

نقل الاختصاص من القضاء الوطني إلى التحكيم التجاري (دراسة مقارنة)

Transfer of jurisdiction from the national judiciary to commercial arbitration (Comparative study)

أ.د. تركي محمود مصطفى القاضي

Prof. turki mahmoud mustafa Al-Qadi

عميد كلية القانون والعدالة جامعة سليمان الدولية في تركيا

Dean of the College of Law and Justice Süleyman International University in Turkey

تاريخ النشر: 2022/01/11

تاريخ القبول: 2021./12/20

تاريخ الاستلام: 2021./11./01

ملخص: يترتب على اتفاق التحكيم في العقود التجارية أثرين أحدهما، سلمي، والثاني، إيجابي، ويتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في العقود التجارية في استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع، وهذا ما تقرره القوانين الوطنية ومنها قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، وقانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، كذلك الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في العقود والذي يتمثل في التزام الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهم ونهائيته وعدم الرجوع فيه.

وهكذا تجمع الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والقضاء في غالبية الدول على إعطاء الفاعلية لاتفاق التحكيم واستبعاد اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم، كذلك تجمع هذه الاتفاقيات والقوانين بما في ذلك القانون المصري والقانون العراقي على أن عدم اختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم هو عدم اختصاص نسبي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به أحد الخصوم وهو المدعى عليه أو المدعى أيضا وفقا للقانون.

يترب على اتفاق التحكيم في العقود التجارية أثرين أحدهما، سلمي، والثاني، إيجابي، ويتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في العقود التجارية في استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع، وهذا ما تقرره القوانين الوطنية ومنها قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، وقانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، كذلك الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في العقود والذي يتمثل في التزام الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهم ونهائيته وعدم الرجوع فيه.

وهكذا تجمع الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والقضاء في غالبية الدول على إعطاء الفاعلية لاتفاق التحكيم واستبعاد اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم، كذلك تجمع

هذه الاتفاقيات والقوانين بما في ذلك القانون المصري والقانون العراقي على أن عدم اختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم هو عدم اختصاص نسبي لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها بل يجب أن يتمسك به أحد الخصوم وهو المدعى عليه أو المدعى أيضاً وفقاً للقانون.

كلمات مفتاحية: التحكيم، القضاء العادي، الدفع بعدم الاختصاص، الدفع بعدم القبول، الدفع ببطالان المطالبة القضائية.

Summary:

The arbitration agreement in commercial contracts has two effects, one of which is negative, and the second is positive. The negative impact of the arbitration agreement in commercial contracts is to exclude the jurisdiction of the national courts to consider the dispute, and this is determined by national laws, including the Egyptian Arbitration Law No. (27) of 1994, and the Pleadings Law Iraqi No. (83) of 1969 amended, and international treaties and conventions, as well as the positive impact of the arbitration agreement in contracts, which is represented in the parties' commitment to the arbitration agreement concluded between them and its finality and non-reversal.

Thus, international agreements, national laws, and the judiciary in most countries agree to give effectiveness to the arbitration agreement and to exclude the jurisdiction of the national judiciary to consider the dispute under the arbitration agreement. Relative jurisdiction, which the court may not rule on its own, but must be adhered to by one of the litigants, who is the defendant or the plaintiff as well, in accordance with the law.

Key words: Arbitration, ordinary judiciary, plea for lack of jurisdiction, plea for non-acceptance, plea for invalidity of judicial claim..

المؤلف المرسل: تركي محمود مصطفى القاضي ، الإيميل : dr.turkimustaf1111@gmail.com

١ . مقدمة:

ينشئ اتفاق التحكيم التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفين بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع المحكم فيه، وهذا الالتزام هو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه ورفع دعواه إلى القضاء، كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بسبق الاتفاق على التحكيم.

والالتزام السليبي بعدم الالتجاء إلى القضاء هو التزام تام لا يتعلق بالنظام العام وما ذلك بالطبع إلا لكون الحق المقابل له ناشئ عن إرادة الطرفين وحدهما، استثناء من

الأصل العام في حرية الالتجاء إلى القضاء، فيكون لكل منهما النزول عن حقه بإرادته وحدها، وهذا النزول قد يكون صراحة، وذلك بإرادتهما الحرة وقد يكون ضمناً وذلك بسكوت المدعى عليه عن الدفع بالاتفاق على التحكيم أو عن إبدائه قبل نظر الموضوع (جمال، عكاشه، 1998، ص509، 512)

وهو ما نصت عليه صراحة المادة (13) من قانون التحكيم المصري؛ حيث نصت على أنه: "1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. 2- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم."

ولكن قد يصعب تحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم فيما إذا كان دعفاً بعدم الاختصاص أم دعفاً بعدم القبول، وقد اختلف الفقه في تحديد هذه الطبيعة، فمنهم من قال، أنه دفع بعدم الاختصاص، ومنهم من قال إنه دفع بعدم القبول، وذهب جانب آخر للنظر إلى هذا الدفع بأنه دفع ببطلان المطالبة القضائية .
أولاً- أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في أن القضاء هو أحد مظاهر سيادة الدولة فهو يختص بجميع القضايا التي تعرض عليه والفصل فيها حسب الأنظمة المعمول بها في الدولة، بينما التحكيم لا يقوم إلا برضاء أطراف النزاع أي أن القضاء هو الطريق الرئيسي للفصل في الخصومات، ولكن قد يحدث أن هناك دفعات تتطلب ذلك منها الدفع بعدم الاختصاص إلى التحكيم عن طريق وذلك بحجة أن هناك دفعات تتطلب ذلك منها الدفع بعدم الاختصاص والدفع بعدم القبول، والدفع ببطلان المطالبة القضائية مما يحتم نقل الإختصاص من الطريق الأصلي والقضاء إلى الطريق الثانوي وهو التحكيم.

ثانياً- هدف البحث:

يكمن هدف البحث بـ:

- 1- الوقوف على تعريف التحكيم التجاري.
- 2- التعريف بالدفع بعدم الاختصاص.
- 3- التعريف بالدفع بعدم القبول.

4- الدفع ببطلان المطالبة القضائية.

ثالثاً- مشكلة البحث:

تكمن مشكلة موضوع البحث بكيفية نقل الاختصاص من القضاء العادي إلى التحكيم والذي يعد القضاء الثانوي، من خلال الدفوع التي أوردناها وهي في ملخص البحث، على اعتبار أنّ الفكرة التي يقوم عليها التحكيم في كل التشريعات المعاصرة هي حق الأطراف في الاتفاق فيما بينهم على تجنب دور قضاء الدولة في منازعاتهم واخضاعها لقضاة يختارونهم بأنفسهم ويرضون طوعاً بأن يفرض عليهم ما يصدره أولئك القضاة من أحكام، فالتحكيم لا يختلف عن القضاء إلا في أن الدولة هي التي تعين القاضي، وتلزم الناس بالتقاضي أمامه، وتنفذ الأحكام التي تصدر عنه، بينما في التحكيم فالخصوم هم الذين يختارون القضاة ويلزمون أنفسهم بتنفيذ ما حكم به المحكم بوازع من ضميره وقناعتهم .

رابعاً- منهج البحث:

سوف نتبع المنهج الاستقرائي التحليلي، وذلك من خلال تحليل الأحكام التي وردت في تشريعات التحكيم ، وكذلك المنهج المقارن من خلال المقارنة في أغلب الأحيان بالقانون المصري والقانون العراقي، ومعرفة موقف التشريعات العربية والأجنبية من أحكام التحكيم كلما تطلب الأمر.

خامساً- هيكلية البحث:

نقسم هذا البحث مقدمة ومبحثين، تناولنا في المبحث الأول مفهوم التحكيم التجاري، وبينّا في المبحث الثاني دفوع ابعاد القضاء الوطني عن النظر في الدعاوى، وختمنا بحثنا هذا بمجموعة من النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم التجاري

تمهيد وتقسيم:

يعد التحكيم قضاء ثانوي فعال لتسوية المنازعات؛ إذ يتم إسناد مهمة الفصل في هذه النزاعات إلى أشخاص يسمون المحكمين ، و يكون هؤلاء الأشخاص محل اختيار الأفراد، ومن الأوصاف التي يأخذها الأفراد في اختيارهم للمحكمين الخبرة والدراية بالمسائل المراد الاحتكام فيها، وكذا التخصص الفني وأصبح التحكيم من أفضل الوسائل

التي يتم الاعتماد عليه لتسوية المنازعات وخاصة المنازعات التجارية وذلك لما له من مزايا لا نظير لها في القضاء العام ، مع الأخذ بالاعتبار أن هناك مسائل استثنائها المشرع من نطاق التحكيم، وسوف نتناول هذا المبحث في مطلبين، خصصنا المطلب الأول لتعريف التحكيم، وبينا في المطلب الثاني تمييز التحكيم عن القضاء.

المطلب الأول: تعريف التحكيم

أولاً- تعريف التحكيم في اللغة:

(حَكَمَ) فلاناً في الشيء والأمر: جعله حكماً، قال تعالى: " فَلَا التحكيم لغة من (حَكَمَ) بالأمر حكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم، (وحَكَمَ وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ) (النساء، 65)، و(احتكم) الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصومتهم إليه، و(تحاكماً): احتكما و(تَحَكَّم) في الأمر: احتكم، و(الحَكَمُ): من أسماء الله تعالى، و(الحَكَمُ) الحاكم، قال تعالى: (أَفَغَيْرَ اللَّهِ أَبْتَغِي حَكْماً) (الأنعام، 114) ، و(الحَكَمُ) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعُثُوا حَكْماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْماً مِنْ أَهْلِهَا) (النساء، 35)، (الأنصاري، 1960، ص189) (مصطفى وآخرون، 1960، ص189)

ثانياً- تعريف التحكيم في فقه القانون:

تعددت تعاريف الفقه في القانون الخاص للتحكيم، فهناك من عرفه بأنه: " نظام قانوني للفصل في خصومة بحكم ملزم بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع " (والي، 2007، ص13)

فهناك من عرفه بأنه: " الطريقة التي يختارها الأطراف لفصل المنازعات التي تنشأ عن العقد، والتي يتم البت فيها أمام شخص أو أكثر يطلق عليه اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء " (سامي، 1992، ص17)

والتحكيم أيضاً في الفقه القانوني هو نظام لتسوية المنازعات يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم (الشوا، 2008، ص15)

وجاء تعريف التحكيم بأنه، طريق اتفاقي لتسوية المنازعات يخرج النزاع من ولاية قضاء الدولة ويعهد به إلى فرد أو هيئة التي تقضي بحكم ملزم للطرفين (الروبي، 2008م،

ص159)، وفي نفس المعنى عرّف بأنه، نظام قضائي خاص لفض الخصومات بعيداً عن طرق التقاضي العادية ويتم اللجوء إليه بمقتضى اتفاق أطراف النزاع لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية (منصور، 2006، ص476)

وعرّف أيضاً بأنه: "نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد طبيعيين يختارهم الخصوم مباشرة أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها أو تمكين أطراف النزاع بأقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون لكي تحل عن طريق أشخاص طبيعيين يختارونهم" (رضوان، 1981، ص19).

وعرّفه آخرون بأنه: "اتفاق الأطراف على طرح خلافاتهم على أشخاص طبيعيين يختارونهم" (Foucharra, 1965, P.62)

وهناك رأي آخر في فقه القانون بتعريف التحكيم بأنه: "اتفاق أطراف النزاع على إخضاع خلافاتهم لحكم أفراد تختارها هذه الأطراف" (الربيعي، 2006، ص215)

ويعرّف أيضاً بأنه: "نظام تعاقدى بموجبه يتفق الخصوم على حل الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيداً عن إجراءات القضاء العادي" (العبودي، 2000، ص350): كما يعرف بأنه: "عبارة عن القضاء المختار" (الهداوي، الداوودي، 1982، ص280)

ويعرفه روبير (Robert) بأنه: "نظام للقضاء الخاص تقضى فيه الخصومة. ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها أو بعبارة أخرى يقصد بالتحكيم إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم" (ناصر، 2000، ص25)

وعرفه البعض بأنه: "حكم بخصومة بواسطة شخص، المحكم، يختاره الأطراف باتفاق يطلق عليه اتفاق التحكيم". (Conte ph, 2000, p. 38)

ويعرف الباحث التحكيم بأنه، طلب الخصمين باتخاذ شخص آخر يسمّى حاكماً وبرضاها وبالاتفاق .

ثالثاً- تعريف التحكيم في التشريعات:

بالنسبة للتشريعات فنجد أن المشرع المصري قد أشار قانون التحكيم، فقد عرّفت المادة العاشرة من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 المعدل بالقانون (9) لسنة 1997، والقانون رقم (8) لسنة 2000 في فقرتها الأولى على أن التحكيم: "اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية" (مركز القاهرة، 2009، ص31).

أما قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997 فإنه لم يشير إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بأحكام هذا القانون.

أما بالنسبة للتشريع العراقي فنجد أن قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 (المعدل) لم يشر إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين؛ كما أجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. وكذلك قانون الاستثمار العراقي (13) لسنة 2006 لم يعرف التحكيم ولكن نص في الفقرة الأولى من المادة (27) على أنه: "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون إلى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء إلى التحكيم التجاري (الوطني أو الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق" (جريدة الوقائع العراقية، 2016، ع4393).

وعرفت مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876 في المادة (2790) التحكيم على أنه: "عبارة عن اتخاذ الخصمين حكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواها" (الحسن، 2010، ص21).

وتناول المشرع الفرنسي في المرسوم رقم (48) لسنة 2011 بتعديل قانون التحكيم الفرنسي في المادة (1442) اتفاق التحكيم على أنه: "يأخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم:

- 1- شرط التحكيم، هو اتفاق بمقتضاه يلتزم الأطراف في عقد أو أكثر بإخضاع منازعتهم المتولدة عن هذا العقد أو تلك العقود إلى التحكيم.
- 2- مشارطة التحكيم، عبارة عن اتفاق بمقتضاه يتفق الأطراف في نزاع قائم على إخضاع نزاعهم إلى التحكيم. (Art. 1442) "
- أما بالنسبة للمشرع السعودي فلم يشر في نظام التحكيم السعودي المرقم (م/34) لسنة 1433هـ إلى تعريف التحكيم ولكنه أجاز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما أجاز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين (نظام التحكيم السعودي، 1433هـ)
- وعرّف قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري رقم (2) لسنة 2017 في المادة الأولى التحكيم على أنه: "أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من اللجوء للقضاء سواء كانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الأطراف، مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك."
- أما بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في سنة 2006 فقد أشار إلى تعريف التحكيم في نص الفقرة الأولى من المادة الثانية منه على أن التحكيم يعني: "أي تحكيم ، سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا (www. Uncitval. Org) "
- ولم تعرّف قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2007، ولكن نصت الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه القواعد على أنه: "إذا اتفق طرفا عقد كتابةً على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم وفقاً لنظام التحكيم لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وجب عندئذ تسوية هذه المنازعات، وفقاً لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة ."
- وعرفت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التحكيم في فقرتها (ب) على أنه: "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات" (صابر، 2016، ص5)

رابعاً- تعريف القضاء للتحكيم:

أما على صعيد القضاء فقد جرى تعريف التحكيم من قبل محكمة النقض المصرية بأنه: "طريق لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراءات المرافعات أمام المحاكم بالأصول الأساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم(المواحدة، 2010، ص24)

وأيضاً ذهب نفس المحكمة في حكم آخر لها أن التحكيم: "طريق استثنائي لفض الخصومات، وقوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية"(عبد التواب، 1997، ص293). وأشارت المحكمة الدستورية العليا في مصر إلى تحديد المقصود بالتحكيم بأنه: "عرض النزاع المعين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارها أو بتفويض منهما في ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة الممالة مجرداً من التمايل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"(الحداد، 2007، ص42)

وعرّفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم أيضاً بحكم لها شبيه بالحكم أعلاه بأنه: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين، باختيارهما أو بتفويض منهما ليفصل في نزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة من خلال ضمانات التقاضي"(القضية رقم (380، 2003م)

وأشارت محكمة تمييز العراق إلى أشكال التحكيم ضمن حكمها الصادر من محكمة التمييز بقولها: "أن التحكيم في القانون نوع واحد حسب المادة (251) مرافعات وأن الشرط الوحيد لوجوده وترتيب أثره هو أن يكون ثابتاً بالكتابة حسب المادة (252) المعدلة من قانون المرافعات ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق عليه قد تم وقت التعاقد أو تم باتفاق مكتوب مستقل أو تم الاتفاق عليه أثناء المرافعة،" (مجموعة الأحكام العدلية، 1975، ص175)

من خلال هذا الحكم يتضح أن محكمة التمييز العراقية قد أجازت الاتفاق على التحكيم وقت التعاقد، أي كشرط يرد ضمن بنود العقد المبرم بين الطرفين وهو ما يطلق

عليه (شرط التحكيم)، وكذلك أجازت المحكمة أن يكون الاتفاق على التحكيم عن طريق عقد مستقل وهذا ما يطلق عليه (مشاركة التحكيم) (الربيعي، الخيكاني، 2014، ص75) ومن الأحكام القضائية الفرنسية، والتي صدرت عن محكمة النقض الفرنسية بحكمٍ لها حول التحكيم بتاريخ 22/ نوفمبر/ 2005 بقولها: "بخلاف الحالات التي حظر فيها القانون التحكيم بشأنها، فإن للأطراف الحق بإرادتهم أن يمنحوا للمحكم السلطة القضائية" (هلال، خليل، عماد، 2015م، ص11)

وأيضاً عرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم بأنه: "طريق استثنائي لفض المنازعات، ويقتصر على ما انصرفت إليه إرادة طرفي التحكيم، وعلى المحكمة أن لا تتوسع في تفسير العقد المتضمن شرط التحكيم لتحديد المنازعات الخاضعة للتحكيم" (مجلة نقابة المحامين الأردنية، 1995، ص198)

وعرفت محكمة التمييز في دبي التحكيم على أنه: "هو اختيار المتنازعين طرفاً غيرهما محايداً للفصل فيما شجر بينهما من نزاع دون الالتجاء إلى القضاء، ويكون التحكيم تبعاً لعقد معين يُذكر في صلبه وضمن شروطه ويسمى شرط التحكيم، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم ويسمى في هذه الحالة اتفاق التحكيم أو مشاركة التحكيم" (طعن رقم (63)، 2005).

وأشارت محكمة الاستئناف الفلسطينية، في أحد أحكامها، إلى تعريف التحكيم بأن: "التحكيم هو من العقود الرضائية التي تتم بالإيجاب والقبول، وأنه استثناء من الأصل في التقاضي، فلا يجبر على سلوكه أحد ولا يحرم من الالتجاء إلى القضاء إلا عن رضا واختيار." (داود، 2008، ص39)

المطلب الثاني: تمييز التحكيم عن القضاء

لمعرفة الفرق بين التحكيم والقضاء ارتأينا أن نعرف القضاء لغةً وأصطلاحاً. فالقضاء في اللغة، له معانٍ عدة تشمل الأداء، الانتهاء، الإخبار، الخلق، الموت، (ابن فارس، أبو الحسن، 1998، ص893)، أو الحكم بالإيجاب والإلزام والأمر (آبادي، أبو الطاهر، 2004، ص1419)، فقد يقصد بالقضاء الأداء والإنهاء والامضاء (ابن منظور، أبو الفضل، 2003، ص48)، ومن ذلك قوله تعالى: (قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيَانِ) (سورة يوسف - الآية 41)

والقضاء إصطلاحاً: هو تبين الحكم الشرعي والإلزام به وفصل الخصومات (الرحباني، مصطفى، 1385هـ، ص451)

أما في اصطلاح الفقه الإسلامي، فقد تعددت تعريفاته: فعرفه الأحناف بأنه: " قطع الخصومة أو قول ملزم صدر عن ولاية عامة" (إبن عابدين، محمد، 2003، ص20)

وعرف عند المالكية بأنه: " الإخبار عن حكم شرعي على سبيل اللزوم". وحقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام (المالكي برهان، 2003، ص9) وعند الشافعية: " القضاء هو اظهار حكم الشرع في الواقعة ممن يجب عليه إمضاؤه"، قال إبن عبد السلام: الحكم الذي يستفيده القاضي بالولاية، وهو بخلاف المفتي، فإنه لا يجب عليه امضاؤه، ويسمى القضاء حكماً لما فيه من الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله لكونه يكف الظالم عن ظلمه، أو من إحكام الشيء ومنه حكمة للجام لمنعه الدابة من ركوبها رأسها (الشافعي، شمس الدين، 1418هـ، ص497)

أما في فقه الحنابلة: فهو الإلزام بالحكم الشرعي وفصل الخصومات، إن كان فيه الزام، أو للإباحة أو الإطلاق، إن كان الحكم في الإباحة، كحكم الحاكم أن الموات إذا بطل إحياءه صار مباحاً للجميع (اليهوتي، منصور، 1366هـ، ص17)

وعلى مدار ومنوال هذه التعريفات الفقهية الأخرى، تدور كل تعريفات المذاهب الفقهية الأخرى وآراء الفكر والفقه الإسلامي المعاصر.

إن القضاء هو جهة رسمية تابعة لوزاره العدل يلجأ إليه الأطراف من أجل فض منازعتهم التي تشب بينهم في مختلف الفروع منها العقارية والمدنية، شؤون الأسرة، التجارية، الإدارية، الإجتماعية... الخ، ويقوم بهذا المهام قضاة مختصين يعينون من طرف وزارة العدل، وأحكامهم وقراراتهم الزامية التنفيذ بقوة القانون، أما التحكيم يعد قضاء ثانوي ينشأ بالإتفاق من الأطراف، ويكون أطراف النزاع الدولة المضيفة، والمستثمر، وأطراف النزاع في التحكيم لهم الحرية في إختيار الجهة المختصة بالتحكيم التي تنظر في نزاعهم؛ كما أن محكمة التحكيم لها إختصاصات محددة تنظر فقط في النزاعات المتعلقة بالتجارة دولية؛ كما أن قراراتها غير الزامية التنفيذ (عبد الحميد، رضا، 1997، ص8).

والتحكيم وإن كان نوعاً من القضاء وجزء منه إلا أن بينه وبين القضاء فروقا متعددة، وهذه الفروق لا تُخرج التحكيم عن دائرة القضاء لكنها توضح خصوصية التحكيم في المتخاصمين لأنه يكتسب الولاية منهم، وقد توسع جملة من الفقهاء في إيراد هذه الفروق وإيضاحها، ومن خلال ذلك يمكن لنا أن نسوق نقاط يتفق التحكيم فيها مع القضاء ونقاط إختلاف بينهم:

ونؤيد ماذهب إليه الأحناف بأن القضاء قطع الخصومة أو قول ملزم صدر عن ولاية عامة.

أولاً- نقاط الإتفاق بين التحكيم والقضاء

أ- لكل منهما ولاية حكم، لذلك قال بعض الفقهاء إن التحكيم شعبة من القضاء، وفي هذا الصدد أوضحت محكمة النقض في إمارة أبوظبي في حكم لها حول ذلك جاء فيه أنه: "من الأصول المقررة أن العقد يصدق على كل إتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، وهو قانون المتعاقدين يلزمهما بما ورد فيه، فلا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بمفرده بنقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون،" (الطعن رقم (955) لسنة 2010، ص 270)

ب- إن كل من الحكم والقاضي يكتسب ولاية الحكم ممن ولاه، باتفاق الطرفين المولّي والمولّي، ويتقيد كل من القاضي والحكم بما يقيد به من ولاه، من حيث زمان الولاية ومكانها، والموضوعات التي يحكم فيها.

ت- المولّي يملك عزل المولّي، فإذا عَزَلَ الإمام القاضي انعزل، وإذا تفق الخصمان على عزل الحكم انعزل.

ث- الحكم الصادر من الحكم، وكذلك الحكم الصادر من القاضي، يعتبر حكماً شرعياً متى استوفى شروطه (بريري، محمود، 1995، ص 45)

ثانياً- نقاط الإختلاف بين التحكيم والقضاء.

أ- يختلفان التحكيم والقضاء في أمر جوهري له أثره، وهو الجهة المولية لكل منهما ففي التحكيم تتم التولية من الخصوم للحكم، والحكم يستمد سلطته منهم، وسلطتهم خاصة على أنفسهم فقط، وفي القضاء تتم التولية من الإمام وهو صاحب سلطة عامة، والقضاء هو سلطة الدولة في الفصل في النزاعات وحماية الحقوق، فالقضاء مظهر من

مظاهر سيادة الدولة وبذلك يختلف عن التحكيم الذي هو قضاء ثان أو ثانوي وهذا يعني أن ولاية التحكيم أدنى من ولاية القضاء، والحكم أقل سلطة من القاضي وأدنى منه رتبة، وبالتالي حكمه أدنى رتبة من حكم القاضي (البجاد محمد ، 1420هـ، ص 17)

ب- يختار المحكم- عادة- من الخصوم ذوي الشأن، وهذا الاختيار ينبع من إتفاق التحكيم (في شرط أو في مشاركة) أو من ورقة مستقلة عن هذا الإتفاق الذي يتضمن بالضرورة طريقة إختياره على الأقل، أما القاضي فلا يختار من الخصوم بل يعين من السلطة العامة في الدولة ممثلاً عنها في الفصل في المنازعات التي تطرح عليه، وبالتالي فلا يتقاضى أتعاباً من الخصوم- بعكس التحكيم- وإنما يتقاضى مرتباً من الدولة؛ لأنه موظف عام (محمود، سيد، 2007، ص 21)

ت- المُحَكِّم يقتصر اختصاصه في الدعوى المحكم فيها فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي عادة واسعة زماناً ومكاناً (الغزالي، حسن ، 1995، ص 4)

ث- حكم المُحَكِّم قاصر على المحكوم عليه فقط ولو ثبت ببينة، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه (آل خنين عبدالله، 1999 ص 36- 37)

فلو حَكَمَ خصمان رجلا في عيب المبيع فقاضى الحكم برده، لم يكن للبائع حق رده على بائعه الأول استنادا إلى قرار الحكم، إلا أن يرضى البائع الأول، وكذا لو أن رجلا ادعى على آخر ديناً، وأن فلانا قد ضمنه فحكما بينهما، والضامن غائب، فأقام المدعي بينة على المال والضمان، صح الحكم في حق الدائن والمدين دون الضامن، ومثله لو كان الغائب هو المضمون، والتحكيم جرى بين صاحب المال والضامن (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1404هـ، ص 245).

ولذلك قال الفقهاء حكم المُحَكِّم في حق طرفي الخصومة حكماً، وفي حق غيرهما بمنزلة الصلح بينهما، والصلح لا يتعدى أثره (الجصاص، أبي بكر، 2012، ص 392).

ج- إن الخصم لا يجب عليه إجابة خصمه إلى التحكيم إذا دعاه إليه، أما إذا دعاه إلى القضاء فتجب الإجابة، أي أن التحكيم لبس إجبارياً، كالقضاء، وفي ذلك أوضحت محكمة النقض في أبو ظبي بحكم لها جاء فيه: " لا يجوز بأي حال أن يكون التحكيم إجبارياً يدعن إليه الطرفان، إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الإتفاق على

خلافها، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدده طرفاه- وفقاً لأحكامه- نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما،" (الطعن رقم (554) لسنة 2008)

ح- إن التحكيم أضيق مجالاً من القضاء، فلا يصح إلا فيما يملكه الخصم، أما في القضاء فللقاضي النظر في كل خصومه.

خ- التحكيم أوسع من القضاء في الإختصاص المكاني، فالتحكيم يصح بين الطرفين، ولو اختلفت أمكنتهم، أما قضاء القاضي فمقيد بالنظر وفق الاختصاص المكاني، وبالتالي يجوز للمُحكم أن ينظر في قضية برضى الطرفين ولو كان المدعى عليه لا يقيم في بلد التحكيم .

ر- لا يجوز للمُحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين؛ لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخصه، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة (مجموعة من المؤلفين، 1401هـ، ص8 وما بعدها)

المبحث الثاني: دفع أبعاد القضاء الوطني عن النظر في الدعاوى

تمهيد وتقسيم:

هناك دفع لها خاصية إبعاد القضاء الوطني عن النظر في بعض الدعاوى، والتي يمكن أن تعرض على التحكيم فيقوم بحلها وإصدار حكم بإنهائها، فقد تكون حجة أطراف النزاع بعدم طرحه للقضاء أن هناك اتفاق بينهم على ذلك وهذا الاتفاق أقره لهم المشرع، وبذلك يكون الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الإختصاص وعدم قبول الدعوى القضائية؛ لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة للدود عن حقه، كذلك الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعد دفعاً إجرائياً ببطالان المطالبة القضائية، بسبب عيب موضوعي وهو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها لائحة الدعوى القضائية لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التحكيم، وسوف نقسم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول الدفع بعدم الإختصاص، وبيّنا في المطلب الثاني الدفع بعدم قبول الدعوى، وخصصنا المطلب الثالث للدفع ببطالان المطالبة القضائية.

المطلب الأول: الدفع بعدم الاختصاص

يرى جانب من الفقه المصري، أن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، بحجة أن اتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء وإقرار المشرع لهذا الاتفاق يجعل النزاع خارجاً عن اختصاص القضاء بمقتضى هذا الاتفاق، أي أن القانون يمنح الإرادة الفردية في حالات معينة سلطة الاتفاق على الانتقاص من اختصاص القضاء لمحكمة الدولة (جمال، عكاشة، 1998، ص516)

ولا شك أن هذا الرأي ينطلق من مبدأ سيادة الخصوم على نزاعهم الخاص وحريتهم في حسمه بالشكل الذي يرغبونه وحريتهم أيضاً في استبعاد الأشكال الإجرائية التي لا يريدونها لأنهم أصحاب الحق الموضوعي ويستطيعون النزول عنه، فلمهم بالتالي الحرية في نزع مشاكلهم من قضاء الدولة (إسماعيل، 2010، ص65) إلا أن هذا الرأي تعرض لانتقادات أهمها (جمال، عكاشة، 1998، ص518، 519):

- 1- إن اختصاص كل محكمة من المحاكم تحدده نصوص القانون بحسب الجهة القضائية التي تنتهي إليها المحكمة، وبحسب مرتبتها في هذه الجهة.
 - 2- القول بأن الدفع بالاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم اختصاص يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص ولائياً أم نوعياً أم مكانياً.
 - 3- كذلك لا يجوز القياس في هذا الصدد على سلطان الإرادة في مد الاختصاص إلى حالة لا تتضمنها نصوص القانون؛ لأن اختصاص القضاء بما يختص به النظام العام فلا يجوز الحد منه، وإن جاز توسعته أو مده إلى حالات لا يشملها وبما أن اختصاص المكاني يكون في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل عنه، ويكون لهم التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولذلك يبقى القضاء مختصاً بالفعل بالفصل في النزاع محل الاتفاق على التحكيم وذلك من خلال الفصل في المسائل التي لا يحول التحكيم دون رفعها إليه.
- وإن مضمون الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقود نقل البضائع يتمثل في استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع أو المنازعات المتعلقة بعقود نقل البضائع، والمتفق على حلها تحكيمياً؛ حيث لا ينبغي للمحاكم الوطنية النظر في النزاع

محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري احتراماً لهذا الاتفاق واحتراماً لإرادة أطرافه (الفي، 1996، ص224)

كما أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في عقود نقل البضائع شرطاً كان أو مشاركة هو أداة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم، فهو الوسيلة التي تخولها الأنظمة القانونية الوضعية على اختلافها للمدعى عليه أمام القضاء العام في الدولة، للتمسك بوجود الاتفاق على التحكيم ومن ثم حقه في الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بغرض منع القضاء العام في الدولة من السير في إجراءات الفصل فيه، والوارد على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقد النقل البحري المتفق بشأنها على التحكيم (التحيوي، 2003، ص131)

إن أساس الأثر السلبي لاتفاق التحكيم هو نزع الاختصاص من القضاء الوطني وحرمان محاكم الدولة من نظري أي نزاع اتفق بشأنه على التحكيم أما عن طبيعته فقد كانت محل جدل فقهي وقضائي كبير (الصحابي، 2010، ص282)

ويتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقود نقل البضائع في منع عرض النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشاركة على القضاء العام في الدولة ومنع هذا القضاء من الفصل فيه، فالاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع شرطاً كان أم مشاركة يمنع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بذلك بدلاً من المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه و الفصل في موضوع، ويخول المدعى عليه دفْعاً بذلك، وهو ما يسمى بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم (التحيوي، 2003، ص133).

هذا ويستمد مبدأ نقل الاختصاص وجوده من الاتفاقات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي؛ إذ وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسمو على التشريعات الداخلية للدول فقد استبعدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة؛ حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الثالثة من هذه الاتفاقية على أنه: "إذا عرض النزاع على محكمة في إحدى الدول المتعاقدة وكان يتعلق بموضوع اتفاق الطرفان على عرضه على التحكيم، بالمعنى المقصود في هذه المادة على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم إذا طلب أحد

الطرفين ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن الاتفاق ملغى أو غير ذي مفعول أو غير صالح للتطبيق. (http://legal.un.org/avl/pdf/ha/crefaa/crefaa_a.pdf)

فهذا النص فرض حظر على محاكم الدول في نظر الدعوى المتفق على فضاءها بواسطة التحكيم؛ حيث تلزم بها محاكم كل الدول الأعضاء المنضمة للاتفاقية أياً ما كان نزاع الأطراف في اتفاق التحكيم، أو المكان المتفق على جعله مقراً للتحكيم، وما دامت أن هذه القاعدة ذات طبيعة دولية فهي تسري بأثر مباشر، مع استبعاد كل سلطة تقديرية للقاضي والتي قد زالت تماماً في صدد العلاقات الدولية الخاصة بحيث أصبح من المتعين على المحاكم أن ترتب على اتفاق التحكيم أثره المانع وجوباً فور تمسك أحد الأطراف به (راشد، 1984، ص 435، 436)

المطلب الثاني: الدفع بعدم القبول

يذهب جانب من الفقه إلى أن الدفع بالاتفاق على التحكيم ليس دفعاً بعدم الاختصاص إنما هو دفع بعدم قبول الدعوى، ويستند هذا الرأي إلى مجموعة من الحجج فحواها أن الاتفاق على التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص القضاء، وهو فوق ذلك لا يهدف من الأصل إحداث هذا الأثر وإنما يستهدف مجرد إقامة مانع مؤقت من سماع الدعوى أمام القضاء رغم كونه مختصاً بها من الأصل، ورغم استمرار اختصاصه بها أثناء مسيرة التحكيم وبعد انتهاء هذه المسيرة، وهو بإقامة هذا المانع إنما يقيد حق الطرفين في الالتجاء إلى القضاء أو حق كل منهما في الدعوى، والنتيجة المنطقية لهذا التقيد هي أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء ما دام المانع من قبولها موجود، فإن زال المانع لسبب أو آخر عادت الدعوى مقبولة أمام القضاء باعتباره مختصاً بها، وباعتبار اتفاق التحكيم غير ذي أثر على هذا الاختصاص (والي، 2007، ص 148)

ويرى جانب آخر من الفقه أن عدم القبول يتأسس على فكرة أن الدعوى قد رفعت بغير الطريق المقرر اتفاقاً (الشريري، 2011، ص 118)

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فإن المتأمل بعدم القبول في مثل هذه الأحوال يكتشف أنه ليس دفعاً بعد القبول للتنازل عن الحق في رفع الدعوى إلى القضاء وليس تنزلاً عن حق اللجوء إلى القضاء بل هو عدم قبول لعدم اتباع الطريق المقرر اتفاقاً

للحصول على الحماية المطلوبة في الاتفاق على التحكيم يهدف إلى إقامة مانع يحول دون طرح النزاع على القضاء، وعلى ذلك يكون الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى القضائية لأن الخصم ينكر به سلطة خصمه في الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة للدود عن حقه (أبو الوفا، 2004، ص119)

ويصعب اعتبار الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم من قبيل الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوعه؛ لأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص القضائي من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع موضوعه وإنما يمنعها فقط من سماع الدعوى القضائية ما دام الاتفاق على التحكيم قائماً (إسماعيل، 2010، ص66)

ويرى هذا الفقه أنه بناءً على ذلك فعدم القبول في مثل هذه الأحوال لا يتعلق بالناظم العام بالنظر إلى الأساس العقدي، فهو دفع ناشئ عن الاتفاق على التحكيم وهو يختلف عن الدفع بعدم القبول لرفع الدعوى بغير الطريق المقرر قانوناً لرفعها من حيث أن هذا الأخير يتعلق بالنظام العام، وبالتالي ينعكس اتفاق التحكيم على طبيعة الدفع بعدم القبول الناشئ منه فيجعله غير متعلق بالنظام العام (التحيوي، 2003، ص265)

إلا أن هذا الاتجاه قد لاقى العديد من الانتقادات منها: لا يتصل الاتفاق على التحكيم بحق الدعوى القضائية، ذلك أن الحق في الدعوى القضائية هو حق الشخص في الحصول على حكم قضائي في موضوع الدعوى القضائية لصالحه والأطراف المحتكمون لا يتنازلون في الاتفاق على التحكيم عن حقهم في الحصول على حكم قضائي من القضاء العام في الدولة لحماية حقوقهم، وإنما يتفقون على اتباع طريق آخر لحماية هذه الحقوق (إسماعيل، 2010، ص66)

فهناك صعوبة في التمييز بين مختلف الدفع بعدم القبول، وهناك عدم قبول لمخالفة الحق في الدعوى وشروط قبولها أو لمخالفة حق اللجوء إلى القضاء وعناصر قيام هذا الحق ومدى تعلق كل نوع من هذه الأنواع بالنظام العام (جمال، عكاشة، 1998، ص521، 522)

واعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعاً بعدم القبول من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع طبيعة هذا الدفع، فالدفع بعدم القبول هو من الدفع الموضوعية التي يجوز إبدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى، في حين أن الدفع بالاتفاق على التحكيم يتعين

إبداؤه قبل التكلم في الموضوع وإلا سيقطع الحق في إبدائه بحسبان أن التكلم في الموضوع دون إثارة الدفع يعني النزول عنه نزولاً يعتد به القانون بالنظر إلى أصله الاتفاقي المحض (إسماعيل، 2010، ص 67).

وفي حالة إبداء الدفع بعدم القبول أمام المحكمة في حالة وجود النزاع المتفق على التحكيم بشأنه على قضاء الدولة، إما أن تقضي المحكمة بقبوله وبالتالي تنتهي الخصومة أمامها ويمتنع عليها النظر في النزاع وتستنفذ ولايتها بالنسبة للقبول، وعلى الأطراف اللجوء إلى التحكيم، أما في حالة رفض الدفع فهنا تنظر المحكمة الموضوع ولا يجوز الطعن المباشر في الحكم الصادر بفرض الدفع؛ لأنه لا ينهي الخصومة بل يجوز الطعن فيه مع الحكم الصادر في الموضوع وفقاً للمادة (106) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986 بقولها: "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبدائها معاً قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها، ويسقط حق الطاعن في هذه الدفوع إذا لم يبد منها في صحيفة الطعن، ويحكم في هذه الدفوع على استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلى الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها على حدة، ويجب إبداء جميع الوجوه التي يبنى عليها الدفع المتعلق بالإجراءات معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها."

المطلب الثالث: الدفع ببطلان المطالبة القضائية

يرى جانب من الفقه أن الدفع بوجود اتفاق على التحكيم يعد دفعاً إجرائياً ببطلان المطالبة القضائية، بسبب عيب موضوعي وهو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها لائحة الدعوى القضائية لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التحكيم بخصوصها وهو ما يؤدي إلى بطلان المطالبة القضائية (الرفاعي، 2003، ص 114)

والمعروف أن هدف الاتفاق على التحكيم، هو الحيلولة دون المطالبة بالحق المتنازع عليه عن طريق القضاء بالشكل الإجرائي المحدد لذلك، وبالتالي فالمطالبة القضائية التي تقدم بعد الاتفاق على التحكيم تكون باطلة، والسبب هو تخلف العنصر الموضوعي وهو المحل، وبالتالي فالدفع بالتحكيم هو دفع بالبطلان لتخلف مقتضى

موضوعي ومن ثم تخضع لقواعد البطلان الإجرائي المنصوص عليها في المادة (20) من قانون المرافعات المصري سابق الذكر بقولها: "يكون الإجراء باطلاً إذا نص القانون صراحة على بطلانه أو إذا شابه عيب لم تتحقق بسببه الغاية من الإجراء، ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء."

وهذا الرأي ينسجم مع طبيعة الالتزام السلبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن الاتفاق على التحكيم سواء فيما يتعلق بقصر الدفع به على صاحب المصلحة وحرمان المتسبب فيه من التمسك به، أو فيما يتعلق بعدم تمكين المحكمة من أعمال مقتضاه من تلقاء نفسها دون أن يكون هناك تمسك به من صاحب المصلحة أو في ظل نزول عنه من صاحب المصلحة (حداد، 2005، ص 120)

والدفع بوجود الاتفاق على التحكيم لا صلة له بموضوع الدعوى القضائية، ولكنه يكون دفعاً موجهاً إلى إجراءات الخصومة القضائية على أساس أن الاتفاق على التحكيم يرتب التزاماً على الأطراف المحتكمين بعدم سلوك إجراءات التقاضي العادية، والدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو الوسيلة الفنية التي يتمسك بها الخصم قبل خصمه بحقه في عدم اتباع إجراءات التقاضي العادية (والي، 2007، ص 219)

إلا أنه لاقى هذا الاتجاه القائل بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم يعد دفعاً إجرائياً ببطلان المطالبة القضائية، انتقادات منها، قيل بأن الاتفاق على التحكيم لا يتصل بلائحة افتتاح الدعوى القضائية، بحيث يكون الدفع به دفعاً ببطلانها بسبب عدم قابلية المطلوب فيها؛ لكي يكون محلاً لها؛ ولأن الدفع به دفعاً ببطلان لائحة الدعوى القضائية لا بد وأن يكون سببه راجعاً إليها فلا يمكن أن يكون لأمر خارج عنها وهو الاتفاق على التحكيم والذي قد يوجد سابقاً على المطالبة؛ كما قد يوجد بالفعل بعد رفعها وتوافر مقتضياتها الموضوعية والشكلية (التحيوي، 2003، ص 284)

وإن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون لاحقاً لاستكمال المطالبة القضائية مقومات وجودها وصحتها، فيكفي لتلافيه القول بأن أثر الدفع بالاتفاق على التحكيم في هذه الحالة لا يكون بطلان المطالبة القضائية وإنما هو الحكم بوقفها لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم، واستناداً إلى ما يعنيه الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة من اتفاق الطرفين ضمناً على وقفها لحين الانتهاء من التحكيم، فإذا ما انتهت مدة الوقف دون

تعجيل الدعوى خلالها اعتبر المدعي أو المستأنف تاركاً لدعواه، ولا يتعلق الأمر في الاتفاق على التحكيم ببطلان المطالبة القضائية وإنما بوجود أو بعدم وجود الحق في الدعوى القضائية وهو الحق في الحصول على قرار من القضاء بصحة أو عدم صحة الادعاء المقدم إليه ومقتضيات صحة المطالبة القضائية هي الأهلية الإجرائية وصحة التمثيل القانوني، الإرادة وشكل المطالبة القضائية (جمال، عكاشة، 1998، ص 525)

فعدم كفاية الادعاء يرجع إلى نص القانون والذي قرر للخصوم الحق في الاتفاق على التحكيم، فالمشكلة تكمن في تحديد مصدر اختصاص هيئة التحكيم هل القانون أم الاتفاق (شحاته، 1993، ص 103)

إذاً وعلى ضوء الاختلاف الفقهي حول طبيعة الدفع باتفاق التحكيم في ضوء الاتفاق على نظام هذا الدفع وإن كان هذا الخلاف يدور وجوداً وعدمياً حول تحديد الاصطلاح الذي يطلق عليه، إلا أنه خلاف شكلي أكثر منه عملي.

ونؤيد الاتجاه القائل بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي وهو عدم قبول الطلبات التي تتضمنها لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التحكيم، وذلك لمتانة وسلامة الأساس القانوني الذي يعتمد عليه، وبالرجوع لقانون التحكيم المصري يجد أن المادة (13) في فقرتها الأولى والتي نصت على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى"، وبالتالي فقد رتب المشرع الأردني على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم أثراً إجرائياً ألا وهو وقف الإجراءات لحين صدور حكم التحكيم في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، فتطبيق الضوابط والمعايير الفنية والإجرائية العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية، توجي لدينا على اعتبار الدفع بوجود اتفاق على التحكيم دفعاً إجرائياً بحتاً، هذا فضلاً عن أنه من الممكن التسليم بفكرة بطلان الإجراء، بسبب عدم قابلية المحل لأن يكون محلاً للمطالبة القضائية وتطبق هذه الحالة على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم كون أن الإجراء هو عمل قانوني يتضمن عناصر موضوعية وأخرى شكلية بحيث يترتب البطلان على تخلف إحداها مما يستوجب الاعتراف بفكرة البطلان لعب موضوعي بجانب البطلان لعب شكلي، يقتضي احترام اتفاق التحكيم في عقود

نقل البضائع إلى ضرورة احترام الأثر السلبي لهذا الاتفاق والذي يحرم على الأطراف الالتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم (الحداد، 1996، ص173)

الخاتمة:

أولاً- النتائج:

- 1- يعد التحكيم نوع من أنواع القضاء الذي يتفق عليه اطراف النزاع، لحل نزاع قد يحدث أثناء سير المشروع الاستثماري، وخاصة في عقود نقل البضائع بسبب إخلال بشروط العقد أو التنفيذ، وقد يحصل تنازع بين الطرفين في المضمون الدقيق للحقوق التي يتمتع بها أحد أطراف النزاع، والالتزامات المترتبة عليه بسبب أخلال الطرف الآخر بالتزاماته وتعهداته .
- 2- تتجلى أهمية دور التحكيم أنه، وسيلة من وسائل الفصل في المنازعات التجارية وتسويتها لقيامه بدور مهم ورئيسي نظراً لما يقدمه من مزايا وفوائد للمتخاصمين جعلت اللجوء إليه في ازدياد متواصل وخصوصاً أن المتخاصمين يتفقان مسبقاً على الرضا بحكم المحكمين وعدم الاعتراض على قرارهم.
- 3- جواز نزول أطراف التحكيم عن هذا الاتفاق بقبولهم اختصاص المحاكم الوطنية وعدم التمسك باتفاق التحكيم.
- 4- إن استبعاد المحاكم الوطنية من مجال التحكيم ليس استبعاداً نهائياً حيث يبقى لها دور في العملية التحكيمية، وهكذا فإذا اتفق الأطراف بعد إبرام اتفاق التحكيم على أن يعهدوا بالنزاع إلى المحاكم الوطنية فإن المحكمة يمكنها نظر النزاع وهذا النزول يمكن أن يكون ضمناً بحضور الأطراف أمام المحاكم الوطنية وعدم تمسكهم باتفاق التحكيم قبل اتخاذ أية إجراءات حول موضوع النزاع.
- 5- احتفاظ المحاكم الوطنية بالاختصاص فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية لأن استبعاد القضاء الوطني من مجال التحكيم محدود نطاقه بالمنازعات الموضوعية محل اتفاق التحكيم حيث يبقى للمحاكم الوطنية دور في عملية التحكيم بالمساعدة في تعيين المحكمين والمساعدة في تنفيذ حكم التحكيم مروراً بالإشراف والرقابة على إجراءات التحكيم .

ثانياً- التوصيات:

1- ندعو الى ضرورة الاسراع بإقرار مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي وذلك لما يمثل من افساح المجال للأطراف في اساليب فض المنازعات الناشئة عن العقود الذي يجمعه بعيداً عن ولايات المحاكم الوطنية التي يخشى احد اطراف العقد او لا يرغب في الخضوع الى قانون الطرف الآخر في فض النزاع القائمة بينهما. ويلاحظ ان المشرع العراقي قد اورد بعض النصوص التي تخص التحكيم في قانون المرافعات (83) لسنة 1969 المعدل وفي ذلك قصور كبير لا بد من تلافيه.

2- نقترح على المشرع العراقي أن يعطي المحكم سلطة تقديرية واسعة بحسب وقائع الدعوى المعروضة للتحكيم عند غياب الارادة الصريحة لكي يستطيع ان يتحرك بحرية واسعة في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان ذلك من خلال بحثه عن الارادة الضمنية للأطراف أم من خلال اللجوء الى نظرية الأداء المميز في عقود نقل البضائع والحاويات.

3- نأمل من المشرع العراقي أن يعالج مسألة انصراف القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الى الغير في العقود بتنظيم قانوني في مشروع قانون التحكيم الذي لم يقر لحد الآن، بما ينسجم مع الطبيعة الخاصة للتحكيم.

المراجع والمصادر

أ- الكتب:

- 1- د. أبو الوفاء، أحمد (2004م)، التحكيم الاختياري والإجباري، ط5، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 2- د. إسماعيل، نبيل عمر (2010م)، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط3، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية.
- 3- د. البجاد، محمد بن ناصر، (1420هـ)، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض .
- 4- د. بريري، محمود مختار، (1995) التحكيم التجاري الدولي (دراسة خاصة للقانون المصري الجديد)، دار النهضة العربية، القاهرة.

- 5- د. التحيوي، محمود السيد (2003م)، الوسيلة لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- 6- د. الجمال، مصطفى محمد، د. عبد العال، عكاشة محمد (1998م)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 7- د. الحداد، حفيظة السيد (1996م)، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 8- د. الحداد، حفيظة السيد (2007م)، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 9- د. الحسن، عبد الرحيم حاتم (2010)، التحكيم في الشريعة والقانون "دراسة مقارنة"، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر، النجف الأشرف.
- 10- د. الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003)، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 11- د. الشرايري، أحمد بشير (2011)، بطلان حكم التحكيم، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- 12- د. العبودي، عباس (2000)، شرح قانون أحكام قانون المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل.
- 13- د. عبد الحميد رضا السيد، (1997)، أوجه تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 14- د. الفقي، عاطف محمد (1996)، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية 1994م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 15- د. المواجدة، مراد محمود (2010)، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

- 16- د. جمال، مصطفى محمد، د. عكاشة، محمد عبد العال (1998)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 17- د. حافظ، ممدوح عبد الكريم، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة (1969م) المعدل، ج1، ط1، مطبعة الأزهر، بغداد.
- 18- د. حداد، حمزة (2005م)، التحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- 19- د. راشد، سامية (1984م)، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 20- د. رضوان، أبو زيد (1981م)، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 21- د. سامي، فوزي محمد (1992م)، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- 22- د. شحاته، محمد نور (1993م)، النشأة الاتفاقية لسلطات المحكمين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 23- د. هلال، حسام أحمد و د. خليل، حسين إبراهيم، د. عماد وهبة الله (2015م)، قانون التحكيم الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 24- د. والي، فتحي (2007)، الوسيط في قانون القضاء المدني، خصومة التحكيم، ط1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة.
- 25- المحامي الربيعي، جمعة سعدون (2006)، المرشد إلى اقامة الدعاوى المدنية، المكتبة القانونية، بغداد.
- 26- المستشار عبد التواب، معوض (1997)، المستحدث في القضاء التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ب- الأطروحات والمذكرات:

- 01- داود، أشجان فيصل شكري (2008)، رسالة ماجستير بعنوان (الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- 02- الغزالي، حسن بن أحمد، (1995)، رسالة دكتوراه بعنوان (التحكيم في الفقه الإسلامي)، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض.

ت-المقالات:

- 01- د. الجميلي، حاتم خليفة بريس (2012)، بحث بعنوان (مقترح تطوير قانون التحكيم العراقي من خلال دراسة مقارنة لبعض القوانين العربية)، منشور في مجلة الهندسة والتنمية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، بغداد.
- 02- د. الربيعي، إبراهيم اسماعيل إبراهيم، د. الخيكاني، ماهر محسن عبود (2014)، بحث بعنوان (التحكيم ضمانات اجرائية لتسوية منازعات الاستثمار، دراسة مقارنة)، منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الأول، بابل.
- 03- د. الصحابي، حسن عبد الحليم (2010)، بحث بعنوان (التعليق على قرار قضائي)، منشور في مجلة التحكيم، العدد الثامن، السودان.
- 04- د. ناصر، مظفر (2000)، بحث بعنوان (القانون الواجب التطبيق في قرارات هيئات التحكيم الدولية)، منشور في مجلة العدالة، السنة الثانية، العدد الأول، دار الحرية للطباعة، بغداد.
- ث- المداخلات:
- 01- د. الروبي، محمد (2008م)، بحث بعنوان (التحكيم في عقود التشديد والاستغلال والتسليم BOT)، المجلد الأول، المؤتمر السادس عشر عن التحكيم التجاري الدولي، الإمارات.
- 02- د. الشوا، محمد سامي (2008)، بحث بعنوان (التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية)، المجلد الأول، مؤتمر عن التحكيم التجاري الدولي، الإمارات.

03- د. صابر، عمار (2016)، محاضرات بعنوان (اتفاق التحكيم وقراءة في بعض المشكلات العملية)، أُلقيت في نقابة المحامين، غرفة التحكيم لدول الخليج، المنامة. ج-النصوص القانونية:

- 01- قانون الاستثمار العراقي (13) لسنة 2006م.
- 02- قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م.
- 03- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985م.
- 04- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م.
- 05- قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969م المعدل.
- 06- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1986م.
- 07- قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم (8) لسنة 1997م.
- 08- المرسوم رقم (48) لسنة 2011 بتعديل قانون التحكيم الفرنسي.
- 09- نظام التحكيم السعودي المرقم (م/34) لسنة 1433هـ.
- 10- مجلة الأحكام العدلية لسنة 1876م..
- 11- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري رقم (2) لسنة 2017م.
- 12- قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2007م.

ج- الإتفاقيات الدولية:

- 01- اتفاقية نيويورك لسنة 1958م.

ح-المعاجم:

- 01- ابن فارس، أبو الحسن أحمد بن زكريا، (1998)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: شهاب الدين أبو عمرو، ط2، دار الفكر، بيروت.
- 02- الأنصاري العلامة جمال الدين ابن منظور، (2003)، لسان العرب، ج20، دارعالم الكتب، الرياض.
- 03- الأنصاري، العلامة جمال الدين ابن منظور (دون سنة طبع)، لسان العرب المحيط، ج1، دار لسان العرب، بيروت.

- 04- الفيروز آبادي، أبو طاهر محمد ، (2004)، القاموس المحيط، بيت الأفكار الدولية، عمان.
- 05- مصطفى، ابراهيم وآخرون (1960م)، مجمع اللغة العربية ، المعجم الوسيط ، ج1، مطبعة مصر، القاهرة.
- خ-كتب الفقه الإسلامي:
- 01- الإمام المالكي برهان الدين محمد (1423هـ -2003م)، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ج1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.
- 02- اليهودي، منصور بن يونس، (1947)، كشاف القناع على متن الإقناع، ج22، مطبعة أنصار السنة المحمدية، القاهرة.
- 03- الرحيباني، مصطفى بن سعد السيوطي ، (1385هـ)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج6، ط1، المكتب الإسلامي، دمشق.
- 04- الشيخ آل خنين، عبدالله (1999)، التحكيم في الشريعة الإسلامية، لا توجد دار نشر.
- 05- الشيخ الشافعي، شمس الدين محمد، (1418هـ-1997م)، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج4، ط1، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
- 06- الشيخ عابدين، محمد أمين، (1423هـ-2003م)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود والشيخ محمد علي معوض، ج8، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض.
- 07- الموسوعة الفقهية الكويتية، (1404هـ)، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج10، طباعة ذات السلاسل، الكويت.
- د- المراجع الأجنبية:

- 01- Foucharra, (1965) Iarbitrage Gommerca International , Dalloze, Paris.
- 02- Larguier J., (2000) Conte ph., procedure civil, droit judiciaire prive, 17 Edition, Dalloz, Paris.

ذ-المواقع الإلكترونية:

- 01- <http://www.al-watan.com/news-details/id/59763>
- 02- : <http://www.Uncitval.Org>
- 03- http://legal.un.org/avl/pdf/ha/crefaa/crefaa_a.pdf