سلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه

الباحث/ خالد سامي محمد بدوي أحمد سليمان

باحث لدرجة الدكتوراه الدكتوراه – كلية الحقوق– جامعة الزقازيق

تحت إشراف

أ.د. عيد محمد القصاص

أستاذ قانون المرافعات - كلية الحقوق– جامعة الزقازيق

(ISSN: 2537 - 0758)

سلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه

الباحث/ خالد سامي محمد بدوي أحمد سليمان

الملخص باللغة العربية

يدور هذا البحث بصفة خاصة حول سلطة المحكّم في الفصل في الدفع بعدم اختصاصه، فقد كان الاختصاص بنظر النزاعات المتعلقة باختصاص المحكّم منعقداً بقوة القانون لمحاكم الدولة ولم يكن ينازعها المحكّم في ذلك، إلا أن الاتجاه الحديث في التشريع وأنظمة التحكيم قد أخذ المسلك الحديث في تقرير اختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه بنظر النزاع. وهذا الاتجاه يتفق مع الطبيعة القانونية للتحكيم وعمل المحكّم التي تشبه إلى حد كبير طبيعة المحاكم وعمل القضاء في الدولة بصفة عامة. وعلى هذا الأساس يتعرض البحث بصورة خاصة إلى الإشكاليات التي ترتبت على هذا الاتجاه الحديث، وأهم هذه الإشكاليات هو اختلاف الفقه حول الأساس القانوني لهذا الاختصاص نتيجة لغموض النصوص القانونية، وانقسم في شأنه إلى ثلاثة نظريات. كما يتعرض البحث للجانب التطبيقي لهذا الاختصاص، فيتناول نطاق سلطة المحكّم في الدفع بعدم اختصاصه من حيث حدود اختصاصه والنتائج المترتبة على الدفع بعدم الاختصاص. ومن أهم نتائج هذا البحث هو أن المحكّم لا يستطيع أن يباشر البت في اختصاصه من تلقاء نفسه وإنما لا بد أن يبادر الخصم أولاً بذلك. ثانياً أن المحكّم ليس له سوى أن يقبل الدفع أو أن يرفضه على النحو التالي بيانه.

الكلمات المفتاحية: التحكيم– المحكّم– الدفع بعدم الاختصاص– اتفاق التحكيم.

Abstract

This research refers specifically to the authority of the arbitrator in adjudicating the defense of his lack of jurisdiction. The force of law for the state courts held this jurisdiction, and the arbitrator did not dispute it in that. However, the modern trend in legislation and arbitration systems has taken the modern path in affirming the jurisdiction to the arbitrator. This trend is consistent with the legal nature of arbitration and the work of the arbitrator, which is very similar to the nature of the courts and the work of the judge in the country in general. On this basis, the research is exposed in particular to the problems that resulted from this modern trend, the most important of these problems is the difference of jurisprudence about the legal basis for this jurisdiction because of the ambiguity

of legal texts, and they were divided into three theories. The research also deals with the applied aspect of this jurisdiction, and deals with the scope of the arbitrator's authority to plead his lack of jurisdiction in terms of the limits of his jurisdiction and the consequences of the defense of lack of jurisdiction. One of the most important results of this research is that the arbitrator cannot proceed to decide on his jurisdiction on his own, but the opponent must first take the initiative to do so. second, the arbitrator has no choice but to accept the defense or reject it as follows.

Keywords: rbitration– arbitrator- defense of lack of jurisdiction- arbitration agreement.

المقدمة

أصبح التحكيم الأسلوب الغالب للفصل في المنازعات الخاصة بالأفراد والمؤسسات في الوقت الحاضر، كما أنه أصبح حتمية فرضتها التطورات التي شهدها العالم في مجال العلاقات الاقتصادية وذلك لبقاء الدولة في المنظومة الاقتصادية الدولية كطريق من طرق تسوية المنازعات. وبالنظر إلى طبيعة العمل الذي يصدره المحكّم (وهو العمل الرئيسي في عملية التحكيم) نجد أن التحكيم– كما يرجحه جانب من الفقه– يعد عملية قضائية لأن المحكّم يؤدي مهمة قضائية وأن حكم التحكيم عمل قضائي يترتب عليه آثار أهمها حجية الأمر المقضي التي تمنع من إعادة عرض النزاع مرة أخرى على قضاء الدولة أو على التحكيم[١].

وحيث أن التحكيم ينشأ نتيجة اتفاق الخصوم على حسم النزاع بينهم بعيداً عن ساحات القضاء باتفاقهم على سلوك ذلك الطريق واختيار شخص آخر يفصل بينهم في النزاع يعرف بالمحكّم، فإن اتفاق التحكيم هو المصدر الرئيسي لسلطة المحكّم في الفصل في هذا النزاع، وهو الذي يتحدد على أساسه اختصاص المحكّم بنظر النزاع. لذلك يجب أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه وإلا شابه البطلان وانتفى بذلك اختصاص المحكّم، كذلك يكون الحكم الذي صدر في هذه الحالة باطلاً مما يجوز معه الطعن برفع دعوى البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وما يقابلها من التشريعات والاتفاقيات الدولية.

---

[١] د. عيد محمد القصاص: قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى ٢٠١٥، صـ ٨٣.

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد أعطى الاتجاه الحديث في التحكيم للمحكّم سلطة في الفصل في عدم اختصاصه، فقد نصت المادة (١/٢٢) من القانون سالف البيان على: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع". فبناءً على هذا النص صار المحكّم مختصاً بقوة القانون بالفصل في عدم اختصاصه والدفوع المتعلقة به بصفة عامة. كما نصت على ذلك أيضاً المادة (١/١٦) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ بقولها: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته....".

أولاً: أهمية البحث:

كان التحكيم– وما زال– هو السبيل لتسوية النزاع بطريقة ودية بعيداً عن ساحات القضاء، لذلك فإنه يتسم بخصائص تجعله متميزاً عن القضاء أهمها سرعة وسهولة البت في النزاع وتوفير الوقت والجهد والنفقات. وحيث أن التحكيم يشبه القضاء، وبالتالي يشبه حكم التحكيم حكم القضاء من حيث تمتعه بالحجية التي تمنع عرض النزاع مرة أخرى سواءً على هيئة التحكيم أو قضاء الدولة، فيجب أن يكون حكم التحكيم صحيحاً خالياً من البطلان. وحتى يكون الحكم كذلك يجب أن يصدر ممن له سلطة في إصداره، وبالتالي يجب أن يكون المحكّم مختصاً بالنزاع، ويكون له الحق كذلك في الفصل في صحة اختصاصه الناشئ بموجب اتفاق التحكيم.

ثانياً: مشكلة البحث:

تدور إشكالية البحث بصفة خاصة حول تحديد سلطة المحكّم في الفصل في اختصاصه، فقد كان الاختصاص بالرقابة على اتفاق التحكيم منعقدا في البداية لصالح المحكمة المختصة، فإذا كانت المحكمة المختصة هي صاحبة الاختصاص الأصيل بالنزاع؛ وقد نزع اتفاق التحكيم هذا الاختصاص منها ليعرض النزاع على المحكّم الذي اختاره الخصوم ليفصل في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة، فإنه يجب أن يكون الاختصاص بالرقابة على اتفاق التحكيم من نصيب تلك المحكمة لتتحقق من سلامته وخلوه من أي عيوب أو لتتحقق من وجوده أو عدمه، ثم جاءت بعد ذلك التشريعات وعدلت هذا الاختصاص وجعلته بالتالي لصالح المحكّم، فأصبح المحكّم– إلى جانب المحكمة المختصة– صاحب الاختصاص الأصيل بالرقابة على اتفاق التحكيم الذي خوله سلطة الفصل في النزاع المعروض عليه عن طريق التحكيم بدلا من المحكمة المختصة، وبالتالي الفصل في الدفع بعدم اختصاصه.

وقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لسلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه، فلم يتفقوا على اتجاه واحد لتقدير هذا الأساس، كما يتعلق هذا البحث أيضاً بدراسة نطاق سلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه وما هي النتائج المترتبة على إثارة هذا الدفع أمامه، وسوف أعالج تلك الإشكالية في هذا البحث بالتفصيل.

ثالثاً: منهج البحث وتقسيمه:

وقد اعتمدت في دراستي لهذا البحث على المنهج التحليلي المقارن والمنهج التطبيقي، وذلك من خلال عرض نصوص القانون وآراء الفقه وتحليلها وبيان رأيي في هذا الموضوع، وتطبيق هذه النصوص على الدفع المثار أمام المحكّم بعدم اختصاصه بنظر الدعوى. **لذلك قسمت بحثي إلى مطلبين وفقاً للتقسيم التالي:**

المطلب الأول

الأساس القانوني لسلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه

انقسم الفقه واختلف في تحديد الأساس القانوني لاختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه، وذلك بعد أن اتجهت أغلب التشريعات إلى تقرير هذا الاختصاص الذي كان منعقداً اساساً لصالح محكمة الموضوع.

وعلى ذلك اتجه البعض إلى اسناد مبدأ الاختصاص بالاختصاص كأساس لتقرير سلطة المحكّم في الدفع بعدم اختصاصه، بينما اتجه البعض الآخر إلى اسناد مبدأ استقلال شرط التحكيم، وأخيراً اتجه فريق ثالث إلى اسناد مبدأ أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وسوف أقوم بعرض كل مبدأ من خلال شرحه بالتفصيل مع ذكر رأيي في هذا الموضوع واختيار الرأي الراجح **وذلك فيما يلي:**

أولاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص كأساس لاختصاص المحكّم:

نادى بعض الفقه بهذا المبدأ كأساس لاختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه، وهذا المبدأ– والذي يعبر عنه بالمصطلح (Compétence– Compétence)– كما يعرفه البعض هو "حق المحكّم في تكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه وتأكيد ذلك بحكم مع اعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقاً"[٢]. فهذا المبدأ يجعل الأمر متروكاً للمحكّم للفصل في وجود اتفاق التحكيم وصلاحيته ونطاقه[٣].

---

[٢] د. أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، دار النهضة، القاهرة، صـ ٣٨.

[3] Sebastiàn Partida, l'arbitre international, Université Panthéon- Assas, 2011, P 53, N° 98, Diakite Moussa, l'arbitrage institunnel Ohada «instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique», Thèse en doctorat, Université De Toulouse, 2016, P 217.

(ISSN: 2537 - 0758)

فالدعوى أمام المحكّمين حتى تكون مقبولة يجب أن تتوافر فيها شروط المصلحة التي يجب توافرها في الخصومة القضائية، بأن تكون شخصية مباشرة، وحالة قائمة، وأن تكون مشروعة، وتكون المصلحة قائمة عندما تتحقق هيئة التحكيم من مدى اختصاصها بهذا النزاع، فالاختلاف بين الخصومة القضائية والخصومة التحكيمية له أثره في تأكيد اختصاص المحكّم بالنزاع من عدمه، فالخصومة القضائية لا تتقيد بالحق في رفع الدعوى ولا بالحق الذي تحميه فقد تبدأ الخصومة القضائية وتنتهي بصرف النظر عن وجود الحق في الدعوى أو عدمه[٤]، بينما خصومة التحكيم تعتبر طريقاً استثنائياً عن الخصومة القضائية، وكما هو معروف فالاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، ولا بد أن تكون هناك حالة تبرر وتجيز هذا الاستثناء وإلا كان باطلاً. وعليه فهي تستلزم وجود الحق في اللجوء إلى التحكيم كمناط لاختصاص المحكّم وثبوت ولايته، وهذا الوجود لا يتحقق إلا بوجود اتفاق تحكيم صحيح. وبالتالي يجب على المحكّم أن يتحقق من وجود هذا الاتفاق قبل الدخول في النزاع حتى يتحقق من اختصاصه وهذا التحقق يعد بمثابة مسألة أوليه قبل الفصل في النزاع.

ويرى أنصار هذا المبدأ أن حرمان المحكّم من حقه في الفصل في مسألة اختصاصه يترتب عليه اجبار المدعي على أن يلجأ إلى المحكمة المختصة بدعوى تتعلق باتفاق التحكيم مما يعرقل عمل المحكّم في الفصل في الدعوى دون تعطيل[٥].

ويجب التنويه إلى أنه إذا كان الأثر الرئيسي لهذا المبدأ يتمثل في الجانب الإيجابي باختصاص المحكّم بالفصل في صحة اتفاق التحكيم– وبالتالي الفصل في الدفع بعدم اختصاصه– وفي بيان حدوده، إلا أنه تجدر الإشارة إلى الأثر السلبي لهذا المبدأ الذي يتمثل في التزام محاكم الدولة– التي قد تثار أمامها مسألة صحة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم– بأن تمتنع عن النظر في هذه المسألة قبل أن تتاح لهيئة التحكيم فرصة النظر فيها، وهو ما يعبر عنه بأنه يجب أن تتمتع

---

[٤] عبد الجبار شحاذة المحمود، سلطة المحكّم في الرقابة على اتفاق التحكيم، جامعة دمشق، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد، ٤٣، ٢٠١٦، صـ ٦٧.

[5] Philippe Fauchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traite de l' arbitrage commercial international, Litec, Delta, 1996, P 413, N° 658, Référé à Sebastiàn Partida, Op. Cit, P 53, N° 99, et Diakite Moussa, Op. Cit, P 218.

د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، صـ ١٦٤، بند ٦٨، د. عيد محمد القصاص، قانون التحكيم، مرجع سابق، صـ ١٣٩، بند ٤٠.

هيئة التحكيم بأولوية النظر في المسائل التي تتعلق باختصاصها على أن يكون ذلك خاضعاً لرقابة لاحقة من قبل محاكم الدولة[٦].

وعلى هذا الأساس تعرض المبدأ للانتقاد من جانب بعض الفقه، ويمكن تسمية أصحاب هذا الاتجاه بالاتجاه القديم إن صح التعبير[٧].

والأسباب التي يستند إليها أنصار الاتجاه القديم– وإن تعددت– إلا أنها تدور حول محور واحد فقط، هو أن المحكّم ليست له سلطة إلا في نظر المنازعات والخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد المتفق على التحكيم فيه، وأنه لما كان التحكيم طريق استثنائي عن القاعدة العامة التي توجب الالتجاء إلى القضاء في جميع الأحوال فيجب الأخذ بالحيطة والدقة وعدم التوسع، فإذا اتفق الخصوم على التحكيم في النزاع الذي ينتج عن تنفيذ عقد معين فلا يجوز للمحكّمين الفصل في نزاع آخر مرتبط به ولو كان من نفس أطراف العقد، ومن ثم فإن أثر التحكيم مقصور على أطرافه فقط بحيث لا يفيد منه– وكذلك لا يضار منه كقاعدة عامة– إلا أطرافه فقط، كما لا يملك التمسك ببطلان التحكيم غيرهم أيضاً إلا إذا اتصل الأمر بالنظام العام فيكون التمسك بالبطلان لكل خصم في الدعوى (دعوى البطلان)[٨]. في حين أن الاتجاه الحديث في التحكيم يرى ضرورة إعطاء المحكّم الحق في الفصل في مسألة اختصاصه لأن مؤدى نفى سلطة المحكّم في الفصل في مسائل اختصاصه هو إعادة النزاع إلى المحكمة المختصة، وهذا من شأنه إصابة عملية التحكيم في مقتل ورفع سلطات المحكّم في تسوية النزاع بمجرد إثارة الظن حول صحة اتفاق التحكيم أو نطاقه[٩].

والحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه تتمثل في أن الأطراف قد وضعوا ثقتهم في المحكّم لحل النزاع القائم بينهم، فمن باب أولى أن تمتد هذه الثقة إلى التقدير الذي يصدره المحكّم في مسألة اختصاصه، كما أن القول بعدم الاعتراف للمحكّم بالحق في البت في مسائل اختصاصه من شأنه أن يساعد على استخدام الوسائل الاحتيالية بغية

---

[٦] د. عيد محمد القصاص، نفس المرجع، صـ ١٣٧، بند ٤٠.

[٧] د. أنور على أحمد الطشي، نفس المرجع، صـ ٤٩.

[٨] أنظر من أنصار هذا الاتجاه، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، صـ ١٤٠– ١٤٢، بندي ٥٣، ٥٤.

[٩] د. أنور علي أحمد الطشي، نفس المرجع، صـ ٥١.

(ISSN: 2537 - 0758)

التنصل من التحكيم بأن يلجأ أحد الخصوم إلى قضاء دولة لا تعترف بهذا الحق باعتبارها دولة مقر التحكيم أو دولة مقر تنفيذ حكم التحكيم[١٠].

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن التزام محاكم الدولة التي يثار أمامها نزاع حول صحة الاتفاق على التحكيم بشأن نزاع معروض عليها بأن تمتنع عن الفصل فيه قبل عرضه أولاً على هيئة التحكيم هو أمر لا يتعلق بالنظام العام تفريعاً على ما هو مقرر من أن الحكم بعدم قبول النظر في شأن نزاع اتفق أطرافه على عرضه على هيئة التحكيم هو مما لا يتعلق بالنظام العام تأسيساً على ما هو منصوص عليه في المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري وما يقابلها من أنه يجب على المتمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم في شأن نزاع معروض على المحكمة المختصة أن يبدي هذا الدفع قبل إبدائه أي دفع أو دفاع في الدعوى[١١].

وأخيراً، فقد سبق أن تعرض مبدأ الاختصاص بالاختصاص المنصوص عليه في المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري للطعن أمام المحكمة الدستورية العليا، فقد تعرضت المادة (٢٢) السابقة للطعن بعدم دستوريتها تأسيساً على أنها مخالفة لأحكام المواد (٨، ٤٠، ٦٥، ٦٨، ١٦٥) من الدستور لما يتضمنه من إخلال بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون واعتداءً على استقلال القضاء وحصانته، فضلاً عن إهداره لحق التقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة[١٢].

إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد رفضت الدعوى تأسيساً على: "... أنه– وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة– من أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكّم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددانها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، وهو ما مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض خصومتهما بدلاً من القضاء العادي، ومن ثم فإن المشرع– بما له من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق– قد حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها. وإذ كان النص الطعين قد خول هيئة

---

[١٠] أنظر في عرض هذه الحجج بالتفصيل، د. أنور علي أحمد الطشي، نفس المرجع، صـ ٥٢، د. رشا علي الدين أحمد، مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمام هيئات التحكيم الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٦، ٢٠١٤، صـ ٩٤.

[١١] د. عيد محمد القصاص، نفس المرجع، صـ ١٣٨، بند ٤٠.

[١٢] د. عيد محمد القصاص، نفس المرجع، صـ ١٤٠، بند ٤٠.

التحكيم الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع، فذلك لاعتبارات تتفق والمنطق القضائي قوامها أن عرض نزاع ما على هيئة التحكيم يعنبر وسيلة قضائية يحسم من خلالها النزاع موضوع التحكيم برمته، بما فيه من أوجه دفاع ودفوع، فلا تتجزأ الخصومة محل التحكيم لتفصل في موضوعها هيئة التحكيم، بينما تفصل في دفوعها هيئة أخرى وذلك حتى تتمكن هيئة التحكيم من القيام بواجبها في الفصل في النزاع المطروح عليها دون أن تتمزق أوصاله، وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة المتفق عليها فقهاً وقضاءً وهي أن قاضي الأصل هو قاضي الدفع...."[١٣]. كما أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذا الحكم وهذا المبدأ في حكم لاحق لهذا الحكم، حيث قضت: "... فإذا كان ذلك، وكان مقتضى أحكام المادتين (٤٨ و٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ أن يكون لقضاء هذه المحكمة في الدعاوي الدستورية حجية مطلقة في مواجهة الكافة، وبالنسبة إلى الدولة بسلطاتها المختلفة باعتباره قولاً فصلاً لا يقبل تعقيباً من أية جهة كانت، وهي حجية تحول بذاتها دون المجادلة فيه أو إعادة طرحه عليها من جديد لمراجعته، فإنه– وتيعاً لذلك– تكون الدعوى الدستورية في شأن هذا النص غير مقبولة"[١٤].

ثانياً: مبدأ استقلال شرط التحكيم كأساس لاختصاص المحكّم:

وقد بين الفقه المقصود باستقلال شرط التحكيم، وهو استقلاله من حيث كينونته فلا يتوقف وجود أو صحة اتفاق التحكيم على وجود أو صحة العقد الأصلي، ولكن هذا الاستقلال لا ينفي الارتباط بينهما ارتباطاً مصدره أن محل شرط التحكيم هو المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي[١٥].

---

[١٣] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضيتين ٥٠، ٦٦ لسنة ٢٢ ق دستورية، جلسة ٢٠٠٢/١٢/١٥، الجريدة الرسمية العدد ٥٢ تابع في ٢٠٠٢/١٢/٢٦، منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة السنة ٤٧، العدد ٣، يوليو– سبتمبر ٢٠٠٣، صـ ٦٩.

[١٤] حكم المحكمة الدستورية العليا في القضيتين ١١٤، ١١٥ لسنة ٢٤ ق دستورية، جلسة ٢٠٠٣/١١/٠٢، الجريدة الرسمية العدد ٤٦ تابع في ٢٠٠٣/١١/١٣، منشور بمجلة هيئة قضايا الدولة السنة ٤٨، العدد ٣، أبريل– يونية ٢٠٠٤، صـ ١٤٢.

[١٥] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم (مفهومه– أركانه وشروطه– نطاقه)، دراسة في ضوء أحكام الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨– ٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وأنظمة وقوانين التحكيم المقارنة، دار النهضة

(ISSN: 2537 - 0758)

وفي تقرير هذا المبدأ، ذهب رأي في الفقه إلى القول بـ: "إن إمكانية فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يهدف إلى حماية الولاية القضائية للمحكّمين من إحالة صلاحية العقد الأساسي إلى محاكم الدولة في حالة المنازعة عليه، وهو مبدأ أساسي من مبادئ قانون التحكيم المعاصر..."[١٦].

وحيث أن اتفاق التحكيم يمثل المصدر الرئيسي لعمل المحكّم بما يخول له عن طريق طرفي التحكيم سلطة الفصل في النزاع محل التحكيم، فإن اختصاص المحكّم بالفصل في مسألة اختصاصه يعد نتيجة حتمية غير مباشرة لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فلولا استقلال شرط التحكيم لما كان المحكّم قادراً على الفصل في مسألة اختصاصه.

وبالتالي، فإن كل العيوب التي تمس العقد الأصلي في صحته ووجوده تفقد– وفقاً لهذا المبدأ– كل آثارها على اتفاق التحكيم، فلا يتأثر بهذا البطلان اللهم إلا في حالة إبرام كليهما (العقد الأصلي واتفاق التحكيم) من وكيل بدون وكالة خاصة، أو إبرامهما من شخص لا يملك أهلية التصرف في حقوقه[١٧].

وقد تعرض هذا المبدأ للانتقاد من عدة أوجه:

١- **عدم حتمية وجود العقد الأصلي:** فقد ذهب البعض إلى القول بأن هذا المبدأ كأساس لاختصاص المحكّم يتعارض مع حقيقة الواقعة محل التحكيم، ذلك أن الواقعة مصدر الخلاف محل التحكيم ليست متعلقة دائماً بعقد أصلي، فقد نكون أمام واقعة مادية سببت خلافاً أُبرم بشأنه اتفاق تحكيم كما لوكنا أمام حادث سيارة أُبرم بشأن المسئولية المدنية الناتجة عنها اتفاق تحكيم[١٨].

٢- **أن مبدأ استقلال شرط التحكيم ليس من النظام العام:** وذلك لأن هذا المبدأ يعد كقاعدة مكملة لإرادة الطرفين[١٩]، فالمحكّم يستمد سلطته مباشرة من اتفاق التحكيم الذي أبرمه طرفي التحكيم نفسيهما، فقد يتفق الطرفان على أن شرط التحكيم ليس

العربية، دون سنة نشر، صـ ١٢٣، بند ٤١، وقد استند في ذلك إلى رأي د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، طبعة ١٩٩٨، صـ ٥٠٦ وما بعدها، بند ٣٤٤.

[16] Beatrice Castellane, The new French law on the international arbitration, Journal of international arbitration, 28 (4): 371-380, 2011, P 372, N^ A.

[١٧] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ١٢٤، بند ٢٤.

[١٨] عبد الجبار شحاذة المحمود، مرجع سابق، صـ ٦٥.

[١] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٦٦.

مستقلاً عن العقد الأصلي، وعليه فسيحكم المحكّم بعدم اختصاصه بمجرد ادعاء أحد الخصوم ببطلان العقد الأصلي، ويكون من الصعب بالتالي التوفيق بين مبدأ استقلال شرط التحكيم واعتماد مبدأ اختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه.

٣- **قصور مبدأ استقلال شرط التحكيم عن مواجهة بعض الدفوع:** والفرض هنا أن تتناول تلك الدفوع اتفاق التحكيم ذاته، كما لو دفع أحد الخصوم بانقضاء اتفاق التحكيم بسبب وفاة المحكّم المسمى بالذات، فيبدو هنا أن استقلال شرط التحكيم غير كاف وحده لتبرير سلطة المحكّمين للبت في اختصاصهم، لأن ذلك معناه تقرير استقلال شرط التحكيم ذاته وهو غير جائز، في حين أنه يمكن الاستناد إلى هذا المبدأ إذا كانت تلك الدفوع متعلقة بالعقد الأصلي، كما لو دفع الخصم بانقضاء التزامه بتسليم المبيع لهلاكه بفعل القوة القاهرة، فلا يؤثر ذلك على سلامة اتفاق التحكيم ذاته، حيث لا يمكن للأطراف تمكين المحكّم للفصل في هذا النزاع عن طريق التحكيم بغير هذا الاتفاق[٢٠].

لذلك حاول الفقه إيجاد أساس آخر لتبرير اختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه.

ثالثاً: مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع كأساس لاختصاص المحكّم:

الواقع أن الفقه والقضاء قد تبنى هذا المبدأ كأساس لاختصاص المحكّم قبل مبدأي الاختصاص بالاختصاص واستقلال شرط التحكيم.

فقد قضت دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا في شأن مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع بطريق غير مباشر: "... يتعين الالتزام بما يحتمه النظام العام القضائي مستمداً من أحكام الدستور والقوانين المنظمة لمجلس الدولة والسلطة القضائية من ضرورة عدم تفسير أي نصوص متعلقة بتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء أو بين المحاكم في جهة منها بما يخل بحسن سير العدالة وسرعة حسم المنازعات، وهي الغاية العليا من التنظيم القضائي"، لذلك اعتبرت أن تقسيم المنازعات ذات الطبيعة الواحدة والارتباط الذي لا يقبل التجزئة بين أشطارها أو بجانب منها عن باقيها المتعلق بالمركز القانوني المتمثل فيه الغاية من القرار أو التصرف القانوني هو مما يتعارض ويتناقض مع حسن سير العدالة وسرعة حسم وفصل القضاء العادي أو الإداري في حدود ولايته للمنازعات التي يختص بها[٢١].

---

[٢٠] عبد الجبار شحاذة المحمود، الإشارة السابقة.

[٢١] قضاء المحكمة الإدارية العليا (دائرة توحيد المبادئ)، في الطعن رقم ٣٠٨٩ لسنة ٣٥ ق (عليا)، جلسة ١٩٩٠/١٢/١٦.

(ISSN: 2537 - 0758)

ويعني هذا المبدأ في مجمله أن القاضي المختص بموضوع نزاع ما هو أيضاً مختص بكل ما يتفرع عن هذا الموضوع من مسائل، وما يتعلق به من نزاعات فرعية مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً. فهذا المبدأ ينطبق على ما يتعلق بموضوع النزاع الأصلي أثناء نظر الدعوى الموضوعية مثل المسائل الفرعية والمسائل الأولية، إذا كانت تدخل– بحسب الطبيعة والأصل وتوزيع الاختصاصات– ضمن اختصاص قاضي النزاع الأصلي. كما ينطبق أيضا على ما يتعلق بالنزاع الأصلي في جميع مراحل التقاضي، حتى بعد صدور الحكم كطلب تفسير الحكم وتصحيح ما به من أخصاء مادية وما يتعلق بتنفيذ الحكم كمنازعات وإشكالات التنفيذ[٢٢].

وتطبيقاً لهذا المبدأ يكون المحكّم مختص بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه، فمسألة اختصاص المحكّم بنظر النزاع محل التحكيم ليست مسألة أولية يكون البت فيها من قبل المرجع القضائي المختص، إنما هي مسألة فرعية يكون البت فيها من قبل الجهة التي تضع يدها على النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم استناداً إلى الطابع القضائي للتحكيم وعمل المحكّم[٢٣].

وقد تعرض هذا المبدأ للنقد من جانب الفقه لسببن رئيسيين:

١– أن الأخذ بهذا المبدأ يتضمن مصادرة على المطلوب، فالقول بهذا المبدأ يكون صحيحاً عندما لا يكون اختصاص المحكّم محلاً للمنازعة، فالمحكّم لا يصبح قاضي الأصل قبل التصدي أولاً لاتفاق التحكيم من حيث صحته أو بطلانه، والقول بأن المحكّم هو قاضي الأصل يؤدي إلى عدم جدوى البحث في صحة اتفاق التحكيم[٢٤].

٢– أن الأخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى نتيجة مغايرة تماماً لما استقر عليه الفقه والقضاء، ذلك بأن القول بتقرير اختصاص المحكّم بالبت في اختصاصه استناداً إلى مبدأ

---

[٢٢] د. جورجي شفيق ساري، الاختصاص بإشكالات التنفيذ ونفاذ أحكام مجلس الدولة في مصر بين القضاء العادي والقضاء الإداري (دراسة تأصيلية تطبيقية مع التحليل)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٧، ٢٠١٨، صـ ٦٥.

[٢٣] د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠، صـ ٢٣٩، عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٦٣.

[٢٤] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، ص، ٦٤.

قاضي الأصل هو قاضي الفرع يجعل المحكّم مختص وحده دون القضاء الرسمي بالبت في اختصاصه، في حين أن كلاهما مختص بهذا الدفع استناداً إلى نص المواد (١/١٣، ١/٢٢) من قانون التحكيم المصري وما يقابلها من التشريعات والاتفاقيات الدولية.

٣- كما أن هذا القول يقابله احتجاج أقوى بأن القاضي الرسمي يختص أولاً بالفصل في مسألة اختصاصه ثم بعد ذلك البحث في صحة اتفاق التحكيم لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، مما يؤدي إلى جعل مسألة الفصل في صحة اتفاق التحكيم من اختصاص قضاء الدولة وليس من اختصاص المحكّم المطعون أصلاً في أساس سلطته في المسألة[٢٥].

تقييم النظريات والرأي الراجح:

هذا، ويرى جانب من الفقه أنه على الرغم من كون مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساس مقبول لتقرير اختصاص المحكّم بالبت في مسألة اختصاصه، إلا أنه لا يمكن إنكار الدور المساعد لمبدأ استقلال شرط التحكيم إلى جانب مبدأ الاختصاص بالاختصاص في تقرير اختصاص المحكّم، وكأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في مبدأ استقلال شرط التحكيم ويعد نتيجة مباشرة له أو أثراً من آثاره[٢٦].

ومن جانبي، فإني أذهب مع الفقه الذي يناصر استقلال مبدأ الاختصاص بالاختصاص[٢٧]، وذلك لأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مستقل بذاته وليس له علاقة مباشرة أو غير مباشرة باستقلال اتفاق التحكيم، فتقرير المحكّم لمسألة اختصاصه عائد إلى ممارسة المحكّم لمهمة قضائية، **ودليل ذلك:**

---

[٢٥] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٦٤.

[26] Jean Robert, L'arbitrage droit interne, droit international Privé, D. 6e éd, 1993, P. 138.

مشار إليه عند د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة تحليلية تأصيلية"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، صـ ١٤٦، بند ١٦٢.

Amokura Kawharu, Arbitral jurisdiction, New Zealand Universities law review, Vol 23, 2008, P. 238.

عبد الجبار شحاذة المحمود، مرجع سابق، صـ ٦٨.

[٢٧] د. أحمد مخلوف، نفس المرجع، صـ ١٤٦، بند ١٦٣، د. أنور علي أحمد الطشي، مرجع سابق، صـ ٧٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

١- أن مجال تطبيق كل من المبدأين مختلف عن الآخر، فيجد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم أساسه عند تقدير صحة اتفاق التحكيم الدولي، في حين أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة هذا الاتفاق، أي أن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر، الأمر الذى معه ينتفى أن يكون هذا المبدأ أثر من آثار مبدأ الاستقلال[٢٨].

٢- أن مبدأ الاستقلال يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في حين أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكّم سلطة تقرير اختصاصه خاصةً في الحالات التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم ويبدو فيها أن بطلان اتفاق التحكيم نابع من ذاته لا من العقد الوارد به[٢٩].

٣- كما أن القول بأن القانون هو أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إنما يعني إنشاء شيء لم يكن موجودا وهو أمر غير صحيح، فمبدأ الاختصاص موجود في كونه قاعدة عرفية تعتبر الآن في مصف القواعد عبر دولية– سواء نص عليه التشريع المقارن أم لم ينص عليه– كما أن القول بهذا الأساس مخالف لمنطق القانون، لأن المحكّم عندما يشرع في تسوية المنازعات يطبق عدة قوانين، ولكل نزاع قانون قد تم اختياره، فلا يمكن القول بأن المحكّم يجد أحياناً لمبدأ الاختصاص أساساً عندما يجد أحد القوانين قد نصت عليه، والعكس. فهذا أمر غير منطقي لأن الأساس دائماً ما يكون ثابتاً لدى الكافة[٣٠].

٤- وأخيراً، فقد أقرت كافة التشريعات والاتفاقيات صراحة هذا المبدأ واعتبرته أساساً لتقرير اختصاص المحكّم بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه، فجاءت جميع النصوص صراحةَ– على النحو السالف بيانه– على أن المحكّم يختص بالبت في الدفع بعدم اختصاصه، بما في ذلك الدفوع بوجود شرط التحكيم أو اتفاق المنفصل عن العقد الأصلي، أو بصحة هذا الشرط أو الاتفاق، أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وبالتالي يتقرر هذا المبدأ كأساس لاختصاص المحكّم مستقلاً بذاته عن استقلال اتفاق التحكيم، ينظمه قانون التحكيم كقاعدة أساسية من قواعد إجراءات التحكيم[٣١].

---

[٢٨] د. أحمد مخلوف، نفس المرجع، صـ ١٤٦، بند ١٦٣.

[٢٩] د. أحمد مخلوف، نفس المرجع، صـ ١٤٧، بند ١٦٣.

[٣٠] د. أنور علي أحمد الطشي، نفس المرجع، صـ ٧٤.

[٣١] د. أحمد مخلوف، نفس المرجع، صـ ١٤٨، بند ١٦٤.

المطلب الثاني
نطاق سلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه

البين من النصوص السابقة أن المحكّم يختص بالفصل في الدفع بعدم اختصاصه، وبالتالي يختص بالفصل في كل الدفوع التي تتصل بهذا الاختصاص، فوفقاً لنص المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري وما يقابلها من التشريعات والاتفاقيات الدولية، يكون المحكّم مختصاً بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وتقتضي دراسة هذا المطلب الحديث أولاً عن حدود سلطة المحكّم في الفصل في الدفع بعدم اختصاصه، وثانياً عن الآثار المترتبة على إثارة هذا الدفع، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: حدود سلطة المحكّم في الفصل في الدفع بعدم اختصاصه:

تدور هذه المسألة حول اختصاص المحكّم بنظر النزاع بصفة عامة، وبعبارة أدق تدور هذه المسألة وتتمحور حول اتفاق التحكيم بصفة خاصة، فاتفاق التحكيم– كما سبق القول– هو المصدر الأساسي– إن لم يكن الوحيد– لارتباط المحكّم بالنزاع، فلولا وجود اتفاق التحكيم ما كان هناك تحكيم من الأساس حتى لو كان المحكّم يستمد سلطته من القانون (قانون التحكيم). وحيث أن اتفاق التحكيم هو المصدر الأساسي لسلطة المحكّم، ووفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فكان للمحكّم سلطة في الرقابة على اتفاق التحكيم.

ووفقاً لنصوص القانون، يبسط المحكّم رقابته على اتفاق التحكيم في النقاط الآتية:

١– وجود اتفاق التحكيم:

نصت المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري على: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم...". هذا، وقد سكت معظم الفقه عن المقصود بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم، فقد خلا القانون من تحديد المقصود بهذا الدفع، إلا أنه قد حاول البعض تعريفه تعريفاً دقيقاً على أنه الدفع الذي يقوم على أساس عدم وجود اتفاق التحكيم سواء كان ذلك راجعاً لعدم تعلق المسألة محل التحكيم باتفاق التحكيم أو لانتفاء ركن من أركان هذا الاتفاق، وكذلك اتفاق التحكيم الصادر ممن ليس أهلاً للتصرف يعتبر باطلاً ويصبح في حكم الانعدام بالنسبة له إلا إذا أجازه[٣٢].

---

[٣٢] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم (دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد وأنظمة التحكيم المقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، صـ ١٧٧، بند ٦٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

وعليه، إذا رفعت دعوى موضوعية أمام محكمة أول درجة المختصة، وكان هناك اتفاق على التحكيم بشأن النزاع محل هذه الدعوى، ودفع المدعي عليه بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، فإن للمدعي أن يتمسك– تأكيداً لقبول دعواه رغم وجود الاتفاق– بإبطال هذا الاتفاق أو بطلانه. ويجب على المحكمة في هذه الحالة– قبل الفصل في الدفع بعدم القبول لوجود اتفاق التحكيم– أن تفصل في صحة أو بطلان هذا الاتفاق، فإذا ما تبين لها بطلانه أو قضت بإبطاله، رفضت الدفع بعدم القبول واستمرت في نظر الدعوى. ولا يحول مجرد التمسك أمام محكمة الموضوع دون أن يباشر المحكّم اختصاصه بالنظر في صحة الاتفاق أو بطلانه لتقرير اختصاصه، كما لا يحول أن تكون هيئة التحكيم قد تشكلت وبدأت في إجراءات التحكيم دون رفع النزاع أمام المحكمة المختصة، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يخول المحكّم الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، وإنما مجرد النظر في صحة أو بطلان هذا الاتفاق، فإن أصدرت محكمة الموضوع حكماً بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم كان هذا الحكم حائزاً لحجية الأمر المقضي أمام هيئة التحكيم، ومن ناحية أخرى إذا قضت هيئة التحكيم باختصاصها وأصدرت حكماً في الدعوى التحكيمية فإن هذا الحكم بما له من حجية يمنع قبول هذه الدعوى أمام المحكمة[٣٣]، ولا يوجد سبيل للطعن على هذا الحكم إلا برفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة. ويترتب على الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أمام المحكّم سلطة المحكّم في التحقق من صحة او بطلان اتفاق التحكيم، ويكون له أن يستمر في التحكيم إذا تبين له صحة اتفاق التحكيم حتى لو تبين عدم صحة أو بطلان العقد الأصلي[٣٤].

وتعتمد سلطة المحكّم في بحث الدفع بوجود أو انعدام اتفاق التحكيم على القانون الواجب التطبيق على النزاع من الناحية الموضوعية، ويمكن تأسيس ذلك على أساس أن اتفاق التحكيم– شأنه في ذلك شأن باقي العقود– يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وينتفي بالتالي ركن من أركان اتفاق التحكيم ألا وهو ركن المحل مما يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم وجود المحل كونه مستحيلاً في ذاته، أو إذا لم يكن معيناً بذاته يجب تعيينه مقداراً ونوعاً وإلا كان باطلاً تطبيقاً لنصوص المواد من (١٣١ إلى ١٣٥) من القانون المدني المصري، كما يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا

[٣٣] د. فتحي والي، قانون التحكيم، مرجع سابق، صـ ١٥٢، بند ٧١.

[٣٤] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ١٩٥، بند ٧٧.

تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، كما يكون اتفاق التحكيم باطلاً إذا كان محله أو سببه غير مشروع كما لو كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة للمجتمع[٣٥].

هذا، وقد يعترض على سلطة المحكّم في الفصل في الدفع بوجود أو انعدام اتفاق التحكيم بأن ذلك يتعارض مع مبدأ حياد المحكّم، ذلك أن المحكّم ليس عليه أن ينتظر الخصم المتمسك باللجوء إلى التحكيم بأن يقدم الوثيقة التي تثبت وجود اتفاق التحكيم، فقد يكون لديه بشكل مسبق الوثائق التي تثبت وجود هذا الاتفاق، في حين ان مبدأ حياد المحكّم يقتضي منه عدم القيام بنفسه بالبحث عن الأدلة أو الحكم بعلمه المسبق بشأن النزاع، وأن الدفع بعدم اختصاص المحكّم يجعل منه خصماً للطرف الذي يتمسك بهذا الدفع[٣٦].

ولكن ذهب البعض– وبحق– إلى القول بأن اعتماد المحكّم على ما في حوزته من مستندات تخص اتفاق التحكيم ليس فيه تعارض مع مبدأ حياد المحكّم الذي يفترض مع ذلك أن يكون حياداً ايجابياً[٣٧]. ويمكن تدليل ذلك بقياس وضع المحكّم مع وضع القاضي، فكما أن القاضي عندما يدفع أمامه بعدم اختصاصه بنظر النزاع يطبق نصوص القانون وأحكامه التي تبين مدى اختصاصه دون أن ينتظر تزويده بتلك الأحكام من قبل الخصوم، فإن المحكّم أيضاً يبحث بنفسه عما يؤيد اختصاصه أو ينفي هذا الاختصاص، ونظراً إلى أن خصومة التحكيم تحتوي عنصراً مميزاً عن الخصومة القضائية وهو اتفاق التحكيم الذي يعد بمثابة السلطة الأساسية للمحكّم للنظر في النزاع، فإن ذلك يبرر استناد المحكّم إلى ما بحوزته من مستندات تخص هذا الاتفاق، ليبني على ذلك حكمه بقبول أو رفض هذا الدفع.

كما أن التطبيق العملي يفترض أن يكون لدى المحكّمين– وخصوصاً في التحكيم المؤسسي– المستندات المتعلقة بالنزاع، ومن أهم تلك المستندات اتفاق التحكيم، وأخيراً فإن موافقة أعضاء هيئة التحكيم على قبول مهمة التحكيم غالباً ما تكون من خلال توقيعهم على اتفاق التحكيم، فإذا قدم الخصم إلى هيئة التحكيم وثيقة تثبت وجود اتفاق التحكيم أو كان لدى الهيئة وثيقة عن هذا الاتفاق، فإن الهيئة ترد الدفع بعدم

---

[٣٥] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ١٩٥، بند ٧٨.

[٣٦] عبد الجبار شحاذة المحمود، مرجع سابق، صـ ٧٦.

[٣٧] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، ص ٧٧، والرأي الذي استند إليه هو رأي د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٧٨.

(ISSN: 2537 - 0758)

اختصاصها وتضع يدها على النزاع[٣٨]، وليس هناك سبيل للطعن على قرار التحكيم سوى برفع دعوى بطلان حكم التحكيم على النحو السابق بيانه.

٢ – سقوط اتفاق التحكيم:

نصت المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري على: "... بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه...".

ولم يرد في قانون التحكيم المصري تعريفاً محدداً للدفع بسقوط اتفاق التحكيم، إلا أنه يمكن الاستدلال على هذا الدفع من خلال الحالات والافتراضات المؤدية لسقوط اتفاق التحكيم التي نص عليها المشرع في القانون المصري والمقارن[٣٩]. وكذلك الأسباب المؤدية لبطلان حكم التحكيم، والتي منها سقوط اتفاق التحكيم بانقضاء مدته (م ١/٥٣، أ من قانون التحكيم المصري).

كما لم يرد السقوط في القانون المدني كاصطلاح لسقوط العقد (الاتفاق)، فقد عبر القانون المدني عن انتهاء آثار العقد لاصطلاح الانحلال وقد وردت تحت هذا الاصطلاح أحكام تتعلق بفسخ العقد وانقضائه[٤٠].

وبذلك يكون اصطلاح السقوط وارداً فقط عند الفقه وشراع قانون المرافعات وأصول المحاكمات، وقد أورده المشرع في قانون التحكيم المصري والتشريع المقارن تأثراً بهذا الاتجاه. فاصطلاح السقوط يستخدم عادة في قانون المرافعات على أنه عارض من عوارض الخصومة يترتب بسبب اهمال المدعي أو امتناعه، بناءً على طلب صاحب المصلحة، متى انقضت مدة زمنية محددة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي. فقد أجاز المشرع المصري طلب سقوط الخصومة لعدم موالاة السير في

---

[٣٨] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٧٧.

[٣٩] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٠٣، بند ٨١، ويقصد بهذه الحالات حالات انتهاء إجراءات التحكيم وسقوط خصومة التحكيم المنصوص عليها في المواد (٣٢، ٤٥) من قانون التحكيم المصري، فقد نص المشرع على سلطة هيئة التحكيم على الحكم بعدم الاختصاص إذا دفع أمامها بسقوط اتفاق التحكيم دون أن يستعمل تعبير السقوط في أي حالة، مع النص على انتهاء إجراءات التحكيم نتيجة عدم قيام المدعي أو الهيئة بإجراءات التحكيم في المواعيد المتفق عليها، ويقترح سيادته بالتالي بتعديل تعبير السقوط في المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم والنص على الانتهاء أو الإلغاء.

[٤٠] عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٧٧.

الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه بمرور ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي وفقاً لنص المادة (١٣٤) من قانون المرافعات المصري[٤١].

ويتميز سقوط اتفاق التحكيم عن سقوط خصومة التحكيم، في أن سقوط خصومة التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيانات الدعوى في الميعاد المنصوص عليه في المادة (٢/٣٠) من قانون التحكيم المصري، وهو الميعاد المتفق عليه بين الخصوم أو الذي تعينه هيئة التحكيم، وكذلك حالة عدم الحكم خلال الأجل المتفق عليه أو خلال ميعاد اثنا عشرة أشهر المنصوص عليه في المادة (١/٤٥) من نفس القانون، والأصل أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي، بل أنه عقد داخل عقد، وأن اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن سائر العقود لا يسقط ولا ينتهي إلا بتنفيذه أو بطلانه أو إلغائه أو صدور حكم في الموضوع[٤٢].

كما لا يترتب على انتهاء العقد الأصلي الوارد به شرط التحكيم انتهاء شرط التحكيم نفسه، إلا أنه قد يتفق في اتفاق التحكيم على ميعاد محدد للتحكيم، أو يتفق الخصوم على حسم الخلاف بينهما عن طريق التحكيم خلال أجل محدد أو انتهاء الأجل الذي حدده القانون لانتهاء التحكيم ولم يتفق الخصوم صراحةً أو ضمناً على مد أجل التحكيم، أو يتفق على التحكيم ويقوم أحد الأطراف باللجوء إلى القضاء ولا يتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم. فكل ذلك يعد من قبيل السقوط أو التنازل الصريح أو الضمني عن اتفاق التحكيم[٤٣].

وبالتالي، يكون للخصم في هذه الحالة التمسك بالدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم، كما يكون له في نفس الوقت– إذا كانت الدعوى مرفوعة أمام المحكمة المختصة ودفع المدعي عليه بوجود اتفاق التحكيم– أن يدفع بسقوطه، إذ أن الالتجاء للتحكيم وتشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتجاء الشخص إلى القضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم أو سقوطه[٤٤]، ولا نكون في هذه الحالة سوى أمام أمرين، إما أن تقبل هيئة التحكيم الدفع وتقضي بسقوط اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة تقضي بعدم اختصاصها ولا سبيل للطعن على هذا الحكم إلا برفع دعوى البطلان على النحو السابق بيانه، وإما أن ترفض هيئة التحكيم هذا الدفع، وفي هذه الحالة تستمر الهيئة في الدعوى وتفصل فيه بالحكم المنهي للنزاع، ولها في ذلك أن تضم قضاءها في الدفع بسقوط اتفاق

---

[٤١] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٠٣، بند ٨١.

[٤٢] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٠٥، بند ٨١.

[٤٣] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الإشارة السابقة.

[٤٤] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، الإشارة السابقة.

(ISSN: 2537 - 0758)

التحكيم مع قضائها في الموضوع أو أن تحكم فيه منفردة، وفي جميع الأحوال لا يحق للخصم أن يطعن في قرار هيئة التحكيم في الدفع سوى رفع دعوى البطلان.

أما إذا كان الدفع مثار أمام المحكمة المختصة فإنها تفصل فيه على نفس النحو، فإذا وجدت أن اتفاق التحكيم صحيح قضت برفض الدفع وألزمت الخصوم بالالتجاء للتحكيم، وأما إذا رأت أن الاتفاق قد سقط لأي سبب من الأسباب فإنها إما أن تقضي بالدفع منفصل عن الحكم في الموضوع أو أن تقضي فيه منفرداً، ويجوز للخصم أن يطعن على هذا الحكم بالاستئناف.

هذا، وذهب رأي في الفقه[٤٥]– وهو الرأي الذي أرجحه– إلى ضرورة تعديل اصطلاح (سقوط اتفاق التحكيم) ليكون اصطلاح الانتهاء أو الانقضاء، فاصطلاح السقوط يشوبه الغموض وعدم الوضوح، ذلك أن كافة القوانين الإجرائية (كقانون المرافعات والتحكيم) لا تعرف هذا الاصطلاح سوى في اصطلاح سقوط الخصومة، والتي تحدث نتيجة اهمال الخصم وتقاعسه عن السير فيها بعد مضي فترة زمنية معينة عن آخر إجراء صحيح تم في الدعوى، ويحكم فيها القاضي أو المحكّم إما بسقوط الخصومة أو يستمر في نظر الدعوى ويحكم فيها إذا كانت الأوراق والمستندات المقدمة أمامه كافية للحكم فيها.

كما أن نصوص القانون المدني لا تعرف اصطلاح سقوط العقود، وإنما تعرف اصطلاح انقضاء العقد أو انحلاله نتيجة لسبب من الأسباب المؤدية لهذا الانقضاء كالوفاء بالالتزام محل العقد أو مضي الأجل المتفق عليه أو فسخ العقد...إلخ، ولا يخرج اتفاق التحكيم على أن يكون مجرد عقد كسائر العقود تحكمه القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، كما أن اصطلاح السقوط المقصود لاتفاق التحكيم كسبب من الأسباب المؤدية لقبول الدفع بعدم الاختصاص لا يقتصر على سقوطه بانقضاء مدته، وإنما يتعداه إلى حالات انقضاء اتفاق التحكيم كافةً كانقضائه بانقضاء المدة اللازمة لصدور حكم التحكيم أو اتفاق الخصوم صراحةً أو ضمناً على انهاء اتفاق التحكيم... إلخ، ولذلك كان تعبير الانتهاء أو الانقضاء أوضح في الدلالة من اصطلاح السقوط.

---

[٤٥] من أنصار هذا الرأي: د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٠٩، بند ٨٣، عبد الجبار شحاذة المحمود، نفس المرجع، صـ ٧٨، أنظر: د. عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، صـ ٣٧١، بند ٢٤٤.

أخيراً، يتميز الدفع بسقوط اتفاق التحكيم عن الدفع بانعدام اتفاق التحكيم، باختلاف حالات السقوط عن حالات الانعدام، ذلك أن حالات الانعدام قد ترجع لانتفاء أي ركن من أركان الاتفاق كالرضا أو المحل أو السبب[٤٦].

٣- **بطلان اتفاق التحكيم:** ونصت عليه المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على: "...أو بطلانه...".

والبطلان هو جزاء مخالفة الشكل لوصفه القانوني، فهو وصف للعمل الإجرائي الذي يتم بالمخالفة لنموذجه الذي حدده الأطراف أو القانون مما يحول دون ترتيب آثاره عليه، وإذا دفع أحد الخصوم ببطلان إجراء، وتبين للمحكمة أو الهيئة التحكيمية بطلانه وعدم تحقق الغاية من وراء الشكل، وجب عليها أن تقضي ببطلانه وإهدار أثره.[٤٧] فيجب على المحكّم والخصوم احترام إجراءات نظر الخصومة التحكيمية والفصل فيها كما حددها اتفاق الخصوم وعلى النحو الذي قرره القانون، فإذا اتخذ المحكّم أو الخصوم أي إجراء مخالف لاتفاق التحكيم أو بالمخالفة لنص آخر من نصوص قانون التحكيم أمكن الدفع بالبطلان.

وقد خلا قانون التحكيم من تعريف البطلان اكتفاءً بالنص عليه في المواد (٢٢، ٥٣) من قانون التحكيم المتعلقة بعدم الاختصاص كسبب للبطلان، إلا أنه من المتفق عليه أن اتفاق التحكيم- شأنه في ذلك شأن أي عقد- يقوم على ثلاثة أركان، الرضا والمحل والسبب، وأنه يشترط لصحته أن يكون مكتوباً وصادراً ممن هو أهل للتصرف في حقوقه، ويترتب على تخلف شرط الصحة بطلانه[٤٨]. وبالتالي لا يدفع الخصم بعدم وجود اتفاق التحكيم وإنما يدفع ببطلان هذا الاتفاق.

وحيث أن بطلان اتفاق التحكيم هنا يتعلق ببطلانه نتيجة لتخلف شرط من شروط صحته، فإن نظرية البطلان المطبقة هنا ليست بطلان العمل الإجرائي المتبعة في قانون المرافعات، وإنما نظرية البطلان الواردة في القانون المدني، فالمبدأ أنه لا يشترط ابرام اتفاق التحكيم في شكل محدد- حتى وإن وضعت بعض مراكز التحكيم نماذج وأمثلة لاتفاق التحكيم فالمستقر عليه أن هذه النماذج استرشاديه وليست وجوبية- ولكن المشرع استلزم توافر مقومات معينة في اتفاق التحكيم ورتب على مخالفة هذه المقومات

---

[٤٦] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢١٥، بند ٨٦.

[٤٧] د. عبد المنعم محمد قبيصي محمد، التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٨، صـ ٤٢٨.

[٤٨] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٣٧، بند ٩٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

البطلان، كاشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام وأن يكون صادراً ممن هو أهل للتصرف في حقوقه[٤٩]، واشتراط اثبات قبول المحكّم للتحكيم في اتفاق التحكيم هو شرط لإثبات قبول المحكّم وليس شرطاً لصحة اتفاق التحكيم وفق ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية[٥٠].

ويتميز الدفع ببطلان اتفاق التحكيم عن الدفع بانعدام اتفاق التحكيم، في أن بطلان اتفاق التحكيم يتعلق بتخلف شرط من شروط صحته كأن يكون صادراً ممن ليس له أهلية التصرف في حقوقه، في حين أن انعدام اتفاق التحكيم يتعلق بركن من أركان الاتفاق الذي لو تخلف أحدها كان الاتفاق والانعدام سواءً كأن لم يكن؛ كتخلف الرضا أو المحل أو السبب، وعلى ذلك يجوز لمن شرع البطلان لمصلحته الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، وتختص هيئة التحكيم– وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص– بالفصل في هذا الدفع فتبحث في صحة العقد الوارد به اتفاق التحكيم للتحقق من صحة اتفاق التحكيم، فإذا انتهت إلى صحة اتفاق التحكيم كان لها الاستمرار في الفصل في النزاع حتى ولو تبين لها بطلان العقد الأصلي، وفي هذه الحالة يقتصر دور المحكّم في تسوية أوضاع أطراف الاتفاق دون الحكم في صحة أو بطلان العقد الأصلي مالم يتضمن اتفاق التحكيم النص على ذلك صراحة[٥١].

كذلك، يجوز لمن قام بالإجراء الباطل أن يصحح هذا البطلان إذا لم يكن له ميعاد حتمي محدد له، فتطبق بالنسبة للعيوب المؤدية للبطلان ما تنص عليه القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٢٣) من قانون المرافعات التي تنص على: "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الاجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه"[٥٢].

---

[٤٩] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، الإشارة السابقة.

[٥٠] الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٣/٠٢/٢٤، مشار إليه في كتاب المستشار/ أحمد محمد عبد الصادق، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، هيئة قضايا الدولة، المكتب الفني، الطبعة الثامنة، ٢٠٢٠، صـ ٦٥٩.

[٥١] د. أحمد السيد الصاوي، الوجيز في التحكيم، الطبعة الرابعة، ٢٠١٣، صـ ١٢١، بند ٧٦، د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٤١ وما بعدها، بند ٩٦.

[٥٢] د. عبد المنعم محمد قبيصي محمد، نفس المرجع، صـ ٤٢٩.

كما يتميز الدفع ببطلان اتفاق التحكيم عن الدفع بسقوط اتفاق التحكيم، حيث يفترض في الدفع بسقوط اتفاق التحكيم ان الاتفاق صحيحاً وليس باطلاً إلا أن المدة المحددة لتسوية النزاع فيه عن طريق التحكيم اتفاقاً أو قانوناً قد انقضت[٥٣].

والدفع ببطلان اتفاق التحكيم– شأنه في ذلك شأن الدفع بانعدام أو سقوط اتفاق التحكيم– يجوز التمسك به أمام القضاء مثل هيئة التحكيم، إذ يمكن للخصم التمسك به أمام القضاء في مواجهة الدفع بالتحكيم تأكيداً لدعواه ولا يؤدي مجرد التمسك أمام محكمة الموضوع بإبطال الاتفاق أو بطلانه إلى منع هيئة التحكيم من النظر في صحة الاتفاق أو بطلانه لتقرير اختصاصها[٥٤]، كما لا يعتبر الدفع به أمام البطلان دفعاً بالبطلان قبل الأوان، إذ لا يشترط الانتظار حتى صدور حكم من هيئة التحكيم لإمكان التمسك بالبطلان عند نظر دعوى البطلان لأن هذا الزعم يسلب اختصاص أصيل من القضاء بنظر البطلان باعتباره صاحب الولاية العامة، وأنه فيه إرهاق وتكليف للخصوم حتى صدور حكم وتحمل تكاليف التحكيم ورفع الدعوى، فيكون للخصوم الدفع بالبطلان عن الدفع بالتحكيم أمام القضاء[٥٥].

ووفقاً لنص المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم، يجوز للخصوم إبداء الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم، وعندما تبحث الهيئة في مسألة صحة اتفاق التحكيم فإنها تتناول الموضوع في ضوء القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على هذا الاتفاق من حيث المبدأ، وذلك تطبيقاً لنص المادة (١٩) من القانون المدني المصري الذي ينص على: "١– يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها التعاقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. ٢– على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

لكن يقع على هيئة التحكيم التزام بأن تراعي قانون التحكيم الخاص بالدولة أو البلد التي يجرى فيها التحكيم، فإذا كان التحكيم يجرى في مصر تراعي هيئة التحكيم تطبيق قانون التحكيم المصري وإذا كان التحكيم يجرى في سوريا تراعي هيئة التحكيم تطبيق قانون التحكيم السوري، وذلك عملاً بنص المادة (١) من قانون التحكيم المصري الذي يقابله نص المادة (٢) من قانون التحكيم السوري، حيث تنص المادة (١) من قانون

---

[٥٣] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٤٢، بند ٩٦.

[٥٤] د. فتحي والي، الإشارة السابقة، مرجع سابق، صـ ١٥٢، بند ٧١.

[٥٥] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٣٨، بند ٩٤.

(ISSN: 2537 - 0758)

التحكيم المصري على: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"، فقد تبنى قانون التحكيم الإرادة المفترضة لأطراف اتفاق التحكيم في إخضاع التحكيم الذي يتم في مصر أو سوريا لقانون البلد الذي يجرى فيه التحكيم، حيث افترض المشرع أن الخصوم– باختيارهم إجراء التحكيم في بلد ما– قد اتفقوا ضمنا على أن تسري أحكام قانون التحكيم الخاص بهذا البلد على النزاع القائم بينهما. وتطبيقاً لذلك، إذا جرى تحكيم في سوريا ونشأ نزاع بين أطرافه حول صحة اتفاق التحكيم، فتعود هيئة التحكيم في معرض فصلها بهذا النزاع أولاً إلى قانون التحكيم السوري كونه القانون الخاص الواجب التطبيق وفقاً لمعيار مكان إجراء التحكيم، فإن لم تجد حكماً للمسألة تعود إلى القانون المدني الذي اختاره الأطراف بإرادتهم المشتركة، فإذا لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق طبقت هيئة التحكيم قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً، وإذا اختلفا في الموطن تطبق الهيئة قانون الدولة التي تم فيها إبرام اتفاق التحكيم[٥٦]، مع مراعاة ما تنص عليه المادة (٢٨) من القانون المدني المصري– وما يقابلها في القانون السوري– على: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة في مصر".

٤– عدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع:

وقد نصت عليه المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على: "... أو عدم شموله لموضوع النزاع".

وهذا الدفع– شأنه في ذلك شأن الدفع بسقوط اتفاق التحكيم– قد خلا قانون التحكيم من وضع تعريف محدد له، مكتفياً في ذلك بالنص على أنه من الدفوع التي يبنى عليها عدم اختصاص هيئة التحكيم لموضوع النزاع، كما يجوز التمسك بهذا الدفع أمام القضاء كدفع مواجه للدفع بالتحكيم شأنه في ذلك شأن التمسك به أمام هيئة التحكيم[٥٧].

---

[٥٦] عبد الجبار شحاذة المحمود، مرجع سابق، صـ ٧٩ وما بعدها.

[٥٧] د. فتحي والي، الإشارة السابقة، مرجع سابق، صـ ١٥٢، بند ٧١، نفس المرجع، صـ ٣٥١، بند ١٩١، د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٦٥، بند ١٠٦.

فقد يتضمن اتفاق التحكيم المسائل المتنازع عليها وقد لا يتضمنها مطلقاً، كما قد يتضمن بعض هذه المسائل دون البعض الآخر، وقد يتطرف الأطراف إلى مسائل أخرى غير الواردة في الاتفاق، فإذا انصرف اتفاق التحكيم للمسائل المتفق عليها بالتنازع فيها عن طريق التحكيم كان الحكم موافقاً للقانون وتحكم هيئة التحكيم برفض الدفع إذا ما أثير أمامها بمناسبة عرض النزاع عليها، أما إذا لم يشمل اتفاق التحكيم هذه المسائل جميعها أو شمل بعضها دون البعض الآخر يكون لصاحب المصلحة التمسك بهذا الدفع، ويصح حكم هيئة التحكيم في حدود المسائل التي شملها الاتفاق، وتحكم بقبول الدفع بالنسبة للمسائل التي لم يشملها الاتفاق إذا تبين لها ذلك[٥٨].

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التمسك بهذا الدفع فوراً– أي في المذكرة اللاحقة لإثارة المسألة– وإلا سقط الحق في التمسك فيه عملاً بنص المادة (٢/٢٢) من قانون التحكيم المصري الذي نص على: "... أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه..."، ويترتب هذا السقوط كجزاء على عدم التمسك بالدفع في ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه فوراً بصرف النظر عن تحقق الغاية من تحديد الميعاد أو عدم تحققها، غير أن هذا السقوط لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي به من تلقاء نفسها[٥٩]، كما يجوز لهيئة التحكيم في جميع الأحوال أت تقبل الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول (م ٢/٢٢ تحكيم مصري).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة: "إذا كانت المحتكمة قد أقرت باختصاص الهيئة إذ قامت بتقديم طلب التحكيم إليها وبسطت أمامها ما عن لها إبداؤه من دفاع وطلبات واستمرت في إجراءات المرافعة حتى تم اقفال بابها دون أن تبد ثمة دفع أو دفاع يتعلق باختصاصها، كما أنها لم تدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لبحث مسألة صفة المحتكمة، وبذلك يكون حقها قد سقط عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (٢٢) من قانون التحكيم"[٦٠].

وقد حدد المشرع طبيعة الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع باعتباره من الدفوع الشكلية التي يترتب على صحتها القضاء بعدم الاختصاص، فهو من الدفوع

---

[٥٨] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٦٥ وما بعدها، بند ١٠٦.

[٥٩] د. فتحي والي، نفس المرجع، صـ ٣٥٢، بند ١٩١.

[٦٠] استئناف القاهرة، د ٩١ تجاري، القضية رقم ٥٤ لسنة ١٢٠ ق تحكيم، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٢٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

الشكلية التي يجب إبدائها قبل التكلم في الموضوع لأنه يسقط مباشرةً بالكلام في الموضوع وفقاً لما نصت عليه المادة (٢/٢٢) من قانون التحكيم[٦١].

ويتميز الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع عن الدفوع السابقة، في أنه ليس منعدماً لفقده ركن من أركان الاتفاق، وليس دفعاً بالسقوط لانقضاء مدة معينه حددها الخصوم في اتفاق التحكيم للفصل في النزاع، وليس باطلاً لانتفاء شرط من شروط صحته الذي يرتب لمن له مصلحة في ذلك الحق في التمسك بالبطلان على نحو ما سبق شرحه، بل أن هذا الاتفاق صحيح في أركانه وشروط صحته ولم تنقضي المدة التي اتفق عليها الأطراف لسقوط اتفاق التحكيم بعد، وإنما هناك مسائل عرضت في النزاع لم يشملها الاتفاق ورتب المشرع على ذلك جواز أن يتمسك الخصم بالدفع بعدم شمول الاتفاق لتلك المسائل.

كما يتميز هذا الدفع عن الدفوع السابقة بأن المشرع رتب له إجراءً خاصاً يجب القيام به وإلا سقط حق الخصم في التمسك به، فقد ألزم المشرع أن يتم التمسك بالدفوع السابقة في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في المادة (٢/٣٠) من نفس القانون، وهو الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم، في حين أنه– أي المشرع– ألزم أن يتم التمسك بالدفع بعدم الشمول فوراً– أي بعد إثارة تلك المسألة مباشرةً– وإلا سقط حقه في التمسك بهذا الدفع.

ولم يشترط المشرع– إذا كان النزاع معروضاً على المحكمة المختصة– تقديم هذا الدفع في ميعاد معين بخلاف الدفع بالتحكيم الذي يجب تقديمه قبل التكلم مباشرةً في الموضوع عملاً بنص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم، إذ يعد هذا الدفع دفعاً مواجهاً للدفع بالتحكيم الذي أثاره المدعي عليه امام المحكمة المختصة حيث يساعد المحكمة في تقييم هذا الدفع من عدمه.

كما لم يحدد المشرع طريقة معينه للفصل في هذا الدفع، فيجوز للمحكمة أن تقضي به مع الدفع بالتحكيم قبل التكلم في الموضوع، كما يجوز لها تأجيل النظر فيه لتفصل فيه مع الموضوع[٦٢]. أما إذا كان النزاع معروضاً على هيئة التحكيم، وكان موضوع النزاع مما لا يشمله الاتفاق، فيجب على الخصم التمسك به فوراً بعد عرض هذا الموضوع على هيئة التحكيم وإلا سقط الحق في التمسك به، فهذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام إذ لا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي به من تلقاء نفسها. وقد أجاز المشرع في

---

[٦١] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٦٦، بند ١٠٦.

[٦٢] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٧٣، بند ١٠٨.

جميع الأحوال لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لعذر مقبول. ولكن إذا سقط حق الخصم في التمسك بهذا الدفع أمام هيئة التحكيم، هل يجوز له التمسك به أمام القضاء أم يسقط حقه كذلك في التمسك به أمام القضاء؟

ويرد جانب من الفقه على هذا السؤال بالقول أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الحق في التمسك به أمام هيئة التحكيم ولا ينصرف إلى حق التمسك به أمام القضاء، إذا أن المقرر في نص المادة (٣/٢٢) أن رفض هيئة التحكيم للدفع يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى البطلان المنصوص عليها في المادة (٥٣) من قانون التحكيم، والتي من أسباب رفعها إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق[٦٣].

ثانياً: الآثار المترتبة على الدفع بعدم الاختصاص:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع ألزم أن يتم تقديم تلك الدفوع في ميعاد محدد غير سائر الدفوع الشكلية الأخرى، بحيث يترتب على عدم تقديم تلك الدفوع في هذا الميعاد سقوط الحق في التمسك بها. فقد نصت المادة (٢/٢٢) من قانون التحكيم على: "يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (٣٠) من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكّم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول". وقد نصت المادة (٢/٣٠) من قانون التحكيم على: "ويرسل المدعي عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكّمين مذكرة مكتوبة بدفاعه رداً على ما جاء ببيان الدعوى وله ان يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر الأخير".

وحيث أحال المشرع نص المادة (٢/٢٢) إلى نص المادة (٢/٣٠) في تحديد تقديم ميعاد الدفع بعدم الاختصاص، فإن ذلك مفاده أنه يجب تقديم هذه الدفوع في الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو التي تحدده هيئة التحكيم، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع لم يحدد ميعاداً لتقديم الدفع بعدم الاختصاص بضرورة تقديمه قبل إبداء أي دفع او دفاع

[٦٣] د. أحمد إبراهيم عبد التواب، نفس المرجع، صـ ٢٧٥، بند ١٠٩.

(ISSN: 2537 - 0758)

في الموضوع أو دفع بعدم القبول على نحو ما جاءت به المادة (١/١٠٨) من قانون المرافعات المصري وقت تقديم الدفوع الشكلية أمام المحاكم، وإنما أحال فيه على اتفاق الخصوم ووفق ما تراه هيئة التحكيم في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، ولم يستثني المشرع من ذلك سوى الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع، إذ استوجب أن يتم التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، وأخيراً أجاز المشرع لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول[٦٤].

وأما عن مسألة الفصل في تلك الدفوع، فلم يقيد المشرع المحكّم بضرورة اتباع طريق معين وإنما خيره بين أمرين، فقد نصت المادة (٣/٢٢) على: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (٥٣) من هذا القانون".

وباستقراء هذا النص يمكن القول بما يلي:

١- أن المشرع لم يرسم طريقاً محدداً لهيئة التحكيم يجب عليها اتباعه للفصل في الدفع بعدم الاختصاص والدفوع المتعلقة به، وإنما خيرها في ذلك بأن تقوم بالفصل في تلك الدفوع مباشرةً قبل الفصل في الموضوع بحيث تعتبر هذه الدفوع كأنها مسائل أولية توقف الفصل في الدعوى لحين الفصل فيها، أو أن تضم تلك الدفوع إلى الموضوع مباشرةً وتفصل فيهما معاً بحكم واحد منهي للخصومة.

٢- أن هيئة التحكيم عندما تفصل في تلك الدفوع بحكم يحدد مصيرها في اختصاصها بالفصل في الموضوع من عدمه؛ لن تتبع سوى طريقين، إما أن تفصل في تلك الدفوع وتجد أنها صحيحة وتقبلها وتحكم في هذه الحالة بعدم اختصاصها بنظر الدعوى، وإما أن تفصل في تلك الدفوع وترفضها وتستمر في نظر الدعوى وتفصل في موضوعها بحكم منهي للخصومة كلها، على أنه يقع التزام عليها بألا تخالف أحكام قانون التحكيم المصري إذا كان التحكيم يجري في مصر أو إذا اتفقا الخصوم على ذلك صراحة، كما أنها تلتزم بتطبيق القانون الذي اختاره الطرفين في اتفاق التحكيم أو قانون الموطن المشترك بينهما إن لم يوجد مثل هذا الاتفاق أو قانون البلد التذي تم إبرام الاتفاق فيه إذا لم يتحدا في الموطن، مع مراعاة ألا تخالف هذه القوانين النظام العام أو الآداب العامة في البلد الذي يجرى فيه التحكيم.

---

[٦٤] د. عيد محمد القصاص، قانون التحكيم، مرجع سابق، صـ ٣٤٣، بند ١٢١.

٣- أن الحكم في تلك الدفوع سواء بالقبول أو بالرفض يعد بمثابة الحكم المنهي للخصومة كلها بحيث لا يمكن الطعن عليه سوى برفع دعوى بطلان حكم التحكيم أمام المحكمة المختصة وفقاً للمادة (٥٣) من نفس القانون، وبالتالي إذا قضى الحكم برفض الدفع فيجوز للخصم التمسك به عن طريق رفع دعوى البطلان على النحو السابق بيانه.

٤- أخيراً، هذه الدفوع لا تتعلق بالنظام العام، وعليه فلا يجوز لهيئة التحكيم أن تقضي بها من تلقاء نفسها وإنما يجب على الخصم أن يتمسك بها أولاً وفي الميعاد المحدد في المادة (٢/٢٢) من قانون التحكيم وإلا سقط حقه في التمسك بها.

الخاتمة

بناءً على ما سبق، فقد انتهيت من تحديد أهمية سلطة المحكّم في الفصل في عدم اختصاصه، وعرضت النظريات المختلفة التي اتخذها الفقه كأساس قانوني لتبرير تلك السلطة، كما تعرضت أيضاً للجانب التطبيقي لهذه النصوص في مجال المنازعات التحكيمية. **وقد ترتبت على هذا البحث النتائج الآتية:**

١- أن الاختصاص بالفصل في اختصاص المحكّم كان ومازال من نصيب محاكم الدولة باعتباره اختصاصاً أصيلاً لها بقوة القانون، وأن الاتجاه الجديد في التشريعات وأنظمة التحكيم قد خول للمحكّم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه إلى جانب المحكمة ولو لم يوجد نص في اتفاق الطرفين على تخويله هذا الاختصاص.

٢- اختلف الفقه حول الأساس القانوني لاختصاص المحكّم بالفصل في عدم اختصاصه فانقسم إلى ثلاث نظريات على نحو ما رأينا، إلا أن الرأي الراجح من وجهة نظري كان لصالح أنصار مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي يعطي للمحكّم الحق في تكوين عقيدته حول مسألة اختصاصه بالنزاع عن طريق التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم دون أن يكون له الحق في الفصل في اتفاق التحكيم ذاته، مع إعمال رقابة المحكمة المختصة على قرار المحكّم في مسألة اختصاصه.

٣- يشمل اختصاص المحكّم في مسألة اختصاصه سلطته في الرقابة على اتفاق التحكيم عن طريق نظر الدفوع المتعلقة بها من حيث بطلانها أو سقوطها أو انعدامها أو عدم شمولها لموضوع النزاع، وليس عليه في هذه الحالة سوى أن يحكم بعدم اختصاصه إذا قبل الدفع، وإلا رفض الدفع واستمر في النزاع.

٤- لا يستطيع المحكّم البت في مسألة اختصاصه من تلقاء نفسه، وإنما لابد أن يبادر الخصم بذلك عن طريق الدفع بعدم اختصاص المحكّم بنظر النزاع أو الدفوع

(ISSN: 2537 - 0758)

المتعلقة بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع على نحو ما نصت عليه المادة (١/٢٢) من قانون التحكيم المصري، ولكن له الحرية في أن يفصل في هذا الدفع قبل الفصل في موضوع الدعوى أو أن يضمه إلى الموضوع ليفصل فيهما معاً.

٥- وأخيراً، يجب على الخصم أن يتقيد بالمواعيد المنصوص عليها في المادة (٢/٢٢، ٣) من قانون التحكيم في شأن تقديم الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص المحكّم وإلا سقط حقه في التمسك بها كما هو الحال في الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة (١/١٣) من هذا القانون، كما لا يجوز الطعن على الحكم الصادر برفض الدفع إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة (٥٣) من هذا القانون، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفع في هذه الحالة أمام المحكمة المختصة. **أما عن التوصيات، فإني أوصي بما يلي:**

١- إضافة نص في قانون التحكيم يعطي للمحكّم سلطة إثارة الدفع بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه دون أن يطلب الخصوم ذلك، فليس في هذا الأمر تعارض مع مبدأ حياد المحكّم.

٢- تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري بحذف مصطلح "سقوط" وإضافة "انتهاء" أو "انقضاء" في عبارة " سقوط اتفاق التحكيم.

٣- تعديل نصوص المواد (١٣) و (٢٢) من قانون التحكيم عن طريق التنسيق بينهما وإضافة فقرة أو مادة جديدة تلزم إحدى الجهتين (هيئة التحكيم ومحاكم الدولة) بأن تتوقف عن الفصل في مسألة الاختصاص أمام المحكّم أو عدم قبول الدعوى أمام محاكم الدولة إذا بادرت الأخرى بالبت في تلك المسألة، منعاً لصدور أحكام متضاربة.

٤- ضرورة الاهتمام بتدريس مادة التحكيم وسلطات المحكّم في جميع المؤسسات الجامعية والمراكز المهتمة بالتحكيم.

تم وبحمد الله

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية

- **د. أحمد إبراهيم عبد التواب:**
- اتفاق التحكيم (مفهومه– أركانه وشروطه– نطاقه)، دراسة في ضوء أحكام الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨-٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وأنظمة وقوانين التحكيم المقارنة، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
- الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم (دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد وأنظمة التحكيم المقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
- **د. أحمد أبو الوفا:** التحكيم الاختياري والاجباري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- **د. أحمد السيد الصاوي:** الوجيز في التحكيم، الطبعة الرابعة، ٢٠١٣.
- **المستشار/ أحمد محمد عبد الصادق:** موسوعة التحكيم التجاري الدولي، هيئة قضايا الدولة، المكتب الفني، الطبعة الثامنة، ٢٠٢٠.
- **د. أحمد مخلوف:** اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية "دراسة تحليلية تأصيلية"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- **د. أنور علي أحمد الطشي:** مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، دار النهضة، القاهرة.
- **د. جورجي شفيق ساري:** الاختصاص بإشكالات التنفيذ ونفاذ أحكام مجلس الدولة في مصر بين القضاء العادي والقضاء الإداري (دراسة تأصيلية تطبيقية مع التحليل)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٧، ٢٠١٨.
- **د. رشا على الدين أحمد:** مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمام هيئات التحكيم الدولية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٦، ٢٠١٤.
- **د. طلعت دويدار:** ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- **د. عاشور مبروك:** النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- **عبد الجبار شحاذة المحمود:** سلطة المحكّم في الرقابة على اتفاق التحكيم، جامعة دمشق، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد، ٤٣، ٢٠١٦.
- **د. عبد المنعم محمد قبيصي محمد:** التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم "دراسة تحليلية مقارنة"، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠١٨.
- **د. عزمي عبد الفتاح:** قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٠.

(ISSN: 2537 - 0758)

- **د. عيد محمد القصاص:** قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى ٢٠١٥.
- **د. فتحي والي:** قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- **د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال:** التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، طبعة ١٩٩٨.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

- Amokura Kawharu: Arbitral jurisdiction, New Zealand Universities law review, Vol 23, 2008.
- Beatrice Castellane: The new French law on the international arbitration, Journal of international arbitration, 28 (4): 371-380, 2011.
- Diakité Moussa: l'arbitrage institunnel Ohada «instrument émergent de sécurisation juridique et judiciaire des activités économiques en Afrique», Thèse en doctorat, Université De Toulouse, 2016.
- Jean Robert : L'arbitrage droit interne, droit international Privé, D. 6e éd, 1993.
- Philippe Fauchard, E. Gaillard et B. Goldman : Traite de l'arbitrage commercial international, Litec, Delta, 1996.
- Sébastian Partida, l'arbitre international, Université Panthéon- Assas, 2011.

ثالثاً: المجلات والدوريات:

- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٥٦، ٢٠١٤، العدد ٦٧، ٢٠١٨.
- مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨، العدد، ٤٣، ٢٠١٦.
- مجلة هيئة قضايا الدولة السنة ٤٧، العدد ٣، يوليو– سبتمبر ٢٠٠٣، السنة ٤٨، العدد ٣، أبريل– يونية ٢٠٠٤.
- New Zealand Universities law review, Vol 23, 2008.
- Journal of international arbitration, 28 (4): 371-380, 2011.