجد علاقة قرابة مصطنعة تحل محل قرابة الدم وتولد إلتزاماتها .

٣ . بالرغم من نسبة البعض مبدأ «سلطان الإرادة إلى القانون الروماني» إلا أن الواقع التاريخي لم يشهد بتقرير القانون الروماني في أي عصر من عصوره مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل بقي العقد اللفظي سائداً حتى آخر عهود القانون الروماني، حتى عندما أجاز العقود الرضائية، إلا أنه أحاطها بإطار الشكلية اللفظية، بينما ظهر مبدأ «سلطان الإرادة» وحرية التعاقد بصورة جلية في الفقه الإسلامي .

٤ . د.عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ٢٠٠٩

٥ . د.عبد الرزاق السنهوري نظرية العقد الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية الجديدة بيروت لبنان ١٩٩٨

٦ . يرى الفقيه (دوما) أنه إذا تم الإتفاق، فكل ما اتفق عليه يقوم مقام القانون لمن تعاقداً، وهذه العبارة أدمجها القانون الفرنسي في نصوص القانون المدني، وصارت هي العنوان الطابز لسultan الإرادة .

بإتفاق التحكيم أحداً من غير عاقيه أو خلفهما.^(٧)

وكما أن الإرادة الحرة للمتعاقدين هي التي أنشأت إتفاق التحكيم، فإن الأثر الذي يترتب على هذا الإتفاق يخضع لإرادة المتعاقدين أيضاً، فمن يملك حق إبرام إتفاق التحكيم، يملك بالضرورة التقايل عليه إذا ما إتفقت إرادة العاقدين على ذلك^(٨) ولكن لا يجوز لأي منهما الإستقلال بنقض العقد^(٩).
ولكن لا بد من الأخذ في الإعتبار بان مبدأ سلطان الإرادة ليس مطلقاً من كل قيد، وإنما له حدود لا يمكن تخطيها، فعلى سبيل المثال لا نجد لمبدأ سلطان الإرادة أثراً في القانون العام إلا في أضيق الحدود، لأن طبيعة العلاقات الناشئة عن القانون العام هي روابط محددة بالمصلحة العامة وليس إرادة الأفراد، فلا يجوز أعمال الإرادة و الإتفاق على التحكيم في سريان النصوص الدستورية أو في الخضوع للقوانين الضريبية.

وكذلك الحال في دائرة القانون الخاص^(١٠)، فلا يجوز التحكيم في عقود الأبدان المرتبطة بقوانين الأسرة، بينما يبدو الأثر القوي للإتفاق على التحكيم ظاهراً كلما إقتربنا من العقود المنظمة للتعاملات المالية^(١١).
والخلاصة أن مبدأ سلطان الإرادة بإعتباره مصدراً أصيلاً للإتفاق على التحكيم، لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وإنما هو مبدأ محدد بضوابط القانون، ومحدد أيضاً بسلامة رضا المتعاقدين، وهو ما سوف نعالجه في المبحث الثالث من البحث.

المطلب الثاني

الأركان الموضوعية لإتفاق التحكيم

إتفاق التحكيم بإعتباره إتفاقاً رضائياً^(١٢) يرتب إلتزامات على طرفيه، فلا بد له من توافر الأركان الموضوعية اللازمة لأي عقد آخر، وهي الرضا والمحل والسبب.
إذ ينعقد العقد بإتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني، والركن الأساسي للعقد هو الإرادة، والإرادة لا بد أن تتجه إلى هدف مشروع وهو ما يسمى السبب، كما ان الإلتزامات التي ينشأها العقد لكل منها محل هو محل الإلتزام^(١٣)، والذي تظهر أهميته في كافة الإلتزامات العقدية ومن ضمنها إتفاق التحكيم، لذلك لا بد من التعرف على محل الإلتزام بغتباره ركناً أساسياً من أركان العقد.

٧. أوجبت الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم أن يمتد أثره إلى الغير ممن لم يوقعوا الإتفاق ولم يكونوا خلفاً لأي من طرفيه، وظهر إتجاه قوي في قضاء مراطرز التحكيم العاملة بإعتبار إتفاق التحكيم سارياً على كل من يتأثر به، وظهر لهذا الإتجاه آثار نظرية منها ما يعرف بإسم «المجموع العقدي»

٨. نصت المادة (١/١٤٩) من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على أنه «للمتعاقدين أن يتقايلوا العقد برضاؤهما بعد انعقاده، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما»

٩. نصت المادة (١/١٤٠) من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على أنه « في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه عند حلول أجله، وبعد إعداره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره في الوفاء بإلتزاماته»

١٠. القانون العام هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تكون الدولة طرفاً فيها بإعتبارها صاحبة السيادة والسلطان.
والقانون الخاص هو مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات بين الأفراد بوصفهم أفراداً أو بمعنى أدق مجموع القواعد التي تحكم العلاقات التي لاتتصل بحق السيادة أو بتتظيم السلطة العامة فالدولة حين تدخل في علاقتها بصفتها شخصاً معنوياً عادياً لإبصفتها صاحبة السيادة والسلطان تحكمها قواعد القانون الخاص

١١. في نطاق المعاملات المالية، يأخذ سلطان الإرادة مساحة أكبر إذا كان الإلتزام شخصياً وليس عينياً، لأن الحق العيني وإن كان مصدره الإرادة، إلا أنها حق محصور لا تستطيع الإرادة أن تخلق فيه شيئاً جديداً، فضلاً عن أن القانون هو الذي يحدد مدى الحق العيني في معظم الأحوال، وهو ما يجب مراعاته عند إبرام إتفاق تحكيم يتصل بمثل هذه الحقوق.

١٢. العقد الرضائي هو العقد الذي تكفي الإرادة وحدها لإنعقاده، فلا يشترط لإنعقاده شكلاً خاصاً، ونشير في هذا الصدد إلى أن اشتراط الكتابة لوجود إتفاق التحكيم لا يجعل منه عقداً شكلياً بالضرورة، لأن القانون لم يشترط إفراغ إتفاق التحكيم في نموذج محدد، ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص، إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته، فما دام يكفي في وجود العقد رضا المتعاقدين فالعقد رضائي، حتى لو اشترط القانون لإبباته كتابة أو نحوها، والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات، فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار واليمين، أما إذا كانت الكتابة ركناً في العقد، فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجوداً حتى مع الإقرار واليمين محمد عزمي البكري موسوعة الفقه والقضاء و التشريع في القانون المدني المجلد الثاني مصادر الإلتزام دار محمود القاهرة مصر بدون سنة نشر.

١٣. د سمير عبد السيد تناغو مصادر الإلتزام مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى الأسكندرية مصر ٢٠٠٩

ويتحقق ركن الرضا عند تبادل طرفي إتفاق التحكيم التعبير عن إرادتهما المتطابقتين^(١٤)، ويترتب على ذلك أن الإرادة التي تقصد إحداث الأثر القانوني المتمثل في إتفاق التحكيم لا يتصور صدورهما من شخص معدوم الإرادة، فلا يجوز الإعتداد بشرط التحكيم إذا ما ثبت صورته، أو إذا ما ثبت إقترانه بتحفظ ذهني.

أما محل إتفاق التحكيم فمقصود به ما يلتزم به العاقد، وهو الإلتزام بالإلتجاء إلى وسيلة التحكيم لفض النزاع العقدي، ويشترط لصحة المحل ثلاثة شروط، فيجب أولاً أن يكون محل الإتفاق موجوداً أو ممكن الوجود، فإذا كان المحل غير ممكن الوجود فإن الإتفاق على التحكيم يقع باطلاً^(١٥). ويؤخذ في الإعتبار أن إتفاق العاقدين على شيء غير موجود في الحاضر ولكنه ممكن الوجود في المستقبل لا يبطل العقد^(١٦)، وهو ما ينطبق على إتفاق التحكيم الذي يكون موضوعه نزاعاً محتمل الوجود إذا ورد في صورة شرط في العقد الأصلي.

كما يجب أن يكون محل إتفاق التحكيم معيناً أو قابل للتعيين^(١٧)، فلا يجوز أن يتم الإتفاق على التحكيم دون تحديد النزاع الذي يشمل هذا الإتفاق، أو الذي يمكن أن يشمل مستقبلًا، وغالباً ما يكون النزاع هو الخلاف الذي قد ينشأ عن موضوع العقد الوارد به شرط التحكيم، أو الخلاف الذي يتحرر بموجبه مشاركة التحكيم.

كذلك، فلا يصح إتفاق التحكيم ما لم يكن محله قابل للتعامل فيه، فلا يجوز أن يتم الإتفاق على التحكيم فيما يخص الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، أو تلك التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية^(١٨) فلا يجوز التحكيم مثلاً في نزاع حول ملكية ضوء الشمس لأنه محل لا يقبل التعامل فيه، أو التحكيم في نزاع ناشئ عن دين قمار لأنه محل مخالف للقانون.

وبالضرورة يجب ألا يكون محل إتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام، لأن النظام العام يعتبر الكيان الأساسي للمجتمع من جوانبه السياسية و الأخلاقية والإقتصادية^(١٩)، فإذا تعارض محل إتفاق التحكيم مع أي جانب من هذه الجوانب فإنه يقع باطلاً.

فلا يجوز أن يكون محل الإتفاق مخالفاً لحكم من أحكام القانون الجنائي، ولا يجوز أن يكون محل الإتفاق مخالفاً لأحكام القانون الدستوري والحريات العامة أو القانون الإداري أو القوانين المالية، فعلى سبيل المثال لا يجوز التحكيم في نزاع قائم حول إستحقاق فوائد عن دين مدني^(٢٠).

١٤. نصت المادة ٢٢ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه ، وذلك ما لم يتطلب القانون في حالة خاصة حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، ما لم يستلزم القانون أو الإتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحاً

١٥. نصت المادة ١٠٢ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على وجوب أن يكون محل الإلتزام ، الذي ينشئه العقد ، ممكناً وإلا كان العقد باطلاً

١٦. د.سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق

١٧. نصت المادة ١٠٦ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على أنه: يلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، وإلا وقع العقد باطلاً، وإذا تعلق الإلتزام بشيء ، وجب أن يكون هذا الشيء محددًا بذاته ، أو بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، على أن عدم تحديد درجة الجودة لا يؤدي إلى بطلان العقد ، فإذا لم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر التزم المدين حينئذ بأن يقدم شيئاً من صنف متوسط

١٨. د.عبد الباقي البكري & د.عبد المجيد الحكيم نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي الجزء الأول مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالجمهورية العراقية طبعة ١٩٨٠

١٩. د.سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق

٢٠. نصت المادة (١/٢٢٨) من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على بطلان كل إتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالإلتزام به.

واخيراً، فإنه يوجد ركن ثالث وهام لصحة إتفاق التحكيم، ألا وهو ركن السبب^(٢١)، ويقصد بإصطلاح «سبب العقد» المصدر المنشئ للإلتزام^(٢٢) أو الباعث الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد^(٢٣) أو الغرض المباشر الذي يقصده المتعاقدان^(٢٤).

ويكفي أن يكون الغرض المباشر موجوداً، فإذا انتفى بطل العقد، وعلى ذلك فإن السبب القصدي يكون دائماً مشروعاً، طالما أنه لا يختلف من عقد لآخر في النوع الواحد من العقود، فلا يتصور بالتالي أن يكون مشروعاً في بعض الحالات وغير مشروع في حالات أخرى^(٢٥).

وحيث أن عقد التحكيم إذا ما ورد في صورة شرط بعقد أصلي، فإنه في هذه الحالة يكون عقداً إحتمالياً^(٢٦) فإن عنصر الإحتمال يدخل ضمن مفهوم ركن السبب الخاص بالإتفاق على التحكيم.

وإذا ما ثبت عدم قانونية الباعث على الإتفاق على التحكيم، إنهار شرط التحكيم، ومثال ذلك الإتفاق على التحكيم في دعوى ثبوت ملكية بهدف التهرب من إشتراطات القانون الواجبة بشأن تسجيل العقار، ففي هذه الحالة يكون الباعث على الإتفاق سبباً غير مشروع ولا يجوز الإحتجاج بشرط التحكيم.

وعلى ذلك ، فإن المقصود بالسبب الذي ينبغي أن يكون مشروعاً، هو الباعث الدافع للتعاقد الذي لولاه ما أقدم المتعاقد على إبرام العقد ، فهو يمثل إذن الباعث الرئيسي الذي حث إرادة المتعاقد على الإرتباط بالعقد^(٢٧).

ويكون العقد بالتالي باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب، إذا تبين أن الباعث الرئيسي الدافع للتعاقد يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة^(٢٨).

٢١. نصت المادة ١١١ من القانون المدجني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على أنه « يبطل العقد إذا التزم المتعاقدان دون سبب أو كان السبب مخالفاً للنظام العام أو الآداب، ويعتد في السبب ، بالباعث الذي يدفع المتعاقد إلى التعاقد إذا كان المتعاقد الآخر يعلمه ، أو كان ينبغي عليه أن يعلمه ”

٢٢. د. عبد الباقي البكري & د. عبد المجيد الحكيم المرجع السابق

٢٣. د. سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق

٢٤. د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق

٢٥. د. أحمد شوقي عبد الرحمن النظرية العامة للإلتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية للإلتزام مطبعة جامعة بنها مصر ٢٠٠٨

٢٦. هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله.

٢٧. نصت المادة ١١٢ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ على إعتبار كل التزم لم يذكر له سبب يفترض أنه يقوم على سبب مشروع ، وذلك إلى أن يقوم الدليل على خلافه، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يتم الدليل على غير ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه.

٢٨. د. أحمد شوقي عبد الرحمن المرجع السابق

المبحث الثاني أثر خصوصية إتفاق التحكيم على الدفع بطلانه

اتفاق التحكيم هو عقد، يتمثل أثره فيما يفرضه على طرفيه من التزامات وما يكسبهما من حقوق، وغيرها من نتائج أو آثار قانونية، يمكن تحديدها وإمالة اللثام عنها، من خلال تحديد مضمون الاتفاق، الذي هو كأي عقد آخر له قوة ملزمة، مما يعني التقيد به من طرفيه ولا يجوز تعديله بالارادة المنفردة لاحدهما، كما يجب تنفيذه عملاً بقاعدة، العقد شريعة المتعاقدين.

ولما لإتفاق التحكيم من خصوصية، فإننا سنعرض لإستقلالية اتفاق التحكيم و ما يترتب على هذه الإستقلالية من أثر في مطلب أول، ثم ننتقل إلى بحث الأهلية اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم في مطلب ثان، وذلك على هذين المطلبين يعكسا صورة عملية من صور الدفع التي يتم الدفع بها في دعاوى بطلان حكم التحكيم.

المطلب الأول

إستقلالية إتفاق التحكيم عن الإتفاق الأصلي

العقود المجمععة هي تلك العقود التي يجتمع فيها عقدين مختلفين في عقد واحد مبرمين على محلين مختلفين، وهذا حال شرط التحكيم الوارد في العقد، فالبرغم من أن شرط التحكيم يرد في العقد الأصلي، إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن هذا العقد، والمقصود بالإستقلالية هنا هو المعنى القانوني وليس المعنى المادي، فهو لا يعني أن شرط التحكيم يجب أن يكون محلاً لرضا و قبول مستقل عن الرضاء والقبول في العقد الأصلي، وإنما يقصد بمبدأ الإستقلالية أن عدم مشروعية العقد الأصلي لا يؤثر على سلامة شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة إتفاق منفصل على العقد.^(٢٩)

ويعتبر مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه أو يشير إليه^(٣٠)، مبدأً لازماً من أجل عزل إتفاق التحكيم عن التخبط في مشكلات العقد الأصلي^(٣١).

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ إستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وإن كان يسمح من خلال الآثار المباشرة التي يربتها أن يكون القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك القانون الذي يحكم إتفاق التحكيم، فغنه يسمح أيضاً وبذات القدر بان يتم تقدير صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقواعد المادية و دون البحث عن القانون واجب التطبيق من خلال منهج التنازع.^(٣٢)

ويترتب على ما سبق ان إتفاق التحكيم لا يتأثر بفسخ العقد الأصلي ولا بطلانه، وذلك لأن إتفاق التحكيم بإعتبار أن محله هو تنظيم الإجراءات التي سيتم إتباعها في التحكيم هو عقد منفصل تتولد عنه التزاماته، شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، ومحله منفصل عن محل العقد الأصلي الوارد به. كما يترتب على هذه الخصوصية أن اتفاق التحكيم يخضع إلى القانون الذي يحدده طرفى الإتفاق، وعلى المحكم او القاضي في حالة رقابته على إتفاق التحكيم أن يحترم هذا الإختيار.

٢٩. د. محمود عمر محمود التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي دراسة مقارنة إصدار مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الطبعة الاولى البحرين ٢٠٢٠

٣٠. قضت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٢٠١٤ بجلسته ٢٨ إبريل ٢٠١٥ بأن اتفاق التحكيم عقد قائم بذاته له كيانه القانوني المستقل عن العقد الأصلي سواء ورد بمحرر هذا العقد أو بوثيقة خاصة منفصلة طالما وجه النزاع الناشئ عن تنفيذه وعرض ما ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين بدلاً من القضاء العادي.

٣١. وقضت في الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٢٠٠٩ بجلسته ٢١ يونيو ٢٠١٠ بأن اتفاق التحكيم هو عقد قائم بذاته له كيانه القانوني المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع سواء ورد بمحرر هذا العقد أو بوثيقته خاصة منفصلة. عدم تأثره بمصير ذلك العقد طالما وجد النزاع الناشئ عن تنفيذه.

٣٢. د. حفيفة السيد الحداد المرجع السابق

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن من أثر إستقلالية اتفاق التحكيم عن الإتفاق الأصلي، أنه إذا بطل إتفا التحكيم لأي سبب، فات يؤثر ذلك على الإتفاق الأصلي، فشرط التحكيم الذي يرد في العقود الإدارية الحكومية إذا أدرج فيها من دون موافقة المسئول الحكومي المنوط به توقيع الإتفاق، يكون شرطاً باطلاً لكنه لا يؤثر في سلامة العقد الأصلي، كذلك شرط التحكيم الذي يوقعه شخص آخر خلاف الممثل القانوني للشخص المعنوي الخاص، فغنه يكون شرطاً باطلاً، لكن لا يؤثر بطلانه على العقد الأصلي. وإضافة إلى ما سبق، فإن توقيه شرط التحكيم تحت إكراه أو بسبب غلط أو تدليس، لا يؤثر كذلك على سلامة العقد الأصلي.

فشرط التحكيم الباطل لا يكون له أثر في بقاء العقد، واعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة كأن لم يكن. وهذا يعني أن العقد المتضمن هذا الشرط يظل صحيحاً نافذاً على الرغم من بطلان شرط التحكيم، وذلك على أساس أن شرط التحكيم يتمتع باستقلال عن العقد حتى وإن كان قد ورد كبند من بنوده. ويترتب على بطلان شرط التحكيم في هذه الحالة إحالة المنازعات الناشئة عن العقد إلى المحكمة أو الهيئة القضائية المختصة^(٣٣).

المطلب الثاني

الأهلية اللازمة لعقد إتفاق التحكيم

الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم، هي اهلية التصرف ولذلك فاهلية التبوع لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم والحجة لأن هذا الاتفاق، ليس من نوع التبوع بالحق، كما أن اهلية التقاضي لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم، لأن قانون قانون الولاية على المال رقم (٧) لسنة ١٩٨٦، يجيز للقاصر المأذون له من قبل مجلس الولاية على أموال القاصرين الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضي فيه، وبحسب فقه التحكيم، فإنالمشروع باشرطاه اهلية التصرف لإبرام اتفاق التحكيم يكون قد خرج عن الاصل الذي يحكم اهلية التقاضي، لأن هذه الاهلية تثبت لمن يملك اهلية الادارة، فالقاصر المسموح له باعمال الادارة، تكون له اهلية التقاضي بشأن ما اذن له في ادارته، والولي والوصي لهما اهلية التقاضي نيابة عن القاصر أو المحجور عليه، لكن ليس لهما اهلية التحكيم رغم امتلاكهما اهلية التقاضي، فهذه الاهلية لا تكفي لإبرام اتفاق التحكيم، وإنما لابد من اهلية التصرف، ومن هنا ليس للقاصر أو المحجور عليه، إبرام اتفاق التحكيم، وليس للولي أو الوصي أو القيم، قبول التحكيم نيابة عن القاصر وغيرهم، لأنه ليس لهؤلاء اهلية التصرف في أموالهم، كما لا يجوز للحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام اتفاق التحكيم، كما لا يجوز للتاجر الذي اشهر افلاسه إبرام اتفاق التحكيم وإذا أبرمه فلا ينفذ في مواجهة دائئيه^(٣٤).

كذلك لا يجوز للمسجون إبرام اتفاق تحكيم^(٣٥) ولايجوز للراشد المصاب بعارض من عوارض الأهلية أن يبرم هذا الإتفاق، وعلى من يدعي عدم تمتع الراشد برشده أن يثبت ذلك^(٣٦).

٢٢. خالد أحمد عثمان مقال بعنوان مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد جريدة الاقتصادية منشور بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٩ رابط الموقع: https://www.aleqt.com/2009/05/01/article_12397.html

٢٤. د. عمر إبراهيم حسين اتفاق التحكيم بحث منشور بمجلة الجامعي كلية القانون جامعة سبها ليبيا

٢٥. قضت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٢٠١٥ بجلسة ٢٠١٧/٤/١١ بأنه لما كان المقرر بنص المادة ٥٩ من قانون العقوبات أن كل حكم بالسجن يستتبع حتما بقوة القانون حرمان المحكوم عليه من كل الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة ٥٢ وذلك من يوم الحكم حتى نهاية تنفيذ العقوبة أو انقضاءها بأي سبب آخر ويقع باطلاً كل عمل من أعمال التصرف أو الإدارة إذا صدر من المحكوم عليه خلال مدة سجنه ويعين على أمواله قيم تتبع في اجراءات تعيينه وتحديد سلطاته الأحكام المعمول بها في شأن القوامة على المحجور عليهم. فإن مؤدى بطلان تصرفات المحكوم عليه في التصرف وإدارة أمواله التبعية المنصوص عليها في هذه المادة يستتبع عدم اهلية المحكوم عليه للتقاضي أمام المحاكم سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه ويمثله أمامها خلال مدة تنفيذ العقوبة الأصلية القيم الذي يتم تعيينه إذ أن هذا الحجر القانوني باعتباره عقوبة تبعية ملازمة للعقوبة الأصلية موقوت بمدة السجن تنفيذاً للعقوبة المقتضى بها على المحكوم عليه

٢٦. قضت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠١١ بجلسة ٢٠ سبتمبر ٢٠١٢ بأن الأصل المقرر بنص المادة ١٢ من قانون الولاية على المال أن كل من بلغ سن الرشد واحداً وعشرين سنة يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية ما لم يكن قد تقرر من قبل استمرار الولاية أو الوصاية على ماله أو طرأ عليه عارض من عوارض الأهلية وفقاً للأحكام المقررة قانوناً. ومن يدعي خلاف هذا الأصل يقع عليه عبء إثباته. فإذا كان ذلك وكانت الأوراق قد خلت مما يفيد تعرض المطعون ضده لأي آفة أو مرض عقلي يفقده أهليته أو ينقص منها. ولم يقدم الطاعن ثمة دليل على ما يدعيه في هذا الشأن متخذاً منه أساساً لدفعه بعدم قبول الدعوى أو بطلان وكالة المطعون ضده للمحامي الذي رفعها بالنيابة عنه. فلا على الحكم المطعون فيه أن التفت عن هذا الدفع ومن ثم يكون النعي

كما لا يجوز التحكيم بوكالة عامة، لأنه ليس عملاً من أعمال الإدارة، والتحكيم قد يراد منه في الغالب استيفاء الحقوق، فهذه الاعمال لا يقبل فيها توقيع الإتفاق بموجب وكالة عامة. والحكمة من التشدد في إشتراط الأهلية اللازمة لإتفاق التحكيم ان الإرادة لابد أن تكون موجودة، ولها صلاحية ابرام اتفاق التحكيم والذي اشترط المشرع له اهلية خاصة وهي أهلية التصرف، وفوق ذلك لابد أن تكون ارادة طرفي التحكيم، غير مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة.^(٣٧).

المبحث الثالث ركن الرضا في إتفاق التحكيم

سبق الاشارة إلى أن الرضاء في اتفاق التحكيم، لن يكون صحيحاً الا اذا جاء من ذي اهلية، ونضيف، أن صحة التراضي في اتفاق التحكيم، تتطلب خلو ارادة كل طرف فيه من عيوب الارادة، فيكون الرضاء معيباً، اذا شاب ارادة المتعاقد، واحد من عيوب الارادة الاربعة المعروفة وهي، الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال، والعقد المعيب بواحد أو اكثر منها، يكون قابلاً للإبطال، فهذه العيوب لا تعدم الرضاء لكنها تجعله معيباً أو غير صحيح.

وفي هذا المبحث نناقش الرضاء في إتفاق التحكيم من خلال نالأتين:

المطلب الأول

عيوب الرضاء في الإتفاق التحكيمي

عيوب الرضاء التي يمكن أن تلحق بإتفاق التحكيم هي أربعة عيوب، وهي عيوب تجعل الإتفاق قابلاً للإبطال، وأولها عيب الغلط^(٣٨) الذي يمكن تعريفه بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع^(٣٩) فإما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها. فإذا كان الغلط مانعاً، بمهعنى أن يقع الغلط في ماهية العقد ذاته بأن يوقع المتعاقد شرط التحكيم ظناً منه أنه تحديد للمحكمة المختصة في القضاء الوطني، فإن ذلك الغلط يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، لأن الغلط في ماهية العقد يعدم الإرادة.

لكن إذا ما وقع الغلط في نقل إرادة العاقد أو في تفسيرها، فلا يجوز إبطال إتفاق التحكيم لهذا السبب، لأنه غلط يرتبط بمن وُجهت إليه الإرادة وليس متعلقاً بمن صدرت منه.^(٤٠)

أما الغلط الذي يعيب الإرادة فهو ما يقع أثناء تكوينها، لكنه لا يعدمها، وهو يحتاج ثلاثة شروط لينتج أثره وهذه الشروط هي: أن يكون غلطاً جوهرياً ودافعاً رئيسياً للتعاقد، وأن يتصل به علم المتعاقد الآخر أو يكون من السهل عليه العلم به، وألا يتمسك المتعاقد بوقوع الغلط على وجه يتعارض مع حسن النية^(٤١)

عليه في هذا الشأن قائماً على غير أساس

٢٧. قضت المحكمة العليا الليبية في الطعن رقم م ٥١/٧١١م ٥١ بجلسة ٢٦ مارس ٢٠٠٢ بأن اللجوء إلى القضاء حق عام مقرر لكل فرد في المجتمع للدفاع عن حقوقه والاهم، أن القضاء له مكانة « الفصل في المنازعات بين المتخاصمين افراداً أو شركات وغيرها من الأشخاص المعنوية، ذلك لأن قضاء الدولة العام، احاطه المشرع في قانون المرافعات بضمانات كثيرة، ويخشى المشرع من مخاطر التنازل عن ضمانات التقاضي التي فصل فيها وحددها قانون المرافعات، وتسوية النزاع من غير القضاء قد يعرض الحق المتنازع عليه للخطر، ذلك ما يبرر تشدد المشرع تجاه اللجوء الى التحكيم باشتراطه اهليه التصرف.

٢٨. نصت المادة ٨٤ من القانون المدني البحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠١١ على أنه « إذا وقع المتعاقد في غلط دفعه إلى ارتضاء العقد ، بحيث أنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، جاز له أن يطلب إبطال هذا العقد ، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع معه في هذا الغلط بدون تأثير منه كان من الممكن تداركه ، أو كان علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه ”

٢٩. د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني مرجع سابق

٤٠. د سميير عبد السيد تناغو المرجع السابق

٤١. قضت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٢٠١٠ بجلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠١٢ بجواز القضاء ببطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً في غلط وبأنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه إضرار بأحد المتعاقدين ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد بل باعتباره واقعة مادية متى توافرت عند تكوينه شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال.

أما ثاني العيوب فهو عيب الإكراه^(٤٢) الي عرفه الفقه الحديث بأنه ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيبعث في نفسه الرهبة التي تحمله على التعاقد^(٤٣) فالإكراه يفسد الرضا لكنه لا يعدمه، ويتضمن الإكراه عنصران هما: العنصر الموضوعي الذي يتحقق بإستعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق، والعنصر المعنوي الذي يتمثل في الرهبة التي يبعثها الإكراه وتدفع النتعاقد إلى العقد^(٤٤)، ويجوز أن يقع الإكراه المبطل للرضا من أحد العاقدين على الآخر أو أن يقع من شخص أجنبي عن العقد إذا كان المتعاقد الآخر عالماً بهذا الإكراه^(٤٥)

وثالث عيوب الإرادة هو التدليس^(٤٦) والذي يختلف عن الغلط في أنه ينشأ عن أفعال إحتيالية، وليس عن سلامة نية، ويتكون التدليس من عنصرين أحدهما عنصر نفسي يتمثل في نية التضليل وقصد إيهام المتعاقد الآخر، وعنصر مادي يتمثل في مجموعة الأفعال التدليسية غير المشروعة، والتي تأخذ صورة السلوك المناهض للأخلاق^(٤٧)، ويخضع استخلاص وجود التدليس من عدمه للمحكمة التي تنظر موضوع النزاع^(٤٨). والعيب الرابع والأخير الذي يصيب الرضا هو عيب الإستغلال والغبن^(٤٩)، ويقصد به عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه^(٥٠) والإستغلال والغبن متكاملان^(٥١)، إذ يعتبر الغبن هو العنصر الموضوعي الذي يظهر في صورة عدم التعادل الظاهر بين إلتزامات العاقدين، بينما يعتبر الإستغلال عنصراً نفسياً يكمن في إستغلال الهوى الجامح أو الطيش الذي يستغل العاقد وجوده في العاقد الآخر^(٥٢).

المطلب الثاني

طبيعة البطلان اللاحق باتفاق التحكيم

من واقع عرض عيوب الرضا، فإنه يثار السؤال حول ما إذا كان إتفاق التحكيم يمكن الطعن عليه بالبطلان المطلق، ام انه يقبل الطعن بالإبطال فقط؟ فالبطلان هو جزاء على عدم إستكمال التصرف القانوني لأركانه أو فقده أحد الشروط اللازمة لصحته، ومن ثم فإن أسباب عدم صحة التصرف هي أسباب بطلانه^(٥٣)، سواء كانت أسباب شخصية أو أسباب موضوعية^(٥٤).

والعقود من حيث خضوعها للبطلان تنقسم إلى عقود قابلة للإبطال^(٥٥)، و عقود باطلة^(٥٦)، والرأي بأن إتفاق التحكيم يخضع للطعن بالبطلان المطلق والطعن بالإبطال، فعلى سبيل المثال إذا تم الإتفاق على التحكيم من معدوم الأهلية، فإن الإتفاق يبطل بطلاناً مطلقاً، وكذلك إذا ما أمسك شخص ما بيد شخص آخر وكتب إتفاق التحكيم رغماً عنه، فإن الإتفاق هنا يعتبر باطل بطلاناً مطلقاً، وليس قابلاً للإبطال فقط، لأن الإكراه الذي تم استخدامه أعدم إرادة العاقد تماماً، و لم يقتصر على العيب في صحة الرضا. ويجدر في هذا الصدد الإشارة إلى أن البطلان قد يكون مقررراً بنص القانون أو يتم تقريره بحكم قضائي بعد استتباط القاضي مخالفة المصلحة العامة^(٥٧).

ويختلف الدفع ببطلان إتفاق التحكيم عن الدفع بإنحلاله، لأن سبب الدفع بالبطلان هو وجود عيب من عيوب الإرادة أو إنعدامها، أما الدفع بإنحلال العقد فيحتمل إحدى صورتين، فإما ان يتفق الطرفان على التحلل من

٥٣. د. عبد الباقي ابلكري & د. عبد المجيد الحكيم المرجع السابق

٥٤. يقصد بالسبب الشخصي للبطلان عدم توافر ركن الرضا بأن يكون غير موجوداً أو أن يكون غير صحيحاً، وهو ما عرضناه في المطلب السابق، أما الأسباب الموضوعية للبطلان فهي تلك التي ترتبط بسبب العقد أو محله.

٥٥. نصت المادة ١١٢ من القانون المدني البحريني على أنه: إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد ، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإبطال العقد إلا بناء على طلبه ، وإذا قام سبب الإبطال ، وتمسك به من تقرر لمصلحته ، تعين على المحكمة القضاء به ، وذلك ما لم ينص القانون على خلافه

٥٦. نصت المادة ١١٨ من القانون المدني البحريني على أنه: العقد الباطل لا ينتج أي أثر ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة

٥٧. د. رمضان جمال كامل البطلان في ضوء الفقه والقضاء الجزء الثاني المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة مصر الطبعة الأولى ٢٠٠٩

إتفاق التحكيم بأن يتقايلا عليه^(٥٨)، و إما أن يستحيل تنفيذ إتفاق التحكيم فينفسخ من تلقاء نفسه^(٥٩) كأن يتفق العاقدان على اللجوء إلى مركزين مختلفين للتحكيم، ويتمسك كل منهما بمركز خلاف الآخر. كما يختلف الدفع ببطلان إتفاق التحكيم عن الدفع بصورية إتفاق التحكيم^(٦٠)، فعلى سبيل المثال قد يتفق العاقدان على ابرام إتفاق تحكيم صوري تمهيدا للإلتجاء إلى التحكيم والحصول على حكم مناهض للنظام العام للدولة التي يقع بها المال.

كما يختلف الدفع ببطلان إتفاق التحكيم عن الدفع بعدم نفاذه، حيث يعرف الفقه عدم النفاذ بأنه عدم جواز الإحتجاج بآثار التصرف القانوني في مواجهة الغير^(٦١)

الخاتمة والنتائج:

يتضح من هذا البحث أن إتفاق التحكيم مثله مثل بقية العقود الرضائية، قد نشأ من مبدأ قانوني مستقر وهو مبدأ سلطان الإرادة، و هو أن هذا المبدأ يتيح للعاقدان أن يتفقا على التحكيم و أن يتقايلا عن هذا الإتفاق متى شاء ذلك في حدود الضوابط القانونية، كما يتضح أن الطبيعة الرضائية لإتفاق التحكيم تجعله قابلاً لأن يخضع للطعن ببطلانه سواء بطلاناً مطلقاً أو في صورة الطعن بالإبطال ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة الإستقلالية لإتفاق التحكيم تجعله غير متأثر ببطلان العقد الأصلي الوارد فيه، فإذا ما بطل العقد الأصلي أو إنحل، فإن ذلك لا يؤثر على إتفاق التحكيم، و بالعكس فغن بطلان الإتفاق على التحكيم لا يؤثر في العقد الأصلي الوارد به ئرط التحكيم، و غنما يترتب على ذلك إنعقاد الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي للقضاء الوطني. وأخيراً، فإنه يتضح إمكانية صدور إتفاق التحكيم عن إرادة معيبة، وأنه من الجائز أن يلحق به عيوب الإرادة المتمثلة في الإكراه و الغلط والتدليس، غير انه من النادر ان يصيب عقد التحكيم عوار الغبن، لان هذا العقد بطبيعته عقد احتمالي قد يتحقق أو لا يتحقق.

المصادر:

أولاً: الكتب والمراجع:

١. د. أحمد شوقي عبد الرحمن النظرية العامة للإلتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية للإلتزام مطبوعة جامعة بنها مصر ٢٠٠٨
٢. د. حفيفة السيد الحداد النظرية العامة في التحكيم التجاري منشورات الحلبي الحقوقية سوريا ٢٠٠٧
٣. د. رمضان جمال كامل البطلان في ضوء الفقه والقضاء الجزء الثاني المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة مصر الطبعة الأولى ٢٠٠٩
٤. د. سمير عبد السيد تناغو مصادر الإلتزام مكتبة الوفاء القانونية الطبعة الأولى الإسكندرية مصر ٢٠٠٩
٥. د. عبد الباقي البكري & د. عبد المجيد الحكيم نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي الجزء الأول

٥٨. نصت المادة ١٤٨ من القانون المدني البحريني على أنه: للمتعاقدان أن يتقايلا العقد برضاها بعد انعقاده ، ما بقي المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما

٥٩. نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني البحريني على أنه: في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصبح تنفيذ التزم أحد الطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الإلتزام، وانقضت معه الإلتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه

٦٠. نصت المادة ١٣١ من القانون المدني البحريني على أنه إذا أبرم عقد صوري ، كانت العبرة بالحقيقة ، فيما بين المتعاقدان والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهما العقد المستتر ، إذا توافرت له أركانه دون العقد الظاهر

٦١. د. رمضان جمال كامل المرجع السابق

- مطبوعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بالجمهورية العراقية طبعة ١٩٨٠
٦. د. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ٢٠٠٩
 ٧. د. عبد الرزاق السنهوري نظرية العقد الجزء الأول منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الثانية الجديدة بيروت لبنان ١٩٩٨
 ٨. د. محمد عزمي البكري موسوعة الفقه والقضاء و التشريع في القانون المدني المجلد الثاني مصادر الإلتزام دار محمود القاهرة مصر بدون سنة نشر
 ٩. د. محمود عمر محمود التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي دراسة مقارنة إصدار مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الطبعة الاولى البحرين ٢٠٢٠

ثانياً: الأبحاث والمقالات:

١. خالد أحمد عثمان مقال بعنوان مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد جريدة الإقتصادية منشور بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٩ رابط الموقع: https://www.aleqt.com/2009/05/01/article_12397.html
٢. د. عمر إبراهيم حسين اتفاق التحكيم بحث منشور بمجلة الجامعي كلية القانون جامعة سبها ليبيا

ثالثاً: القوانين و الأحكام القضائية:

١. المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ بإصدار القانون المدني البحريني الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٥/٣
 ٢. موقع المجلس الأعلى للقضاء أحكام التمييز
- http://www.sjc.bh/page_016.php?pid=430

قضية رقم (6)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف

«الحكم»

الصادر عن محكمة استئناف رام الله
المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة السيد القاضي حازم ادكيدك
وعضوية السيدين القاضيين ثائر العمري وسامر النمري.

المستأنف: امجد يوسف محمد فراج / رام الله
وكيلاه المحاميان عميد عناني وشاكر دار علي مجتمعين و/ او منفردين / رام الله
المستأنف عليه: المحامي احمد الصياد بصفته رئيس لجنة التحكيم

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



الوقائع والاجراءات

تقدم المستأنف بهذا الاستئناف للطعن بالقرار الصادر عن محكمة بداية رام الله في الطلب رقم ٢٠١٦/٣٨٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٩/٣/٥ بموجب استدعاء والقاضي بمد ميعاد انتهاء التحكيم لمدة ثلاثة اشهر اخرى.

تتلخص اسباب الاستئناف فيما يلي:

١. القرار المستأنف صادر عن جهة غير مختصة مخالف لاحكام المادة (١) والمادة (٣٨) من قانون التحكيم رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠.
٢. القرار المستأنف يشوبه البطلان ولا يستند الى أي اساس قانوني سليم
٣. القرار المستأنف مخالف لنص المادة ١٤١ من قانون الاصول
٤. القرار المستأنف مخالف لأحكام المادة ١٧٤ و١٧٥ من قانون الاصول

بالمحاكمة الجارية علنا، وفي جلسة ٢٠١٩/٤/١ طلب وكيل المستأنف قبول الاستئناف شكلا فيما اعترض المستأنف عليه وطلب عدم قبوله شكلا وحجزت الدعوى للتدقيق في القبول الشكلي وفي جلسة ٢٠١٩/٤/١٠ تم اصدار الحكم.

المحكمة

بعد التدقيق والمداولة، نجد ان القرار الصادر عن محكمة بداية رام الله على الاستدعاء المقدم اليها في الطلب رقم ٢٠١٦/٣٨٣ والصادر بتاريخ ٢٠١٩/٣/٥ بمد ميعاد انتهاء التحكيم لمدة ثلاث اشهر اخرى بناء على طلب المستأنف عليه بصفته رئيس لجنة التحكيم ان هذا القرار يعتبر من القرارات المكملة لإجراءات التحكيم غير الفاصلة في الموضوع والتي لا تقبل الاستئناف استقلالا الا وفق احكام الطعن بقرار التحكيم المنصوص عليها في المادة ٤٣ من قانون التحكيم فيما اذا لجأ أحد الاطراف للطعن بقرار التحكيم امام المحكمة المختصة وقرار المحكمة المختصة يكون خاضع للاستئناف عملا بالمادة ٤٩ من ذات القانون .

لذلك

تقرر المحكمة وعملا بأحكام المادة ٢٢٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية بدلالة المادة ١٩٢ عدم قبول الاستئناف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف

حكما حضوريا صدر وتلي علنا بحضور الوكيلين وافهم في ٢٠١٩/ ٤ / ١٠

حكم التحكيم الأجنبي



المحامي حسن الخطيب
ماجستير في القانون العام

فلسطين

المقدمة

أن من أهم الظواهر القانونية المعاصرة ظاهرة انتشار نظام التحكيم كوسيلة لحل النزاعات، والواقع أن هذا النظام نظام قديم حيث عرف في المجتمعات القديمة التي عدته الوسيلة الوحيدة لحل النزاعات القائمة بين أفرادها وفقا للأعراف والتقاليد السائدة فيها.

كان يتم الفصل في هذه النزاعات من قبل ذوي الشأن كرجل الدين أو شيخ القبيلة وما يتوصل إليه هؤلاء فيما يتعلق بالنزاعات المعروضة عليهم ويكون محل قبول أطراف هذه النزاعات حيث كانت هذه الصورة البدائية لهذا النظام .

في عصرنا الحالي ورغم أن الدولة أصبحت تتولى مهمة الفصل في النزاعات عن طريق السلطة القضائية التابعة لها إلا أنها أقرت التحكيم كوسيلة أخرى للفصل في هذه النزاعات وسنت القوانين التي تتضمن القواعد التي تكفل سلامة إجراءات التحكيم والحكم الصادر بناء على هذه الإجراءات .

ويتميز التحكيم ببساطة الإجراءات والبعد عن الشكلية التي يتطلبها القضاء وهو الأفضل لحل النزاعات ذات العنصر الأجنبي نظرا لإمكانية عرض هذه النزاعات على هيئة تحكيم محايدة قد لا تنتمي إلى الدول التي ينتمي إليها الأطراف لغياب دور القضاء الدولي لحل مثل هذه النزاعات وقد أجمعت الدول على عدم تنفيذه داخل حدود إقليمها إلا بعد توافر شروط ناظمة للتنفيذ ويقع على القاضي الوطني التحقق منها عند عرض الأمر عليه لأكساء الحكم الصبغة التنفيذية .

في هذا البحث، وجدت انه حريا بي أن ابسط الجوانب المهمة في موضوع التصديق على حكم تحكيم أجنبي والإجابة عن الأسئلة التالية ما هو المقصود بالتحكيم الأجنبي؟ وهي شروط المصادقة على التحكيم الأجنبي؟ وما هي آلية ضمانات التنفيذ؟

وعليه، سينتظم الحديث تحت هذا العنوان في بحثين.



المبحث الأول: تحديد المقصود بحكم التحكيم الأجنبي.

تحديد الصفة الأجنبية لحكم التحكيم أهمية بالغة حيث يترتب على التمييز بين حكم التحكيم الأجنبي وحكم التحكيم الوطني اختلاف في القواعد القانونية المطبقة على كل منهما ، فالتحكيم الوطني يستتبع تطبيق القانون الوطني ، بخلاف الحال لو اشتمل التحكيم على عنصر أجنبي أو أكثر فنكون أمام احتمال تطبيق قانون أو قوانين أجنبية .

استند الفقه القانوني على معيارين يتم على أساسهما لاكساء قرار التحكيم بالصبغة الأجنبية سيتم الخوض بهما من خلال المطلبين التاليين^١.

المطلب الأول:

ماهية المعيار المحدد للصبغة الأجنبية لحكم التحكيم:

الفرع الأول: المعيار الجغرافي

يستند أنصار هذا المعيار إلى مكان صدور الحكم التحكيمي ، حيث يتم ربط حكم التحكيم بالدولة التي صدر قرار التحكيم على إقليمها ، فيعتبر أن قرار التحكيم هو مركز الثقل في مجمل عملية التحكيم ولكن في حال تعدد الدول التي ينعقد فيها التحكيم فإنه يعتبر الدولة التي انعقدت فيها هيئة التحكيم بصفة رئيسية وخاصة الدولة التي أصدرت فيها هيئة التحكيم قراراً^٢.

على صعيد اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة ١٩٥٨ (نيويورك) أخذت بهذا المعيار حيث نصت المادة الأولى منها بالقول: « تطبق هذه الاتفاقية على الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها متى صدرت هذه القرارات في أراضي دولة خلاف الدولة التي يطلب الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها متى فيها ، ومتى كانت ناشئة عن خلافات بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين وتطبق أيضا على قرارات التحكيم التي لا تعبر قرارات محلية في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بهذه القرارات وتنفيذها^٣.

أما فلسطين تبنى المشرع المعيار الجغرافي المنصب على مكان إجراء التحكيم إن كان يجري خارج فلسطين يكون تحكيما أجنبيا ووضع ضوابط خاصة للتنفيذ^٤.

الفرع الثاني: المعيار القانوني:

انصار هذا المعيار اعتبروا المعيار الإجرائي أو القانوني اساس لاعتماده على القانون الواجب التطبيق،بمعنى أن الحكم يكتسب جنسية الدولة التي طبق قانونها الإجرائي عليه ، فيعتبر الحكم وطنيا إذا تم وفقا للقانون الوطني حتى لو صدر في الخارج ويكون أجنبيا إذا خضع إجرائيا لقانون دولة أخرى ويكون حكم التحكيم وطنيا رغم صدوره في الخارج إذا تم وفقا للقانون الوطني ، وهذا المعيار يمكن للأفراد من خلاله التحكم في الصفة الأجنبية أو الوطنية لحكم التحكيم بطريقة غير مباشرة من خلال اختيار مكان إجراء التحكيم لأنه سيتم في هذه الحالة تطبيق القانون الإجرائي الخاص بهذا المكان على إجراءات التحكيم^٥.

١. محمد عابد الخزاولة ، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي ، رسالة ماجستير غير منشورة ، جامعة الشرق الأوسط - الأردن ، ٢٠١٧ ، ص ٢٥ .

٢. محمد الخزاولة ، مرجع سابق ، ص ٢٥ .

٣. المادة (١) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨)

٤. المحامي ناظم محمد عويضة ، شرح قانون التحكيم ، بدون طبعة ، بدون دار نشر ، غزة ، سنة ٢٠٠١ ، ص ٢٣ .

٥. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، دون طبعة ، القاهرة، سنة ١٩٨٦ ، ص ١٢٢ .

المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي:

يكتسب قرار التحكيم متى صار نهائياً حجية الشيء المقضي به شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي بيذا أن الحكم القضائي يكون قابلاً للتنفيذ لذاته مباشرة أما أن قرار التحكيم يحتاج لأكسائه الصبغة التنفيذية من جهة رسمية في الدولة تختلف باختلاف تشريعات الدول في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وفي مدى الرقابة التي تباشر الجهة المختصة بمنح أمر التنفيذ و ماهية الشروط الواجب توافرها في الحكم المراد تنفيذه .

سيتم الحديث على الحو الآتي:

الفرع الأول:

الشروط الواجب توافرها في حكم التحكيم الأجنبي المراد تنفيذه:

يجب على قاضي الموضوع قبل إصدار الأمر بالتنفيذ أن يتأكد من توافر جملة من الشروط في الحكم المراد تنفيذه وهي تختلف من تشريع إلى آخر، وموانع التنفيذ .

على صعيد قانون التنفيذ الفلسطيني اشترطت المادة (٣٧) على ضرورة توافر شروط معينة في حكم التحكيم الأجنبي المزمع تنفيذه والتي تفرض على القاضي الموضوع التحقق من وجودها قبل الأمر بالتنفيذ وهي:

- ١- أن تكون محاكم دولة فلسطين غير مختصة وحدها بالفصل في المنازعة التي صدر فيها الحكم أو القرار أو الأمر وان المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص القضائي الدولي المقررة في قانونها .
 - ٢- أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته .
 - ٣- أن يكون الحكم أو القرار أو الأمر لا يتعارض مع حكم أو قرار أو أمر سبق صدوره من محكمة فلسطينية وأنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب العامة في فلسطين^٦ .
- كذلك ذهبت المادة (٢٨) من ذات القانون باشتراطها أن يكون الحكم صادر في مسألة يجوز فيها التحكيم طبقاً لأحكام قانون التحكيم الفلسطيني الذي حدد بدوره المسائل التي لا تخضع للتحكيم وهي المسائل التي تتعلق بالأحوال الشخصية والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح والمسائل التي تتعلق بالنظام العام^٧ .

الفرع الثاني: موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي:

في بعض الأحيان يتمتع تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي لعدة أسباب منها مخالفته لفكرة النظام العام في الدولة المطلوب تنفيذه لديها او بطلب من الخصم المطلوب التنفيذ ضده وهي فكرة مأخوذة عن اتفاقية نيويورك لتنفيذ قرارات المحكمين والتي عالجت هذه الحالات ونظراً لأهمية ما جاء بالمادة الخامسة سوف نلقي الضوء تحديداً على المادة الخامسة منها، والتي نصت بالقول «

- ١- لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت .
- ٢- أن طر في الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما ، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي اخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك ، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار ، أو ان الطرف الذي يحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، أو أن القرار يتناول خلافاً لم تتوقعه أو لم

٦ . المادة (٣٧) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥ .

٧ . المادة (٢٨) من قانون التنفيذ الفلسطيني رقم (٢٣) لسنة ٢٠٠٥ .

تتضمنه شروط الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فيه فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لا تخضع له أنه يجوز الاعتراف بجزء القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم وتنفيذ هذا الجزء، أو أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم أو^٨ أن القرار لم يصبح بعد ملزما للطرفين أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه.

٣- يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه

٤- أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد أو أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد^٩.

و يبدو جليا أن المشرع الفلسطيني قد تأثر كثيرا في اتفاقية نيويورك المذكورة وأجاز للمحكوم عليه أن يطلب من المحكمة المختصة عدم تنفيذ قرار التحكيم استنادا إلى الأسباب المنصوص عليها وفق احكام المادة (٤٩) من قانون التحكيم الفلسطيني التي نصت على: »

١- إذا ثبت للمحكمة توفر سبب من الأسباب الواردة في المادة (٣٤) من قانون التحكيم المذكور.

٢- إذا ثبت أن القرار قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى المحاكم في البلد الذي صدر فيه.

٣- إذا اثبت المحكوم عليه أن القرار المراد تنفيذه استؤنف في البلد الذي صدر فيه ولم يفصل بعد فعلى المحكمة وقف التسجيل لحين البت في الاستئناف .

٤- إذا كانت إحدى المحاكم فلسطين قد اصدرت حكما يناقض ذلك القرار في دعوى أقيمت بين ذات الفرقاء وتناول الحكم نفس الموضوع والوقائع^{١٠}.

المبحث الثاني: آلية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي

أن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي قد يأخذ شكل التنفيذ الاختياري أو الرضائي بمعنى أن المحكوم عليه يقوم بتنفيذ الحكم الصادر بحقه مباشرة وأما أن يتخذ شكل التنفيذ القضائي. سيستقيم الحديث في هذا المبحث في مطلبين اثنين .

المطلب الأول: التنفيذ الرضائي القضائي لحكم التحكيم الأجنبي:

الأصل أن يتم التنفيذ حكم التحكيم تنفيذا اختياريًا نظرًا للطابع الاختياري في اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل النزاع ويتطلب هذا قبول المحكم عليه للحكم وهذا القبول قد يكون صريحًا كإرسال خطاب من المحكوم عليه إلى المحكوم له يعلمه بالقبول والاستعداد للتنفيذ وقد يكون ضمنيًا كان يقوم المحكوم عليه بتنفيذ الحكم^{١١}.

على أنه يقف وراء ذلك دوافع عديدة منها:

١) إن تنفيذ حكم التحكيم اختياريًا ربما يكون الطريق الأسهل أو الأقل صعوبة بالنسبة للمحكوم عليه وذلك تغليبًا لمتطلبات التجارة الدولية ولا استمرار المعاملات وخصوصًا إذا كانت هناك تعاملات مستمرة

٨. المادة (٥) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨)

٩. المادة (٥) من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨).

١٠. المادة (٤٩) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠

١١. تمييز حقوق رقم ٦٢/٣٢ المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٦٥، ص ٩٧٢ المنشور في كتاب القاضي أيمن محمد احمد المؤمني، التحكيم بين القضاء والقانون، ط ١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٢، ص ٤٧ .

- بين الأطراف إضافة إلى أن عدم التنفيذ قد يكون فيه مساس بسمعته التجارية^{١٢}.
- (٢) من الأمور التي تدفع الطرف المحكوم عليه إلى التنفيذ الاختياري احتمال انتقاده من قبل مجموعة تجارية أو اتحادات تجارية أو مهنية.
- (٣) قد يخشى المحكوم عليه أن يعد عدم التنفيذ دليلاً على وضع مالي سيء له مما يسبب له مشاكل كبيرة في نطاق المعاملات التجارية^{١٣}.
- (٤) الخشية من الجزاءات التي تفرضها مؤسسات التحكيم التابعة لبعض غرف التجارة والتي تأخذ شكل نشر رفض التنفيذ وهذا الجزاء فيه مساس بسمعته أو قد يأخذ شكل حرمان الطرف الممتنع عن التنفيذ من خدمات التحكيم أو من المزايا الأخرى.
- (٥) قد تصل هذه الجزاءات إلى حد طرد الطرف الممتنع عن التنفيذ من اتحاد التجارة المعني أو سوق البضاعة المعينة فهذه الدوافع كامنة للتنفيذ الرضائي لحكم التحكيم^{١٤}.

المطلب الثاني: التنفيذ القضائي لحكم التحكيم الأجنبي:

لم تتبع القوانين أسلوباً واحداً بشأن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم منها يعد هذا الحكم واجب التنفيذ فوراً دون حاجة إلى أي إجراء من أي جهة أو سلطة عامة، مثل القانون النمساوي والنرويجي ومنها ما يستوجب اتخاذ إجراء إداري بالتأشير على الحكم من قبل موظف إداري مثل القانون السويدي والفرنندي، أما الأسلوب الشائع والذي أخذت به أغلب القوانين العربية فهو أن التنفيذ الجبري لحكم التحكيم يتطلب صدور أمر بذلك من جهة قضائية^{١٥}.

وهذا ما أخذ به كل من قوانين التحكيم الفلسطيني، الأردن، المصري حيث جاء في المادة (٤٧) من قانون التنفيذ الفلسطيني بالقول « يكون لقرار التحكيم بعد تصديقه من المحكمة المختصة القوة والمفعول التي لقرارات المحاكم ويتم تنفيذه بالصورة التي ينفذ بها أي حكم أو قرار صادر عن محكمة مختصة وفقاً للأصول المرعية»^{١٦}.

وبما أن التحكيم الجبري يخضع لأحكام خاصة سيتم بحثه في فرعين التاليين التاليين.

الفرع الأول: التنظيم القانوني للتنفيذ الجبري لحكم التحكيم

بما أن هذا التنفيذ لا يتم إلا بعد صدور أمر بتنفيذه من المحكمة المختصة، بناءً على طلب يقدم إليها فإن دراسته تتطلب بحث القواعد التالية:

أولاً: وفق أحكام المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني فإن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، وإذا كان دولياً يجري في فلسطين فالمحكمة المختصة هي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني أما إذا كان التحكيم أجنياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس العاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة^{١٧}.

١٢. عزت محمد البحيري، تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة، (د - ط)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٦٣.

١٣. عزت محمد البحيري، مرجع سابق، ص ١٤٥.

١٤. عزت محمد البحيري، مرجع سابق، ص ١٤٦-١٤٧.

١٥. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة مقارنة تحليلية في قانون التحكيم المصري المقارن بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ٢٠٠٣، ٢٩٢.

١٦. المادة (٤٧) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

١٧. المادة رقم (١) من قانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

ثانياً: ميعاد تقديم طلب تنفيذ الحكم: يتضح من نص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم الفلسطيني انه لا يجوز تقديم طلب تصديق حكم التحكيم وإكسابه الصيغة التنفيذية إلا بعد انقضاء المدة المحددة للطعن به^{١٨}.

حيث يقدم طلب الطعن وفقاً لنص المادة ٤٤ من قانون التحكيم الفلسطيني خلال ثلاثين يوم من اليوم التالي لتاريخ صدور الحكم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي لتاريخ تبليغه وإذا بني الطعن على أساس الغش أو الخداع يبدأ ميعاد الطعن من تاريخ اكتشاف الغش أو الخداع^{١٩}.

هنا قد يثار تساؤل: هل يجوز تقديم طلب التنفيذ بعد انقضاء المدة المحدد للطعن حتى لو تم الطعن في الحكم فعلاً أم يجب الانتظار حتى الفصل في هذا الطعن؟

بتقدير المتواضع وفق صريح المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم الفلسطيني إذا انقضت المدة المحددة للطعن في حكم التحكيم دون الطعن به تصدر المحكمة بناء على طلب أحد الأطراف قراراً بتصديقه بمفهوم المخالفة لنص هذه المادة إذا تم الطعن خلال المدة المحددة لذلك لا يجوز تقديم الطلب، إنما يجب الانتظار لحين الفصل في طلب التعيين بمعنى آخر أن تصديق الحكم أو عدمه يتوقف على نتيجة الطعن به وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة المذكورة حين نصت «إذا قضت المحكمة المختصة برفض طلب الطعن فإنه تقرر صحته وإكسابه الصيغة التنفيذية»^{٢٠}.

ثالثاً: إجراءات تقديم طلب التنفيذ:

حدد قانون التحكيم الفلسطيني في المادة (٥٠) إجراءات تقديم طلب تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي بالنص «يجب على طالب الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي أن يبرز للمحكمة المختصة ما يلي ١- قرار التحكيم الأجنبي مصدقاً عليه من الممثل السياسي أو القنصلي الفلسطيني في ذلك البلد إن وجد ٢- أن يكون القرار مترجماً إلى اللغة العربية من مترجم قانوني معتمد لدى جهات الاختصاص، ومصدق على صحة توقيع المترجم من الممثل السياسي أو القنصلي للدولة التي ينتمي إليها طالب التسجيل، أو أن يكون القرار مترجماً بعد حلف اليمين من مترجم قانوني فلسطيني»^{٢١}.

رابعاً: إجراءات الفصل في طلب التنفيذ

لم يتضمن قانون التحكيم الفلسطيني نصوصاً خاصة بكيفية الفصل في هذا الطلب إذا كان التحكيم محلياً، وبالرجوع إلى قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢ فإنه يتوجب على المحكمة لدى تقديم استدعاء لتنفيذ هذا الحكم إصدار إعلان للمستدعى ضده يعلن فيه بان له الحق في الاعتراض على هذا الطلب خلال سبعة أيام من تاريخ التبليغ ويترتب على عدم الاعتراض خلال المدة المذكورة قيام المحكمة بتصديق الحكم دون مرافعة، وفي حال تم تقديم الاعتراض تستمع المحكمة إلى وجهة نظر أطراف النزاع وتتخذ قراراً إما بتصديق الحكم كلياً أو جزئياً أو برفض طلب التصديق^{٢٢}.

عالج قانون التحكيم الفلسطيني في المادتين ٤٨-٤٩ أسباب رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي تعرضنا لها في الصفحات السابقة ولا داعي لتكرار شرحها.

وفي حال لم يتوفر سبب من الأسباب لعدم تصديقه تصدر أمراً بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي ويجري

١٨. المادة رقم ١/٤٥ من قانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

١٩. المادة رقم ٤٤ من قانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٠. المادة رقم (٢٥/٢) من قانون التحكيم رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٠.

٢١. المادة (٥٠) من قانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٢. المادة رقم (١٥) من قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢.

تبليغ المحكوم عليه نسخة من الامر بالتنفيذ ومرفقاته حسب الأصول^{٢٣}. ويجوز للمحكوم عليه متى تبلغ الأمر بالتنفيذ وفقا للأصول إن يقدم رده إلى المحكمة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه ويبلغ المحكوم له نسخة عن هذا الرد حسب الأصول^{٢٤}.

خامسا: الطعن في الحكم الصادر بالأمر بالتنفيذ

بقراءة متأنية للمادة (٤٥) من قانون التحكيم الفلسطيني نجد أن قرار المحكمة بتصديق حكم التحكيم يكون نهائيا وبالتالي لا يكون خاضعا لأي طريق من طرق الطعن^{٢٥}. في حين ذهبت المادة (٤٦) من ذات القانون على سريان قواعد وإجراءات الاستئناف المعمول بها أمام المحكمة المستأنف إليها على استئناف الحكم الصادر من المحكمة المختصة مما يشكل تناقض واضح بين هذين النصين وهو أمر غير محمود^{٢٦}. بينما نصت المادة (٥٣) من قانون التحكيم الفلسطيني على جواز استئناف قرار المحكمة الصادر بالأمر بالتنفيذ قرار تحكيم الأجنبي، أو رفض تنفيذه وذلك خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي لتاريخ صدوره إذا كان وجاهيا وإلا من اليوم التالي لتاريخ تبليغه إذا كان غيايبا^{٢٧}.

الفرع الثاني: ضمانات تنفيذ التحكيم الأجنبي:

نظرا لاختلاف وتباين القوانين الداخلية في كل دولة فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وصعوبة وجود قواعد موحدة أدى ذلك إلى عدم وجود آلية فاعلة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهذا يتعارض من الغاية الأساسية التي تقوم عليها فكرة التحكيم . إن سلطة تنفيذ حكم التحكيم ضد الممتنع عن التنفيذ قد تتضمن الحجز على أمواله أو بيعها أو الحبس أو غير ذلك من الإجراءات التي تعد من اختصاص الدولة كسلطة عامة ولا يمكن للدولة أن تفوض غيرها للقيام به، وبالتالي فإن تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يكون في محاكم الدولة ووفقا للقواعد القانونية المطبقة فيها والتي تختلف من بلد الى اخر . حيث كان من ضرورة وجود ضمانات لتنفيذ حكم التحكيم في دولة غير الدولة التي أصدرته من توافر ضمانات تكفل له التنفيذ الفاعل مما أدى إلى نشاط مكثف من قبل المنظمات والمؤسسات المعنية بالتحكيم لحث الدول على الدخول في اتفاقيات دولية تتضمن النفاذ الدولي لأحكام التحكيم وقد تنوعت هذه الاتفاقيات على المستوى الدولي وانضمت اليها معظم دول العالم وهي اتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية لسنة ١٩٥٨ ومنها على المستوى الإقليمي^{٢٨} . سوف نتعرض لأراء فقهاء في هذا الموضوع ميزت بين عده افتراضات :

١. أن ينشا التامين تلقائيا وبقوة القانون كأثر للحكم وهنا يعتبر التامين من ضمانات التنفيذ المقترنة بالحكم وبما أن إجراءات التنفيذ الجبري تخضع لمبدأ الإقليمية فإن هذه التامينات لا يتجاوز أثرها إقليم الدولة التي صدر الحكم فيها .

٢٣. المادة (٥١) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٤. المادة (٥٢) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٥. المادة (٤٥) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٦. المادة (٤٦) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٧. المادة (٥٣) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠.

٢٨. عزت البعيري، مرجع سابق، ص ١٦١.

ومن مقتضى منح الأمر بالتنفيذ أن ينزل حكم التحكيم الأجنبي منزلة الأحكام الوطنية بما يترتب عليه كافة الضمانات التي يرتبها قانون المحكمة التي أصدرت الأمر ولو كان الحكم الأجنبي مجرداً من كل تامين^{٢٩}.

٢. إذا كان مصدر التامين القانون الذي يحكم الحق محل النزاع مثل قانون العقد أو قانون محل وقوع الفعل الضار بحيث يجعل المسئولين عن الالتزام متضامنين في هذه الحالة يعتبر الحكم كاشفاً للتامين وليس منشأً له عندئذ يكون التضامن منتجاً لأثاره عبر حدود الدولة التي اصدر قضاؤها الحكم .
٣. حق الاختصاص لا يعد من ضمانات التنفيذ لأنه يعتبر من الآثار القانونية المترتبة على الحكم^{٣٠}.

الاستنتاجات:

١. قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ ما زال ساري المفعول في فلسطين بما لا يتعارض مع قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠.
٢. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ ما زال ساري المفعول في فلسطين بما لا يتعارض مع قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠.
٣. تطبيق المشرع الفلسطيني المعيار الجغرافي لتحديد إذا كان التحكيم أجنبياً لاكسائه الصبغة التنفيذية
٤. معظم الدول وضعت ضوابط لتنفيذ واكسائه حكم التحكيم الأجنبي الصبغة التنفيذية وأهمها عدم التضارب مع فكرة النظام العام.
٥. عدم مراعاة فكرة وسمو الاتفاقيات الدولية على القوانين الداخلية في معرض التعامل او تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في كثير من الدول.
٦. معظم الدول العربية ومنها فلسطين اخذت بفكرة التنفيذ الجبري أي يتطلب صدور أمر من جهة قضائية للتنفيذ.
٧. التباين في وجهات نظر الدول في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وهذا يتعارض مع الفكرة الأساسية التي يقوم عليها التحكيم.
٨. وجود تناقض واضح ما بين المادة ٤٥-٤٦ وغيرها من مواد قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ مما يؤدي لخلق حالة من الفوضى والتشتت لقاضي الموضوع.
٩. المادة (٥٣) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ أجازت استئناف الأمر بتنفيذ قرار التحكيم الأجنبي، او رفض تنفيذه مما يؤدي لهدر المقصد الحقيقي من التحكيم وهي سهولة الإجراءات والبت في المنازعات (تناقض).

التوصيات:

١. ضرورة إجراء تعديل على قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ والنص صراحة على إلغاء قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ و الغاء قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٥٢ وعدم الاكتفاء بالغاء كل ما يتعارض معهما حتى لا تظل القواعد التي تنظم الاحكام المتعلقة بالتحكيم متناثرة بين رزمة قوانين.
٢. إزالة التناقض ما بين مواد قانون التحكيم الفلسطيني ومنها (٤٥-٤٦-٥٣) رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ وإجراء تعديل تشريعي بعدم جواز الطعن في قرار الصادر بالتنفيذ لان التحكيم يتميز بالمرونة وبسهولة الإجراءات والبعد عن الإجراءات المتبعة أمام المحاكم من اجل تحقيق مزاياه في سرعة البت إنهاء

٢٩. منير عبد المجيد ،الاسسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ،دون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٠ ص٤٣٣

٣٠. منير عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص ٤٣٤ .

- النزاع وتنفيذ الحكم الفاصل فيه .
٣. النص على أن حجية حكم التحكيم تعد من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها انطلاقاً من إقرار القانون للتحكيم بوصفه وسيلة لحسم النزاعات واستقرار الحقوق والمراكز القانونية مما يؤكد فاعليته في ذلك .
٤. خلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول للاستفادة من تجاربها في هذا المجال والمشاركة في جميع المؤتمرات التي تتناول موضوعات التحكيم والاطلاع على كل ما هو جديد في هذا المجال .
٥. عقد الندوات وتوزيع النشرات بهدف توعية المواطنين بأهمية التحكيم وما يتمتع به من مزايا وهذا بحد ذاته يساعد في إنجاح مراكز التحكيم والقيام بدورها على اكمل وجه .
٦. تفعيل دور موضوع التأمين كضمانة لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي على المستوى الدولي، الإقليمي، الوطني.
٧. أن يتوافق قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ مع اتفاقية نيويورك من خلال إعادة صياغة وترتيب موادها واعتبار احكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها له اثر في اعتبارها قانونا واجب التطبيق ما لم تتوافر الحالات المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك المذكورة .
٨. التوصية بتبني المعيار القانوني إلى جانب المعيار الجغرافي عند التمييز بين قرارات التحكيم ومخالفة اتفاقية نيويورك والرياض فكلهما اطلق العنان للمعيار الجغرافي لاكساء قرار التحكيم الأجنبي .

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

١. قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠
٢. قانون التنفيذ الفلسطيني رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٥
٣. قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٨
٤. قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية رقم ٨ لسنة ١٩٥٢

المراجع

١. المحامي ناظم عويضة، شرح قانون التحكيم، دون طبعة، دون دار نشر، غزة، سنة ٢٠٠١ .
٢. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٨٦ .
٣. عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية دراسة مقارنة، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٧ .
٤. عيد محمد القصاص، حكم التحكيم دراسة مقارنة تحليلية في قانون التحكيم المصري المقارن، دون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣ .
٥. منير عبد المجيد، الاسسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٠
٦. القاضي محمود غالب الحاج، مجموعة القرارات والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة الاستئناف المنعقدة في رام الله من بداية ١٩٦٧ حتى نهاية ١٩٧٢، دون طبعة، دون دار نشر، دون مكان نشر، دون تاريخ نشر .
٧. ايمن محمد احمد المؤمني، التحكيم بين القضاء والقانون، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٣ .

الرسائل الجامعية

١. محمد عابد الخزاولة، موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠١٧ .
٢. الاتفاقيات الدولية .
٣. اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك ١٩٥٨) .

قضية رقم (7)



دولة فلسطين
السلطة القضائية
محكمة الاستئناف

«الحكم»

الصادر عن محكمة استئناف رام الله
المأذونة بإجراء المحاكمة وإصداره
باسم الشعب العربي الفلسطيني

الهيئة الحاكمة برئاسة القاضي السيد رائد عصفور
وعضوية السادة القضاة راشد عرفة ووسام السلايمة

المستأنف: مجلس الخدمات المشترك مشروع الصرف الصحي لمحافظة طولكرم والمعروف باسم مجلس
خدمات مشترك وادي الزومر
وكلاؤها المحامون عميد عناني وشاكر دار علي وبراء مخو ومحمد دحادحة
المستأنف ضده: جميل يوسف مصلح الطريفي بصفته المفوض بالتوقيع عن شركة الطريفي للمقاولات
والاعمار المساهمة الخصوصية المحددة
وكلاؤها المحامين: احمد شرعب و/ او فارس شرعب

«يتم نشر هذا الحكم بالتنسيق مع كلية القانون،
جامعة النجاح الفلسطينية (موقع مقام)»



موضوع الاستئناف: الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١/١١ عن محكمة بداية طولكرم في الطلب رقم ٢٠١٦/١٠٦ المقدم لرد الدعوى قبل الدخول في الاساس المتفرع عن الدعوى الحقوقية رقم ٢٠١٦/٩٠ والقاضي برد الطلب والانتقال لرؤية الدعوى المدنية رقم ٢٠١٦.٠./٩٠

تتلخص اسباب الاستئناف بما يلي:

١. الحكم المستأنف مخالف للأصول والقانون ومشوب بالقصور
٢. الحكم المستأنف حريا بالالغاء كونه صدر دون الاستناد الى اية بينة ولم يعلل تعليلا كافيا وواضحا
٣. الحكم المستأنف جاء ضد وزن البينة.
٤. اخطات المحكمة بعدم رد الدعوى لثبوت وجود اتفاق تحكيم.

الاجراءات

وبالمحاكمة الجارية علنا وبجلسة ٢٠١٨/٣/٦ التمس وكيل الجهة المستأنفه قبول الاستئناف في حين التمس وكيل المستأنف عليه عدم قبول الاستئناف شكلا وبجلسة ٢٠١٨/٣/٢٥ ختمت اجراءات المحاكمة.

المحكمة

بالتدقيق المداولة، نجد ان هذا الاستئناف ينصب على قرار محكمة اول درجة برد طلب الجهة المستأنفه بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم و الانتقال لرؤية الدعوى المدنية ٩٠ / ٢٠١٦، وحيث ان الدفع بوجود شرط التحكيم يكون لأجل الوقف المؤقت لنظر الدعوى من قبل المحكمة فهو لا يتعلق بعيب في الدعوى ذاتها او في مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى ، فالحكم الصادر بوقف الإجراءات والإحالة التحكيم لا يستفد سلطة المحكمة فهو لا ينهي الدعوى ولا يزيل الخصومة وتبقى الدعوى قائمة أمام المحكمة بدليل إمكانية العودة إلى التقاضي أمام المحكمة التي أقيمت الدعوى أمامها في حال تعذر مواصلة التحكيم وكذلك إمكانية مراجعة المحكمة المختصة أثناء سير اجراءات التحكيم لإصدار قرارات فيما يطلب منها اتخاذ من تدابير وقائية أو تحفظية وغيرها من الإجراءات تتعلق بالتحكيم وفق ما نصت عليه المواد ١٧ و ٢٩ و ٣٣ و ٣٤ من قانون التحكيم الفلسطيني وذلك دون الحاجة لإقامة دعوى جديدة ودفع رسوم عنها، كما أننا نجد ان المشرع الفلسطيني وعلى الرغم مما ثار من جدل فقهي واضطراب بالأحكام القضائية حول طبيعة الدفع بشرط التحكيم قبل صدور قانون التحكيم و على الرغم من تأثره بنص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الا انه لم ينص صراحة على عدم قبول الدعوى في نص المادة السابعة ، كما فعل المشرع المصري بنص بالمادة ١٣ من القانون المذكور حيث أوجب على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى ، و بذلك يكون المشرع الفلسطيني قد اغفل وبشكل مقصود اعتبار هذا الدفع من الدفع المتعلقة بعدم القبول ومن المعلوم إن المشرع منزه عن اللغو وإذا أراد قال فسكوته يدلل ويؤكد على عدم اعتباره لدفع بشرط التحكيم دفعا بعدم القبول.

وعليه واستنادا لما تقدم فإننا نرى ان الدفع بوجود شرط التحكيم لا يعتبر دفعا بعدم القبول ولا يخضع بذلك لأحكام المادة ٩٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١، كما ان القول بان الدفع بوجود شرط التحكيم هو دفع ذو طبيعة خاصة او دفعا بعدم الاختصاص فان مثل هذا القول لا يجعل من الحكم الصادر برد الطلب المتصل بوجود شرط التحكيم قابلا للاستئناف استقلال طالما انه

يصدر أثناء سير الدعوى و لا تنتهي به الخصومة وإنما يخضع في ذلك للقواعد العامة المتعلقة بالطعن بالأحكام، وفقاً للمادة ١٩٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١ و التي وضعت قاعدة عامة مفادها عدم جواز في الطعن في القرارات التي تصدر أثناء سير الدعوى إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها وذلك فيما عدا الأحكام المستعجلة والأحكام الصادرة بوقف الدعوى و القرارات القابلة للتنفيذ الجبري والأحكام المتعلقة بعدم الاختصاص والإحالة، وحيث ان قرار المحكمة برد طلب و الانتقال لرؤية الدعوى لا يعتبر من ضمن القرارات التي عدتها المادة ١٩٢ المشار إليها، و لا ينهي النزاع في الدعوى الأصلية و لا ترتفع به يد المحكمة عن القضية، وحيث لم يرد نص على جواز الطعن به استقلالا الامر الذي نجد معه بأنه لا يجوز الطعن بالقرار موضوع هذا الاستئناف إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها.

لذلك

تقرر المحكمة وسندا لما تم بيانه عدم قبول الاستئناف على ان تعود الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة على الفريق الخاسر بالنتيجة.

حكماً حضورياً صدر وتلي علناً باسم الشعب العربي الفلسطيني وافهم في ٢٥/٣/٢٠١٨

الهيئة

رئيس

الكاتب

”

إن التحكيم يعمل على التخفيف
على القضاء بالنظر في الخصومات
او النزاعات نظرا لحجم القضايا
المتراكمة في المحاكم

“

دور جودة الأداء في إدارة التحكيم وفق نظم إدارية وقواعد قانونية



م. محمد عبدالله عابدين

المحكمة العربية الدائمة للتحكيم-رئيس فرع الكويت
رئيس مركز المستشار للاستشارات التحكيمية العامة

الكويت

المقدمة

لا يختلف اثنان حول قيام نظام الحكم في الدولة الحديثة على سلطات ثلاث رئيسية، (السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية)، حيث تضطلع كل سلطة بوظيفة أساسية في تسيير قاطرة الحياة وتتضافر جهودها معاً لتوفير النظام والأمن والرفاهية للمواطنين، تلكم هي السلطة التشريعية المعنية أساساً بالتشريع والرقابة على عمل السلطة التنفيذية فيما تضطلع به من تنفيذ السياسة العامة للدولة وإشباع الحاجات الدائمة والمتجددة للأفراد وهي السلطة التي يعبر عنها بتعبير (الحكومة) والسلطة القضائية التي تيطها الدساتير المختلفة ولاية الفصل في الخصومات تحقيقاً للترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها.

والأصل أن ولاية الفصل في الخصومات معقودة للسلطة القضائية التي هي إحدى السلطات الرئيسية في الدولة الحديثة، تضطلع بها وتسهر على أدائها عبر المحاكم المختصة وفقاً لأليات التقاضي المختلفة التي يستخدمها المتقاضون نفاذاً إلى رحابها بغية الحصول على الترضية القضائية على نحو ما أسلفنا، بما مؤداه أن اللجوء إلى هذه السلطة للحصول على تلك الترضية حق للمواطن لا يجوز تكبيله بقيود تعسر الحصول عليها وإلا كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق وإنكاراً لوجه العدل في جوهر ملامحه.

وإذا كان من واجبات الدولة الحديثة والتزاماتها الأساسية أن يتضمن تكوينها العام سلطة قضائية مستقلة تتمتع بالحيادة والنزاهة والكفاءة، وأن تشمل هذه السلطة على محاكم منتشرة في ربوع الدولة تيسر على المواطن استخدام حقه في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، فإنه ليس في ذلك كله ما يفرض على المواطن أن يلجأ إلى تلك المحاكم جالباً خصمه إلى ساحاتها ليتنازلاً هجوماً ودفعاً ودفاعاً في رحابها، بل قد يتفقد الطرفان على اختيار آلية أخرى لحل النزاع الناشب بينهما.

لعل من أكثر هذه الأليات ذيوماً وفاعلية في العصر الحديث الذي يولى اعتبارات التجارة أهمية كبرى، وينزلها منزلاً عالياً في منظومة الحياة المعاصرة (نظام التحكيم) والذي يتمثل -حسب أصله- في عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذه المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة مجرداً عن التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحلها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظرة تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية.



فالتحكيم إذن مبناه ومصدره الاتفاق الذي يحدد طرفاه نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن ان تعرض لهما، أي إلى هذا التحكيم الاتفاقية - تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت في هذه المسائل، ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه، فيؤول التحكيم بذلك وينحل إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع وركيزتها اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم فيتولون مهامهم بإسناد من الدولة.

٢- المحور الأول: ارشادات إدارة جودة التحكيم وفق المعايير الدولية

٢.١ الفقرة الأولى: من الأداء الى الأداء الجيد وفق منهجية الخبير حسان

يعتمد نهج حسان بشكل أساسي على إنشاء «أداة عالي الجودة» من خلال الجمع بين خمسة عناصر رئيسية:

عجلة PDCA

الحكمة الذهبية

ISO/MSS

الشركاء الخمس

على حد علمنا، يعتبر البروفيسور حسان أول من نظر في تطوير منهجية تربط بين الجوانب الأخلاقية والعملية أثناء تنفيذ أنظمة إدارة الجودة على مستوى الموظفين الفرديين

لا يتعين على المؤسسات أن تكون مرنة ومبتكرة فحسب، بل يتعين عليها أيضاً الحفاظ على الأداء الجيد، ربما ومع ذلك لا تزال تلبى توقعات عملائها ISO من خلال مجموعة من المعايير بما في ذلك وبالتالي: فإن رحلة التميز ليست تحدياً فحسب، بل هي أيضاً وسيلة للبقاء تنافسياً، وللتعلم المستمر، وفهم وإدارة المخاطر، والاستفادة من نقاط القوة، وتحويل نقاط الضعف إلى فرص جديدة من خلال التركيز الرئيسي لنهج حسن هو ملائمة المنظمة على المستويات الأخلاقية والمعنوية كمرحلة تحضيرية قبل اعتماد اي معيار لنظام إدارة الجودة وهذا النهج هو على النحو التالي:

أول شيء يجب على أي منظمة أن تطبقه لضمان الجودة بين أنظمتها هو وضع قاعدة من الأخلاق والمبادئ.

أولاً: منظمة تركز على العملاء

عادة ما يكون التركيز على العملاء مساهماً قوياً في النجاح، التركيز على العملاء يعني خدمة احتياجات عملائها الشامل للأعمال التجارية وضمان أن تضع جميع جوانب الشركة رضا عملائها أولاً.

ثانياً: دور القيادة الجيدة في نجاح الأداء الجيد

بدون قيادة سليمة، من المرجح أن تكون عملية مراقبة الجودة أقل فعالية القيادة تضع هذه المبادئ موضع التنفيذ قد يكون لدى المنظمة جميع أفضل الممارسات المستخدمة في الصناعة، ولكن الأمر يتطلب من القيادة الداخلية نقل إدارة الجودة إلى المستوى الذي يضع الشركة في أفضل وضع ممكن للنجاح.

ثالثاً: مشاركة الموظف

إنها فلسفة إدارة وقيادة حول كيفية تمكين مشاركة الموظف ليست الهدف ولا هي أداة، كما تمارس في العديد الأشخاص بشكل أكبر للمساهمة في التحسين المستمر والنجاح المستمر لتنظيم عملهم.

رابعاً: نهج العمليات

بأكملها ISO نهج العملية هو أحد مبادئ إدارة الجودة الثمانية التي تستند إليها معايير ينص هذا المبدأ على أن النتيجة المرجوة تتحقق بشكل أكثر كفاءة عندما تتم إدارة الأنشطة والموارد ذات الصلة كعملية.

خامساً: منهج النظام للإدارة نظام متكامل

يمنح هذا النهج المدير أيضاً ينظر نهج النظام للإدارة إلى التنظيم كنظام موحد هادف يتكون من أجزاء مترابطة

سادساً: التحسين المستمر

عملية التحسين المستمر هي جهد مستمر لتحسين المنتجات أو الخدمات أو العمليات.

سابعاً: اتخاذ القرار القائم على الحقائق القرار المكونة من 4 خطوات والتي يتم الاستشهاد بها غالباً وهي:

تحديد المشكلة

وزن النظر في الاحتمالات

تفسير الخيارات وفرزها.

إصدار حكم نهائي أو قرار.

ثامناً: علاقة الموردين ذات المنفعة المتبادلة

تعني شراكة الموردين أيضاً أنه في مراقبة الجودة، تستند العلاقة الممتدة بين المشتري والبائعين إلى الثقة والمصادقية والمنفعة المتبادلة.

PDKA

يجب على أي منظمة تنوي تحقيق خدمات أو منتجات عالية الجودة ان تضع الخطوات الأربع لدورة أولوياتها PDCA خطوات دورات.

التخطيط أثناء مرحلة التخطيط، يجب تحديد كل التفاصيل في عملية الانتاج والتخطيط لها، قم بما يلي:

تطبيق ما تم التخطيط له والتنفيذ بعد الحصول على بيانات دقيقة، وتحسين جودة البيانات عند الضرورة

تحقق: لإعادة دراسة العملية برمتها وقياس النجاح من خلال تحليل النتيجة والحقائق وأيضاً للتحقق مما إذا كان كل شيء قد تم وفقاً للخطة

التصرف في مرحلة الفعل، يتعين على كل منظمة أن تسأل نفسها عما إذا كان من الممكن التخطيط للعملية بطريقة أفضل، ولتحسين العملية الحالية.

القاعدة الذهبية

يساعد اتباع القاعدة الذهبية المنظمة على الوصول إلى هدف الجودة. «أكتب ما ستفعله، وافعل ما كتبت، وتحقق، ثم تصرف»

ISO / MASS

الشركاء الخمسة للجودة

لا يمكن إعلان أن تنفيذ أن نظام إدارة جودة «ناجح» ما لم يتم تلبية توقعات الجودة لكل من الشركاء الخمسة للجودة بشكل مناسب هؤلاء الشركاء هم،
العملاء: توقع خدمات معينة على مستوى جودة معين فيما يتعلق بالوقت والمكان والكمية والجودة.

القيادة: توقع تحقيق أهدافهم، وخلق سمعة ممتازة لمنظمتهم مع التحسين المستمر وزيادة الإنتاج.
التكاليف: توقع أيضاً أسعاراً عادلة وعلاقة قوية وطويلة الأمد مع عملائهم.
المورد: توقع تلقي طلبات واضحة ومفصلة ومحددة لتجنب أي لبس محتمل.
المجتمع: توقع التواصل الأخلاقي والمعنوي مع دعم تنمية المجتمع والتنظيم الصديق للبيئة

٢.٢ الفقرة الثانية: الفرق بين عملية التحكيم وإدارة التحكيم

ينقسم التحكيم من حيث مدى وجود مؤسسة تحكيمية تديره، إلى تحكيم حر ومؤسساتي

٢.٢.١ النقطة الفرعية الأولى: التحكيم الحر

وهو تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الذاتي، وهو تحكيم طليق من أي قالب جاهز مسبقاً، يتم تحت إدارة وإشراف أطراف النزاع بمناسبة نزاعهم خارج إطار أي مؤسسة أو مراكز من مراكز التحكيم، حيث يتم اختيار المحكمين من طرفهم دون التقيد بنظام دائم، فيجري في حالات فردية لأنه خاص بحالتهم دون غيرهم، ولا يختار الأطراف هيئة دائمة، وإنما يلجئون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم.
كما يتولون في الوقت نفسه تحديد الإجراءات والقواعد تطبق فيه (القانون الواجب التطبيق)، مكان التحكيم وهو المحكم.

وبعبارة أخرى، فإن التحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بعينها، سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاه أو من حيث القواعد والإجراءات التي تطبق عليه، كما يتميز بأنه يغلب أن يكون أقل تكلفة، وأكثر مرونة وسرعة، ويسود اللجوء إليه في بعض المنازعات، كما هو الحال في المنازعات البحرية الدولية ومنازعات إعادة التأمين.

٢.٢.٢ النقطة الفرعية الثانية: التحكيم المؤسساتي

كما يسمى المؤسساتي، أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة أو التحكيم النظامي، لقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولاً في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار.

يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم، حيث تتولاه هيئات أو منظمات قائمة ويطبق بشأنه قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً من قبل الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها، ولوائح هذه الهيئات تكون واجبة التطبيق بمجرد اختيار الأطراف هذه الهيئات للفصل في النزاع.
بالتالي تتحصر إرادة الأطراف في اختيار إحدى مراكز التحكيم الدائمة، والتي تتولى إدارته والإشراف عليه مؤسسات أو منظمات وطنية أو دولية على نحو دائم ومستمر.

- والخلاصة أن الاتفاق على إحالة النزاع الى التحكيم فقط، أو وفق قواعد تحكيم معينة دون الإشارة إلى مؤسسة تحكيمية محددة، هو اتفاق على تحكيم حر، في حين أن الاتفاق على التحكيم وفق قواعد مركز أو مؤسسة أو هيئة معينة، هو تحكيم مؤسسي.
- ومن مزايا التحكيم المؤسسي حيث زادت نسبة اللجوء إليه بدلا من التحكيم الحر، لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية، مما يجعله أكثر كفاءة في إدارة تحكيمات المنازعات الكبيرة القيمة وذات الطبيعة التقنية المعقدة، وتتمثل تلك الكزايا فيما يلي:
- إن مؤسسات التحكيم الدائمة لديها قوائم بأسماء محكمين متخصصين في مختلف أنواع المنازعات، ويتمتعون بشهرة واسعة وسمعة جيدة، يستطيع أطراف النزاع اختيار محكميهم من بينهم، وإذا يختصرون الوقت والجهد في البحث عن المحكم المناسب خاصة إذا ما تعلق الأمر بمسائل تقنية يحتاج فهمها إلى خبرة وتخصص غير متوفرين على نطاق واسع.
 - إن القواعد والنظم التي يتم على أساسها التحكيم المؤسسي هي قواعد معدة سلفاً ومختبرة من قبل، وفي تطور وتحسن مستمر، بحيث إذا تلبى طلبات المحكمين وتغطي كل الحالات التي يمكن أن تطرأ والتي لم يأخذها الأطراف في الحسبان.
 - إن التحكيم المؤسسي يعتبر الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف، في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة سابقاً.
 - توفر المؤسسات التحكيمية الدائمة، المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه.

٢.٢.٣ النقطة الفرعية الثالثة: نبذة عن أهم مؤسسات التحكيم الدولية

لقد ازداد عدد مؤسسات التحكيم الدائمة، بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولاً في حسم منازعات التجارة الدولية والاستثمار، ومن أهمها والمركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي الدولي (AAA)، محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي، محكمة التحكيم الدائمة مقرها لاهاي هولندا، محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)، وتجدر الإشارة إلى أن بعض مؤسسات التحكيم الدائمة قد تنشأ للاختصاص بنوع معين من المنازعات دون غيرها، مثل مركز الإسكندرية للتحكيم البحري والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الدولي (WIPO)

٣- المحور الثاني: الاداء الجيد لإدارة التحكيم وفق القواعد القانونية

٣.١ الفقرة الأولى: ادارة الدعاوي التحكيمية وفق مقتضى القانون و Unstentral

تم اعتماد قواعد الأونسيترال للتحكيم من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٧٦ بعد مداوات ومشاورات مكثفة مع العديد من المنظمات الدولية وخبراء مجال التحكيم، وقد تم إجراء تلك المشاورات تحت رعاية لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسماة بالأونسيترال (UNCITRAL) وقد تم مراجعة وتنقيح قواعد الأونسيترال في عام ٢٠٢٠ وذلك لكي تعكس التطور الذي طرأ على الممارسات التحكيمية منذ اعتماد القواعد في عام ١٩٧٦. وقد تم مراجعة القواعد مرة أخرى في ٢٠١٣ وذلك لإضافة قواعد الأونسيترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

يمكن لأي طرف في منازعة أن يطلب من الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم أن يقوم بتسمية سلطة تعيين بموجب

قواعد الأونسيترال في الحالات الآتية:

أولاً: بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم لعام ١٩٧٦:

- في الحالات التي يتعين فيها تعيين محكم وحيد ولكن لم يتفق الأطراف على إختياره في غضون المدة المحددة لذلك (المادة ٦)
- في الحالات التي يتعين فيها تعيين ثلاث محكمين ولكن لم يقم فيها الطرف المدعى عليه بإختيار المحكم الذي يجب عليه إختياره خلال المدة المحددة لذلك (الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٧)، أو في حالة عدم إتفاق المحكمين المعيّنين على إختيار المحكم الرئيس خلال المدة المحددة لذلك (الفقرة ٣ من المادة ٧)
- في الحالات التي تتعاضد أو ترفض فيها سلطة التعيين التي تم تعيينها أن تقوم بتعيين محكم خلال المدة المحددة لذلك (الفقرة ٢ من المادة ٦ والفقرة ٢ من المادة ٧)
- في الحالات التي يتم فيها طلب رد أيا من المحكمين (المادة ١٢).

ثانياً: بموجب النسخة المعدلة من قواعد الأونسيترال للتحكيم لعامي ٢٠١٠ و ٢٠١٣

- في الحالات التي لم يتفق فيها الأطراف على تسمية سلطة تعيين خلال مدة ٣٠ يوماً من تاريخ تقديم اقتراح من أحد الأطراف بتسمية شخص أو أكثر أو مؤسسة أو أكثر للقيام بمهام سلطة التعيين (الفقرة ٢ من المادة ٦)
- باستثناء الحكم الوارد بالبند ب من الفقرة ٤ من المادة ٤١، في الحالات التي تتعاضد أو ترفض فيها سلطة التعيين التي تم تعيينها أن تقوم بتعيين محكم خلال مدة ٣٠ يوماً من تاريخ إستلامها لطلب تعيين المحكم، في حالة ما إذا تقاعست سلطة التعيين عن التصرف خلال المدة المحددة في القواعد، أو في حالة ما إذا تقاعست عن البت في طلب رد أحد المحكمين خلال مدة معقولة بعد إستلام طلب الرد (الفقرة ٤ من المادة ٦)

المزيد من المعلومات عن الإجراءات الخاصة بتقديم طلب إلى الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم التسمية سلطة تعيين، يرجى زيارة الرابط الخاصة بتسمية سلطة التعيين.

٣.١.٢ النقطة الفرعية الثانية: رد المحكمين

عند البت في طلبات رد المحكمين، يقوم الأمين العام - وفقاً لظروف كل قضية - بإتخاذ القرار مباشرة أو بعد التشاور مع لجنة خاصة مكونة من ثلاثة أشخاص يجب أن تكون الأغلبية فيهم من جنسية مختلفة عن جنسية الأطراف.

لمزيد من المعلومات عن الإجراءات الخاصة بتقديم طلب إلى الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم للبت في طلبات رد المحكمين، يرجى زيارة الرابط الخاص بالأمين العام للمحكمة كسلطة التعيين.

٣.٢ الفقرة الثانية: إرشادات إدارة التحكيم وفق القانون المغربي:

تعتمد إجراءات التحكيم على مجموعة من القواعد المسطرية التي يتبعها المحكمون أثناء البت في النزاع، وتختلف الإجراءات الواجب اتباعها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، بين ما إذا كان التحكيم حراً أو مؤسسياً.

فبالنسبة للتحكيم الحر وهو التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل فيه، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه.

فعن طريق هذا النوع من التحكيم تستقل الأطراف بوضع نظام إجراءات التحكيم، دون التقيد بنظام عمل تحكيم معين، حيث يتولى فيه المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم، وفقاً لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقاً للقواعد العامة للتحكيم.

أما بالنسبة للتحكيم المؤسسي، وهو عندما يكون له وجود دائم في كنف نظام قائم، أي عندما تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفاً، وتحددها الاتفاقيات الدولية والقرارات المنشئة لهذه الهيئات.

وتخضع الدعوى التحكيمية القائمة بين طرفي النزاع لنظام جهة خاصة تقوم بالفصل في النزاع، وهي عبارة عن مؤسسة أو هيئة تحكيمية، هذه الأخيرة تحدد الإجراءات وطريقة تعيين المحكمين وعزلهم...، ومن بين هذه المؤسسات نجد المركز الدولي للتوفيق التحكيم بالرباط ومحكمة التحكيم بلندن ومركز المنازعات بواشنطن..

ومن خلال المحاضرة القيمة التي قدمها لنا الاستاذ يوسف نصري فقد اعترف المغرب لأول مرة بالتحكيم المؤسسي، من خلال المستجدات التي جاء بها القانون ٠٨.٠٥، وخاصة الفقرة الثالثة من الفصل ٣١٩ التي تنص «عندنا يعرض على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه وضمان حسن سيره طبقاً لنظامه.»

١.٢.٣ النقطة الفرعية الأولى: تدير الدعوى الافتتاحية وتبادل الطلبة والدفع بين أطراف النزاع ينص الفصل ٣٢٧-١٤ من قانون رقم ٠٨.٠٥ على أنه: «يجب على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدعواه تشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه المذكرة ويرفقها بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها.»

يتضح لنا وكما شرح لنا استاذنا الدكتور يوسف نصري من خلال هذا الفصل، أنه على طالب التحكيم أن يتقدم بمذكرة كتابية، تشمل اسمه وصفته وعنوانه، واسم المطلوب وصفته وعنوانه وعرضاً موجزاً لوقائع النزاع، وكذلك لطلباته وللوثائق والأدلة المستعملة، داخل الأجل المتفق عليه من قبل الأطراف أو من قبل الهيئة التحكيمية.

وتتجلى أهمية هذه المعطيات والبيانات في تحديد مدى صحة وحدود الاختصاص الممنوح للهيئة التحكيمية، لكون المدى يضمن مذكرته جميع المعلومات التي تساعد الهيئة التحكيمية في تحديد ما إذا كان النزاع يدخل في اختصاصها، أو أن الطلبات يشملها اتفاق التحكيم، وكذلك تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات من خلال معرفة المدعي من المدعى عليه، فالأول هو الذي يلتزم بالإثبات، وهذا ينسجم مع قاعدة «الإثبات على من يدعي واليمين على من أنكر».

كما يعتبر الحق في الدفاع من الحقوق التي لا ترتبط بقانون معين وإنما هو معطى عالمي، يعمل به في كل الأنظمة كيفما كان نوعها وبالتالي فهو من القواعد الأزلية التي استقرت في أعماق الضمير الإنساني على مر العصور وأصبحت تشكل إرثاً ثقافياً تتوارثه الأجيال.

هكذا منح المشرع المغربي للمدعى عليه فرصة الدفاع على حقه من خلال تقديم المذكرة الجوابية حسب تصريح الفصل ٣٢٧-٢٤ من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية رقم ٠٨-٠٥ المغربي في فقرته الثانية الذي نص على أنه: يجب على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد بدفاعه رداً على ما جاء بمذكرة الدعوى،

وله أن يضمن هذه المذكرة طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة ويرفقها بكل الوثائق التي يريد استعمالها للإثبات أو النفي.

كما نصت الفقرة العاشرة من الفصل ٢٢٧-١٤ من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية رقم ٠٨-٠٥ المغربي على أنه إذا لم يقدم المدعى عليه مذكرته الجوابية داخل الأجل المحدد له تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعي .

٢,٢,٣. النقطة الفرعية الثانية: الترشيح الجيد لإدارة الجلسات

يعتبر استدعاء الأطراف والتحقيق في الدعوى من بين صور حماية حقوق الدفاع والمحكمة العادلة، لذلك سنتولى دراسة كيفية استدعاء الأطراف (أولاً)، ثم نتطرق إلى إجراءات التحقيق (ثانياً).

أولاً: استدعاء الأطراف

إن استدعاء الأطراف لحضور جلسات التحكيم يعتبر من الأهمية بمكان بحيث يمكنهم من العلم بتاريخ الجلسة، بقصد إعداد الدفاع والحجج والتي ينوون استعمالها أمام هيئة التحكيم لإثبات ما يدعونه أما بالنسبة لكيفية الاستدعاء فإن قانون المسطرة المدنية قد حدد القواعد الواجبة أمام القضاء وأمام التحكيم من خلال الفصول ٢٧ و ٢٨ و ٢٩، وغالباً ما يتم الاعتماد على البريد المضمون مع الاشعار بالتوصل في استدعاء الأطراف للحضور أما هيئة التحكيم

ثانياً: إجراءات التحقيق

من خلال استفتاء فصول القانون ٠٨٠٥ نلاحظ أن هيئة التحكيم تتمتع بجميع الصلاحيات المرتبطة بالت في المنازعة المروضة عليها ومن بين الإجراءات التي تقوم بها هيئة التحكيم من أجل التحقيق نجد:

استدعاء الشهود

أن قانون المسطرة المدنية لم يتعرض لإجراءات الشهادة في ميدان التحكيم، على خلاف القانون ٠٨٠٥ الذي تطرق إلى استدعاء الشهود وسماعهم خلال الفصول ١٠٣٢٧ و ١١-٣٢٧ و ١٢,٣٢٧، حيث تبين من خلال هذه الفصول أن المشروع أعطى للمحكم أو للهيئة التحكيمية صلاحية القيام بجميع إجراءات التحقيق، غير أن الإشكال المطروح هو في حالة امتناع الشاهد عن الحضور أو حضوره وامتناعه عن الشهادة أو عدم إجابته عن الأسئلة، ففي هذه الحالة ليس أمام المحكم أو الهيئة التحكيمية سوى اللجوء إلى القضاء لإلزام الشهود بالحضور أو توقيع الجزاءات المنصوص عليها قانوناً، وهو ما أقره المشرع المصري (٢٣) وأغفله المشروع المغربي.

خاتمة

تعتبر الدعوى التحكيمية الوسيلة الإجرائية التي بمقتضاها يتمكن أطراف اتفاق التحكيم من الدفاع عن حقوقهم التي قد تضررت من جراء النزاع موضوع اتفاق التحكيم، حيث تبدأ إجراءات التحكيم بعد اكتمال تشكيل هيئة التحكيم، ولأطراف كامل الحرية في الاتفاق على القواعد الموضوعية أو الإجرائية التي ينبغي على الهيئة التحكيمية تطبيقها لأجل النظر في النزاع، وقد يترك الأطراف لهيئة مسألة تحديد القواعد التي تراها مناسبة لأجل الفصل في النزاع.

وسواء كانت الإجراءات المتبعة راجعة بالأساس إلى اتفاق الأطراف، أو تم تحديدها من طرف المركز في حالة التحكيم المؤسسي فالهيئة التحكيمية ملزمة باحترامها حتى يصدر حكمها صحيحاً ويصير ملزماً للأطراف ويكتسب الحجية، ويتم تذييله بالصيغة التنفيذية من قبل المحكمة المختصة.

لهذا فالتحكيم المنظم أو المؤسسي ليعتد ليس فقط على الثقة في كفاءة هيئاته في أداء العدالة والأمان القانوني لدى المحكمين، بل كذلك الاحترام الذي تتركه الهيئة في نفوس هؤلاء بإحساس من المتعاقدين بأنهم بالفعل أمام قضاء الدولة الذي هجره بحثاً عن السرعة واليسر والأمان القانوني للتوقعات، بفعل التنظيم الهيكلي والشخصي والمكاني لهيئات مراكز التحكيم، بما توفره في النهاية من فعالية حكيم التحكيم عند صدوره وأثناء تنفيذه.

باعتبار أن التحكيم عندما يكون مؤسسياً، فيجب التقيد بقواعد التحكيم المطبقة لدى المؤسسة باعتبارها أصبحت جزءاً من اتفاقهم، ويكون من المفيد أن نذكر هنا أن كل مؤسسة تحكيمية عموماً تنص على شرط التحكيم تنصح الأطراف بالأخذ به إذا رغبت بالإحالة لذلك المركز، وعلى الأغلب يكون مثل هذا الشرط جامعاً لأي منازعة تتعلق بالعقد أو أي بند من بنوده أو تفسيره بما في ذلك إنهاؤه أو أي مطالبة ناشئة عنه. وإذا كانت أغلب مراكز التحكيم لا تكون مختصة إلا إذا اتفق الأطراف على الإحالة لها لتسوية نزاعاتهم سواء قبل تسويته أو بعد ذلك، بالإضافة إلى اختيار القواعد من قبل الأطراف سواء كان التحديد صريحاً أو ضمناً في حالة غياب هذا التحديد فإنها تحدد بناء على قواعد المركز سواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً، فإنه وعكس ذلك نجد بعض المراكز تعطي لنفسها الاختصاص رغم عدم النص على اختصاصها من قبل.



للاتصال بنا

أرقام الهواتف

02-2353861 | 0597868014 | 0525871165

البريد الإلكتروني: info@actconflictresolution.org

الموقع الإلكتروني: actconflictresolution.org