

# **الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم**

دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي

الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١

وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين

وأنظمة التحكيم المقارنة

**دكتور**

**أحمد إبراهيم عبد التواب**

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ رَبَّنَا أَفْتَحْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ قَوْمِنَا بِالْحَقِّ وَأَنْتَ خَيْرُ الْفَاتِحِينَ ﴾ (٨٩)

صدق الله العظيم

(سورة الأعراف الآية ٨٦)

(4)

## مقدمة

١ - التحكيم قد يثير العديد من الدفوع. والدفوع في قانون المرافعات منها ما يتعلق بموضوع النزاع وتسمى بالدفوع الموضوعية، وهذه يجوز التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى، ومنها ما يتعلق بالشكل والإجراءات وتسمى الدفوع الشكلية، وهذه لا يجوز إيدؤها بعد الكلام في الموضوع، ومنها ما يتعلق بقبول الدعوى أو بشروط الحق في الدعوى، وتسمى بالدفوع المتعلقة بعدم القبول، ويجوز التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى<sup>(١)</sup>.

والدفوع المتعلقة بالتحكيم قد يتعلق بعضها باتفاق التحكيم ويتعلق بعضها الآخر بخصومة التحكيم وإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم والضمانات الأساسية في التقاضي والحكم الصادر في التحكيم<sup>(٢)</sup>.

والدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم ترتبط ارتباطاً وظيفياً بالتحكيم وطبيعته وسماته وهذه الدفوع تثير الكثير من التساؤلات حسب الهيئة المتمسك أمامها بالدفوع، وسلطة هيئات التحكيم أو المحاكم في الفصل فيها وطبيعتها وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم بصددتها.

---

(١) د. عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ و ١٩٧٧ بند ٧٥ ص ١٢٢؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ بند ٢٨٧ ص ٤٩٣، حيث عرف الدفع بعدم القبول بأنه الوسيلة القانونية التي يتمسك بواسطتها خصم بوجوب الحكم بعدم قبول النظر في الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من خصمه للمحكمة؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ بند ١٨٤ ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، بند ١١٨ ص ٣٤٩ وما بعدها.

والنوع الثاني من الدفوع وهو الدفوع المتعلقة بإجراءات التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم والضمانات الأساسية في التقاضي والحكم الصادر في التحكيم، لا تتضمن جديداً متصلاً بخصوصية التحكيم، حيث يخضع الدفع المتعلق برد هيئة التحكيم أو عدم صلاحيته والدفع بعدم احترام حق الدفاع والمواجهة وصحة الحكم التحكيمي لنفس القواعد المقررة في قوانين المرافعات والإجراءات المدنية والمستقر عليه في قضاء الدول المختلفة.

٢- ومن ثم فسوف نركز على دراسة "الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم" دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ وتعديلاته وقانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ في ١٣ يناير ٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ وقوانين وأنظمة التحكيم الدولية".

وتأتي أهمية الدراسة لكثرة الاختلاف في الفقه وأحكام القضاء ونصوص التشريعات حول طبيعة هذه الدفوع، وما يترتب عليها من آثار، وعلاوة على الخلاف حول سلطة هيئة التحكيم بصددها، ووقت تقديمها وأثره ومدى التزام المحكمة أو هيئة التحكيم بالفصل فيها.

وتزداد أهمية الدراسة في ضوء التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون المرافعات الجديد، بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، والذي عدل فيه المشرع الكثير من أحكام اتفاق التحكيم، خاصة المادة ١٤٤٨ المتعلقة بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، والمواد المتعلقة بسلطة هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها.

٣- والدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم قد تكون أمام المحكمة أو أمام هيئة التحكيم، وبالنسبة للدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم التي يتصور إثارتها أمام المحكمة، فيمكن أن تكون في صورة دفع بوجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده

أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، أما بالنسبة للدفع المتعلقة باتفاق التحكيم التي يتصور إثارتها أمام هيئة التحكيم، فتتمثل في عدم الاختصاص أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، وأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم قد يكون وفق نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مبنياً على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، فإن المنطق السليم للأمور يقتضي منا دراسة كل منها على استقلال بصرف النظر عن الجهة التي يمكن إثارتها أمامها، على النحو الآتي:

المبحث الأول : الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني : الدفع بعدم الاختصاص.

المبحث الثالث: الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم.

المبحث الرابع : الدفع بسقوط اتفاق التحكيم.

المبحث الخامس: الدفع ببطلان اتفاق التحكيم.

المبحث السادس : الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

(^)



# **المبحث الأول**

## **الدفع بوجود اتفاق التحكيم**

(1.)

٤- إذا ما اتفق الأطراف على التحكيم تعين على كل منهم البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة إذا كان هناك نزاع، وذلك استناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم<sup>(٣)</sup>، غير أن ذلك لا يمنع هؤلاء الأطراف من اللجوء للقضاء باعتباره صاحب الولاية العامة، ما لم يتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وفقاً للقانون الإماراتي أو قبل الكلام في الموضوع في القانون المصري، الأمر الذي يثير السؤال عن المقصود بالدفع بوجود اتفاق التحكيم وطبيعته القانونية وأحكام هذا الدفع، وهو ما نجمله على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### المقصود بالدفع بوجود اتفاق التحكيم

٥- اتفاق التحكيم يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضا والمحل والسبب، فإذا توافرت الأركان الثلاثة السابقة كان اتفاق التحكيم موجوداً، وكان هو شريعة المتعاقدين في اللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة بشأن ما يتعلق به من منازعات، الأمر الذي مقتضاه اتفاق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم استثناءً بنظر النزاع، فإذا التجأ أحد أطراف هذا الاتفاق للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم فقد أجاز القانون للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي يترتب على

---

(٣) الجدير بالذكر أن الفصل رقم ٤ من قانون التحكيم الأمريكي لعام ١٩٢٥ كان ينص على عدم جواز الرجوع في اتفاق التحكيم، وأنه بالاتفاق على التحكيم وصحة وسلامة هذا الاتفاق يكون لأي طرف من أطرافه رفع دعوى مبتدئة لإجبار خصمه الرافض أو المهمل على اللجوء للتحكيم، وقد حذف هذا النص وحل محله حكم آخر لا يتعلق بذات المسألة في تعديل قانون التحكيم الأمريكي عام ١٩٥٥.

مخالفة أحد الأطراف للأثر السلبي لاتفاق التحكيم والمتمثل في الالتزام بعدم الالتجاء للقضاء.

يقصد بالدفع تمسك الخصم أمام المحكمة بما يؤدي إلى تفادي الحكم عليه بطلبات خصمه أو إلى تأخير الفصل في النزاع أو هو جواب الخصم على ادعاء خصمه بقصد منع الحكم له بما يدعيه، والدفع تنقسم إلى دفع شكلي ودفع موضوعية ودفع تتعلق بعدم القبول<sup>(٤)</sup>، ويقصد بالدفع بوجود اتفاق التحكيم الدفع الذي يبديه الخصم بقصد إلزام خصمه بالالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، وسبب الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو وجود اتفاق التحكيم بين الطرفين.

وقد نصت المادة ١٣/١ من قانون التحكيم المصري والعُماني 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"<sup>(٥)</sup>، ونصت المادة ٢٠٣/٥ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتية على أنه "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع دعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً"، ونصت المادة ١٢/أ من قانون التحكيم الأردني على أن "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم

---

(٤) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٢ ص ٤٨٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٦٢ ص ٣٠٩ وما بعدها.

(٥) قد خلت نصوص قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ من نص يقابل نص المادة ١٣/١ من قانون التحكيم الحالي.

برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى<sup>(٦)</sup>.

وتنص المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، على أنه "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً".

ونصت المادة ٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على أن "١ - على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم؛ إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع

---

(٦) وقد أخذت الدول العربية بصيغ متفرقة، حيث نصت المادة ٥/١٧٣ من قانون التحكيم الكويتي على أن "ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها، ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً"، ونصت المادة ١٩ من قانون التحكيم اليمني على أن "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم ما عدا في الحالات الآتية: أ) إذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو لا يشمل النزاع المطروح عليه، ب) إذا تابع الطرفان إجراءات التقاضي أمام المحكمة فيعتبر اتفاق التحكيم كأن لم يكن". ونصت المادة ١٩٢ من قانون التحكيم القطري على أن "يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الالتجاء إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بشرط التحكيم في صورة دفع بعدم قبول الدعوى. الواقع بحق وجود العديد من الملاحظات على نص المادة ٥/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي والمادة ١٩ من قانون التحكيم اليمني والمادة ١٩٢ من قانون المرافعات القطري، وتتمثل أهم هذه الملاحظات في اعتبار المشرع القطري أن شرط التحكيم يعد تنازلاً عن حق الالتجاء للقضاء.

النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه،  
٢ - إذا رفعت دعوى مما أشير إليه في الفقرة (١) من هذه المادة فيجوز مع  
ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم  
والدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة<sup>(٧)</sup>.

وقد كانت المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر  
بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١، تنص على التزام المحكمة بالحكم بعدم  
الاختصاص إذا التجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم للقضاء مع تشكيل هيئة التحكيم  
وتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم، ويكون على المحكمة الحكم بعدم  
الاختصاص حتى ولو لم يتم تشكيل هيئة التحكيم إذا تمسك الطرف الآخر  
بوجود اتفاق التحكيم ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان manifestation  
nulle<sup>(٨)</sup>.

وفي ١٣ يناير ٢٠١١ عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات  
الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم ٢٠١١-٤٨، حيث نصت المادة ١٤٤٨  
على أنه "في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم  
الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، إلا في حالة  
كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل

---

(٧) د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف  
بالإسكندرية، ٢٠٠٠ بند ٨٣ ص ١٥٣.

(8) Art 1458 NCPCF, « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est  
saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une  
juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente, si le  
tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également  
se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne  
soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut  
relever d'office son incompétence », Pierre JULLIEN, Natali  
FRICERO « Droit judiciaire privé » L.G.D.J, op. cit., n° p. 413.

الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، La  
juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son  
incompétence ، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن  
لم يكن Toute stipulation contraire au présent article est  
"réputée non écrite"<sup>(٩)</sup>.

وفي قانون التحكيم الأمريكي الفيدرالي لعام ١٩٢٥ والمعدل عام  
١٩٥٥، نص الفصل ٣ على أنه "إذا رفعت دعوى أمام أية محكمة فيدرالية  
أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلى التحكيم، يجوز للمحكمة التي  
رفعت أمامها دعوى، بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار  
العقد التحكيمي، تأجيل أو استئجار البت بالقضية حتى انتهاء الإجراءات  
التحكيمية المنصوص عليها في العقد التحكيمي بناء على طلب أحد الأطراف  
على أن يكون هذه الطرف غير متخلف في الإجراءات التحكيمية"<sup>(١٠)</sup>.

---

(9) Art 1448 NCPC, Lorsqu'un litige relevant d'une convention  
d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se  
déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi  
et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou  
manifestement incompétence".

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل  
تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ المشار إليه، للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم،  
راجع:

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé, op. cit.,  
n° 719, p. 413, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure  
civile» op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(10) Section 3. - Appointment of Arbitrators by Court: "If the  
arbitration agreement provides a method of appointment of  
arbitrators, this method shall be followed. In the absence thereof, or  
if the agreed method fails or for any reason cannot be followed, or  
when an arbitrator appointed fails or is unable to act and his  
successor has not been duly appointed, the court on application of a  
party shall appoint one or more arbitrators. An arbitrator so (=)

وفي قانون المرافعات المدنية الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١، نصت المادة ١٠٢٢/١ على أنه "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تعلن عدم اختصاصها إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين قبل تقديم دفاعه ما لم يتضح أن العقد غير صحيح"<sup>(١١)</sup>.

٦- وينشأ الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم *L'exception d'arbitrage* من لحظة توافر المصلحة الحالية من استعمال الحق وفقاً لنص المادة ٣ من قانون المرافعات المصري والمادة الثانية من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، وليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم، وهو ما يتحقق بالتجاء الطرف الآخر للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتولد الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الخصومة وليس من لحظة إبرام اتفاق التحكيم؛ إذ اتفاق التحكيم ليس إلا عبارة عن السبب في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، لأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، واتفاق التحكيم ليس إلا عمل مدني لا يتولد على إثره حق إجرائي، وهو من الدفوع الشكلية التي يتعين على الخصم التمسك بها قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى، وهو لا يتعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع أي قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى<sup>(١٢)</sup>، وقد نص قانون التحكيم المصري والعماني صراحة على ذلك في

---

(=) appointed has all the powers of one specifically named in the agreemenet".

(11) Article n° 1022: "parties may agree to submit to arbitration disputes which have arisen or may arise between them out of a defined legal relationship whether contractual or not"

(١٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٤

و ١٨٥؛ د. أحمد السيد صاوي، قانون التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (=)



المادة ١/١٣ والمادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي، وقد نصت المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على ضرورة الدفع أو الاعتراض بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى<sup>(١٣)</sup>، ولا يعتبر تقديم الخصم أجلاً للاطلاع قبل إبداء الدفع مسقطاً للدفع<sup>(١٤)</sup>.

(=) وأنظمة التحكيم الدولية مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٨ وما بعدها؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٦٢ ص ١٥٤ و ١٥٥. وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه بالتعرض للموضوع، المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٥ لسنة ١٤٠٢ جلسة ٣٠ مايو ١٩٩٢ مجموعة الأحكام س ١٤ ص ٣٥٥ وما بعدها.

Pierre Jullien, Natali FRICERO, «droit judiciaire privé», op. cit., n° 719, p. 413; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure civile», op. cit., n° 1664, p. 1118, Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, «Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17, p. 672.

(١٣) تمييز دبي الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٧، حيث تشترط المادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية ضرورة إبداء الدفع في الجلسة الأولى وإلا اعتبر اتفاق التحكيم لاغياً، وقد استقر قضاء محكمة تمييز دبي على سقوط الدفع إذا لم يبدى في الجلسة الأولى بصرف النظر عن الكلام في الموضوع من عدمه" الطعن رقم ٣٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٤٠٤؛ الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٦٠٦؛ الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٣/٤/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٢٨٧؛ الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٦٦١؛ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٥/٦/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٨٤؛ الطعن رقم ٦١ لسنة ١٩٩٤ جلسة ٢٣/١١/١٩٩٤ العدد ٥ ص ٨٣٣؛ الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ٨/١٢/١٩٩٧.

(١٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٤ هامش ٣؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٥، نقض مدني مصري الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٥/٢/١٩٧٢ مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٣ ص ١٦٨.

ولا يعتبر تنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم طلب التأجيل لأكثر من مرة لضم دعوى أخرى أو لتقديم مذكرة بالدفاع<sup>(١٥)</sup>، ويكون للمدعى عليه التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، سواء كان الخصوم قد بدّءوا التحكيم أم لم يبدّءوا<sup>(١٦)</sup>.

غير أنه يؤخذ على نص المادة ١٣/١ من قانون التحكيم المصري اعتناقه تكييفاً للدفع بوجود اتفاق التحكيم يخالف ما نص عليه باشتراط إبدائه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى؛ إذ تكييفه على أنه دفع بعدم القبول، لا يتمشى مع كونه يتعلق باتفاق التحكيم، كما أنه لا يتمشى مع القول بأنه يجب إيدأؤه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى؛ إذ الدفع بعدم القبول يتعلق بموضوع الدعوى، ويجوز إيدأؤها في أي حالة تكون عليها الدعوى، أما موقف المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات، فقد كانت أكثر دقة من الحال في القانون المصري، حيث اعتبر المشرع الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص دون نص على ميعاد إبدائه تاركاً ميعاد تقديم الدفع وأثره للقواعد العامة في قانون المرافعات.

٧- تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإماراتي قد نص في المادة ٢٠٣/٥ على ضرورة إيداء هذا الدفع أو الاعتراض على حد تعبيره في الجلسة الأولى وإلا اعتبر اتفاق التحكيم لاغياً<sup>(١٧)</sup>.

---

(١٥) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٥.

(١٦) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨١.

(١٧) من الواضح وجود العديد من الملاحظات على نص المادة ٢٠٣/٤ من قانون الإجراءات المدنية، سواء من ناحية النص على عدم جواز نظر المحكمة للدعوى أو (=)

ومقتضى نص المادة ٥/٢٠٣، والتي تنص على وجوب تقديم الدفع في الجلسة الأولى، سواء قبل الكلام في الموضوع من عدمه، الأمر الذي يعني إمكانية تطرق المدعى عليه في الجلسة الأولى للموضوع مع ثبوت اعتراضه على وجود شرط التحكيم، فضلاً عن حق المدعى عليه في الاعتراض على التحكيم قبل إثارة أي دفع موضوعي.

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن المقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة<sup>(١٨)</sup>، وقد جرت أحكام محكمة تمييز دبي على اشتراط إبداء الدفع

---

(=) من حيث تسمية الدفع بوجود اتفاق التحكيم اعتراضاً، أو من حيث استلزام الدفع أو الاعتراض في الجلسة الأولى. الجدير بالذكر أن مشروع قانون التحكيم الجديد والمقدم من وزارة العدل بدولة الإمارات قد تخطى عن استلزام إبداء الدفع بوجود في الجلسة، حيث نصت المادة ١٤ من المشروع على أنه: "... إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى ..."، وقد تضمن نص المادة ١٤ من المشروع العديد من الملاحظات سواء من حيث تبنيه الكامل لنص المادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي وتكييفه للدفع بوجود اتفاق التحكيم كما هو حال القانون المصري، وهو ما ننتقده بشده إذ لا يجوز الاعتماد في التشريع الداخلي على نصوص القوانين الدولية، كما أن تكييفه للدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتفق مع صحيح وطبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والذي يهدف للالتزام الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم ولا علاقة له بموضوع أو إجراءات الخصومة، إذ الاتفاق على التحكيم مقتضاه الاتفاق على التزام الأطراف على الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، إذ الاتفاق يتضمن الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم استثناء بنظر النزاع، وهذا الاتفاق لا يتضمن الاتفاق على عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع، فاتفاق التحكيم لا يسلب اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع، ولا يمنع المحاكم من نظر النزاع، إنما يخول الطرف الآخر إذا ما التجأ للقضاء الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

(١٨) الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٧، وقد قررت المحكمة في تلك الأحكام، أنه: " يدل نص المادة (=)

بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى بصرف النظر عن تعرض المدعى عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له<sup>(١٩)</sup>؛ إذ يتعين على المدعى عليه

(=) ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفًا إيجابيًا بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة، جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة جاز للمحكمة أن نظر الدعوى يكون صحيحًا ولازمًا ويصبح شرط التحكيم لاغيًا، أما إذا ما تم الاعتراض في تلك الجلسة، فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى، لوجود شرط التحكيم إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة، وبناء على ذلك فقد كان يتعين على المدعى عليه أن يدفع بوجود شرط التحكيم في الجلسة التي يحضرها وكيله يوم ١٩٩٥/١/٢ بيد أنه لم يفعل، ولذلك فإن هذا الشرط يعتبر لاغيًا وتستمر المحكمة في نظر الدعوى، ولا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون ضده الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغي هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة بصرف النظر عن تعرض المدعى عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء للأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم ذكرها جليًا وصريحًا ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع".

(١٩) الطعن رقم ٣٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٩٩٦/٧/١٤، العدد ٧ ص ٤٠٤، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٩٩٦/١٢/١٥، العدد ٧ ص ٦٠٦، الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/٤/١٣، العدد ٧ ص ٢٨٧، الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٨ العدد ٦ ص ٦٦١، الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٥/٦/١٥، العدد ٦ ص ٣٨٤، الطعن رقم ٦١ لسنة ١٩٩٤ جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣ العدد ٥ ص ٨٣٣، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ١٩٩٧/١٢/٨.

التمسك بشرط التحكيم في الجلسة الأولى سواء عرض فيها لموضوع النزاع أو لم يعرض، ولا يجديهِ بعد ذلك التمسك بشرط التحكيم لأن الساقط لا يعود<sup>(٢٠)</sup>.

وفي الواقع، أن الاتجاه السابق في قضاء محكمة تمييز دبي مرجعه نص المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ التي اشترطت الاعتراض في الجلسة الأولى، بصرف النظر عن تعلق ذلك بموضوع النزاع من عدمه، والتحديد السابق لا يتفق مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم باعتباره من الدفوع الشكلية التي تسقط بالكلام في الموضوع، وأن العبرة في سقوط حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو عدم سقوطه يتعين تحديده بالنظر للطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم، وما إذا كان السقوط معبراً عن التنازل الضمني *implicite* عن الاتفاق من عدمه، فيسقط حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم بكل ما من شأنه التعبير عن تنازل الخصم ضمناً عن اتفاق التحكيم، فلا يعتبر مجرد الحضور أمام المحكمة دون إبداء الدفع مسقطاً للدفع بوجود اتفاق التحكيم، كما لا يعتبر تقديم طلب للتأجيل للاطلاع مسقطاً لحق الخصم في الدفع<sup>(٢١)</sup>.

وقد عبرت المادة ١/١٣ من قانون التحكيم عن ذلك بقولها: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن ... إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

---

(٢٠) تمييز دبي الطعن رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٣ الصادر جلسة ٢٠ يونيو ٢٠٠٤ ص ١٣٥٧.

(٢١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٤ هامش ٣؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٥؛ نقض مدني مصري الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/١٥، مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٢٣ ص ١٦٨.

من ثم، نقترح تعديل نص المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، لينص على تكييف للدفع بوجود اتفاق التحكيم والتخلي عن تسميته بالاعتراض، وأن ينص على أن هذا الدفع يتعين إبدائه قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، علاوة على تعديل تعبير لا يجوز للمحكمة نظر الدعوى لوجود اتفاق التحكيم، لأن اتفاق التحكيم لا يترتب عليه امتناع المحاكم عن نظر النزاع؛ إذ يترتب على اتفاق التحكيم التزام أطرافه بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ومن ثم نرى من الأجدر استعمال تعبير "للمحكمة المرفوع أمامها دعوى تتعلق بمسألة يوجد بشأنها اتفاق تحكيم....".

٨- ويترتب على تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم L'exception d'arbitrage قبل الكلام في موضوع النزاع، التزام الخصم الآخر باتفاق التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم موجوداً؛ إذ اتفاق التحكيم لا يجوز العدول عنه بالإرادة المنفردة، أما إذا لم يتمسك المدعى عليه بالدفع باتفاق التحكيم فيسقط حقه في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ويعتبر المدعى عليه متنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم<sup>(٢٢)</sup>.

٩- والدفع بوجود اتفاق التحكيم يتميز عن الدفع بعدم الاختصاص الذي يبدیه الخصم أمام هيئة التحكيم؛ إذ قد يتعلق عدم اختصاص هيئة التحكيم بوجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، كما قد يرجع عدم الاختصاص لبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ويترتب على الدفع بوجود اتفاق التحكيم، قضاء المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع إذا تبين لها وجود اتفاق التحكيم صحيحاً، في حين يترتب على الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم عدم نظرها للنزاع.

---

(٢٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٩ ص ٨٨ وما بعدها.

ويتميز الدفع بوجود اتفاق التحكيم من ناحية أخرى عن الدفع ببطلان اتفاق التحكيم وسائر الدفوع التي قد تتعلق باتفاق التحكيم، مثال سقوطه أو عدم شموله للنزاع.

## **المطلب الثاني**

### **الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم**

١٠ - اختلف الفقه والقضاء والتشريع في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم وتحديد الطبيعة القانونية له<sup>(٢٣)</sup>، فذهب الاتجاه الأول إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، وذهب الاتجاه الثاني إلى تكييفه على أنه دفع بعدم القبول، وذهب اتجاه ثالث إلى أنه من الدفوع الشكلية، وذهب اتجاه رابع إلى أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية، وذهب اتجاه خامس إلى أنه دفع بوقف الدعوى، وقد نصت بعض التشريعات على التزام المحكمة بالإحالة في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع أو في الجلسة الأولى، وهو ما فصله تباعاً في الفروع التالية:

## **الفرع الأول**

### **الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص**

١١ - ذهب جمهور الفقه الفرنسي<sup>(٢٤)</sup> وجانب في الفقه المصري<sup>(٢٥)</sup>

---

(٢٣) د. فاير رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون الأمم التحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون السنة الخامسة عشر العدد الأول يناير ٢٠٠٧، ص ٣٧ وما بعدها، ومنشور أيضاً في ورشة عمل التحكيم التجاري الدولي للقيادات العليا التي عقدت في شرم الشيخ في الفترة من ٩ - ١٣ ديسمبر ٢٠٠٧، ص ٣٥ وما بعدها.

(24) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit judiciaire privé», op. cit., n° 719, p. 413 ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, (=)

لتكليف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص.

ويقوم هذا الاتجاه على أن التحكيم سلب لاختصاص القضاء بنظر النزاع، وأن التحكيم استثناء على اختصاص القضاء بنظر النزاع، وأنه تقرير لاختصاص هيئة التحكيم بإجازة المشرع.

وقد كان المشرع الفرنسي ينص صراحة على هذا التكليف في المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١ الصادر في ١٢ مايو ١٩٨١، حيث ألزم المشرع القضاء في حالة التجاء الشخص للقضاء، في حالة وجود اتفاق التحكيم، أن تحكم المحكمة بعدم اختصاصها في حالة دخول النزاع في حوزة هيئة التحكيم أو كانت الهيئة قد شكلت، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وفي جميع الحالات لا تحكم المحكمة بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها.

**Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction**

---

(=) « Procédure Civile », op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb., 1994, n° 17, p. 672.

(٢٥) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ١٩٩٧ بند ١٣٠ ص ١٩٩ وما بعدها؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٥٨ وما بعدها؛ د. عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور بمجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل الإماراتية العدد ١٩ س ٦ أبريل ١٩٧٩، بند ١٠ ص ٨١ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٦ ص ١٤٨ وما بعدها، أ. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة السنة ٤١ سنة ١٩٦١ ع ٨ ص ١٣٢٩ وما بعدها؛ د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية الطبعة الثانية ٢٠٠٥ بند ١٧٢ ص ١٥٤ وما بعدها.



**d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence<sup>(26)</sup>.**

وفي ١٣ يناير ٢٠١١ عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم ٢٠١١-٤٨، حيث نصت المادة ١٤٤٨ على أنه "في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، إلا في حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها.

**La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.**

ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن لم يكن.

**Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite<sup>(27)</sup>.**

---

(٢٦) نصت المادة ٥/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على أن: "ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً"، الواقع أن نص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي قد حسم الخلاف حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، غير أنه التبس عليه التمييز بين النزول عن اتفاق التحكيم وسقوط الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ أجاز النزول عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم بدلاً من اتفاق التحكيم، على أن التعبير عن النزول عن الدفع ينصرف لعدم تعلق الدفع بالنظام العام وتعلقه بالصالح الخاص لكل طرف، الأمر الذي يوجب عليه إبداءه قبل أي طلب أو دفاع في الدفاع.

(27) Art 1448 NCPC, "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci (=)

ونصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص مع النص على إجازة النزول عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم صراحة أو ضمناً<sup>(٢٨)</sup>، كما نصت المادة ٨١٩ مكرر ٣ من قانون المرافعات المدنية الإيطالي على اعتباره دفعاً بعدم الاختصاص<sup>(٢٩)</sup>.

وفي قانون المرافعات المدنية الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١، نصت المادة ١٠٢٢/١ على الحكم بعدم الاختصاص في حالة الدفع بالتحكيم، بنصها أنه "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها

---

(=) se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence"

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل تعديلها بالمرسوم رقم ٤٨ / ٢٠١١ المشار إليه، للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم، راجع:

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé», op. cit., n°719, p. 413; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD « Procédure Civile », op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(٢٨) نصت ٥/١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على أن: "ولا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمناً"، الواقع أن نص المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي قد حسم الخلاف حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، غير أنه التبس عليه التمييز بين النزول عن اتفاق التحكيم وسقوط الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ أجاز النزول عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم بدلاً من اتفاق التحكيم، على أن التعبير عن النزول عن الدفع ينصرف لعدم تعلق الدفع بالنظام العام وتعلقه بالصالح الخاص لكل طرف، الأمر الذي يوجب عليه إبداءه قبل أي طلب أو دفاع في الدفاع.

(٢٩) أضيفت هذه المادة باللائحة رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦، للمزيد: راجع: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨١.

اتفاق تحكيم أن تعلن عدم اختصاصها إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين قبل تقديم دفاعه ما لم يتضح أن العقد غير صحيح<sup>(٣٠)</sup>.

ونصت المادة السابعة من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر في ١٨/١٢/١٩٧٨، على الحكم بعدم اختصاص المحكمة في حالة عرض نزاع عليها يتعلق بمسألة بها اتفاق تحكيم.

١٢- وقد تردد هذا الاتجاه في بعض أحكام القضاء المصري، حيث قضت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها قبل صدور قانون التحكيم الحالي، بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص والتي تسقط بالكلام في الموضوع<sup>(٣١)</sup>.

ويجري القضاء الإماراتي على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٣٢)</sup>، غير أن هذه الأحكام تستخدم تعبير عدم القبول بمعنى

---

(30) Article n° 1022: "Parties may agree to submit to arbitration disputes which have arisen or may arise between them out of a defined legal relationship whether contractual or not".

(٣١) الطعن رقم ٢٢٠٧ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٠/١/١٩٩١ س ٤٢ ص ١٧٢، الطعن رقم ١٩٦٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٢/٢/١٩٨٥ س ٣٦ ص ٢٥٣؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٤٨ ص ١٣٩ حيث أشار للعديد من أحكام القضاء المصري قبل قانون التحكيم الحالي والتي قضت باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص.

(٣٢) تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢ نوفمبر ٢٠٠٢ ص ٧٧٧، تمييز دبي الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦، تمييز دبي الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٤٠٤، تمييز دبي الطعن رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١٤/٦/١٩٩٨، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ٣ يونيه ٢٠٠٣ س ٢٥ ع ٣ عام ٢٠٠٥ ص ١٤٢١، تمييز دبي (=)

(=) الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦، رقم ٦٨ مجموعة أحكام تمييز دبي ص ٣٨٤، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٤٩ لسنة ٩٤ تجاري كلي أمام محكمة دبي الابتدائية - على الشركة الطاعنة - بطلب إلزامها بأن تدفع إليها مبلغ ٦٠٠.٧٢٩ دولارًا أمريكيًا أو ما يعادله بالعملة الوطنية مع الفوائد القانونية، وتثبيت حجز التحفظي رقم ٤١٠٢ لسنة ٩٤ - وبيانات ذلك قالت إنها باعت إلى الشركة الطاعنة كمية من الدقيق بنظام سيف أند فوب - تسليم ميناء المكلا باليمن ولظروف قيام الحرب اليمنية في الوقت المعاصر لوصول السفينة بتلك البضاعة طلبت منها الشركة الطاعنة تغيير خط سيرها إلى ميناء جبل علي بدبي وتفرغ البضاعة هناك - وإذ نفذت الشركة المطعون ضدها ما طلبته منها الشركة الطاعنة وأنفقت في سبيل ذلك المبلغ المطالب به ممثلًا في أجور النقل والتفريغ والتخزين، فإن من حقها الرجوع به عليها، دفعت الشركة الطاعنة بعدم اختصاص المحكمة بالفصل في الدعوى لوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بينها وبين الشركة المطعون ضدها، وبتاريخ ٩٥/٥/٢٥ قبلت المحكمة هذا الدفع وقضت بعدم اختصاصها، استأنفت الشركة المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٥٠ لسنة ٩٥، وبتاريخ ٩٥/١١/٢٠ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وبإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها، طعنت الشركة الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز بصحيفة أودعتها قلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٩٥/١٢/١٨ طلبت فيها نقض الحكم المطعون فيه، وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد - تنعي به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه - مخالفة القانون - إذ رتب على عدم اعتراض وكيلها في الجلسة الأولى التي حضرها - أمام محكمة أول درجة - لجوء الشركة المطعون ضدها إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم - باعتبار شرط التحكيم لاغياً، في حين أن الدفع بشرط التحكيم - باعتباره من الدفوع بعدم قبول الدعوى - يجوز إيدأؤه في أية جلسة طالما لم يسبقه تكلم في الموضوع، وإذا كان الثابت من محاضر جلسات محكمة أول درجة أن وكيلها حضر في جلسة ٩٥/٢/١٦ وطلب التأجيل للجواب على الدعوى ولم يتكلم في موضوعها فإن تمسكه في الجلسة التالية - بشرط التحكيم يكون في غير محله - إضافة إلى أن العبرة في الاعتراض في الجلسة الأولى - والذي بعدم حصوله يعتبر شرط التحكيم لاغياً - هو ذلك الذي يحصل من الخصم نفسه وليس الوكيل عنه، وحيث إنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحديد مدى قابلية (=)

عدم الاختصاص وليس بمعنى عدم القبول بمعناه القانوني<sup>(٣٣)</sup>.

(=) الحكم للطعن فيه من عدمه من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثرها أحد الخصوم، وكان مفاد نص المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية أن المناط في جواز الطعن الصادر بالاختصاص ألا تكون للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى؛ فإذا تخلف هذا الشرط في الحكم المطعون فيه، فإن الطعن فيه يكون غير جائز. هذا، ولما كان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ليس دفعاً موضوعياً استهدف به المشرع عدم اختصاص المحاكم بالحكم في الدعوى لوجود شرط التحكيم، فعليه أن يتخذ موقفاً إيجابياً في الجلسة الأولى التي يحضرها سواء بنفسه أو من ينوب عنه، بالاعتراض لدى المحكمة في هذه الجلسة على السير في الدعوى لخروجها عن ولايتها عن طريق الدفع بشرط التحكيم، فإن لم يفعل ذلك في الجلسة الأولى أو تكلم في موضوع الدعوى حمله هذا على تنازله الضمني عن شرط التحكيم وقبوله اختصاص المحاكم بالحكم في الدعوى، ولا يجديه بعد ذلك التمسك بشرط التحكيم لأن الساقط لا يعود، ولما كان ذلك وكان الثابت من محاضر جلسات محكمة أول درجة أن المحامي الموكل عن الشركة الطاعنة حضر عنها أمام تلك المحكمة في جلسة ٩٥/٢/١٦ وهي الجلسة الأولى بالنسبة إليه، ولم يعترض على لجوء الشركة المطعون ضدها إلى القضاء رغم وجود شرط التحكيم فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً طبقاً للمادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية، ولا يؤثر في ذلك عدم تكلمه في هذه الجلسة في موضوع الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو بعدم حصول الاعتراض في تلك الجلسة، وهو ما لم يحصل منه بالفعل فيها. هذا ولما كان الاعتراض على السير في الدعوى رغم وجود شرط التحكيم هو إجراء من إجراءات الخصومة، ومن ثم يجوز للوكيل بالخصومة التمسك به وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وكان مؤدى قضائه برفض الدفع بشرط التحكيم هو اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ودخولها في ولايتها، ومن ثم فإن الطعن فيه يكون غير جائز إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها عملاً بالمادة ١٥١ سالف الذكر.

(٣٣) تمييز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/١/٢٠، العدد ٧ ص ٢٧، وقد قررت المحكمة في هذا الحكم: أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى.

إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي "أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص؛ لأن المقصود منه إنكار اختصاص المحاكم بنظر النزاع"<sup>(٣٤)</sup>.

(٣٤) تمييز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/١/٢٠، العدد ٧ ص ٢٧، وقد قررت المحكمة في هذا الحكم: "أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى"، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ١٧٠ لسنة ١٩٩٣ مدني كلي دبي على الطاعن بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة الابتدائية في ١٩/٧/١٩٩٣ بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي لهما مبلغ ١.١٨٠.٦٩٥ درهماً والفوائد القانونية مع تثبيت الحجز التحفظي الموقع بناء على الأمر رقم ١٩٩٣/٢٢٣ - وقالت شرحاً لدعواها أنه بموجب عقد مقولة حرر بينها (المقاول) والطاعن (صاحب العمل) اسند الأخير إليها أعمال إنشاء وصيانة بناء نظير مبلغ ١٩.٨٠٠.٠٠٠ درهماً عدل إلى ١٧.٦٧١.٩٣١ درهماً يدفعها الطاعن طبقاً لشروط العقد، وقد تم إنجاز الأعمال المطلوبة والحصول على شهادة من المهندس الاستشاري المعين من قبل الطاعن والذي كان له حق الإشراف والتوجيه، وأن الطاعن قام بسداد مبلغ ١.٦٤٨.٩٢٦ درهماً من المبلغ المتفق عليه، ومازال باقياً في ذمته المبلغ المطالب به، الذي امتنع عن سداذه دون وجه حق مما دعاه إلى توقيع الحجز التحفظي على إيراد المبنى، وبجلسة ١٩٩٣/١١/٨ - وهي الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى، دفع وكيل الطاعن بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، حكمت المحكمة الابتدائية في ١٩٩٤/١٠/٣١ برفض الدفع، وتحديد جلسة لنظر الموضوع، استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٨١ لسنة ١٩٩٥، وفي ١٩٩٥/٣/٢٥ حكمت محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف، فطعن على هذا الحكم، الذي لم يعلن إليه ولم يحضر جلسة النطق به بنفسه أو بوكيل عنه، بالتمييز المائل بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ٢٦/٤/١٩٩٥، قدم محامي المطعون ضدها مذكرة طلب فيها رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعي الطاعن بها على الحكم المطعون مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق والتناقض في (=)

(=) الأسباب، قولاً منه أن الحكم قضى بسقوط حقه في التمسك بشرط التحكيم لفوات الميعاد الذي كان عليه التمسك به في خلاله طبقاً لمشارطة التحكيم حال أنه يشترط للتمسك بهذا الشرط - طبقاً لهذا العقد - أن تقوم - بداءة - منازعة يرفعها الطاعن أو المطعون ضدها إلى المهندس الاستشاري لإبداء رأيه فيها، ويعتبر قراره نهائياً إذا كانت المدة الموضحة بمشارطة التحكيم، وقد خلت الأوراق مما يفيد حصول هذه المنازعة من جانب المقاول، فلم يسبق أن عرض الأخير على المهندس الاستشاري نزاعاً ليصدر قراراً بشأنه كما لم يصدر المهندس قراراً أخطر به الطرفين لتمكين أيهما من استعمال حقه في الاعتراض عليه واللجوء إلى طلب التحكيم، وأنه على العكس من ذلك فقد أرسل (الطاعن) إلى المهندس الاستشاري في ١٢/٩/١٩٩١ و ٢٨/٩/١٩٩١ و ١٢/٤/١٩٩٣ كتباً يعترض فيها على أعمال المقاول ويعترض فيها أيضاً على تصرفات المهندس وتخليه عن عمله الذي وكل فيه فلم يرد عليه حتى أنه اضطر إلى الاستعانة بجهة خبرة (الاستشاريون العرب) لمعاينة ما تم من أعمال فقدمت تقريراً أثبت فيه ما لوحظ من نواقص فيها، وعلى فرض صحة ما ذهب إليه الحكم من اعتبار كتاب المهندس الاستشاري المؤرخ ١٢/٤/١٩٩٣ والذي بعثه إليه المطعون ضدها واستلمه في ١٠/٤/١٩٩٣، والذي تضمن الحساب النهائي للعملية بأنه هو القرار بالمعنى المفهوم في عقد المقاولة، إلا أنه كان على المهندس الاستشاري أن يخطر به طبقاً للعقد، وإذا كان قد أشار إليه (أي الطاعن) في كتابه المؤرخ ١٢/٤/١٩٩٣ المرسل منه إلى المهندس، فإن ذلك لا يغني عن الإخطار فضلاً عن أن هذا الكتاب تضمن اعتراضاً على عمل المقاول، وبالتالي فإن حقه في طلب التحكيم لا يكون قد سقط بعد، هذا إلى جانب أن هذا الكتاب الأخير ليس له حجية في الإثبات لأنه صورة ضوئية لا قيمة لها، وقد جحدته وهو ليس مكلفاً بإثبات أنه مطابق للأصل إذ لا أصل لديه - ومن ثم فإن افتراض الحكم بسقوط شرط التحكيم لا أساس له حيث لا يزال هذا الشرط مانعاً من سماع الدعوى مما تنتفي به ولاية المحاكم في نظر الدعوى، وحيث إن هذا النعي مردود؛ ذلك أن شكل الطعن وتحديد مدى قابلية الحكم للطعن فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تقضي فيها المحكمة من تلقاء نفسها، وقد وضع المشرع قاعدة عامة في المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية مؤداها عدم جواز الطعن على استقلال في الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة قبل إصدار الحكم المنهي لها منعاً لتقطيع أوصال القضية الواحدة، وذلك فيما عدا الأحكام التي نصت عليها تلك المادة على (=)

(=) سبيل الاستثناء، ومنها الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص؛ إذ لم يكن للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى، والخصومة التي تنتظر لانتهاؤها - طبقاً لهذا النص - هي الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين، ومن المقرر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو انكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى، كما أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل الواقع في الدعوى وفي تفسير الاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقيدها وأصحاب الشأن فيها، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة مقبولة، لما كان ذلك وكانت المادة ٦٧ من عقد المفاوضة تنص على أنه إذا نشأ أي نزاع أو خلاف من أي نوع كان، مهما كانت طبيعته بين رب العمل أو المهندس أو المقاول فيما يتعلق أو ينتج عن العقد أو عن تنفيذ الأعمال سواء أثناء سيرها أو بعد إكمالها، وسواء قبل انتهاء العقد أو التخلي عنه أو الإخلال به؛ فإنه يتعين في المرحلة الأولى أن يحل ويسوى بواسطة المهندس الاستشاري، الذي سيقوم خلال مدة ٩٠ يوم من تاريخ طلب أي من الطرفين منه القيام بذلك بتوجيه إخطار كتابي بقراره إلى رب العمل والمقاول، وإذا قام المهندس الاستشاري بتوجيه إخطار خطي بقراره إلى رب العمل والمقاول ولم ينقل إليه طلب التحكيم من قبل رب العمل أو المقاول خلال مدة ٩٠ يوماً من تاريخ وصول هذا الإخطار فإن قراره المذكور يصبح نهائياً وملزماً لرب العمل والمقاول، وإذا أخل المهندس الاستشاري بتوجيه الإخطار بقراره - كما هو مبين أعلاه خلال مدة ٩٠ يوماً من تاريخ تقديم الطلب إليه أو إذا لم يقتنع رب العمل أو المقاول بهذا القرار فعندئذ - وفي أي حالة من الحالات - يجوز لأي من رب العمل أو المقاول في خلال ٩٠ يوماً من تاريخ استلامه إشعار بهذا القرار أو خلال ٩٠ يوماً من بعد انتهاء المدة الأولى المسماة - البالغة ٩٠ يوماً - حسبما يكون عليه الحال - أن يطلب إحالة المسألة أو المسائل المتنازع عليها للتحكيم، بحيث يجب أن تسوى نهائياً في دبي بواسطة هيئة التحكيم وتكون قراراتها ملزمة نهائياً لكل من الطرفين، ومؤدى ذلك أنه يتعين بداءة أن يقوم نزاع بين طرفي العقد فيلجأ أحدهما أو كلاهما إلى المهندس الاستشاري لإصدار قرار في شأن هذا النزاع، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا بعد أن يصدر المهندس قراره خلال الميعاد المحدد - أو فوات الميعاد المحدد له لإصدار قراره أو عدم الاعتراض في الميعاد على قرار الاستشاري؛ فإذا ما فات الميعاد المحدد لطلب التحكيم في هذه الحالات أصبح قرار الاستشاري ملزماً ونهائياً، وكان (=)



وقد قضت محكمة النقض الإيطالية في ٣ أغسطس ١٩٩٦ بتكليف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، واعتبرته من الدفوع التي

(=) يبين من الكتاب المرسل من الطاعن إلى المهندس الاستشاري في ١٢/٤/١٩٩٣ أنه تضمن الإشارة إلى رسالتي المقاول المؤرختين ١٩٩٣/٢/٢٣ و ١٩٩٣/٣/٣١ والذي يطلب فيها إصدار شهادة بأعمال الصيانة النهائية حتى يتسنى لها الحصول على باقي مستحقاتها التي لم يوف الطاعن بها، فأصدر الاستشاري قراره المؤرخ ١٩٩٣/٤/٤ بأن المطعون ضدها قد أكملت أشغال الصيانة العامة وتم انجاز العمل طبقاً لتقرير الفحص الصادر في ١٩٩٢/١/٢٩ بعد مضي سنة واحدة من مدة الصيانة وتم فحصها من قبل ممثل الموكل والاستشاريين والمقاول، وأنه يطلب الإفراج عن المبلغ المحجوز عليه، ويتفق هذا القرار مع مفهوم ما نصت عليه المادة ٦٧ من عقد المقاول؛ إذ صدر في منازعة قامت بين طرفي العقد في شأن أعمال الصيانة وما تم بشأن إنجازها وقد اعترض الطاعن على هذا القرار بمقتضى كتابه المؤرخ ١٩٩٣/٤/١٢ ولم يلجأ إلى طلب التحكيم من خلال ٩٠ يوماً من تاريخ استلامه قرار المهندس الذي أقر باستلامه في ١٠/٤/١٩٩٣ ومن ثم فإن قرار الاستشاري يصبح نهائياً وملزماً لطرفي عقد المقاوله وينتفي معه حقه طلب التحكيم، ولا يغير من ذلك ما قال به الطاعن من أن المهندس لم يخطره بقراره ذلك، أن الثابت من كتابه المؤرخ ١٩٩٣/٤/١٢ أنه قد علم به؛ إذ أقر فيه بأن المقاول أخطره بهذا الكتاب في ١٠/٤/١٩٩٣ - الذي لم ينكر مطابقته للأصل وناقش محتواه ومن ثم فإن الغاية من الإجراء تكون قد تحققت، سواء كان الاستشاري أو المطعون ضدها هي التي أرسلت له هذا القرار، وما ذهب إليه الطاعن من أنه أخطر الاستشاري بالخلافات القائمة بينه وبين المقاول في عام ١٩٩١ وأنه لم يرد عليه ولم يصدر قراراً في شأن تلك المنازعات، مرود بأنه لم يتخذ طريق التحكيم المنصوص عليه في مشاركة التحكيم في المواعيد المقررة، مما يعتبر معه أن طلب التحكيم بشأنها قد فاتت مواعيده، وما أثاره الطاعن بشأن خلافاته مع المهندس الاستشاري فليس محله ما نصت عليه المادة ٦٧ سالفه الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم على غير أساس وباختصاص المحاكم ولائياً بنظر الدعوى وقضى بعدم جواز الاستئناف عملاً بالمادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية لورود الاستئناف على حكم غير منه للخصومة، إذ لم يفصل في موضوع الدعوى، يكون قد أصاب صحيح القانون مما يتعين معه رفض الطعن".

لا تتعلق بالنظام العام شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي، مما يوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بالدفع<sup>(٣٥)</sup>.

ويجري الفقه والقضاء الفرنسيين على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التي تسقط بالكلام في موضوع النزاع<sup>(٣٦)</sup>.

١٣ - وقد أسس أنصار هذا الاتجاه اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص على أساس أن اتفاق التحكيم لا يمس حق كل منهم في الدعوى، وأن اتفاق التحكيم لا يمس حق الشخص في الالتجاء للقضاء ولا يعد نزولاً عن هذا الحق، وأن القضاء قد اتجه الى اعتبار أن التحكيم الإجباري يسلب اختصاص المحاكم بنظر منازعات من نوع معين؛ إذ حكمت المحاكم بعدم اختصاصها بنظر تلك المنازعات، وأن محكمة النقض المصرية قد ذهبت في أحكام عديدة لاعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص، كما اتجهت بعض القوانين على النص على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص<sup>(٣٧)</sup>، ونصت المادة ١٩ من قانون التحكيم التونسي على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة

---

(٣٥) د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١ ص ٩٤٣.

(36) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, « Droit judiciaire privé » ; Philippe LEBOULANGER, Le Nouveau Droit Egyptien De L'arbitrage, Rev. Arb. 1994, n° 4, p. 672.

ويميل VINCENT إلى عدم تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص أو عدم القبول، ويفضل الاقتصاص على اعتباره من الدفوع الشكلية d'exception de procédure التي تسقط بالكلام في الموضوع: Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, « Procédure civile », op. cit., n° 1664, p. 1118

(٣٧) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق،

بند ٨١ ص ٢٥٨ وما بعدها؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٤٨ ص ١٣٦ وما بعدها، بند ١٥٧ ص ١٤٩.

بعدم الاختصاص<sup>(٣٨)</sup>.

وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في تحديد نوع هذا الاختصاص، فذهب أغلب الفقه المؤيد لاعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، لاعتباره دفعًا بعدم الاختصاص الوظيفي المتعلق بولاية المحاكم؛ إذ اتفاق التحكيم لا يسلب ولاية المحاكم بنظر النزاع، وإنما يحجب هذا الاختصاص - ولو مؤقتًا - طالما كان اتفاق التحكيم قائمًا، وصحيحًا، ومنتجًا لآثاره<sup>(٣٩)</sup>.

بينما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو ١٩٥٧ للقول بأن هذا الدفع من الدفوع المتعلقة بالاختصاص النوعي المتعلق بموضوع الدعوى؛ إذ يمكن التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى<sup>(٤٠)</sup>.

وذهب البعض في الفقه المصري إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتصور أن يكون دفعًا بعدم القبول، وهو دفع بعدم الاختصاص النوعي لتعلقه بتوزيع المنازعات ما بين المحاكم العادية وهيئات التحكيم وهو ذو طبيعة خاصة ولا يتعلق بالنظام العام<sup>(٤١)</sup>.

---

(٣٨) الجدير بالذكر أن المشرع التونسي قد أخذ بما نصت عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١ بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨١، في النص على التزام المحكمة بالقضاء بعدم الاختصاص إذا أثير الدفع أمام القضاء في حالة تشكيل هيئة التحكيم أو بعدها، غير أن النص لم ينص على حالة البطلان الظاهر. (٣٩) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٥٨ وما بعدها؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٤٩.

(40) Cass. Civ. 23 Janvier 1957, Rev. Arb., 1957, p. 89.

وقد أشار لهذا الحكم أيضًا: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨١.

(٤١) الأستاذ/ سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة ١٩٦١ س ٤١ ص ١٣٢٩ وما بعدها.

١٤ - والسؤال، أي نوع من أنواع الاختصاص إذن يتعلق به الدفع بوجود اتفاق التحكيم؟.

ذهب البعض في الفقه المصري للقول أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص الوظيفي، أي الدفع المبني على توزيع ولاية القضاء من جهات متعددة<sup>(٤٢)</sup>، كما ذهب البعض الآخر إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص النوعي<sup>(٤٣)</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن عبارة الاختصاص الوظيفي لا تنصرف للاختصاص بنوع معين من المنازعات، والاتفاق على التحكيم لا يتضمن ذلك، لأن المشرع وضع مبدأ عاماً هو أن التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح، الأمر الذي يعني أن الأصل أن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح، وأن الاستثناء فيه هو عدم الجواز فيما لا صلح فيه؛ إذ نص المشرع في المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على أن التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح، دون أن يخرج المشرع نوعاً معيناً من المنازعات من اختصاص القضاء ويجعلها من الاختصاص الوظيفي لهيئة التحكيم، ولا ينصرف هذا الاختصاص لنوعية المحكمين الذين يقومون بالتحكيم؛ إذ الإجازة للأفراد أصحاب المنازعات، بصحة اتفاقهم في كل ما يجوز فيه الصلح بطرح منازعتهم على التحكيم.

١٥ - الواقع، بحق، ومع اتفاقنا مع ما ذهب الرأي السابق إليه بأن

---

(٤٢) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٥٨ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٤٩.

(٤٣) الأستاذ/ سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة، ١٩٦١ س ٤١ ص ١٣٢٩ وما بعدها.

الاتفاق على التحكيم لا يمس حق الشخص في الالتجاء للقضاء، ولا يعتبر نزولاً عن حق الالتجاء للقضاء<sup>(٤٤)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم لا صلة له بالحق في الدعوى<sup>(٤٥)</sup>، إلا أن الاتفاق على التحكيم يقوم على أساس إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح ولا تتعلق بالنظام العام<sup>(٤٦)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم هو اتفاق بين الأطراف على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة<sup>(٤٧)</sup>، وأن هذا الاتفاق لا ينزع اختصاص

---

(٤٤) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١ بند ١٠٢ ص ١٢٥؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٦١؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٤٩. انظر رسالتنا للدكتوراه بعنوان: "النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي"، جامعة القاهرة بند ١٥٦ ص ١٨٨ و ١٨٩.

(٤٥) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٥٨؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٥٠.

(٤٦) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، رجع سابق، بند ١٩ ص ٣٣.

(٤٧) د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد ١٩٢٣ بند ١٣٦٤ ص ٩١٨؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري "منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الخامسة ١٩٨٨ ص ١٥؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ١٩٩٠ بند ٢/٧ ص ٢٠ و ٢١؛ د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٧٤ ص ٣٨٠؛ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ١٩٨١ ص ١٩؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٥ ص ١٠؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، دار الفكر العربي ٢٠٠٣ ص ٢٢٣؛ د. مختار بريري، (=)

القضاء بنظر النزاع<sup>(٤٨)</sup>؛ إذ القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، وأن الاختصاص لهيئة التحكيم ينعقد إذا تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع أو بالتجاء الأطراف مباشرة للتحكيم أو الاستمرار فيه، بل إن المشرع أجاز لهم أثناء نظر الدعوى الاتفاق على التحكيم وحسم النزاع عن طريق التحكيم، كاستثناء على الأصل العام الثابت للقضاء بالفصل في النزاع المطروح عليه، كما لا يترتب على اتفاق التحكيم نزع اختصاص من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى حتى يعتبر من الاختصاص الولائي.

---

(=) التحكيم التجري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ١٩٩٩ بند ١ ص ٥؛ د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية ٢٠٠٦ ص ٤؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ بند ١٠ ص ١٢؛ د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٥؛ د. على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، طبعة ١٩٩٨، ص ١؛ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٧ بند ١٢ ص ٢٢، محكمة تمييز دبي الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٠/١١/١٩٩١ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ جلسة ٣/٧/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩، ورقم ١٧٠ جلسة ١/٨/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٧، الطعن رقم ٣٩٩ جلسة ٥/٧/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٩٦ وما بعدها، تمييز دبي الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦، جلسة ٣/١٦/١٩٩٧، تمييز دبي الطعن رقم ٥١ لسنة ٩٢ جلسة ٥/٢٤/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٥٢٥، تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢/١١/٢٠٠٢ ص ٧٧٧ وما بعدها.

(٤٨) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف ١٩٨٨ الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية ٢٠٠٥ بند ١٩٨ ص ٣٨١ وما بعدها، إذ ذكر سيادته أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة فلا يخرج من اختصاصه إلا ما أدخله المشرع في اختصاص القضاء الإداري أو ما يخرج المشرع بنص خاص.

١٦- ومن ثم، فإن أخذ القضاء والتشريعات باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص ليس مبرراً كافياً للقول باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعاً بعدم الاختصاص، وأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه من الدفوع المتعلقة بالاختصاص الولائي أو الاختصاص الوظيفي للمحاكم أو تكييفه على أنه من الدفوع المتعلقة بالاختصاص النوعي للمحاكم، يحتاج لمناقشة لقواعد الاختصاص الولائي من ناحية أولى وقواعد الاختصاص النوعي من ناحية أخرى، وبحث مدى اتساق طبيعة الدفع بوجود التحكيم مع تلك القواعد المتعلقة بالاختصاص الولائي والنوعي.

من ناحية أولى: أن الاتفاق على التحكيم لا يمس حق الشخص في الالتجاء للقضاء، ولا يعتبر نزولاً عن حق الالتجاء للقضاء<sup>(٤٩)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم لا صلة له بالحق في الدعوى<sup>(٥٠)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم يقوم على أساس إجازة المشرع للأفراد في الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي يجوز فيها الصلح ولا تتعلق بالنظام العام<sup>(٥١)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم هو

---

(٤٩) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١ بند ١٠٢ ص ١٢٥؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٦١؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٤٩؛ انظر رسالتنا للدكتوراه، بعنوان: النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، جامعة القاهرة بند ١٥٦ ص ١٨٨، ١٨٩؛ عكس ذلك؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٤٥ ص ١٢٥؛ إذ قرر أنه يترتب على اتفاق التحكيم نزول الخصوم عن الالتجاء للقضاء، وهو ما يتعلق بفقد الدعوى لشرط من شروط قبولها.

(٥٠) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٥٠.

(٥١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٤ بند ١٩ ص ٣٣.

اتفاق بين الأطراف على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة<sup>(٥٢)</sup>، وأن هذا الاتفاق لا ينزع اختصاص القضاء بنظر النزاع<sup>(٥٣)</sup>؛ إذ القضاء هو صاحب

(٥٢) د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد ١٩٢٣ بند ١٣٦٤ ص ٩١٨؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة ١٩٨٨ ص ١٥؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ١٩٩٠ بند ٢/٧ ص ٢٠، ٢١؛ د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤ ص ٣٨٠؛ د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ١٩٨١ ص ١٩؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٥ ص ١٠؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٢٣؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ١٩٩٩، بند ١ ص ٥؛ د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية ٢٠٠٦، ص ٤؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ بند ١٠ ص ١٢؛ د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ص ٥؛ د. على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، طبعة ١٩٩٨، ص ١؛ د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٧ بند ١٢ ص ٢٢؛ محكمة تمييز دبي الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٠/١١/١٩٩١ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ جلسة ٣/٧/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩، ورقم ١٧٠ جلسة ٨/١/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٧، الطعن رقم ٣٩٩ جلسة ٧/٥/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٩٦ وما بعدها، تمييز دبي الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٦/٣/١٩٩٧، تمييز دبي الطعن رقم ٥١ لسنة ٩٢ جلسة ٢٤/٥/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٥٢٥، تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢/١١/٢٠٠٢ ص ٧٧٧ وما بعدها.

(٥٣) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف ١٩٨٨، الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٩٨ ص ٣٨١ وما بعدها؛ إذ ذكر سيادته أن القضاء العادي هو (=)



الولاية العامة بنظر النزاع، وأن الاختصاص لهيئة التحكيم ينعقد إذا تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع أو بالتجاء الأطراف مباشرة للتحكيم أو الاستمرار فيه، بل إن المشرع أجاز لهم أثناء نظر الدعوى الاتفاق على التحكيم وحسم النزاع عن طريق التحكيم، كاستثناء على الأصل العام الثابت للقضاء بالفصل في النزاع المطروح عليه، كما لا يترتب على اتفاق التحكيم نزع اختصاص من جهة قضائية إلى جهة قضائية أخرى حتى يعتبر من الاختصاص الولائي<sup>(٥٤)</sup>؛ إذ الاختصاص الولائي يقوم على أساس توزيع المشرع للمنازعات بحسب طبيعتها بين جهتي القضاء العادي وجهة القضاء الإداري<sup>(٥٥)</sup>، فيخص المحاكم المدنية والتجارية بالمنازعات المدنية والتجارية التي تثور فيما بينهم، وعلى الأساس السابق وزع المشرع المحاكم المدنية على مستوى الدولة، وحدد لكل منها نوع معين من المنازعات، سواء على أساس نوعها أو على أساس قيمتها، كما راعى في تشكيل تلك المحاكم عدد القضاة الذين سينظرون تلك المنازعات وما تستلزمه من خبرة، كما خص المحاكم الإدارية أو المحاكم التابعة لمجلس الدولة، بالمنازعات التي تثور بين الإدارة والأفراد، ووزع على هذا الأساس المحاكم

---

(=) صاحب الولاية العامة فلا يخرج من اختصاصه إلا ما أدخله المشرع في اختصاص القضاء الإداري أو ما يخرج المشرع بنص خاص.

(٥٤) عكس ذلك؛ د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١٢٩ ص ١٩٨، ١٩٩.

(٥٥) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ١٠٩ ص ١٨٦ وما بعدها؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١ ص ٢٦٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٩٨ ص ٣٨١ وما بعدها؛ د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦ ص ٥٦٠ وما بعدها.

الإدارية على مستوى الدولة أو القطر، وحدد عدد القضاة وخبرة كل منهم، واعتبر هذا التوزيع من الأمور المتعلقة بالنظام القضائي، التي لا يجوز اتفاق على مخالفتها، ويجب على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، ولا يتعلق اتفاق التحكيم بتوزيع المنازعات بين جهتي القضاء العادي والإداري؛ إذ لا يتضمن اتفاق التحكيم توزيع للعمل القضائي بين محاكم جهتي القضاء حتى يمكن القول بأنه من نوع الاختصاص الولائي للمحاكم، كما أن اتفاق التحكيم لا يتضمن أي توزيع بين جهات القضاء؛ إذ التوزيع يفترض وجود جهة قضائية مشكلة تشكيلاً قانونياً يوزع عليها المشرع أنواعاً معينة من المنازعات، كما هو الحال في جهتي القضاء العادي والإداري، ولا يغير من ذلك الحال بالنسبة للتحكيم عن طريق مراكز وأنظمة التحكيم، لأن وجود هذه الهيئات أو المراكز يقوم على أساس واحد، سواء من حيث العدد أو الخبرة.

ومن ثم نرى صعوبة اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بالاختصاص الوظيفي المبني على توزيع المنازعات بين جهتي القضاء العادي والإداري.

من ناحية ثانية، فالاختصاص النوعي للمحاكم يتعلق بأن المشرع خص المحكمة الابتدائية أو الجزئية أو محاكم الأمور المستعجلة أو محكمة الأسرة بنوع معين من المنازعات<sup>(٥٦)</sup>، سواء لأهميتها أو عدم أهميتها أو بسبب نوع المنازعة وطبيعتها على الترتيب، ووزع المحاكم على هذه الأسس على مستوى الدولة، وحدد تشكيل كل منها ومكانه والخبرة المطلوبة لأعضاء كل محكمة من تلك المحاكم، ولا يتعلق اتفاق التحكيم بتوزيع أو سلب لأي من الاختصاصات من اختصاص المحاكم؛ إذ التوزيع يفترض وجود جهة قضائية

---

(٥٦) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٩٦ ص ٣٧٨ وما بعدها، وبند ٢١٥ وما بعدها ص ٩٦ وما بعدها.

أو محكمة يوزع عليها المشرع الاختصاص، ولا تعتبر هيئة التحكيم، حتى ولو كانت منظمة أو مركز تحكيم، جهة من جهات القضاء، كما أن الاختصاص النوعي يفترض تحديد اختصاص المحاكم تنظيمًا عامًا بنوع معين من الدعاوى، بخلاف الحال في اتفاق التحكيم؛ إذ قد يتفق الأطراف على التحكيم في مسألة تدخل في الاختصاص القيمي أو النوعي للمحاكم، علاوة على أنه لا يجوز التحفظ على قواعد الاختصاص في هذه الحالة، والقول إنها لا تتعلق بالنظام العام؛ إذ كيف تعتبر قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام في جزئية دون الأخرى.

ومن ثم نرى صعوبة اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفعًا متعلقًا بعدم الاختصاص النوعي، المبني على اختصاص المحاكم بنوع معين من المنازعات.

وقد نفى VINCENT تعلق توزيع العمل بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم بالاختصاص، وأن توزيع الاختصاص يتعلق بالهيئات القضائية المكونة للنظام القضائي<sup>(٥٧)</sup>.

وقد انتقد أستاذنا الدكتور فتحي والي تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص؛ لأن عدم الاختصاص يعني أن المحكم هو المختص بالنزاع، وأن عدم الاختصاص يتعلق بتوزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة، وأن هيئة التحكيم ليست جهة قضائية يمكن الكلام عن اختصاصها، وأن الكلام عن الاختصاص بين المحاكم وهيئات التحكيم يتعلق حتمًا بتوزيع الولاية، كما استبعد أستاذنا الدكتور محمود مصطفى أن يكون الدفع بشرط أو اتفاق التحكيم من قبيل الدفع بعدم الاختصاص؛ إذ لو

---

(57) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, op. cit., n° 1664, p. 1118.

كان الدفع بشرط التحكيم - على حد تعبيره - من قبيل الدفع بعدم الاختصاص لكان معنى ذلك تعلقه بالنظام العام، ويجوز الدفع به في أي حالة تكون عليها الدعوى، في حين أن القضاء - خاصة قضاء تمييز دبي - يستقر على أنه من الدفع التي تسقط إذا لم يبتها الخصم في الجلسة الأولى<sup>(٥٨)</sup>.

١٧- الواقع - بحق - أن المسلم به أن ولاية المحكمة أو عدم ولايتها أمر يتعلق بالنظام العام، وهو ما يخالف التنظيم القانوني لولاية هيئة التحكيم؛ إذ أن ولايتها لا تتعلق بالنظام العام، وأن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص كلياً عن محاكم الدولة، فرغم وجود هذا الاتفاق يظل الاختصاص بالمسائل المتصلة بالنزاع محل اتفاق التحكيم لمحاكم الدولة، علاوة على ذلك، فإن القول بعدم الاختصاص يستتبع إعمال نص المادة ١١٠ مرافعات مما يوجب على المحكمة إذا ما قضت بعدم الاختصاص الحكم بالإحالة<sup>(٥٩)</sup>.

ومع جدارة ما ذهب إليه أستاذنا العميد فتحي والي حول عدم صحة تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، إلا أنه يمكننا مناقشة ذلك على النحو الآتي:

---

(٥٨) د. محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون السنة ١٣، ع ٢ يوليو ٢٠٠٥ ص ١٤٦، ويرد على ذلك أن الدفع المتعلقة بعدم الاختصاص لا تتعلق في جملتها بالنظام العام؛ إذ الدفع بالاختصاص المحلي لا يتعلق بالنظام العام، كما أنه ليس معنى اتجاه الفقه أو القضاء للأخذ بتكييف معين التسليم بهذه التكييف، أو أن عدم انطباق تطبيق تكييف معين معناه التسليم بالتكييف الآخر، إذ يتعين النظر في كل حالة لطبيعة الاتفاق على التحكيم وما يترتب من أثر وطريقة التمسك به أمام القضاء، كما أن نفس العلة متوافرة لاستبعاد تكييفه على أنه دفع بعدم القبول، إذ عدم القبول الموضوعي يتعلق بالنظام العام وهو ما يجيز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى.

(٥٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢، ١٨٣.

أولاً: أن المقصود بالاختصاص الولائي المتعلق بالنظام العام، والذي لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه، هو اختصاص المحاكم المدنية والتجارية بالمنازعات المدنية والتجارية التي تنور بين الأفراد، فلا يجوز للأفراد الاتفاق على طرح منازعاتهم على محاكم جهة القضاء الإداري للفصل فيها؛ إذ وزع المشرع الدعاوى على المحاكم بحسب طبيعتها، وخص القاضي العادي بنظر المنازعات المدنية والقاضي الإداري بنظر المنازعات الإدارية، الأمر الذي يستوجب عدم اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات الإدارية، وعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المدنية والتجارية، الأمر الذي يستوجب بطلان أي اتفاق على اختصاص أي منهما بنظر المنازعات التي تدخل في اختصاص الجهة الأخرى، فيقع باطلاً كل اتفاق على اختصاص محاكم القضاء العادي بنظر المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الإداري أو العكس؛ إذ حدد المشرع بقواعد آمرة، ما يدخل في اختصاص المحاكم الإدارية وما يدخل في اختصاص المحاكم العادية، توزيعاً يتعلق بولاية وتخصص كل منهما، الأمر الذي يوجب بطلان كل اتفاق يخالف هذا التنظيم التشريعي<sup>(٦٠)</sup>.

وتكمن العلة من تعلق تلك القواعد بالنظام العام، في أن المشرع رغبة في إعمال تخصص القضاء والوصول للتمييز في العمل القضائي ارتأى أن تنظر المنازعة المدنية والتجارية أمام قضاة متخصصين مختارين للفصل في تلك المنازعات، وأن المنازعات الإدارية تنظر أمام قضاة متخصصين في المنازعات الإدارية وملمين بأحكامها، وقد حدد المشرع على هذا الأساس تشكيل محاكم كل جهة من حيث العدد أو الخبرة النوعية للقضاة الذين يعملون في كل نوع

---

(٦٠) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٩٨ ص ٤٩٧ وما بعدها، وقد نصت المادة ١٠٩ من قانون المرافعات المصري على أن: الدفع بعد اختصاص المحكمة لانتفاء ولايتها أو بسبب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، ويجوز الدفع به في أي حالة كانت عليها الدعوى".

من المنازعات، وليس في الاتفاق على التحكيم ما يخالف العلة من هذا النص، والتي تتعلق بنظر المنازعة من قاضي غير متخصص بنظر هذا النوع من المنازعات؛ إذ المفترض أن الخصوم سيختارون بأنفسهم من هم أجدر على حل النزاع، وأساس هذا الاتفاق أو الاختيار هو إجازة المشرع؛ إذ تعتبر إجازة المشرع بالاتفاق على التحكيم من قبيل الاستثناء على المبدأ العام، كما لا يترتب عليه أي أثر عكسي في ازدحام المحاكم في جهة دون جهة أخرى، كما أنه ليس من قبيل الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص الولائي للمحاكم، لأنه لا يتضمن الاتفاق على اختصاص محكمة بنوع من المسائل مما يخرج عن ولايتها التي حددها المشرع بقواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

ثانيًا: أن المقصود بالاختصاص النوعي المتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه، هو اختصاص المحاكم الجزئية والمحاكم الابتدائية والمحاكم المستعجلة بنوع معين من الدعاوى؛ إذ المشرع خص المحكمة الجزئية بدعاوى من نوع معين تقل في أهميتها عن الدعاوى التي من اختصاص المحكمة الابتدائية، وقد حدد على هذا الأساس تشكيل المحكمة الجزئية من حيث العدد والخبرة، مثال دعاوى قسمة المال الشائع، وتعيين الحدود بين العقارات، والمطالبة بأجر أو تحديده، والدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالمياه، وتطهير الترع والمساقى والمصارف<sup>(٦١)</sup>، كما خص المشرع المحكمة الابتدائية بالدعاوى ذات الأهمية الكبيرة، وجعلها من اختصاص المحكمة الابتدائية، مهما قلت قيمة الدعوى، مثال دعاوى شهر الإفلاس وشهر الإعسار والصلح الوافي من الإفلاس وطلب سحب المؤلف من التداول<sup>(٦٢)</sup>، وقد حدد

---

(٦١) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٩٨، ٢١٥، ٢١٦-١، ٢١٧-٢، ٢١٩-٤، ص ٣٧٨، ص ٣٩٦ وما بعدها.

(٦٢) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٩٨، ٢١٨-٣، ص ٣٧٨، ص ٣٩٨، ٣٩٩.

على هذا الأساس تشكيلها من حيث العدد والخبرة، كما خص المشرع وفقاً للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ محكمة الأسرة بالدعاوى التي تتعلق بالأسرة<sup>(٦٣)</sup>، وحدد على هذا الأساس تشكيل هذه المحكمة من حيث العدد والخبرة، فلا يجوز للمحكمة الجزئية النظر في المنازعات التي تدخل في الاختصاص النوعي للمحاكم الابتدائية، كما لا يجوز للمحاكم الابتدائية النظر في الدعاوى التي تدخل في الاختصاص النوعي للمحكمة الجزئية، كما لا يجوز للمحكمة الابتدائية أو الجزئية النظر في المنازعات التي تدخل في اختصاص محكمة الأسرة، كما لا يجوز للمحاكم المستعجلة نظر الدعاوى الموضوعية، ولا يجوز للمحكمة الابتدائية نظر الدعاوى المستعجلة في غير الدعاوى المنظورة أمامها، وكل اتفاق على خلاف ذلك يقع باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، فيجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها.

وترجع العلة من تعلق تلك القواعد بالنظام العام إلى أن المشرع نظم المحاكم وحدد تشكيلها بحيث تتناسب مع المنازعات التي تعرض عليها كمّاً ونوعاً، وليس في الاتفاق على التحكيم ما يخالف العلة من هذا النص، لأن الاتفاق على التحكيم لا يتضمن نزع اختصاص محكمة لصالح محكمة أخرى، كما لا يخشى من التحكيم في عرض النزاع على غير المتخصصين، بل إن الغالب أن الهدف من التحكيم هو التمكن من حسم النزاع ممن هم أكثر خبرة من قضاء الدولة، كما لا يخشى من الاتفاق على التحكيم من إحداث أي خلل في توزيع المنازعات على المحاكم وما قد يترتب عليه تكديس بعضها بالمنازعات.

ثالثاً : أن المقصود بقواعد الاختصاص القيمي المتعلق بالنظام العام ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، هو عدم جواز نظر المحكمة الجزئية

---

(٦٣) صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في ٢٩ يناير ٢٠٠٠، وقد عمل به اعتباراً من ٢٩ فبراير ٢٠٠٠.

لدعوى تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية، أو عدم جواز نظر المحكمة الابتدائية لدعوى تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية؛ إذ خص المشرع المحكمة الجزئية بدعوى صغيرة القيمة تتناسب مع تشكيل المحكمة وخبرة أعضائها، فخص المشرع وفقاً للقانون ٧٦ رقم لسنة ٢٠٠٧ المحكمة الجزئية بالدعوى التي لا تتجاوز قيمتها أربعين ألف جنيه<sup>(٦٤)</sup>، وحدد المشرع على هذا الأساس تشكيل المحكمة وخبرة القضاة الذين يعملون في تلك المحاكم.

وقد خص المشرع المحكمة الابتدائية بدعوى ذات قيمة كبيرة تتجاوز الأربعين ألف جنيه، وحدد على هذا الأساس عدد القضاة ونوعيتهم وخبراتهم لنظر تلك المنازعات، وقد جعل المحكمة الابتدائية هي صاحبة الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية، فتختص بالمنازعات التي تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية على سبيل الاستثناء، فلا يجوز للمحكمة الجزئية نظر الدعاوى التي تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الابتدائية، كما لا يجوز للمحكمة الابتدائية نظر المنازعات التي تدخل في الاختصاص القيمي للمحكمة الجزئية إلا في الحالات الاستثنائية التي نص عليها المشرع، وكل اتفاق بين الأفراد على ما يخالف ذلك يقع باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام.

وترجع العلة من تعلق تلك القواعد بالنظام العام إلى أن المشرع قد وزع المحاكم على مستوى الدولة على هذا الأساس، وأنه قد حدد على هذا الأساس تشكيل المحكمة من حيث العدد والخبرة، وليس في الاتفاق على التحكيم ما

---

(٦٤) عدل المشرع المصري بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، بتعديل القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الاختصاص القيمي المحاكم المدنية والتجارية، حيث نصت المادة الأولى على أن: "تستبدل عبارة أربعين ألف جنيه بعبارة عشرة آلاف وعبارة خمسة آلاف بعبارة ألفي جنيه أينما وردت كل منهما في المواد ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٧، ٤٨ من قانون المرافعات".



يخالف هذا الحكم؛ إذ لا يترتب على اتفاق التحكيم نظر المحكمة الجزئية لدعوى من اختصاص المحكمة الابتدائية أو العكس، كما لا يترتب عليه إخلال بالتوزيع الذي حدده المشرع، ولا يتضمن أي إجحاف بحقوق الأطراف فيما يتعلق بالقضاة الذين سينظرون النزاع، كما لا يترتب عليه تكديس القضايا أمام محكمة دون أخرى.

رابعاً: تسليم أستاذنا بتعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص؛ إذ ورد في انتقاد سعادته أن "اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص كلياً عن المحاكم، فرغم وجود هذا الاتفاق يظل الاختصاص ببعض المسائل المتصلة بالنزاع محل اتفاق التحكيم لمحاكم الدولة، علاوة على ذلك، فإن القول بعدم الاختصاص يستتبع إعمال نص المادة ١١٠ مرافعات مما يوجب على المحكمة إذا ما قضت بعدم الاختصاص الحكم بالإحالة"<sup>(٦٥)</sup>، فالاتفاق لا ينزع الاختصاص كلياً، معناه أن ينزع الاختصاص جزئياً، كما أنه ليس حتمياً تطبيق نص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المتعلقة بوجوب الإحالة، لأن نص المادة ١٣/١ من قانون المرافعات نص خاص باتفاق التحكيم والخاص يقيد العام.

وفي ضوء ذلك ليس في تكليف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، أي مخالفة لقواعد الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي للمحاكم؛ إذ الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بنظر المنازعة أمام محاكم جهة قضائية أخرى، كما لا يتعلق بنظر المنازعة أمام محكمة غير مختصة نوعياً أو قيمياً بنظرها.

---

(٦٥) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢، ١٨٣.

## **الفرع الثاني**

### **الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع**

#### **المتعلقة بعدم القبول**

١٨- ذهب جمهور الفقه المصري والعربي لتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٦٦)</sup>، على أساس أن الدفع بالتحكيم يمنع المحكمة من سماعها مادام شرط التحكيم قائماً؛ إذ الدفع بوجود اتفاق التحكيم ينكر سلطة الخصم في اللجوء للقضاء للمطالبة بالحق المتنازع عليه<sup>(٦٧)</sup>، وأن الاتفاق على التحكيم لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص، إنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء للقضاء، وأن اتفاق التحكيم ينشئ عائقاً مؤقتاً يمنع المحكمة من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً، وأن الخصم في اتفاق التحكيم يتنازل عن الالتجاء للقضاء لحماية حقه، وأن هذا الاتفاق لا

---

(٦٦) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، الطبعة الثامنة، بند ٤٧٥ ص ٨٦٤؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ وما بعدها، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨١ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨١ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، مرجع سابق، بند ١٣٨ ص ٢٢٠ وما بعدها؛ د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، ١٩٧٤ ص ٤١٦؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ٩٩، ولنفس المؤلف، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مرجع سابق، ص ١٤٦؛ د. إبراهيم محيسن، طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الخصومة المدنية، المكتبة القانونية ١٩٩٩ ص ١٠٠.

(٦٧) د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفيز، مرجع سابق، بند ١٣٧٠ ص ٩٢٢ هامش ٢ و بند ١٣٨٣ ص ٩٣٣ هامش ٤.

ينزع اختصاص المحكمة بنظر النزاع<sup>(٦٨)</sup>، وأن الخصم وقد ارتضى عرض النزاع على التحكيم يكون قد نزل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق إجراءات الخصومة العادية<sup>(٦٩)</sup>.

١٩ - وقد اختلف أنصار هذا الاتجاه في تحديد نوع عدم القبول المترتب على وجود اتفاق التحكيم، فذهب جانب للقول بأن اتفاق التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة، وأنه يمنعها فقط من سماع الدعوى ما دام شرط التحكيم قائماً، وأن اتفاق التحكيم يترتب عليه عدم قبول الدعوى، وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع الموضوعية التي يتعين التمسك بها في أي حالة تكون عليها الدعوى<sup>(٧٠)</sup>.

ويقوم الرأي السابق على أساس أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق باختصاص المحاكم، وأن القواعد التي تتعلق وحدها بتوزيع الاختصاص بين المحاكم هي وحدها التي تنشئ دفعا بعدم الاختصاص، وأن اتفاق التحكيم لا يتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم، وأنه يتعلق بإنكار سلطة الخصم في الالتجاء للقضاء، وأن الأمر يتعلق في هذه الحالة بقبول الدعوى أو سماعها ولا يتعلق بعدم الاختصاص؛ إذ المحكمة مختصة أصلاً بنظر النزاع المتفق على التحكيم بشأنه، وأن الاختصاص أو ولاية القضاء هو سلطة المحكمة بمقتضى القانون في خصومة معينة ويقابله عدم الاختصاص وهو فقدان هذه السلطة،

---

(٦٨) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٤٥ ص ١٢٥ وما بعدها، ولنفس المؤلف، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤.

(٦٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢، ١٨٣.

(٧٠) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، مرجع سابق، الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤.

وقد حدد المشرع اختصاص كل جهة واختصاص كل طبقة فيها واختصاص كل محكمة، فإذا توافرت أو انعدمت شروط اختصاص المحكمة كانت المحكمة مختصة أو غير مختصة، فإذا ما انعقد الاختصاص للمحكمة كان للمحكمة سماع أو عدم سماع الدعوى وهو ما يتعلق بشروط قبول الدعوى؛ إذ حدد المشرع شروطاً محددة لقبول الدعوى إذا توافرت كانت الدعوى مقبولة<sup>(٧١)</sup>.

وقد أشار أستاذنا الدكتور فتحي والي للقول بأن الفقيه الإيطالي الكبير كيوفندا قد ذهب إلى تكييف هذا الدفع بأنه دفع بالتنازل عن الخصومة، ومن ثم فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يعتبر دفعاً بعدم الاختصاص، وهو من الدفوع التي يمكن إدخالها في عداد الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات<sup>(٧٢)</sup>؛ لأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص معناه أن المحكم هو المختص بنظر الدعوى، وأن الكلام عن الاختصاص إنما يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة، وأن قضاء المحكم ليس قضاءً تابعاً لجهة قضائية من جهات القضاء في الدولة حتى يمكن الكلام عن اختصاصه بالدعوى، بحيث تكون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى غير مختصة؛ لأن اتفاق التحكيم لا يسلب القضاء ولايته بنظر النزاع. من جانب آخر، أنه لو اعتبر أن الأمر يتعلق بتوزيع الاختصاص بين محاكم الدولة والتحكيم، فإنه حتماً يعد توزيعاً للولاية، وولاية الدولة أو عدم ولايتها أمر يتعلق بالنظام العام، بخلاف ولاية هيئة التحكيم التي لا تتعلق بالنظام العام، وأخيراً، أن القول بعدم الاختصاص يستتبع حتماً الحكم بالإحالة لهيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون

---

(٧١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٤٤، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٧٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢.

المرافعات، وهو ما لا يمكن التسليم به؛ إذ لا إحالة إلا داخل جهات القضاء، ولا تتصور الإحالة بين القضاء والتحكيم<sup>(٧٣)</sup>.

٢٠- وقد كانت أحكام القضاء المصري قبل قانون التحكيم الحالي تتباين في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بين اعتباره دفعًا بعدم القبول واعتباره دفعًا بعدم الاختصاص<sup>(٧٤)</sup>، وبعد صدور قانون التحكيم المصري اتجهت أحكام القضاء لتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٧٥)</sup>.

ويجري القضاء الإماراتي على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٧٦)</sup>، غير أن هذه الأحكام تستخدم عدم القبول بمعنى عدم

---

(٧٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢.  
(٧٤) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨٥ ص ٢٥٣؛ فقضت في بعض الأحكام على أنه دفع بعد الاختصاص، مثال: نقض مدني جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ س ٣٢ ص ٩٥٣، نقض مدني ١٩٧٢/٢/١٥ س ٢٣ ص ١٦٨، وقضت في أحكام أخرى على أنه دفع بعدم القبول، نقض مدني ١٩٧٦/١/٦ مجموعة الأحكام س ٢٧ ص ١٣٨، نقض مدني الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ ق مجموعة الأحكام س ٢٦ ص ٥٣٥.

(٧٥) نقض تجاري ٣ يناير ٢٠٠٤ الطعن رقم ٩٥ لسنة ٧٢ ق، وكان حكم محكمة الاستئناف قد وصف الدفع بأنه دفع بعدم الاختصاص، إلا أن محكمة النقض صححت هذا التكييف مقررًا أنه لا يعيب الحكم المطعون فيه وصفه بأنه دفع بعدم الاختصاص، إذ لهذه المحكمة أن تصحح الوصف دون تنقضه، نقض مدني ٢٦ مايو ٢٠٠٣ الطعن رقم ٧٨٨٠ لسنة ٦٦ ق، ونقض مدني ٢٥/١١/٢٠٠٢ في الطعن رقم ٨٢٠ لسنة ٦٦ ق، مشار إليهم لدى؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٣ هامش ٦، ٧.

(٧٦) تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢ نوفمبر ٢٠٠٢ ص ٧٧٧، تمييز دبي الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦، تمييز دبي الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٤٠٤، تمييز دبي الطعن (=)

الاختصاص وليس بمعنى عدم القبول بمعناه القانوني؛ إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي "أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه إنكار اختصاص المحاكم بنظر النزاع"<sup>(٧٧)</sup>، وقد اعتبرت المحكمة الاتحادية العليا الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم من قبيل الدفع بعدم الاختصاص الولائي لخروج النزاع عن ولاية القضاء إلى هيئة التحكيم<sup>(٧٨)</sup>، وقد قضت محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في ٣ أغسطس ١٩٤٦ بتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، واعتبرته من الدفوع التي لا تتعلق بالنظام العام شأن الدفع بعدم الاختصاص المحلي، مما يوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع وإلا سقط الحق في التمسك بالدفع<sup>(٧٩)</sup>.

٢١- وقد نصت المادة ١٣/١ من قانون التحكيم المصري على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول، بقولها "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"، ونصت المادة ١٩٢ من قانون المرافعات القطري على أن "يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في اللجوء إلى المحكمة المختصة أصلاً

---

(=) رقم ٨٦ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١٤/٦/١٩٩٨، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن

رقم ٢٢٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٣ س ٢٥ ع ٣ عام ٢٠٠٥ ص ١٤٢١.

(٧٧) تمييز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ٢٠/١/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٢٧.

(٧٨) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٢٤ ق جلسة

٢٨/١١/٢٠٠٤، حيث أجازت المحكمة الطعن في الحكم الصادر في هذا الدفع استثناءً عملاً

بنص المادة ١٥١ إجراءات مدنية.

(٧٩) د. فتحي والي، الوسيط في شرح قانون القضاء المدني، مرجع سابق، إليه بند ٤٦١

ص ٩٤٣.

بنظر النزاع، وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بشرط التحكيم في صورة دفع بعدم قبول الدعوى"، ونص الفصل ١٩ من قانون التحكيم التونسي على أنه "إذا رفع أمام المحكمة نزاع منظور أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاقية تحكيم فعليها التصريح بعدم اختصاصها بطلب من أحد الأطراف. وإذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع، فعلى المحكمة أيضًا التصريح بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص، ويمكن للقاضي الاستعجالي اتخاذ أية وسيلة في حدود اختصاصه ما دامت هيئة التحكيم لم تباشر أعمالها. وإذا باشرت هيئة التحكيم أعمالها يصبح اتخاذ أية وسيلة وقتية من اختصاصها"، ونصت المادة ٢٣٦ من قانون المرافعات البحريني على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول، بقولها "يترتب على شرط التحكيم نزول الخصوم عن حقوقهم في الالتجاء إلى المحكمة المختصة بنظر النزاع، وإذا ثار نزاع بصدد تنفيذ عقد اشتمل على شرط التحكيم، ورفع أحد طرفيه دعوى أمام المحكمة المختصة جاز للطرف الآخر أن يتمسك بالشرط في صورة دفع بعدم سماع الدعوى والاعتداد بشرط التحكيم"<sup>(٨٠)</sup>.

٢٢- وقد انتقد بعض الفقه الفرنسي والمصري موقف المشرع المصري من تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٨١)</sup>، وينتقد

---

(٨٠) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٢٥٦، ٢٥٧.

(81) Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb 1994, n° 17, p. 672.

د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥ بند ١٧٦ ص ١٥٩ وما بعدها.

جانب من الفقه المصري تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول<sup>(٨٢)</sup>.

من ناحية أولى، فإن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول فيه خلط بين حق الالتجاء والحق في الدعوى؛ إذ حق الالتجاء من الحقوق العامة التي لا يجوز النزول عنها، أما الحق في الدعوى فهو وسيلة استعمال حق الالتجاء للقضاء<sup>(٨٣)</sup>، وهذا الحق شخصي يتعلق بالمصلحة الشخصية لكل فرد، واتفاق التحكيم لا يمس هذا الحق في ذاته، والذي يبقى قائماً رغم اتفاق التحكيم، وأن اتفاق التحكيم يتعلق بإجراءات الحق في الدعوى ولا يمس الحق في ذاته.

من ناحية ثانية، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعي يجوز إبدائه في أي حالة تكون عليها الدعوى، بخلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم والذي يتعين إبدائه قبل الكلام في الموضوع.

من ناحية ثالثة، عدم اتساق تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء على أنه دفع بعدم القبول؛ إذ عدم القبول لاحق لاختصاص المحكمة، وهو جزاء يوجبه القانون إذا ما توافر سبب من أسباب عدم سماع الطلب<sup>(٨٤)</sup>،

---

(٨٢) د. وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والخارجي، والذي عقد بالعريش في الفترة من ٢٠ - ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧ ص ١١٤ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ بند ٥٨ ص ٦٧، ٦٨.

(٨٣) راجع: رسالتنا للدكتوراه بعنوان: "النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي"، دراسة تأصيلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، جامعة القاهرة، بند ١٦١ وما بعدها.

(٨٤) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، بالإسكندرية، ٢٠٠٩ بند ٢٤٤ ص ٥٠٨.



وتكثيف الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع أمام هيئة التحكيم بأنه من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص.

علاوة على ذلك، فإن الدفع بعدم القبول non-recevoir هو الدفع الذي ينازع به المدعي في أن للمدعي حقاً في رفع الدعوى أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى<sup>(٨٥)</sup>، والدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بحق المدعي في الدعوى، والذي يتمثل في توافر حق وصفا واعتداء، وأنه يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بشروط قبول الدعوى، والتي تتمثل في توافر المصلحة الحالة والقائمة من استعمال الحق، ومن ثم نرى عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بقبول الدعوى.

### الفرع الثالث

#### الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية

٢٣ - ذهب بعض الفقه للقول بأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي بحت ببطلان المطالبة القضائية بسبب عيب موضوعي<sup>(٨٦)</sup>، ويؤسس

---

(٨٥) د. عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ١٩٧٧ بند ٧٥ ص ١٢٢؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٧ ص ٤٩٣، حيث عرف الدفع بعدم القبول بأنه الوسيلة القانونية التي يتمسك بواسطتها خصم بوجوب الحكم بعدم قبول النظر في الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من خصمه للمحكمة؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٨٤ ص ٣٤٦ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الأولى ١٩٨١ بند ٢٢ ص ٣٥ وما بعدها.

(٨٦) د. وجدي راغب، طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والخارجي، والذي عقد بالعريش في الفترة من ٢٠ - ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧ ص ٩٥ وما بعدها.

هذا الاتجاه على أساس أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا صلة له بموضوع الدعوى، وأنه دفع موجه لإجراءات الخصومة القضائية، استناداً على أن اتفاق التحكيم يترتب التزاماً على عاتق طرفيه بعدم اللجوء للقضاء، وأن الدفع به هو الوسيلة التي يتمسك بها الخصم في مواجهة خصمه بالالتزام باتفاق التحكيم وعدم اتباع إجراءات التقاضي العادية.

ويترتب على وجود اتفاق التحكيم صحيحاً بطلان المطالبة القضائية، وأن الحكم في الدفع قد يترتب عليه بطلان المطالبة أو صحتها، وأن هذا البطلان يتعلق بالصالح الخاص للخصوم، ويترتب على الحكم ببطلان المطالبة بطلان جميع الإجراءات اللاحقة على المطالبة القضائية.

٢٤ - وقد لاقى هذا الاتجاه تأييد بعض الفقه بسبب تلافيه الانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين دون الوقوع في التناقضات التي وقع فيها، وأن تكيف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية ينسجم مع طبيعة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بعدم اللجوء للقضاء الناشئ عن اتفاق التحكيم<sup>(٨٧)</sup>، غير أنه محل نظر إذ البطلان عمل مخالف للنموذج القانوني، وافترض بطلان المطالبة معناه أن اللجوء للقضاء شرطه عدم الاتفاق على التحكيم وهو ما لا يتصوره أحد، كما أن القول باعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة القضائية، يخالف القواعد الثابتة في البطلان؛ إذ البطلان يتعين أن يستند لشيء في المطالبة القضائية محل الطلب ولا يتعين أن يستند لشيء خارجي مثل اتفاق التحكيم، كما أن اتفاق التحكيم قد

---

(٨٧) د. مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٥٦ ص ٥٢٢ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ بند ٥٨ ص ٦٧، ٦٨.

يتم في مرحلة لاحقة لقيام الخصومة فكيف يبطلها في هذه الحال<sup>(٨٨)</sup>.

#### **الفرع الرابع**

#### **الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع**

#### **المتعلقة بوقف الدعوى**

٢٥- وقد حاول بعض الفقه الرد على الانتقادات التي تتعلق بتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية؛ إذ يتعلق البطلان بسبب خاص أقامه الأطراف بإرادتهما ولا يتعلق الأمر بالأسباب العامة للبطلان، وأن هذا البطلان يتعلق بالمحل، كما أنه يمكن تلافي الانتقاد الثاني المتعلق بأن اتفاق التحكيم قد يتم في مرحلة لاحقة لقيام الخصومة، فكيف يبطلها في هذه الحالة، بأنه يترتب على الدفع بوجود اتفاق التحكيم التزام المحكمة بوقف الدعوى لحين الفصل في النزاع من هيئة التحكيم المختصة<sup>(٨٩)</sup>.

٢٦- وقد نصت بعض التشريعات على أنه يترتب على الدفع بوجود اتفاق التحكيم التزام المحكمة بوقف الدعوى، حيث نص الفصل ٣ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥ على أنه إذا رفعت دعوى أمام أية محكمة فيدرالية أمريكية في نزاع اتفق كتابة على إحالته إلى التحكيم يجوز للمحكمة التي رفعت أمامها دعوى بعد التأكد من أن المسألة المتنازع عليها تدخل في إطار العقد التحكيمي، تأجيل أو استئجار البت بالقضية حتى انتهاء الإجراءات التحكيمية المنصوص عليها في العقد التحكيمي بناء على طلب أحد

---

(٨٨) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٦٢.

(٨٩) د. مصطفى الجمال و عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٥٩ ص ٥٢٤، ٥٢٥.

الأطراف على أن يكون هذه الطرف غير متخلف في الإجراءات التحكيمية<sup>(٩٠)</sup>.

ونصت المادة ١٥٤ من قانون المرافعات السوداني على أنه: "١- إذا كان هناك اتفاق للإحالة للتحكيم أو التوفيق ورفعت دعوى من أحد أطراف ذلك الاتفاق أو من شخص يدعى عن طريقه في مواجهة طرف آخر في الاتفاق أو على أي شخص يدعى عن طريقه بشأن أية مسألة اتفق على إحالتها للتحكيم أو التوفيق جاز لأي خصم في الدعوى وفي أقرب فرصة ممكنة وقبل البدء في سماع الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف الدعوى، ٢- إذا اقتنعت المحكمة بعدم وجود سبب كاف يمنع من الإحالة أو التوفيق طبقاً للاتفاق وأن الطالب كان في وقت رفع الدعوى ولا يزال مستعداً وراغباً في الوفاء بالتزاماته لتسيير التحكيم أو التوفيق للمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى".

---

(٩٠) Section 3. - Appointment of Arbitrators by Court: "If the arbitration agreement provides a method of appointment of arbitrators, this method shall be followed. In the absence thereof, or if the agreed method fails or for any reason cannot be followed, or when an arbitrator appointed fails or is unable to act and his successor has not been duly appointed, the court on application of a party shall appoint one or more arbitrators. An arbitrator so appointed has all the powers of one specifically named in the agreemenet".

للمزيد: راجع: د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ٢٠٠٩ بند ٤٧ ص ٢٠ وما بعدها، حيث أشارت إلى أنه رغم وضوح موقف المشرع الفيدرالي الأمريكي للدفع بالتحكيم، إلا أن القضاء والفقه قد اختلفا حول طبيعة الدفع في هذه الحالة بين الدفع بعدم القبول وبين القضاء بوقف الدعوى، وقد استند القائلون بوقف الدعوى إلى أن الوقف يحقق مزايا عملية لا يحققها عدم القبول، مثل تيسير عودة الأطراف للقضاء أثناء الخصومة لطلب المساعدة، علاوة على أن الوقف حكم تميدي لا يجوز استئنافه مباشرة، وأن الوقف هو بصريح نص القانون.

ونصت المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي، على أن "١- إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع دعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم، ٢- ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً، ٣- أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم".

ونصت المادة ١٢/أ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ على أن "على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى".

٢٧- الواقع أن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بوقف الدعوى ليس إلا لتبرير أو تخطي ما ذهب إليه البعض بأن الدفع بالتحكيم ليس إلا دفعاً ببطلان المطالبة القضائية، وهو محل نظر؛ إذ الاتفاق على التحكيم ليس اتفاقاً على وقف الخصومة أمام القضاء، فهو ليس من قبيل الوقف الاتفاقي الذي يفترض معاودة الخصوم للحضور للمحكمة بعد فترة زمنية معينة يستعدوا فيها لتقديم دفاعهم، كما أن بعض القوانين، كالقانون العراقي، قد أخذت به بصفة احتياطية إلى جانب عدم الاختصاص، بالإضافة إلى اعتناق القانون الأردني لفكرة رد الدعوى.

## **الفرع الخامس**

### **الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي**

٢٨- ذهب بعض الفقه إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بالتنازل عن الخصومة، ومن ثم فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يعتبر

دفعاً بعدم الاختصاص، وهو من الدفوع التي يمكن إدخالها في عداد الدفوع بعدم القبول المتعلقة بالإجراءات<sup>(٩١)</sup>.

وقد نفى VINCENT تعلق توزيع العمل بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم بالاختصاص، وأن توزيع الاختصاص يتعلق بالهيئات القضائية المكونة للنظام القضائي، وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع إجرائي أو من الدفوع الشكلية التي يتعين إبدؤها قبل الكلام في الموضوع<sup>(٩٢)</sup>.

٢٩ - الدفوع الشكلية Exceptions préliminaires ou procédure هي الدفوع التي يطعن بها في صحة الخصومة القائمة أمام القضاء أو إجراءاتها<sup>(٩٣)</sup>، والدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بصحة الخصومة أو بإجراء من إجراءاتها، وإنما يتعلق بوجود اتفاق تحكيم يتضمن اتفاق الأطراف على الالتزام بالالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة.

ومن ثم نرى عدم دقة تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع إجرائي أو شكلي.

---

(٩١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٢.

(92) Jean Vincent et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

(٩٣) د. عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ و ١٩٧٧ بند ٧٥ ص ١٢٢؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٤ ص ٤٨٦ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٦٢ ص ٣٠٩؛ وقد عرف الدفوع الشكلية بأنها الدفوع التي تتعلق بصحة إجراءات الخصومة وشكلها وكيفية توجيهها؛ د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، مرجع سابق، ص ٥٣٨ وما بعدها.

## الفرع السادس

### التكييف المختار للدفع بوجود اتفاق التحكيم

٣٠- تمهيد: بعد استعراض الاتجاهات الفقهية والقضائية والتشريعية في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، يتعين علينا تقدير هذه الاتجاهات وتحديد طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، على النحو التالي:

من ناحية أولى: استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي؛ لأن اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على اللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، وهذا الاتفاق لا يتضمن انتزاع اختصاص القضاء الولائي أو النوعي من القضاء لصالح هيئة التحكيم، وأنه يمنح الأطراف الحق في اللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه.

فإذا لجأ الأطراف للقضاء بالمخالفة لهذا الاتفاق، فإن القضاء يكون مختصاً بنظر النزاع، كل ما هنالك أن القانون يعطي للطرف الآخر الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وأن للقضاء، بعد التحقق من وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، أن يحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

ومن ثم فإن اتفاق التحكيم السابق لا يسلب القضاء ولاية نظر النزاع باعتبار هيئة التحكيم هي المختصة، كما أنه لا ينزع الاختصاص النوعي للمحاكم، والذي هو مكفول.

وعليه نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص الوظيفي أو الولائي كما يستبعد تكييفه على أنه دفع بعدم الاختصاص النوعي.

من ناحية ثانية: استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول الموضوعي أو الإجرائي؛ لأن الدفع بعدم القبول الموضوعي يتعين

إبداءه في أي حالة تكون عليها الدعوى، والدفع بعدم القبول الشكلي أو الإجرائي يتعلق بشكل وإجراءات الخصومة القضائية ولا شأن له باتفاق التحكيم، علاوة على أن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي ينازع به المدعي عليه في أن للمدعي حقاً في رفع الدعوى أو في توافر الشروط التي يتطلبها القانون لقبول الدعوى<sup>(٩٤)</sup>، والدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بحق المدعي في الدعوى، والذي يتمثل في توافر حق وصفاً واعتداءً، وأنه يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، كما أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بشروط قبول الدعوى، والتي تتمثل في توافر المصلحة الحالة والقائمة من استعمال الحق، ومن ثم نرى عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بقبول الدعوى.

من ثم نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول الموضوعي أو الإجرائي.

من ناحية ثالثة، استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطان المطالبة القضائية؛ لأن البطان عمل مخالف لنموذج القانوني وتكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطان المطالبة القضائية معناه أن اتفاق التحكيم عنصر من عناصر المطالبة القضائية، والواقع أن اتفاق التحكيم لا يعد عنصراً من عناصر المطالبة القضائية حتى يترتب على الإخلال به بطلان المطالبة.

---

(٩٤) د. عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ و ١٩٧٧ بند ٧٥ ص ١٢٢؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٨٧ ص ٤٩٣، حيث عرف الدفع بعدم القبول بأنه الوسيلة القانونية التي يتمسك بواسطتها خصم بوجود الحكم بعدم قبول النظر في الطلب أو الدفع أو الطعن المقدم من خصمه للمحكمة؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٨٤ ص ٣٤٦ وما بعدها.



ومن ثم نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية.

من ناحية رابعة: استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بوقف الخصومة؛ لأن الوقف الإتفاقي للخصومة يكون بناء على طلب من أحد الخصوم لمدة لا تتجاوز ستة أشهر بشرط موافقة الطرف الثاني، ويهدف الوقف منح الخصوم مهلة لتقديم دفاعهم.

ويترتب على انتهاء مدة الوقف معاودة المحكمة نظر النزاع، واتفاق التحكيم لا يتضمن اتفاقاً على وقف الخصومة لأجل معين، كما هو حال الوقف، ولا يرتب على فصل هيئة التحكيم معاودة المحكمة فصلها في الموضوع.

ومن ثم نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بوقف الدعوى.

ومن ناحية خامسة، استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع إجرائي، لأن الدفع الإجرائي أو الشكلي يتعلق بصحة إجراءات الخصومة وشكلها، والدفع بوجود اتفاق التحكيم يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم بين الأطراف أو عدم وجوده أو عدم صحته. ومن ثم نرى استبعاد تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع إجرائي.

وفي اعتقادنا، أنه لا يعد من قبيل الاستعمال الصحيح للمصطلحات القانونية استعمال بعض التشريعات تعبير التزام المحكمة بالإحالة أو أن تحيل للتحكيم عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم، لأن الإحالة تكون بين محاكم الجهة القضائية الواحدة، وقد نصت على هذا النهج عدد من التشريعات وأنظمة التحكيم الدولية، مثال المادة ١٩ من قانون التحكيم اليمني والتي نصت على أن "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم..."، ونص المادة ١/١٣٩ من

قانون المرافعات السوداني، التي نصت على أن "يحال الأمر للتحكيم إذا اتفق الخصوم على إحالته للتحكيم وطلبوا ذلك كتابة من المحكمة"، والمادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، والتي نصت على أن "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد النص عليه في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، والمادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)، والتي نصت على أن "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم"؛ إذ الإحالة الواردة في تلك النصوص ليس المقصود بها الإحالة بمعناها القانوني في قانون المرافعات<sup>(٩٥)</sup>.

٣١- والأجدر في رأينا، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع خاص له طبيعة خاصة ومستقلة، وهو ليس إلا دفعا بالتحكيم لا يترتب عليه سلب اختصاص المحاكم كأثر مباشر، ولا يترتب على قبولها أو عدم قبولها نظير المنازعة المعروضة عليها، بل يكون لكل طرف من أطراف اتفاق التحكيم التنازل ضمنياً عن هذا الاتفاق والالتجاء للقضاء، دون أن يترتب ذلك عليه أي مسؤولية، حيث إن الاتفاق يمكن الأطراف من الالتجاء للتحكيم، ولا يمنعهم من الالتجاء للقضاء، كل ما هنالك فإن هذه الإرادة تكون معلقة على إرادة الطرف الآخر، الذي له الحق في التمسك بالاتفاق أو عدم التمسك به، والمحكمة عندما تقيد بها الدعوى تكون مختصة، وأنه لولا تمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم لقضت في المسألة موضوع الدعوى، وأنه بعد تمسك الطرف الآخر به تظل المحكمة مختصة بالمسألة، ولها أن تحكم في الدعوى أو في موضوعها إذا

---

(٩٥) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥.

قضت برفض الدفع، علاوة على أن حكم المحكمة في هذه الحالة يكون بعد التأكد من وجود اتفاق التحكيم صحيحاً، أي أن حكم المحكمة يكون إعمالاً لاتفاق التحكيم بين الأطراف باتفاقهم على تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

من ناحية أولى، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم، والذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة؛ إذ المشرع أجاز للأفراد الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم استثناء إلى جانب القضاء، مع إعطاء الأولوية لهيئة التحكيم في حالة التمسك بهذا الاتفاق من أي طرف بالطريقة التي ينص عليها القانون.

من ناحية ثانية، يرمي الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلى التزام الطرف الآخر بالبدا في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة؛ إذ الهدف من الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو إثبات وجود الاتفاق لمنع قضاء الدولة من نظر النزاع لوجود اتفاق على الالتجاء للتحكيم بين الأطراف، وأن اتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يمثل انتزاعاً لبعض اختصاصات القضاء، بل يظل القضاء مختصاً بنظر النزاع، وأن اتفاق التحكيم يقرر الأولوية لهيئة التحكيم عن قضاء الدولة بإجازة من المشرع، والقاعدة في هذا الشأن أن الأصل هو قابلية المنازعات للتحكيم وأن التحكيم لا يجوز فيما لا يجوز فيه الصلح، وتمثل إجازة المشرع في هذه الحالة بالالتجاء للتحكيم توزيع للمنازعات من قبل المشرع بين القضاء وهيئات التحكيم المتفق عليها من الأطراف، واختصاص هيئة التحكيم بالمنازعات التي تعد من الولاية العامة للقضاء أساسه إجازة المشرع وموافقة الأطراف على ذلك، سواء كانت تلك المنازعات من الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي لمحكمة معينة، فلا يشترط ألا يتعلق ذلك باختصاص متعلق بالنظام العام؛ إذ المبدأ أن التحكيم يجوز في كل ما يجوز فيه الصلح.

من ناحية ثالثة، يرمي الاختصاص إلى توزيع ولاية القضاء أو هو توزيع للمنازعات على المحاكم المختصة، وهذه المنازعات قد تكون منازعات مدنية أو تجارية تدخل في اختصاص جهة القضاء العادي، وقد تكون منازعات إدارية من اختصاص جهة القضاء الإداري، وقد تتعلق بالاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي لمحكمة من محاكم جهة القضاء العادي أو الإداري، وأن الاتفاق على التحكيم يتضمن على نحو ما ذكرنا أعلاه بإجازة المشرع للأفراد الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بجانب من هذه المنازعات، سواء أكانت مدنية أو تجارية أو إدارية إلى جانب اختصاص القضاء، مع إعطاء الأولوية لاختصاص هيئة التحكيم أو لاتفاق الأطراف، وسواء كانت المنازعة من الاختصاص النوعي أو القيمي أو المحلي للمحكمة، وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم أساسه في هذه الحالة هو إعطاء الأولوية لاختصاص هيئة التحكيم عن اختصاص محاكم الدولة، والذي يظل مختصاً بنظر النزاع باعتباره صاحب الولاية العامة.

ومن ثم، يتبين انحسار الدفع بوجود اتفاق التحكيم بين كونه دفْعاً بالتحكيم قد يترتب عليه تقرير اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع من عدمه، وهي مسألة أولية لازمة للفصل في موضوع الدعوى من عدمه، وفي اعتقادي أنه يتعين أن تأخذ حكم المسائل الأولية السابقة على الفصل في الموضوع بصرف النظر عن ميعاد تقديمها للمحكمة، وليس حكم الدفع الشكلية أو الموضوعية أو الدفع بعدم القبول، وهذه المسألة من اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع.

ومن ثم نرى من الأجدر تكليف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بالتحكيم، وأن الحكم الضمني الصادر في الدفع هو بصحة اتفاق التحكيم باتفاق الأطراف على اختصاص هيئة بالفصل في النزاع المتعلق بالمسألة المطروحة

على القضاء، وأن القضاء بعد مراجعة هذا الاتفاق قرر أعمال مقتضاه، وهي مسألة أولية لازمة للفصل في الدعوى، وأنه يتعين الالتزام في تكييف هذا الدفع بالآثر المباشر له وليس بما يترتب عليه من آثار غير مباشرة؛ إذ العبرة بالنتيجة المباشرة التي تترتب على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم، وما يترتب على ذلك من بحث المحكمة للدفع وتأكيدها من وجود هذا الاتفاق صحيحاً أم غير صحيح، وتأكيدها من اختصاص هيئة التحكيم دون قضاء الدولة، ولا عبرة بالنتيجة السلبية أو غير المباشرة المترتبة على صحة وجود اتفاق التحكيم، والمتمثلة في حجب اختصاص المحكمة عن نظر النزاع واختصاص هيئة التحكيم به، وأن المحكمة المختصة في حالة تأكيدها من صحة هذا الاتفاق وعدم مخالفته للنظام العام تمتنع عن نظر النزاع المطروح عليها، لاختصاص هيئة التحكيم بنظره وفقاً لاتفاق الخصوم وفي الحدود التي حددها المشرع، أما إذا تبين للمحكمة عدم صحة هذا الدفع أو في حالة عدم إيدائه في الميعاد ترفض المحكمة الدفع وتنظر النزاع المعروض عليها، وقرارها في الحالتين يتضمن ضمناً عدم اختصاصها في الحالة الأولى واختصاصها في الحالة الثانية، وهو أثر مترتب على تأكيدها من وجود اتفاق صحيحاً أو عدم وجوده، الأمر الذي يعني أن الدفع المطروح على المحكمة هو دفع بالتحكيم أي بصحة اتفاق التحكيم وليس دفعاً بعدم الاختصاص أو عدم القبول.

ولا يغير من ذلك القول بأن هذا الاختصاص لا يتعلق بالنظام العام، وأنه يتعلق بالصالح الخاص للأفراد دون حاجة لتكييفه بأنه اختصاص ولائي أو نوعي أو قيمي أو وظيفي، والذي لا يتصور اعتبار أيٍّ منها لا يتعلق بالنظام العام؛ إذ المستقر عليه أن الاختصاص الولائي أو الوظيفي والنوعي والقيمي اختصاص متعلق بالنظام العام<sup>(٩٦)</sup>.

---

(٩٦) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٩٨، ص ٣٨١ وما بعدها.

ولا يقدح في ذلك اعتبار هذا الاختصاص اختصاصاً وظيفياً؛ إذ الاختصاص الوظيفي ينصرف في هذه الحالة للاختصاص الولائي<sup>(٩٧)</sup>، والاختصاص الولائي اختصاص متعلق بالنظام العام، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته وتقضي المحكمة به من تلقاء نفسها<sup>(٩٨)</sup>.

ولا ينال من ذلك اعتبار اتفاق التحكيم اتفاقاً من طبيعة خاصة؛ إذ القول بذلك يستلزم تدخل تشريعي من قبل المشرع، لا اعتبار الاختصاص باتفاق التحكيم استثناءً على قواعد الاختصاص الولائي أو الوظيفي للمحاكم.

ولا يشكك في ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري والعماني والمادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر بالمرسوم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١<sup>(٩٩)</sup>، والمادة ١٤٦٥ من القانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١<sup>(١٠٠)</sup>، والمادة ١٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٨٥، من جواز إبداء الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم؛ إذ عدم الاختصاص في هذه الحالات مبني على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله

---

(٩٧) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٧ ص ١٥٠.

(٩٨) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٩٨ ص ٤٧٩.

(99) Art 1466 NCPC «Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture»

(100) Art 1465 DU NCPC, "Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel".

للمزيد: راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ ص ٥٣ وما بعدها.

## لموضوع النزاع.

٣٢- ويترتب على الدفع بالتحكيم أو بوجود اتفاق التحكيم وتأكد المحكمة من وجود اتفاق التحكيم وصحة الدفع وجوب إعمال مقتضى الاتفاق، واختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع دون قضاء الدولة، ومن ثم يكون حكم المحكمة بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم واختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وهذا الاختصاص على نحو ما ذكرنا يستبعد أن يكون اختصاصاً نوعياً أو اختصاصاً متعلقاً بولاية المحكمة؛ إذ اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع ليس اختصاصاً نوعياً قررّه المشرع لهيئة التحكيم حسب نوع الدعوى، كما أن هيئة التحكيم ليست جهة من جهات القضاء إلى جانب جهتي القضاء الإداري والعادي حتى يمكن اعتباره اختصاصاً وظيفياً متعلقاً بالولاية حسب ما ذهب إليه بعض الفقه، إنما هي هيئة استثنائية إلى جانب جهات القضاء أجاز لها المشرع نظر المنازعات التي يجوز فيها الصلح، في حالة اتفاق الأطراف على الالتجاء إليها دون قضاء الدولة.

وفي ضوء ذلك يتبين أن الدفع بالتحكيم يتعلق بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم ولزومه ولا يتعلق مباشرة بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى من عدمه، أو بقبول أو عدم قبول المحكمة للنزاع المطروح عليها، وأن المحكمة عندما تتحقق من وجوده تحكم ضمناً بصحة اتفاق التحكيم والتزام أطرافه به، فهو حكم في خصومة مستقلة عن النزاع ترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع نزولاً على إرادة الأطراف التي أجاز لها القانون ذلك، وأن المنطقي أن تحكم المحكمة في هذه الحالة بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم<sup>(١٠١)</sup>؛ إذ

---

(١٠١) الجدير بالذكر أن المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالقانون رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ المشرع الفرنسي لا يعول فقط على وجود اتفاق التحكيم، وإنما يطلق حكم المحكمة على مسألة أخرى يعيده عن اتفاق (=)

اتفاق التحكيم ليس إلا عقدًا كسائر العقود، والدفع بوجوده من أحد أطرافه بصحته أو عدم صحته، هو مسألة أولية لازمة للفصل في موضوع الدعوى من عدمه.

وفي اعتقادي أن الدفع بالتحكيم يتعين أن يأخذ حكم المسائل الأولية السابقة على الفصل في الموضوع، والتي يتوقف عليها استمرار المحكمة بنظر موضوع الدعوى من عدمه، وهذا الدفع يتعلق بإجراءات الدعوى المطروحة على المحكمة، حيث يترتب على صحة الدفع صحة اتفاق التحكيم واختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، ويترتب على رفض الدفع القضاء ضمناً بعدم صحة اتفاق التحكيم واستمرار المحكمة في الفصل في النزاع.

ومن وجهة نظري أن هذا التكييف للدفع باتفاق التحكيم يتمشى مع طبيعة المنازعة المطروحة على المحكمة، وسلطة المحكمة إزاء هذه المنازعة، والحاجة لوجود حكم قابل للتنفيذ الجبري، في حالة تأكد المحكمة من صحة اتفاق التحكيم، خاصة أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى أو عدم اختصاصها أو حتى بوقف الدعوى أو ببطالان المطالبة القضائية، لا يحوز قوة الأمر المقضي ولا يتضمن أي إلزام لإمكان تنفيذه جبراً، ومن ثم يكون المناسب تكييف هذا الدفع على أنه دفع بوجود وصحة اتفاق التحكيم، وبالتالي يكون الحكم بصحة ونفاذ الاتفاق وإلزام الطرف الآخر بالبدء في إجراءات التحكيم.

علاوة على أن هذا التكييف يتمشى مع طبيعة الدفع وسلطة المحكمة، الأمر الذي يساعد في ترسيخ دور المحكمة في بحث وجود وبطلان وصحة

---

(=) التحكيم، وهي ما إذا كانت إجراءات التحكيم قد بدأت أو شكلت الهيئة من عدمه، وأن المادة ٤ من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥ كانت تنص على سلطة الأطراف في الالتجاء للقضاء لإجبار خصمه لبدء إجراءات التحكيم في حالة الإهمال والرفض، وقد تم تعديل هذه المادة عام ١٩٥٥ لتنص على حكم آخر غير هذا الحكم.



اتفاق التحكيم من عدمه.

وهذا الدفع يتعلق بإجراءات الدعوى المنظورة أمام القضاء، وقد يتعلق بسبب لاحق عليها.

من ثم يجوز اشتراط التمسك به قبل الكلام في الموضوع شأن الدفع الإجرائية، ما لم يكن سببه قد تحقق في تاريخ لاحق، في حالة اتفاق أطراف الخصومة على التحكيم أثناء سيرها، وهذه المسألة من اختصاص المحكمة التي تنظر النزاع، وأنه قد يترتب عليه حجب اختصاص المحكمة بصفة استثنائية باعتبار التحكيم طريق لتسوية المنازعات وأنه طريق استثنائي أو بديل للقضاء<sup>(١٠٢)</sup>، وهيئة التحكيم في هذه الحالة يكون شأنها شأن الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي أعطاهها المشرع ولاية الفصل في منازعات من طبيعة خاصة، وهذه الهيئة تستمد وجودها من إرادة المشرع وفقاً لنص المادة ١٦٧ من الدستور<sup>(١٠٣)</sup>، ومن نص المشرع في قوانين المرافعات والتحكيم

---

(١٠٢) تمييز دبي الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٦/٣/١٩٩٧، تمييز دبي الطعن رقم ٥١ لسنة ٩٢ جلسة ٢٤/٥/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٥٢٥، تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢/١١/٢٠٠٢ ص ٧٧٧ وما بعدها، حكم المحكمة الاتحادية العليا الحكم الصادر في الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢١ قضائية بتاريخ ١١ أبريل ٢٠٠١، س ٢٣ ع ٢ ص ٧٠٦ وما بعدها، والحكم الصادر في الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٥ قضائية بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٣، كما كان يأخذ أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا بهذا التصور (د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٦٠ ص ١٣٩، ١٤٠)، كما أخذت بذلك محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها، كما أفقت بذلك أيضاً الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بذلك في بعض الفتاوى (د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ بند ١٨ ص ٥٢ وما بعدها).

(١٠٣) في تحديد طبيعة الهيئة ذات الاختصاص القضائي، انظر: د. أسامة أحمد شوقي المليجي، مجلس تأديب وصلاحيات القضاة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥ بند ١١٥ و ١١٦، ص ١٠١ وما بعدها.

على حق الخصوم في الاتفاق على التحكيم وعلى واجب المحكمة في عدم نظر النزاع في حالة تمسك الخصم باتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع؛ إذ يترتب على وجود اتفاق التحكيم صحيحاً حجب اختصاص القضاء من نظر النزاع واختصاص هيئة التحكيم بالفصل فيه دون قضاء الدولة، وهذا الاختصاص يعد استثناءً على اختصاص القضاء.

### **المطلب الثالث**

#### **سلطة المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم**

٣٣- ذكرنا آنفاً بأن الدفع بالتحكيم يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم ولزومه ولا يتعلق باختصاص المحكمة بنظر الدعوى من عدمه، وأن المحكمة عندما تتحقق من وجوده تحكم ضمناً بصحة اتفاق التحكيم والتزام أطرافه به، فهو حكم في خصومة مستقلة عن النزاع يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع نزولاً على إرادة الأطراف التي أجاز لها القانون ذلك، وأن المنطقي أن تحكم المحكمة في هذه الحالة بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم، وأن هذا الدفع قد يترتب عليه حجب اختصاص المحكمة بنظر الدعوى، وهي مسألة أولية لازمة للفصل في موضوع الدعوى من عدمه؛ إذ يتعين أن تأخذ حكم المسائل الأولية السابقة على الفصل في الموضوع أو المتعلقة بإجراءاتها، والتي يتوقف عليها استمرار المحكمة في الفصل في الدعوى من عدمه، وهذه المسألة الأولية تتعلق بالصالح الخاص للأفراد، ويمكن أن تحدث أثناء السير في نظر الدعوى.

ومن ثم يجوز اشتراط التمسك به قبل الكلام في الموضوع شأن الدفع الإجرائية أو الشكلية، ما لم يكن سببه قد تحقق في تاريخ لاحق، في حالة اتفاق أطراف الخصومة في أي مرحلة من مراحل التقاضي على تسوية

منازعتهم عن طريق التحكيم أثناء سيرها، وبالتالي يكون لها نفس طبيعة المسائل الأولية المتعلقة بإجراءات الدعوى، والتي يجوز فيها اشتراط تقديمه قبل الكلام في الموضوع أو بعد تحقق سببه إذا كان سببه قد تحقق لاحقاً.

وقد نص قانون المرافعات المصري على ضرورة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع؛ إذ - يتعين لإعمال الدفع - إبداءه قبل الكلام في الموضوع *L'exception, qui doit être soulevée avant toute* *défense au fond*<sup>(١٠٤)</sup>، أو في الجلسة الأولى كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة<sup>(١٠٥)</sup>.

وهو دفع لا يتعلق بالنظام العام *n'est pas ordre public*، فلا يجوز للمحكمة الحكم به من تلقاء نفسها *La juridiction étatique ne peut pas la soulever d'office*<sup>(١٠٦)</sup>، ويترتب على سقوط الدفع بوجود اتفاق

---

(١٠٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩ ص ١٨٣ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٨.

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p. 413., Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 ; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17, p. 672.

(١٠٥) تمييز دبي الطعن رقم ٢٩٣ جلسة ١٠/١١/١٩٩١ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ جلسة ٧/٣/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩، ورقم ١٧٠ جلسة ٨/١/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٧، الطعن رقم ٣٩٩ جلسة ٧/٥/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٩٦، الجدير بالذكر أن المحكمة الاتحادية العليا قد اتجهت في بعض أحكامها إلى التخلي عن شرط إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى، مقرر ضرورة إبداء هذا الدفع قبل أي طلب أو دفاع موضوعي، (حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ٣ يونيه ٢٠٠٣ س ٢٥ ع ٣ ص ١٤٢٢).

(106) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit Judiciaire Privé», (=)

التحكيم اعتبار الخصم متنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم<sup>(١٠٧)</sup>، ولا يترتب على حكم المحكمة في الدفع بوجود اتفاق التحكيم استنفاد المحكمة لولايتها بنظر النزاع<sup>(١٠٨)</sup>.

وقد نصت المادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) على ذلك، بقولها "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم؛ إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

ونصت المادة السابعة من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص الصادر في ١٨/١٢/١٩٧٨، على الحكم بعدم اختصاص المحكمة في حالة عرض النزاع عليها يتعلق بمسألة بها اتفاق تحكيم، إلا إذا: (أ) رد المدعى عليه في الأساس على الطلب التحكيمي دون أي تحفظ، (ب) أو تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه، (ج) أو أنه لا يمكن تشكيل هيئة التحكيم لأسباب تعود بصورة واضحة للمدعى عليه في التحكيم.

---

(=) op. cit., n° 719, p. 413 ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 ; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER, «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17, p. 672.

(١٠٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ٣٩ ص ٨٨.

(١٠٨) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية"، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٩؛ د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، دراسة مقارنة في القانون الكويتي والمصري والفرنسي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت س ٢ العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٤ ص ١٠٨ وما بعدها.

ونصت المادة ١٣/١ من قانون التحكيم المصري على ذلك أيضاً بقولها "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.

وقد كان نص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١، ينص على التزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente* ، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان *moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.* وفي الحالتين لا يجوز للمحكمة الحكم تلقائياً بعدم الاختصاص *Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son* <sup>(١٠٩)</sup> *incompétence*.

وفي ١٣ يناير ٢٠١١ عدّل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم ٢٠١١-٤٨، حيث نصت المادة ١٤٤٨ على أنه " في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، إلا في حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها،

---

(109) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p. 413 ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118, Matthieu De Boissésou, «Le Droit Français de L'arbitrage», op. cit., n° 89, p. 82.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son  
incompétence، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن  
Toute stipulation contraire au présent article est لم يكن  
répute non écrite<sup>(١١٠)</sup>.

وفي قانون المرافعات المدنية الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١،  
نصت المادة ١٠٢٢/١ على أنه "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في  
مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تعلن عدم اختصاصها إذا طلب منها ذلك  
أحد الطرفين قبل تقديم دفاعه ما لم يتضح أن العقد غير صحيح"<sup>(١١١)</sup>.

٣٤- السؤال عن سلطة المحكمة في نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو  
الدفع بالتحكيم Exception d'arbitrage<sup>(١١٢)</sup>، وهل مجرد الدفع بوجود  
اتفاق التحكيم يوجب على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص أو عدم القبول على

---

(110) Art. 1448 NCPC, "Lorsqu'un litige relevant d'une convention  
d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se  
déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi  
et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou  
manifestement incompétence".

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل  
تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ المشار إليه. للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم:  
راجع:

Pierre JULLIEN et Natali FRICERO, «Droit judiciaire privé», op.  
cit., n° 719, p. 413 ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD,  
«Procédure civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(١١١) Article n° 1022, "Parties may agree to submit to arbitration  
disputes which have arisen or may arise between them out of a  
defined legal relationship whether contractual or not".

(١١٢) يعبر بعض الفقه عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم بتعبير الدفع بالتحكيم، للمزيد: د.  
أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٤٢  
ص ٥٠٦.

اختلاف بين الفقه والتشريع، وهل تملك المحكمة الحكم برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو عدم قبوله؟.

الإجابة على هذا السؤال يكتنفها الغموض في الفقه رغم وضوحها؛ إذ يتردد الفقه في تحديد سلطة المحكمة في الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، رغم اعترافه بهذه السلطة لهيئة التحكيم وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فقد فضل VINCENT قول MOTULISKY للقول بأن وجود اتفاق التحكيم يستلزم تخلف سلطة الحكم *De défaut de pouvoir de juger ou défaut de pouvoir juridictionnel* في النزاع المطروح على المحكمة<sup>(١١٣)</sup>.

٣٥- وقد اكتفى الفقيه MOTULISKY بتعليق سلطة الحكم في النزاع على وجود اتفاق التحكيم من عدمه، دون أن يوضح على نحو صريح سلطة المحكمة للتحقق من وجود اتفاق التحكيم، وهل تملك المحكمة بحث صحة اتفاق التحكيم أو عدم صحته.

الواقع أن تعليق الفقيه الفرنسي MOTULISKY سلطة الحكم في النزاع على وجود اتفاق التحكيم من عدمه، لا تعني غل يد المحكمة في الفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم، بل العكس تماماً حيث يكون للمحكمة بحث وجود الاتفاق أو صحته أو بطلانه أو سقوطه.

إذ أن سلطة المحكمة في التحقق من وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده وتحديد ما يترتب عليه وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم لا تحتاج لأي توضيح؛ لأن سلطة المحكمة في التصدي لبحث وجود اتفاق التحكيم بناء على

---

(113) Motulisky, JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383., visé à Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

الدفع بوجوده هي من الحقوق الفطرية للمحكمة، والتي لا تحتاج أكثر من قول الفقيه MOTULISKY بأن وجود اتفاق التحكيم يعدم سلطة المحكمة في الحكم في النزاع المطروح عليها، وأن عدم وجود اتفاق التحكيم يترتب عليه حق المحكمة في الفصل في النزاع المطروح عليها<sup>(١١٤)</sup>، وهو ما يتضمن من

---

(١١٤) ويترتب على قضاء المحكمة برفض الدفع بشرط التحكيم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ودخولها في ولاية المحكمة، وهذا الحكم في الدفع يعتبر غير منه للخصومة، فلا يجوز الطعن فيه إلا مع الحكم المنهي للخصومة، تمييز دبي الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٥ يونيو ١٩٩٦، رقم ٦٨ مجموعة أحكام تمييز دبي ص ٣٨٤، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٤٩ لسنة ٩٤ تجاري كلي أمام محكمة دبي الابتدائية - على الشركة الطاعنة - بطلب إلزامها بأن تدفع إليها مبلغ ٦٠٠.٧٢٩ دولارًا أمريكيًا أو ما يعادله بالعملة الوطنية مع الفوائد القانونية، وتثبيت الحجز التحفظي رقم ٤١٠٢ لسنة ٩٤ - وبيانًا لذلك قالت إنها باعت إلى الشركة الطاعنة كمية من الدقيق بنظام سيف آند فوب - تسليم ميناء (المكلا) باليمن ولظروف قيام الحرب اليمنية في الوقت المعاصر لوصول السفينة بتلك البضاعة طلبت منها الشركة الطاعنة تغيير خط سيرها إلى ميناء (جبل على) بدبي وتفريغ البضاعة هناك - وإن نفذت الشركة المطعون ضدها ما طلبته منها الشركة الطاعنة وأنفقت في سبيل ذلك المبلغ المطالب به ممثلًا في أجور النقل والتفريغ والتخزين، فإن من حقها الرجوع به عليها، دفعت الشركة الطاعنة بعدم اختصاص المحكمة بالفصل في الدعوى لوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بينها وبين الشركة المطعون ضدها، وبتاريخ ٩٥/٥/٢٥ قبلت المحكمة هذا الدفع وقضت بعدم اختصاصها، استأنفت الشركة المطعون ضدها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٥٠ لسنة ٩٥، وبتاريخ ٩٥/١١/٢٠ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها، طعنت الشركة الطاعنة في هذا الحكم بطريق التمييز بصحيفة أودعتها قلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٩٥/١٢/١٨ طلبت فيها نقض الحكم المطعون فيه، وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد - تنعي به الشركة الطاعنة على الحكم المطعون فيه - مخالفة القانون - إذ رتب على عدم اعتراض وكيلها في الجلسة الأولى التي حضرها - أمام محكمة أول درجة - لجوء الشركة المطعون ضدها إلى رفع الدعوى دون اعتداد (=)



(=) بشرط التحكيم - باعتبار شرط التحكيم لاغياً، في حين أن الدفع بشرط التحكيم - باعتباره من الدفع بعدم قبول الدعوى - يجوز إيدأؤه في أية جلسة طالما لم يسبقه تكلم في الموضوع، وإذا كان الثابت من محاضر جلسات محكمة أول درجة أن وكيلها حضر في جلسة ٩٥/٢/١٦ وطلب التأجيل للجواب على الدعوى ولم يتكلم في موضوعها فإن تمسكه في الجلسة التالية - بشرط التحكيم يكون في غير محله - إضافة إلى أن العبرة في الاعتراض في الجلسة الأولى - والذي بعدم حصوله يعتبر شرط التحكيم لاغياً - هو ذلك الذي يحصل من الخصم نفسه وليس الوكيل عنه، وحيث إنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تحديد مدى قابلية الحكم للطعن فيه من عدمه من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ولو لم يثيرها أحد الخصوم، وكان مفاد نص المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية - أن المناط في جواز الطعن الصادر بالاختصاص ألا تكون للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى - فإذا تخلف هذا الشرط في الحكم المطعون فيه فإن الطعن فيه يكون غير جائز - هذا ولما كان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ليس دفعاً موضوعياً استهدف به المشرع عدم اختصاص المحاكم بالحكم في الدعوى لوجود شرط التحكيم - فعليه أن يتخذ موقفاً إيجابياً في الجلسة الأولى التي يحضرها سواء بنفسه أو من ينوب عنه، بالاعتراض - لدى المحكمة - في هذه الجلسة على السير في الدعوى لخروجها عن ولايتها عن طريق الدفع بشرط التحكيم، فإن لم يفعل ذلك في الجلسة الأولى أو تكلم في موضوع الدعوى حمله هذا على تنازله الضمني عن شرط التحكيم وقبوله اختصاص المحاكم بالحكم في الدعوى - ولا يجدي به بعد ذلك التمسك بشرط التحكيم لأن الساقط لا يعود، ولما كان ذلك وكان الثابت من محاضر جلسات محكمة أول درجة أن المحامي الموكل عن الشركة الطاعنة حضر عنها أمام تلك المحكمة في جلسة ٩٥/٢/١٦ وهي الجلسة الأولى بالنسبة إليه - ولم يعترض على لجوء الشركة المطعون ضدها إلى القضاء رغم وجود شرط التحكيم فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً طبقاً للمادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية - ولا يؤثر في ذلك عدم تكلمه - في هذه الجلسة - في موضوع الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو بعدم حصول الاعتراض في تلك الجلسة - وهو ما لم يحصل منه بالفعل فيها - هذا ولما كان الاعتراض على السير في الدعوى رغم وجود شرط التحكيم - هو إجراء من (=)

الناحية الضمنية حق المحكمة في رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الحالة الثانية<sup>(١١٥)</sup>، وتقيداً بعدم نظر موضوع النزاع في حالة تحققها من وجود

---

(=) إجراءات الخصومة، ومن ثم يجوز للوكيل بالخصومة التمسك به وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وكان مؤدى قضائه برفض الدفع بشرط التحكيم هو اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ودخولها في ولايتها، ومن ثم فإن الطعن فيه يكون غير جائز إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها عملاً بالمادة ١٥١ سالفه الذكر.

(١١٥) تمييز دبي الطعن رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/١/٢٠، العدد ٧ ص ٢٧، وقد قررت المحكمة في هذا الحكم، أن من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو إنكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى"، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ١٧٠ لسنة ١٩٩٣ مدني كلي دبي على الطاعن بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة الابتدائية في ١٩/٧/١٩٩٣ بطلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي لهما مبلغ ١.١٨٢.٦٩٥ درهماً والفوائد القانونية مع تثبيت الحجز التحفظي الموقع بناء على الأمر رقم ١٩٩٣/٢٢٣ - وقالت شرحاً لدعواها أنه بموجب عقد مقولة حرر بينها (المقاول) والطاعن (صاحب العمل) أسند الأخير إليها أعمال إنشاء وصيانة بناء نظير مبلغ ١٩.٨٠٠.٠٠٠ درهماً عدل إلى ١٧.٦٧١.٩٣١ درهماً يدفعها الطاعن طبقاً لشروط العقد، وقد تم إنجاز الأعمال المطلوبة والحصول على شهادة من المهندس الاستشاري المعين من قبل الطاعن والذي كان له حق الإشراف والتوجيه، وإن الطاعن قام بسداد مبلغ ١.٦٤٨.٩٢٦ درهماً من المبلغ المتفق عليه، وما زال باقياً في ذمته المبلغ المطالب به، الذي امتنع عن سداذه دون وجه حق مما دعاه إلى توقيع الحجز التحفظي على إيراد المبنى، وبجلسة ١٩٩٣/١١/٨ - وهي الجلسة الأولى المحددة لنظر الدعوى، دفع وكيل الطاعن بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، حكمت المحكمة الابتدائية في ٣١/١٠/١٩٩٤ برفض الدفع، وتحديد جلسة لنظر الموضوع، استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٨١ لسنة ١٩٩٥، وفي ٢٥/٣/١٩٩٥ حكمت محكمة الاستئناف بعدم جواز الاستئناف فطعن على هذا الحكم - الذي لم يعلن إليه ولم يحضر جلسة النطق به بنفسه أو بوكيل عنه - بالتمييز المائل بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ٢٦/٤/١٩٩٥ - قدم محامي المطعون ضدها مذكرة طلب فيها (=)

(=) رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على أربعة أسباب ينعي الطاعن بها على الحكم المطعون مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله والفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت بالأوراق والتناقض في الأسباب، قولاً منه أن الحكم قضى بسقوط حقه في التمسك بشرط التحكيم لفوات الميعاد الذي كان عليه التمسك به في خلاله طبقاً لمشارطة التحكيم حال أنه يشترط للتمسك بهذا الشرط - طبقاً لهذا العقد - أن تقوم - بداءة - منازعة يرفعها الطاعن أو المطعون ضدها إلى المهندس الاستشاري لإبداء رأيه فيها ويعتبر قراره نهائياً إذا فاتت الموضحة بمشارطة التحكيم، وقد خلت الأوراق مما يفيد حصول هذه المنازعة من جانب المقول، فلم يسبق أن عرض الأخير على المهندس الاستشاري نزاعاً ليصدر قرار بشأنه كما لم يصدر المهندس قرار أخطر به الطرفين لتمكين أيًا منهما من استعمال حقه في الاعتراض عليه واللجوء إلى طلب التحكيم، وأنه على العكس من ذلك فقد أرسل (الطاعن) إلى المهندس الاستشاري في ١٩٩١/٩/١٢ و ١٩٩١/٩/٢٨ و ١٩٩٣/٤/١٢ كتاباً يعترض فيه على أعمال المقول ويعترض فيها أيضاً على تصرفات المهندس وتخليه عن عمله الذي وكل فيه فلم يرد عليه حتى أنه اضطر إلى الاستعانة بجهة خبرة (الاستشاريون العرب) لمعاينة ما تم من أعمال فقدمت تقريراً أثبت فيه ما لوحظ من نواقص فيها، وعلى فرض صحة ما ذهب إليه الحكم من اعتبار كتاب المهندس الاستشاري المؤرخ ١٩٩٣/٤/٤ والذي بعثه إليه المطعون ضدها واستلمه في ١٩٩٣/٤/١٠ - والذي تضمن الحساب النهائي للعملية بأنه هو القرار بالمعنى المفهوم في عقد المقاولة، إلا أنه كان على المهندس الاستشاري أن يخطره به طبقاً للعقد، وإذا كان قد أشار إليه (أي الطاعن) في كتابه المؤرخ ١٩٩٣/٤/١٢ المرسل منه إلى المهندس، فإن ذلك لا يغني عن الإخطار فضلاً على أن هذا الكتاب يضمن اعتراضاً على عمل المقول، وبالتالي فإن حقه في طلب التحكيم لا يكون قد سقط بعد، هذا إلى جانب أن هذا الكتاب الأخير ليس له حجية في الإثبات لأنه صورة ضوئية لا قيمة لها، وقد جرده وهو ليس مكلفاً بإثبات أنه مطابق للأصل إذ لا أصل لديه - ومن ثم فإن افتراض الحكم بسقوط شرط التحكيم لا أساس له حيث لا يزال هذا الشرط مانعاً من سماع الدعوى مما تنتفي به ولاية المحاكم في نظر الدعوى، وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن شكل الطعن وتحديد مدى قابلية الحكم للطعن فيه بإحدى طرق الطعن المقررة قانوناً من المسائل المتعلقة بالنظام العام التي تقضي فيها المحكمة من تلقاء نفسها، وقد وضع المشرع قاعدة عامة في المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية مؤداها عدم جواز (=)

(=) الطعن على استقلال في الأحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة قبل إصدار الحكم المنهي لها منعاً لتقطيع أوصال القضية الواحدة، وذلك فيما عدا الأحكام التي نصت عليها تلك المادة على سبيل الاستثناء - ومنها الأحكام الصادرة بعدم الاختصاص إذا لم يكن للمحكمة ولاية الحكم في الدعوى، والخصومة التي ينظر لانتهائها - طبقاً لهذا النص - هي الخصومة الأصلية المرددة بين الطرفين، ومن المقرر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، لأن المقصود منه هو انكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى - كما أنه من المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة في تحصيل الواقع في الدعوى وفي تفسير الاتفاقات وسائر المحررات بما تراه أوفى إلى نية عاقيدها وأصحاب الشأن فيها، ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة مقبولة، لما كان ذلك وكانت المادة ٦٧ من عقد المقاولة تنص على أنه إذا نشأ أي نزاع أو خلاف من أي نوع كان مهما كانت طبيعته بين رب العمل أو المهندس أو المقاول فيما يتعلق أو ينتج عن العقد أو عن تنفيذ الأعمال سواء أثناء سيرها أو بعد إكمالها وسواء قبل انتهاء العقد أو التخلي عنه أو الإخلال به - فإنه يتعين في المرحلة الأولى أن يحل ويسوى بواسطة المهندس الاستشاري، الذي سيقوم خلال مدة ٩٠ يوم من تاريخ طلب أي من الطرفين منه القيام بذلك بتوجيه إخطار كتابي بقراره إلى رب العمل والمقاول، وإذا قام المهندس الاستشاري بتوجيه إخطار خطي بقراره إلى رب العمل والمقاول ولم ينقل إليه طلب التحكيم من قبل رب العمل أو المقاول خلال مدة ٩٠ يوماً من تاريخ وصول هذا الإخطار فإن قراره المذكور يصبح نهائياً وملزماً لرب العمل والمقاول، وإذا أخل المهندس الاستشاري بتوجيه الإخطار بقراره - كما هو مبين أعلاه - خلال مدة ٩٠ يوماً من تاريخ تقديم الطلب إليه أو إذا لم يقتنع رب العمل أو المقاول بهذا القرار فعندئذ - وفي أي حالة من الحالات - يجوز لأي من رب العمل أو المقاول في خلال ٩٠ يوماً من تاريخ استلامه إشعار بهذا القرار أو خلال ٩٠ يوماً من بعد انتهاء المدة الأولى المسماة - البالغة ٩٠ يوماً - حسبما يكون عليه الحال - أن يطلب إحالة المسألة أو المسائل المتنازع عليها للتحكيم، بحيث يجب أن تسوى نهائياً في دبي بواسطة هيئة التحكيم وتكون قراراتها ملزمة نهائياً لكل من الطرفين، ومؤدى ذلك أنه يتعين بداءة أن يقوم نزاع بين طرفي العقد فيلجأ أحدهما أو كلاهما إلى المهندس الاستشاري لإصدار قرار في شأن هذا النزاع، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا بعد أن يصدر المهندس قراره خلال (=)

(=) الميعاد المحدد - أو فوات الميعاد المحدد له لإصدار قراره أو عدم الاعتراض في الميعاد على قرار الاستشاري فإذا ما فات الميعاد المحدد لطلب التحكيم في هذه الحالات أصبح قرار الاستشاري ملزماً ونهائياً، وكان يبين من الكتاب المرسل من الطاعن إلى المهندس الاستشاري في ١٢/٤/١٩٩٣ أنه تضمن الإشارة إلى رسالتي المقاول المؤرختين ٢٣/٢/١٩٩٣ و ٣١/٣/١٩٩٣ والذي يطلب فيها إصدار شهادة بأعمال الصيانة النهائية حتى يتسنى لها الحصول على باقي مستحقاتها التي لم يوف الطاعن بها، فأصدر الاستشاري قراره المؤرخ ٤/٤/١٩٩٣ بأن المطعون ضدها قد أكملت أشغال الصيانة العامة وتم انجاز العمل طبقاً لتقرير الفحص الصادر في ٢٩/١/١٩٩٢ بعد مضي سنة واحدة من مدة الصيانة وتم فحصها من قبل ممثل الموكل والاستشاريين والمقاول، وأنه يطلب الإفراج عن المبلغ المحجوز عليه، ويتفق هذا القرار مع مفهوم ما نصت عليه المادة ٦٧ من عقد المقولة إذ صدر في منازعة قامت بين طرفي العقد في شأن أعمال الصيانة وما تم بشأن إنجازها وقد اعترض الطاعن على هذا القرار بمقتضى كتابه المؤرخ ١٢/٤/١٩٩٣ ولم يلجأ إلى طلب التحكيم من خلال ٩٠ يوماً من تاريخ استلامه قرار المهندس الذي أقر باستلامه في ١٠/٤/١٩٩٣ ومن ثم فإن قرار الاستشاري يصبح نهائياً وملزماً لطرفي عقد المقولة وينتفي معه حقه طلب التحكيم، ولا يغير من ذلك ما قال به الطاعن من أن المهندس لم يخطره بقراره ذلك، أن الثابت من كتابه المؤرخ ١٢/٤/١٩٩٣ أنه قد علم به إذ أقر فيه بأن المقاول أخطره بهذا الكتاب في ١٠/٤/١٩٩٣ - الذي لم ينكر مطابقته للأصل وناقش محتواه ومن ثم فإن الغاية من الإجراء تكون قد تحققت، سواء كان الاستشاري أو المطعون ضدها هي التي أرسلت له هذا القرار، وما ذهب إليه الطاعن من أنه أخطر الاستشاري بالخلافات القائمة بينه وبين المقاول في عام ١٩٩١ وأنه لم يرد عليه ولم يصدر قراراً في شأن تلك المنازعات مردود بأنه لم يتخذ طريق التحكيم المنصوص عليه في مشاركة التحكيم في المواعيد المقررة مما يعتبر معه أن طلب التحكيم بشأنها قد فاتت مواعيده، وما أثاره الطاعن بشأن خلافاته مع المهندس الاستشاري فليس محله ما نصت عليه المادة ٦٧ سالفه الذكر، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم على غير أساس وباختصاص المحاكم ولائياً بنظر الدعوى وقضى بعدم جواز الاستئناف عملاً بالمادة ١٥١ من قانون الإجراءات (=)

اتفاق التحكيم، وأن تحققها من وجود اتفاق التحكيم يتضمن بحثها صحتها وعدم سقوطه أو بطلانه، وتعلقه في نفس الوقت وارتباطه بالمنازعة المطروحة على المحكمة.

إذ مقصود ذلك هو تخلف سلطة الحكم في النزاع المطروح على المحكمة باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بالفصل في النزاع طالما كان اتفاق التحكيم موجوداً وصحيحاً وموافقاً للقانون، وهذه تختلف عن سلطة الحكم في وجود أو صحة اتفاق التحكيم، والتي تكون للمحكمة.

ورغم وضوح ما ذهب إليه MOTULISKY من أن الأمر متوقف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، وأن وجود اتفاق التحكيم بمعناه الصحيح يمنع سلطة الحكم في النزاع عن طريق القضاء ويقتضي الحكم بعدم الاختصاص، وأن عدم وجود اتفاق التحكيم لا يمنع سلطة الحكم في النزاع عن طريق القضاء باعتباره صاحب الولاية العامة، فقد ذهب البعض في الفقه المصري للقول بالتزام المحكمة وفقاً لنص المادة ١٣ من قانون التحكيم بالحكم بعدم القبول بمجرد إبداء الدفع، وأن المحكمة لا تملك أي سلطة تقديرية في الحكم بعدم القبول ما دامت قد تحققت من وجود اتفاق تحكيم غير ظاهر البطلان يتعلق بذات النزاع المرفوعة به الدعوى، وتمسك المدعى عليه بالدفع بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع<sup>(١١٦)</sup>، ولا يقيد بها في ذلك في القانون الفرنسي

---

(=) المدنية لورود الاستئناف على حكم غير منه للخصومة، إذ لم يفصل في موضوع الدعوى يكون قد أصاب صحيح القانون مما يتعين معه رفض الطعن".

(١١٦) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٤؛ د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق العدد الحادي عشر مارس ٢٠٠٦ ص ١٥٢.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118. (=)

سوى حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وفقاً للمادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي<sup>(١١٧)</sup>.

وفي اعتقادي، أن ما ذهب إليه الفقيه الفرنسي الكبير MOTULISKY لا يعني انعدام سلطة الحكم في وجود أو صحة اتفاق التحكيم، ولا يعني انعدام سلطة الحكم في النزاع مطلقاً، بل إن الأمر متوقف على تحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده؛ إذ انعدام سلطة الحكم في النزاع والحكم بعدم الاختصاص منوط بوجود اتفاق التحكيم، وهو ما يعني تقرير سلطة الحكم في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم وانعدامها في حالة وجود اتفاق التحكيم بين الأطراف، وأن وجود اتفاق التحكيم يستلزم توافر أركانه المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، وعدم وجود اتفاق التحكيم يعني تخلف أي من الأركان السابقة.

٣٦- وقد ذهب الفقيه الفرنسي Ph. FOUCHARD وقد كان من كبار الفقهاء الفرنسيين في التحكيم إلى عدم إلزام المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في هذه الحالة واستمرارها في الفصل في النزاع في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم لم تتشكل بعد أو كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وفقاً لنص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي<sup>(١١٨)</sup>.

٣٧- وقد سكت معظم الفقه المصري للتصدي لهذه المسألة، فذهب أستاذنا الدكتور فتحي والي إلى أن نص المادة ١٣/١ من قانون التحكيم

---

(=) الجدير بالذكر أن التحقق من وجود اتفاق التحكيم على حد تعبير أستاذنا فتحي والي، كما هو مذكور في متن هذه الصفحة يعني إعمال السلطة التقديرية للمحكمة في الحكم بعدم قبول الدفع بالتحكيم من عدمه، ولا ينصرف مطلقاً للقول بانعدام السلطة التقديرية للمحكمة. (١١٧) د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

(118) Ph. FOUCHARD «L'arbitrage Commercial International», Thèse Dijon 1965, Dalloz. 1965, Paris, n° 103, p. 75, 76.

المصري، يوجب التزام المحكمة بالحكم بعدم القبول بمجرد إبداء الدفع، وأن المحكمة لا تملك أي سلطة تقديرية في الحكم بعدم القبول مادامت قد تحققت من وجود اتفاق تحكيم غير ظاهر البطلان يتعلق بذات النزاع المرفوع به الدعوى، وتمسك المدعى عليه بالدفع بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع، وأن هذا الوجوب ليس مستمداً فقط من نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري، وإنما أيضاً من نص المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام وتنفيذها، وأنه ليس للمحكمة أن تحكم بوقف الدعوى لحين الفصل في النزاع من هيئة التحكيم<sup>(١١٩)</sup>.

وبتحليل الرأي السابق نجده يتسق مع نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠-١٩٨١، والمادة ١٤٤٨ من قانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، حيث استخدم المشرع تعبير "يجب على المحكمة celle-ci doit se déclarer incompétente، وأن المحكمة لا تملك سلطة تقديرية عند تحققها من وجود اتفاق التحكيم"، الأمر الذي يعني الإقرار بالسلطة الكاملة للمحكمة للبحث والتحقق من وجود اتفاق التحكيم وتوافر أركانه مثل الرضا والمحل والسبب، الأمر الذي يعني بحث المحكمة لصحة هذا الاتفاق، وبحث كل الدفوع المتعلقة بوجوده وصحته وسقوطه وشموله لموضوع النزاع، وأن المحكمة لا تقف مكتوفة الأيدي لمجرد الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إنما تبحث في وجوده

---

(١١٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٤؛ د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.



وصحته وتعلقه وشموله لموضوع النزاع.

ومن وجهة نظري فإن المقصود بالسلطة التقديرية هنا السلطة التقديرية عند تحقق وجود اتفاق التحكيم، ولا يعني ذلك حصر سلطتها من بحث وجود اتفاق تحكيم صحيح وموافق للقانون، أي ليس للمحكمة أي سلطة ملائمة أو تقدير في حال وجود اتفاق التحكيم، وهذا لا يعني عدم الاعتراف بسلطة المحكمة في رفض الدفع بالتحكيم في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، كما لا يعني عدم وجود هذه السلطة في بحث كل الاعتراضات التي تتعلق باتفاق التحكيم، والتحليل السابق يتفق مع ما يقتضيه الدفع بوجود اتفاق التحكيم من ضرورة التحقق من وجوده من عدمه، علاوة على تسليمه بتكييف القانون المصري للدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم القبول، وهو لبس من المشرع المصري يؤسف له *La Confusion est regrettable* على حد تعبير بعض الفقه الفرنسي<sup>(١٢٠)</sup>، كما أنه يتفق مع نص المادة ٢/٤ من بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣ والمادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والمادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها لعام ١٩٨٥.

٣٨- وقد أكد أستاذنا الدكتور فتحي والي على المعنى السابق حيث أجاز للمحكمة عندما يعرض عليها نزاع بتعيين مُحكم فإن المحكمة تملك رفض تعيين المُحكم من تلقاء نفسها أو إذا دفع الخصم ببطلان اتفاق التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وأن المحكمة لا تقضي في هذه الحالة ببطلان اتفاق التحكيم؛ لأن دعوى تعيين المحكم لا تشمل هذا النطاق، إنما تنظر المحكمة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم من حيث الظاهر، للفصل في

---

(120) Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER  
«Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Rev. Arb. 1994, n° 17,  
p. 672.

سلطتها في تعيين المحكم من عدمه، وأن المقصود بالبطلان الظاهر في هذه الحالة، أن يكون العيب المؤدي لبطلان اتفاق التحكيم واضحاً من ظاهر الاتفاق نفسه، دون حاجة للتعمق في بحث مضمون الاتفاق<sup>(١٢١)</sup>.

٣٩- تجدر الإشارة أن المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري كانت تتضمن فقرة ثالثة تنص على حق المحكمة في الحكم برفض الدفع في حالة ما إذا توصلت الى بطلان اتفاق التحكيم، وقد تم حذف هذا النص من القانون، وقد ذهب أستاذنا الدكتور مختار بريري إلى أن حذف المشرع للفقرة الثالثة من المادة ١٣ لا يغير من الأمر، لأن مناط الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم بعدم قبول الدعوى هو وجود اتفاق التحكيم صحيحاً وليس مجرد الوجود المادي لمحرر يتضمن مثل هذا الاتفاق، وأن القاضي لا يتخلى عن التصدي لموضوع النزاع المطروح عليه إلا إذا تبين له أن اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وكان هذا الاتفاق صالح لتشكيل هيئة التحكيم، أما إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً فإنه يكون له رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم والتصدي لنظر النزاع، وفي هذه الحالة لا يجوز التذرع بنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم والتي تمنح المحكم الفصل في اختصاصه وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص؛

---

(١٢١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٦٩ ص ١٤٩، وتعبير أستاذنا ينصرف للبطلان البادي من ظاهر اتفاق التحكيم دون تعمق أيًا كان نوع هذا البطلان، سواء كان البطلان متعلق بالنظام العام أو غير متعلق بالنظام، وقد أورد سيادته أنه يعتبر من هذه الحالة ما إذا كان العيب مؤدياً إلى بطلان يتعلّق بالنظام العام أو كان شرط التحكيم غامضاً أو متعارض مع عبارة أخرى في العقد، والواقع أن المقصود بالبطلان الظاهر البطلان الذي يجوز للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها، وليس مجرد البطلان الواضح الممكن الوصول إليه دون تعمق، إذ قد يتعلّق البطلان بالمصلحة الخاصة، ويتنازل المحكم عن التمسك بهذا البطلان رغبة منه في السير في إجراءات التحكيم ونزولاً عن حق التمسك بالبطلان.

إذ الأمر في هذه الحالة لا يتعلق باختصاص المحكمة حتى يرجع إليه، بل الأمر يتعلق باختصاص المحكمة وسلطتها في الفصل في النزاع، وهو لا يسلب اختصاص القاضي سلطته في الفصل في اختصاصه<sup>(١٢٢)</sup>.

٤٠ - الراجح - بحق - أن المحكمة لا تتخلى عن نظر النزاع لمجرد تمسك أحد أطراف اتفاق التحكيم بوجود اتفاق التحكيم، بل يلزم أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وموجوداً وإلا استمرت المحكمة في نظر النزاع<sup>(١٢٣)</sup>، ويكون للمحكمة التحقق من وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أو سقوطه أو بطلانه، كما أنه لا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية والمنطقية من اختصاص المحكمة بالفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بدعوى مبتدئه شأن أي عقد من العقود، ويكون للمحكمة في هذه الحالة الحكم بصحة أو بطلان الاتفاق، يؤكد ذلك طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم نفسه؛ إذ لا يعدو الدفع بوجود اتفاق التحكيم أن يكون طلباً من الخصم بوجود اتفاق صحيح ومطابق

---

(١٢٢) د. مختار بري، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، كتاب التحكيم والقانون الصادر عن مركز الدكتور عادل خير ١٩٩٧ ص ١٢٤ وما بعدها، الجدير بالذكر أن تقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه كان على أساس عدم الالتجاء للقضاء أثناء نظر النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل في اختصاص المحكم بالنزاع من عدمه، وعلى الأساس السابق، تقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم إلى جانب اختصاص القضاء الأصيل بالفصل في اختصاصه من عدمه؛ إذ مضمون المبدأ أن هيئة التحكيم هي الأقدر من غيرها في الفصل في اختصاصها من عدمه، وأن تقرير ذلك يتعلق بالدفع المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم فقط، ولا يتصرف لسلطة القضاء في الفصل في سلطة اختصاصه من عدمه.

(١٢٣) د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٣٢ ص ٤٧ و ٤٨، ولنفس المؤلف، "الأثر المانع لاتفاق التحكيم"، كتاب التحكيم والقانون الصادر عن مركز الدكتور عادل خير ١٩٩٧ ص ١٢٤ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٤٣ ص ٥٠٨ وما بعدها.

للقانون، مضمونه التزام أطرافه بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ومقتضى هذا الطلب أو الدفع تحقق المحكمة من وجوده وعدم مخالفته للنظام أو تعارضه مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع، يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٤ من بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣ من أن إحالة الأطراف للتحكيم لا تنال من اختصاص المحاكم في الحالة التي تكون فيها مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم باطل أو لا أثر له، وما نصت عليه المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على أن "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد النص عليه في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، وقد أكدت هذا المعنى المادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم ١٩٨٥ بقولها "على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم؛ إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

ويمكن تأسيس سلطة المحكمة في هذه الحالة على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم المحل كونه مستحيلًا في ذاته، وأنه إذا لم يكن محله معينًا بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، وكفي أن يكون معينًا بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره، وفي كل الأحوال يتعين ألا يخالف محل اتفاق النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع.

وقد نصت على ذلك المادة ١٣١ من القانون المدني المصري على أن "١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، ونصت المادة ١٣٢ على أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً"، والمادة ١٣٣ نصت على أنه "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط"، والمادة ١٣٤ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر"، والمادة ١٣٥ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، وقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على نفس الأحكام<sup>(١٢٤)</sup>، ولعل أهم هذه النصوص ما نصت عليه المادة ٢٠٥ من قانون المعاملات المدنية المشار إليه، بأن: "١) يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، ٢) فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

علاوة على ذلك فإن قانون التحكيم المصري والمقارن يمنح هيئة

---

(١٢٤) انظر المواد رقم ١٩٩ و ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

التحكيم tribunal d'arbitral سلطة الفصل في اختصاصها من عدمه والتأكد من صحة اتفاق التحكيم والعقد الوارد به شرط التحكيم أو بطلانهما على الرغم من أن اختصاصها بنظر النزاع اختصاص استثنائي وأن القضاء هو صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات، وأن الاتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء ولايته العامة بنظر النزاع، وأن أثر اتفاق التحكيم هو منح الأطراف سلطة الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، أليس من باب أولى أن تكون السلطة في تقرير الاختصاص من عدمه لقضاء الدولة juridiction étatique، حيث نصت المادة ١٦/٣ من قانون التحكيم التجاري الدولي على حق هيئة التحكيم في الحكم باختصاصها، كما نصت الفقرة الأولى من نفس المادة على حق هيئة التحكيم في الفصل في صحة أو بطلان العقد الوارد به شرط التحكيم مع تقرير حقها في الفصل في النزاع لصحة شرط التحكيم، ونصت المادة ٤٦ من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم"، وقد كان نص المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم ١٩٨١-٥٠٠ ينص على أنه "إذا نازع أحد أطراف اتفاق التحكيم أمام المحكم في أساس أو نطاق سلطته، فإنه يختص بالفصل في صلاحية وحدود سلطاته<sup>(١٢٥)</sup>، كما كانت تنص الفقرة الأخيرة من

---

(125) Art 1466 NCPC «Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de (=)

المادة ١٤٤٤ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد على سلطة المحكمة في عدم تعيين المحكمين في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم أو عدم كفايته لإمكانية تشكيل هيئة التحكيم<sup>(١٢٦)</sup>.

وقد أكد المشرع الفرنسي في المادة ١٤٥٥ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨<sup>(١٢٧)</sup>، على سلطة قاضي الدعم في عدم تعيين المحكمين في حالة البطلان الظاهر أو عدم القابلية للتطبيق.

ونصت المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه "إذا لم يرد المدعى عليه على الطلب على النحو الوارد في المادة (٥) أو أثار أحد الأطراف دفعا أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للهيئة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق التحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم، دون إخلال بحقها في تقرير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع الهيئة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكان التحكيم، وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في الالتجاء للقضاء للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق التحكيم من عدمه"<sup>(١٢٨)</sup>.

---

(=) l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture».

(126) Art 1444-3 NCPCF «Si la clause compromissoire est soit manifestement nulle, soit insuffisante pour permettre de constituer le tribunal, le président le constate et déclare n'y avoir lieu à désignation».

(127) Art 1455 NCPCF «Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle, insuffisante inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu a désignation».

(١٢٨) الواقع أن النصوص المشار إليها في المتن تؤكد على اختصاص المحكمة في الحكم بالاختصاص من عدمه، خاصة ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس والتي أكدت على حق الأطراف ق في الالتجاء للقضاء للفصل (=)

أما بالنسبة لرأي الفقيه الفرنسي Ph. FOUCHARD وعلى الرغم من اعتبار رأيه يمثل نصف الحقيقة، إلا أنه يعلق سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص أو عدم الحكم بعدم الاختصاص والاستمرار في الفصل في النزاع على تشكيل هيئة التحكيم أو عدم تشكيلها، وهو ترجمة صريحة لنص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الصادر بالمرسوم ٥٠٠-١٩٨٤، ونص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، وكأنه يجعل لهيئة التحكيم الاختصاص والولاية العامة في الاختصاص بالنزاع؛ إذ يترتب على تشكيل هيئة التحكيم في رأيه انتزاع هذا الاختصاص من القضاء، وجعله من اختصاص هيئة التحكيم وهو ما لا يتصور قبوله، ويرد على ذلك أن نفس النص المستمد منه هذا الرأي يمنح القاضي أو المحكمة سلطة عدم الحكم بعدم الاختصاص إذا تبين للمحكم أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو غير قابل التطبيق، الأمر الذي يعطي المحكمة سلطة الفصل في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ٦ نوفمبر ١٩٩٠ حكم محكمة الموضوع برفض الدفع بوجود شرط التحكيم في النزاع بين إحدى الشركات الفرنسية وإحدى الشركات الألمانية، على أساس عدم التزام الأولى بشرط التحكيم<sup>(١٢٩)</sup>، كما ألغت محكمة النقض الفرنسية حكم هيئة التحكيم في قضية هضبة الأهرام، والذي حكم لصالح الشركة الأجنبية ضد الحكومة المصرية على أساس عدم اعتبار الحكومة المصرية طرفاً في اتفاق التحكيم محل النزاع<sup>(١٣٠)</sup>.

---

(=) فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق التحكيم من عدمه، أي أن القضاء هو الذي سيفصل وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم.

(129) Cass. Civ. 6 novembre 1990, Rev. Arb. 1991, p. 73.

(١٣٠) د. أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ص ١٤٢.



٤١ - السؤال، هل يقتصر دور القاضي على بحث وجود اتفاق التحكيم أم يتضمن بحث وجوده صحيحاً؟.

يلزم في هذا الصدد التمييز بين وجود أو انعدام اتفاق التحكيم وصحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، لأن وجود أو انعدام اتفاق التحكيم أمر يتعلق بتوافر أركان هذا الاتفاق المتمثلة في الرضا والمحل والسبب أو عدم توافرها، أما صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم فهو أمر يتعلق بشروط اتفاق التحكيم، ويترتب على تخلف أحد أركان اتفاق التحكيم انعدام اتفاق التحكيم وعدم وجوده، ويترتب على عدم توافر شروط صحة اتفاق التحكيم بطلان اتفاق التحكيم.

الجدير بالذكر أن المشرع المصري وعدد من القوانين التي تأثرت بقانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة ١٩٨٥، مثل القانون العماني وغيرهما، لم يميزوا بين الأمرين فيما يتعلق بدعوى البطلان؛ إذ أجازا الطعن في حكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان، سواء أكان حكم المحكمين منعدماً أو باطلاً، بخلاف ما استقر عليه الفقه بعدم جواز رفع دعوى البطلان ضد الأحكام إذا الأحكام يطعن بها وفق الطرق التي حددها القانون<sup>(١٣١)</sup>، والسبب في ذلك أن المشرع في قانون التحكيم قد نص صراحة على عدم جواز الطعن في أحكام المحكمين (المادة ٥٢ من قانون التحكيم المصري والعُماني).

الأجدر في رأينا أن نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم يقتضي بحث وجوده صحيحاً وموافقاً للقانون، فلا يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على مجرد

---

(١٣١) للمزيد عن الانعدام والبطلان في قانون المرافعات والتمييز بينهما، راجع: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٣٤٧ ص ٦٦٣؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٤٥٩ ص ٧٩٤ وما بعدها.

بحث وجود اتفاق التحكيم وتوافر أركانه، بل يقتضي بحث وجود اتفاق التحكيم صحيحاً، وهو ما يقتضي بحث شروط صحة اتفاق التحكيم واتفاقه مع القانون وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة؛ إذ الملاحظ أن قانون التحكيم قد حرم محاكم الدولة مما هو مقرر في القانون الفرنسي وقوانين أنظمة التحكيم الدولية، التي منحت المحاكم الفصل في النزاع طالما كان اتفاق التحكيم لاغ أو باطل أو عديم الأثر أو مستحيل التطبيق من الناحية العملية؟

تجدر الإشارة أن المادة ٩٥ من قانون إجراءات المحاكم المدنية لإمارة أبو ظبي رقم ٣ لسنة ١٩٧٠ والذي كان مطبقاً في إمارة أبو ظبي قبل صدور القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ بشأن الإجراءات المدنية كانت تنص على دعوى تسجيل مشاركة التحكيم<sup>(١٣٢)</sup>، وفي اعتقادي أنه لا يوجد ما يمنع من رفع تلك الدعاوى المتعلقة بإثبات وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات، بالإضافة لما أجازه المشرع في قانون التحكيم من رفع دعوى بطلان حكم المحكمين (المادة ٥٣ من قانون المصري).

---

(١٣٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩ أبريل ١٩٩٢ س ١٤ ع ١ ص ٢٨٤، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ١٨ ق جلسة ١٤ ديسمبر ١٩٩٧ س ١٩ ع ٢ ص ٨١٦، وقد جاء في هذا الحكم، "أن طلب تسجيل مشاركة التحكيم وفقاً لنص المادة ٩٥ من قانون إجراءات المحاكم المدنية لإمارة أبو ظبي ٣ لسنة ١٩٧٠ ليس طلباً للفصل في النزاع موضوع المشاركة وإنما يعني النظر في توفر أو عدم توفر المتطلبات والشروط القانونية التي تقرر بها المحكمة إحالة النزاع على التحكيم أو عدم إحالته، فإذا اعترض المدعى عليه على قبول طلب تسجيل الاتفاق وقدم أسبابه لذلك ورأت المحكمة صحة اعتراضه فإنها تقضي برفض طلب المدعي تسجيل مشاركة التحكيم وإلا فإنها تقضي بإعمال شرط التحكيم بالإحالة على التحكيم لتفصل هيئة التحكيم وليس المحكمة في النزاع".

أما في حالة قيام أحد طرفي اتفاق التحكيم برفع دعوى أمام القضاء وتمسك الطرف الآخر بوجود اتفاق تحكيم، فإن القاضي لا يملك الحكم ببطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة<sup>(١٣٣)</sup>، ما لم يدفع الخصم الآخر ببطلان اتفاق التحكيم، أو كان اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام؛ إذ يقتصر دور المحكمة في حالة بطلان اتفاق التحكيم بطلاناً متعلقاً بالنظام مع تمسك الخصم الآخر بوجوده في الحكم برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم والاستمرار في نظر الدعوى.

والأجدر في رأينا أن المحكمة تملك الحكم تلقائياً برفض الدفع إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام دون حاجة للدفع بالبطلان من الطرف الآخر، قياساً على ما منحه القانون في المادة ٢/٥٣ للمحكمة التي تنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، من الحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام في مصر.

وفي جميع الأحوال فإن الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم يقتضي التحقق من الوجود الفعلي والقانوني لاتفاق التحكيم، وهو ما يقتضي بحث صحة اتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام، ومدى شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح عليها من عدمه، وفي هذه الحالة يكون للمحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص أو تقضي برفض الدفع وتفصل في موضوع النزاع المطروح عليها، فلا يوجد ما يمنع من الناحية المنطقية من الاعتراف للمحكمة بالحكم برفض الدفع إذا كان اتفاق التحكيم ظاهراً بالبطلان أو كان مخالفاً للنظام العام أو سقط الحق في التمسك باتفاق التحكيم أو كان غير شامل لموضوع النزاع أو كان اتفاق التحكيم غير موجود، أو كان غير ثابت بالكتابة، ففي كل الحالات السابقة يكون اتفاق التحكيم غير موجود، ومن ثم يتعين على المحكمة رفض

---

(133) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الاستمرار في نظر النزاع المطروح عليها  
والفصل فيه.

وقد كان نص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد  
الصادر بالمرسوم ٥٠٠-١٩٨١ ينص صراحة على سلطة المحكمة في الحكم  
بعدم الاختصاص، سواء قبل تشكل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها ما لم يكن  
اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وفي الحالتين لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم  
الاختصاص من تلقاء نفسها ( Lorsqu'un litige dont un tribunal  
arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est  
porté devant une juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer  
incompétente, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi,  
la juridiction doit également se déclarer incompetente à  
moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement  
la juridiction ne peut relever Dans les deux cas, nulle.  
(d'office son incompetence).<sup>(١٣٤)</sup>).

وفي ١٣ يناير ٢٠١١ عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات  
الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم ٤٨/٢٠١١، حيث نصت المادة ١٤٤٨  
على أنه "على أنه في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم  
بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، الا في  
حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي  
كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها ( La  
juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son

---

(134) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit Judiciaire Privé»  
op. cit., n°719, p. 413.; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD,  
«Procédure Pivile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s., Cass. Com., 12 févr  
1985, pan. 225, obs. Dupichot, 10 Juin 1986, Rev. Arb. 1987, p. 461,  
note. P. Bloch.

incompétence ، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص، ويعتبر  
Toute stipulation contraire au présent article est كأن لم يكن  
(<sup>١٣٥</sup>). répute non écrite.

ونص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد واضح في أن  
سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص لا يكون تلقائيًا، وإنما يكون بناء  
على طلب الخصم الآخر، دون أي تقييد لسلطتها في الحكم برفض الدفع في  
حالة البطلان الظاهر *manifestement nulle*، وفي هذا الصدد تتوقف  
سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص أو برفض الدفع بوجود اتفاق  
التحكيم والفصل في موضوع النزاع، على مدى التوصل لوجود اتفاق التحكيم  
وصحته أو بطلانه وشموله للنزاع من عدمه، ويتوقف تصدي المحكمة في هذه  
الحالة لبطلان اتفاق التحكيم من عدمه، على طبيعة البطلان الذي يكتنف اتفاق  
التحكيم وما إذا كان يتعلق بالنظام العام أو كان بطلانًا يتعلق بالمصلحة  
الشخصية لأطراف اتفاق التحكيم، فيكون للمحكمة التصدي لبطلان اتفاق  
التحكيم وفقًا للحالة الأولى، كما لو كان اتفاق يخالف النظام العام للمجتمع أو  
كان بصدد مسألة لا يجوز فيها التحكيم، ولا يكون له ذلك إذا كان البطلان  
يتعلق بالخصم الآخر، كما لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم أو كان اتفاق التحكيم

---

(135) Art 1448 NCPC "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'état celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence".

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل  
تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ المشار إليه، للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم:  
راجع:

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit Judiciaire Privé», op.  
cit., n° 719, p. 413.; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD,  
«Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

قد سقط لعدم إجراء التحكيم في مدة معينة أو كان الشخص عديم الأهلية.

تجدر الإشارة أن دور المحكمة في جميع الحالات السابقة - وفقاً للجاري عليه العمل حالياً - تقتصر على البحث عن وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، وأثر ذلك على اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر النزاع، دون أن يكون لها الحق في الحكم بصحة الاتفاق أو بطلانه<sup>(١٣٦)</sup>، وقد ذهب بعض أحكام القضاء الفرنسي لعدم خضوع تلك الحالة لنص المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠-١٩٨١<sup>(١٣٧)</sup>.

ومن ثم نقترح تعديل نص المادة ١/١٣ من قانون المرافعات المصري والمادة ١٤٤٨ من قانون الفرنسي الجديد باستعمال تعبير للمحكمة بدلا من تعبير يجب على المحكمة، كما نقترح تعديل تكييف المشرع المصري للحكم الصادر في هذه الحالة ليكون الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو الحكم بصحة اتفاق التحكيم والتزام المدعى عليه بالبداء في إجراءات التحكيم بدلا من الحكم بعدم القبول، لأن الأمر يتعلق بالتحقق مع صحة الأطراف على التحكيم من عدمه، ونقطة الضعف في هذا الرأي تتمثل في الحالات التي يسكت فيها المدعي عن الرد على الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ولا يتمسك بالبطلان المقرر لمصلحته؛ إذ يضطر القاضي للبحث فقط عن حالات البطلان المتعلقة بالنظام دون بحث باقي الحالات، الأمر الذي يقلل من نطاق سلطة القاضي في هذه الحالة.

٤٢ - أما فيما يتعلق بالطعن في الحكم الصادر من المحكمة في الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

---

(136) Motulisky, JCP. 1954, 1.1194 et 1957, 1.1383, visé à, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(137) Grenoble, 3 oct 1996, Rev. Arb. 1997, 433, note. Y. Derains, vise, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118.

يخضع الحكم الصادر في هذه الحالة من القضاء للقواعد العامة في طرق الطعن، سواء بالنسبة للحكم بعدم الاختصاص أو عدم القبول وفقاً لبعض التشريعات لوجود اتفاق التحكيم أو بالنسبة للحكم برفض الدفع، فيجوز الطعن بالاستئناف على استقلال في الحكم الصادر بعدم الاختصاص، وفقاً لنص المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي<sup>(١٣٨)</sup>، والمادة ٦٠٧ و ٦٠٨ من

---

(١٣٨) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٩٧/٤/٨، حيث جاء في هذا الحكم أن : استقر قضاء هذه المحكمة على أن: الفصل في الاختصاص المتعلق بولاية المحاكم مما يخضع للاستثناء الوارد النص عليه في المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية بعدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة استقلالاً انتظاراً لصدور الحكم المنهي لها، ولما كان الحكم المطعون فيه مما يعد كذلك إذا فصل في مدى اختصاص المحاكم وهيئة التحكيم بنظر الدعوى، فإن الدفع بعدم جواز الطعن يغدو منهار الأساس، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن المطعون ضده أقام الدعوى أمام محكمة أول درجة على الطاعنة بطلب الحكم بصحة ونفاذ عقد الوكالة التجارية لمنتجات المدعى عليها في دولة الإمارات عدا دبي، وبأن تزوده بعقد الوكالة التجارية لمنتجاتها موثقاً ومصدقاً حسب الأصول من الجهات الحكومية في موطنها، وذلك لتقديمه لوزارة الاقتصاد لتسجيل الوكالة التجارية، واحتياطياً بإلزامها بدفع مبلغ خمسين مليون درهم كتعويض عما فاتتها من كسب إذا رفضت ذلك، وبجميع عملياته المستحقة بذمتها وتعيين خبير حسابي لتحقيق ذلك، وذلك قولاً منه إن المدعى عليها عينته وكيلاً لمنتجاتها لدى وزارة الصحة بالدولة وبعض الوزارات والدوائر الأخرى الحكومية، وأنها حققت بذلك شهرة وأرباحاً طائلة نتيجة لما بذله من جهد إلا أنه فوجئ أنها تسعى لتوكيل غيره، دفعت المدعى عليها بعدم قبول دعوى المدعى لوجود شرط التحكيم، وفي ٢٩ مايو ١٩٩٦، قضت بعدم قبول النظر في الدعوى لوجود شرط التحكيم؛ وإذ استأنف المدعى هذا الحكم قضى في استئنافه رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٩٦، أبو ظبي بتاريخ ١١/٢٦/١٩٩٦، بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدفع بعدم قبول الدعوى وقبولها وإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للفصل في موضوعها، ومن ثم كان هذا الطعن بطريق النقض من قبل المدعى عليها أصلاً، وحيث أن المطعون ضده دفع بعدم قبول الطعن باعتبار أن الحكم المطعون (=)

قانون المرافعات الفرنسي الجديد<sup>(١٣٩)</sup>، والمادة ٢١٢ من قانون المرافعات المصري، أما الحكم الصادر برفض الدفع فهو حكم غير منه للخصومة فلا يجوز الطعن فيه على استقلال<sup>(١٤٠)</sup>، ويجوز الطعن فيه مع الحكم المنهي للخصومة.

(=) فيه غير منه للخصومة وفقاً لنص المادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية، وحيث إن هذا النعي مردود بما استقر عليه قضاء هذه المحكمة من أن الفصل المتعلق بولاية المحاكم مما يخضع للاستثناء الوارد بالمادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية بعدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدر أثناء نظر الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة استقلالاً انتظاراً لصدور الحكم المنهي لها، ولما كان الحكم المطعون فيه مما يعد كذلك إذ فصل في مدى اختصاص المحاكم أو هيئة التحكيم بنظر الدعوى فإن الدفع يغدو منهار الأساس... "حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٩ س ١٤ ع ١ ص ٢٨٤، وقد جاء في هذا الحكم أنه: لما كان المطعون ضده قد تقدم إلى المحكمة الابتدائية بطلب لتسجيل اتفاق بإحالة النزاع القائم بينه وبين الطاعن إلى التحكيم وفقاً لأحكام المادة ٢/٩٥ من قانون إجراءات المحاكم المدنية لسنة ١٩٧٠ وأن المحكمة الابتدائية رفضت اعتراض الطاعنة بشأن إحالة النزاع إلى التحكيم فإن الحكم الابتدائي بقضائه هذا يكون قد فصل في الخصومة المطروحة أمام المحكمة بشأن تحديد الهيئة التي ستفصل في النزاع وبالتالي يكون ذلك حكماً منهيّاً للخصومة ويجوز الطعن عليه بالاستئناف..."; إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن الحكم الصادر في الدفع بوجود اتفاق التحكيم بعدم قبول الدعوى هو حكم قطعي تنتهي به الخصومة كلها وتستنفذ بذلك ولايتها في نظر النزاع، تمييز دبي الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٩٥ جلسة ١٩٩٦/٦/١٥، العدد ٧ ص ٣٨٤، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ١٩٩٨، جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨.

(139) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, "Procédure Civile", op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(١٤٠) تمييز دبي الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/٦/١٥، العدد ٧ ص ٣٨٤، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ١٩٩٧ جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨، وقد جاء في تلك الأحكام أنه: "إذا كان مؤدي قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بشرط التحكيم هو اختصاص المحكمة بنظر الدعوى ودخولها في ولايتها ومن ثم فإن الطعن فيه يكون غير جائز إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها عملاً بالمادة ١٥١ من قانون الإجراءات المدنية".



إن الطعن في الحكم الصادر من المحكمة بعدم الاختصاص يمكن إلغاؤه من محكمة الاستئناف، وإلغاء الحكم الصادر من محكمة أول درجة معناه القضاء برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم، الأمر الذي يؤكد أن الحكم في الدفع بالتحكيم يقتضي على نحو ما أسلفنا التأكد من الوجود القانوني لاتفاق التحكيم، وهو ما يوجب التسليم بحق المحكمة في الحكم برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم وسلطتها في بحث وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده.

ولا يترتب على الحكم بعدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم استنفاد المحكمة ولايتها بنظر النزاع<sup>(١٤١)</sup>؛ لأن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بعدم الاختصاص لا يتعلق بموضوع النزاع، بل كان فصلاً في وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، ولا يعتبر فصلاً في النزاع، ومن ثم لا تستنفذ به محكمة أول درجة ولايتها بنظر النزاع؛ إذ يترتب على إلغاء الحكم في الاستئناف التزام محكمة الاستئناف وفقاً لمبدأ التقاضي على درجتين إحالة النزاع لمحكمة أول درجة لتفصل فيه من جديد.

---

(١٤١) د. محمود هاشم، استنفاد ولاية المحكمين، في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٤ العدد ٢٦ ص ٨٤ و ٨٥؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨ ص ٦٩؛ د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، بحث منشور مجلة الحقوق، جامعة الكويت س ٢ العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٤ ص ١٠٨ وما بعدها، تمييز دبي الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢ نوفمبر ٢٠٠٢ ص ٧٧٩، د. أحمد صدقي، قواعد المرافعات في دولة الإمارات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية ٢٠٠٤ ص ٣٢٩ و ٣٣٠؛ د. على الحديدي، القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج ٢، إجراءات التقاضي ص ١٨٤.

## المطلب الرابع

### مدى جواز الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص

٤٣ - ذكرنا آنفاً أن جمهور الفقه يذهب إلى أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص المبني على إجازة المشرع للأفراد في إعطاء الأولوية للأفراد في الاتفاق على عرض نزاعهم على هيئة التحكيم بنظر النزاع دون المحكمة المختصة، وأنه يترتب على هذا الاختصاص لهيئة التحكيم حق الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا ما التجأ الخصم الآخر للقضاء؛ إذ الاتفاق على التحكيم لا يسلب القضاء ولايته العامة في نظر النزاع، فإذا ما تأكدت المحكمة من وجود اتفاق التحكيم صحيحاً وموافقاً للقانون، كان عليها أن تحكم بصحة اتفاق التحكيم أو بعدم الاختصاص - كما يذهب جمهور الفقه وتستقر أحكام القضاء - بنظر النزاع لوجود اتفاق التحكيم.

٤٤ - السؤال، هل يترتب على الحكم بعدم الاختصاص أو الحكم بصحة اتفاق التحكيم في هذه الحالة التزام المحكمة وفقاً لنص المادة ١١٠ مرافعات مصري إحالة النزاع من القضاء لهيئة التحكيم؟.

خلت جميع التشريعات من النص على الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص بسبب الدفع بوجود اتفاق التحكيم<sup>(١٤٢)</sup>، وقد اختلف الفقه في هذه المسألة حيث ذهب جمهور الفقه للقول بعدم جواز الإحالة بين القضاء

---

(١٤٢) نصت المادة ١٤ من مشروع قانون التحكيم المقدم من وزارة العدل بدولة الإمارات العربية أواخر ٢٠٠٦ على أن: على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى وتحيل الطرفين إلى التحكيم إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى "...، وهذا النص يكاد يكون الوحيد في تشريعات الدول الذي ينص على الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص.

والتحكيم<sup>(١٤٣)</sup>؛ لأن الإحالة لا تكون إلا بين المحاكم القضائية التابعة للدولة، ولا إحالة بين القضاء والجهات غير القضائية<sup>(١٤٤)</sup>، وأن الإحالة للتحكيم تستلزم

(١٤٣) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٤٥ ص ١٢٥ وما بعدها؛ د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٢٦ ص ١٥٨.

(١٤٤) تمييز دبي الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٣ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام محكمة تمييز دبي ص ١٧٦ وما بعدها، وتتخلص وقائع هذا الحكم في أن الطاعنين أقاما على المطعون ضدهم الدعوى رقم ٤٦٧ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة دبي الابتدائية بطلب الحكم أصلياً أولاً بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما الغرامة التأخيرية المنصوص عليها بالاتفاقية المبرمة بينهما وبين المطعون ضدهم بتاريخ ١٩٩١/٨/٢٤، ثانياً بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما مبلغ مليوني درهم كتعويض جابر لما أحاق بهما من أضرار مادية ومعنوية من جراء تعنت وخطأ وغش المطعون ضدهم، ثالثاً بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما مبلغ ٨٧٧٥٧٢ و ٧٥٧٢ و ٨٧٧ درهم قيمة ما هو ثابت بإذن الصرف المؤرخ ١٩٩١/٩/٢٨ الموقع منهم والصادر على بنك ... والمسلم منهم للطاعنين واحتياطياً وبصفة مستعجلة بأحقيتهما في التصرف في البضاعة المبيعة بالكيفية التي يريانها حماية لحقوقهما وخشية من تلفها وهلاكها ومنعاً لمزيد من الخسائر والنفقات بسبب طول مدة تخزينها وعدم التصرف فيها، مع حفظ كافة حقوقهما التي أبدياها سلفاً وما قد يستجد بعد ذلك من حقوق ومطالبات، وقالوا شرحاً لدعواهما إنه بموجب عقد بيع مؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠ اشترى منهما المطعون ضدهما ١٢٠.٠٠٠ متر مربع من البلاط السيراميك الانجليزي الصنع نظير مبلغ إجمالي مقداره ١.٢٦٠.٠٠٠ درهم، وبعد معاينتهم للبضاعة سلموها شيكاً مسحوباً على بنك ... فرع دبي بقيمتها يستحق الأداء في ١٩٩١/٨/١٤، وإذا تبين وجود رصيد له اتفق الطرفان بموجب اتفاقية مؤرخة ١٩٩١/٨/٢٤ على أن يقدم لهما المطعون ضدهم ضماناً بنكياً بقيمة هذا الشيك، وعلى أن يقوموا بنقل البلاط المبيع من مخازن الطاعنين بأبو ظبي في مدة أقصاها شهر من تاريخ تحريرها وعلى غرامة تأخيرية مقدارها ١٠٠٠ درهم يومياً يدفعها من يتسبب في تأخير التنفيذ، وإذ تراضى المطعون ضدهم في التنفيذ وخشية إلزامهم بهذه الغرامة قدموا للطاعنين إذن صرف مؤرخ ١٩٩١/٩/٣٠ إلا أن البنك المسحوب عليه هذا الإذن امتنع بالتواطؤ مع المطعون ضدهم عن صرف قيمته لهما بحجة تزويره، كما قام المطعون ضدهم باحتجاز الضمان البنكي مدة خمسة عشر يوماً لمنع خصم قيمة الإذن من هذا الضمان، (=)

(=) ولم يَقم البنك بسداد قيمة هذا الضمان حتى بعد إعادته للطاعن الثاني، وإذ تبين عدم صحة ما ادعاه المطعون ضده الثاني من تزوير إذن الصرف، وقضى بمعاقبته جنائياً عن جريمة البلاغ الكاذب، قام المطعون ضدهم بتوقيع الحجز التحفظي على هذا الإذن لدى البنك بقصد منع الطاعنين من الحصول على حقوقهما، وإذ نكل المطعون ضدهم عن تنفيذ التزاماتهم وهو ما ترتب عليه التزامهم بالغرامة التأخيرية المتفق عليها وإذ لحقهما أيضاً من جراء اتهامهما تزوير إذن الصرف، وما ارتكبه من الأفعال السالف بيانها أضرار مادية وأدبية تقدران التعويض عنها بمبلغ ٢.٠٠٠.٠٠٠ درهم ولم يقوموا بسداد قيمة إذن الصرف سالف البيان إليهما رغم ثبوت صحته، فقد أقاما الدعوى بطلباتهما سالف البيان، وبتاريخ ١٩٩٣/٣/١١ حكمت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى باعتبارها سابقة لأوانها استناداً لوجود شرط التحكيم، استأنف الطاعنان هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٣، وبتاريخ ١٩٩٣/١/١٩ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق التمييز بموجب صحيفة أودعها قلم كتاب هذه المحكمة في ١٨/١١/١٩٩٣، وقدم محامي المطعون ضدهم مذكرة بدفاعهم في الميعاد طلب فيها رفض الطعن، وحيث أن الطعن أقيم على سببين ينعي الطاعنان بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط حال أن أعمال هذا الشرط لا يكون إلا برضاء طرفي النزاع، وقد أعرض المطعون ضدهم عنه لأنهم لجأوا إلى القضاء وطلبوا توقيع الحجز التحفظي على إذن الصرف موضوع النزاع، ثم رفعوا الدعوى أمامه بطلب بطلب تثبيت هذا الحجز، وهنا يعتبر تنازل منهم عن شرط التحكيم، وكان يتعين على المحكمة أن تتحقق عما تم في هذه الدعوى قبل الفصل في الدعوى الماثلة، خاصة وأن المطعون ضدهم الذين أعرضوا عن حكم المحكم المقدم صورته لمحكمة الاستئناف، هذا وقد أغفلت المحكمة طلب الطاعنين إحالة دعوتهما للمحكمة وضمها إلى الدعوى المقامة ضدهما من المطعون ضدهم، وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن اتفاق الطرفين على التحكيم يترتب عليه حرمان أطراف العقد من اللجوء للقضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن اللجوء للقضاء بصده، ولا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة، إذ يظل شرط التحكيم في هذه الحالة قائماً، ولما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكا في الدعوى رقم ١٢٣٨ لسنة ١٩٩١ التي أقامها عليهما المطعون ضدهم (=)

الاعتراف بوجود هيئة التحكيم كهيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي<sup>(١٤٥)</sup>، حتى يمكن الإحالة إليها وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون

(=) بشأن منازعات تتعلق بالاتفاقية المبرمة بينهما بتاريخ ١٩٩١/٨/٢٤، بشرط التحكيم المتفق عليه بهذه الاتفاقية، فأجابتهما المحكمة إلى ذلك وأحالت الدعوى إلى التحكيم، بما مؤداه أن الطرفين لم يتفقا على الرجوع عن شرط التحكيم الذي يظل نتيجة لذلك قائماً، ولا يحول دون تمسك المطعون ضدهم بهذا الشرط في الدعوى الراهنة التي أقامها الطاعنان عليهم والدفع بعدم قبولها استناداً إلى هذا الشرط، ولا يجدي الطاعنين من بعد في هذا الصدد مجرد التحدي بسبق إقامة المطعون ضدهم الدعوى رقم ١٩٩١/١٢٣٨ سالفه البيان أمام القضاء أو إعراضهم عن التحكيم، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع المبدي من المطعون ضدهم بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم بالشرط سالف البيان يكون قد أصاب صحيح القانون، لما كان ذلك وكان لا يجوز الإدلاء أمام المحكمة بالدفع بالإحالة إلى المحكم لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه؛ لأن القاعدة أن هذه الحالة لا تجوز إلا بين المحاكم في نطاق الجهة القضائية الواحدة ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك، وإذ خلا القانون من نص يجيز الإحالة إلى المحكم فإن وقوف الحكم المطعون فيه عند حد القضاء بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم دون إحالة الدعوى إلى المحكم لا يكون قد خالف القانون، ويكون النعي بهذا السبب برمته على غير أساس...".

(١٤٥) يكاد يجمع الفقه على التسليم على عدم اعتبار هيئة التحكيم من الجهات القضائية، سواء من الناحية العضوية أو من الناحية الموضوعية؛ لأن تشكيل هيئة التحكيم ليس نفس تشكيل المحاكم كما أن أحكام هيئة التحكيم على الرغم من إلزامها بمجرد صدورها كأحكام القضاء، إلا أنها لا تنفذ إلا بعد الحصول على أمر التنفيذ اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم الاختياري، أما فيما يتعلق بطبيعة هيئة التحكيم وما إذا كان من الممكن تكييفها على أنها هيئة استثنائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو هيئة إدارية، فقد اختلف الفقه حيث ذهب جانب لتكييف هيئة التحكيم على أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، بينما ذهب جانب آخر لتكييف هيئة التحكيم على أنها هيئة استثنائية بينما ذهب رأي ثالث إلى أنها هيئة إدارية، للمزيد: د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، مرجع سابق، ص ٥٤٣ وما بعدها؛ د. وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت س ٧ ع ١ (=)

المرافعات المصري؛ إذ الغالب عند نظر النزاع أمام القضاء ألا تكون هيئة التحكيم قد تشكلت بعد.

وقد ذهب بعض الفقه تؤيده بعض أحكام محكمة النقض المصرية للقول بتصور الإحالة بين القضاء والتحكيم، وأساس ذلك أن نصوص القانون المصري لا تمنع من الأخذ بفكرة الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص، يستوي في ذلك أن تكون هيئة التحكيم دائمة أو خاصة، وأن هيئة التحكيم هي هيئة ذات اختصاص قضائي، يكون لها الفصل في النزاع المطروح عليها بإجازة من المشرع<sup>(١٤٦)</sup>.

الواقع بحق أنه على الرغم من وضوح نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري الذي قصر على المحكمة الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون حق المحكمة في الإحالة، باعتبار نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم نص خاص والعام يظل على عمومه ما لم يرد ما يخصه، وأن نص المادة ١١٠ تتعلق بوجوب الإحالة لعدم الاختصاص الولائي والنوعي والقيمي، وكان عدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بأي من هذه الأنواع من الاختصاص، وأنه يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، ومع تأييدنا لتكييف للدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بالتحكيم أو بوجود

---

(=) مارس ١٩٨٣ ص ٩٨ وما بعدها؛ د. عادل الطبطبائي، الجوانب الدستورية والقانونية في عمليات إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت س ١٥ ع ١ عدد ١٩٩٣ ص ١٣٤ وما بعدها.

(١٤٦) أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، طبعة ١٩٧٨ ص ٢٥٧؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، رقم ٨١ ص ٢٦٩؛ د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة جامعة القاهرة، ١٩٩٠ ص ٤٢٩ و ٤٣٠؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٧٧ و ١٧٨ ص ١٦٥ و ١٦٦.

وصحة اتفاق التحكيم على نحو ما وضعنا سابقاً، وكان من المتعين التسليم بالتطورات الحديثة التي طرأت على نظام التحكيم في العالم، والاعتراف بالتحكيم كجهة من الجهات المعترف لها بالفصل في النزاع، وكانت الطبيعة القضائية هي السائدة في تكييف التحكيم عن غيرها من النظريات الفقهية<sup>(١٤٧)</sup>، والاعتراف للمحكم بمركز مشابهه للمركز القانوني للقاضي في محاكم الدولة<sup>(١٤٨)</sup>، إلا أنه لا يجوز التسليم بوجود الإحالة بين القضاء وهيئات التحكيم؛ إذ قد لا تكون هيئة التحكيم معروفة بعد قبل تشكيلها، كما أن تشكيل هيئة التحكيم لا يجيز التطابق بين مركز القاضي والمحكم.

ومن ثم نرى عدم جواز الإحالة بين القضاء وهيئات التحكيم أو بين هيئات التحكيم والقضاء لعدم النص من ناحية، ولمنع تصور الإحالة من التحكيم للقضاء من ناحية أخرى أو بين هيئات التحكيم والقضاء، وأن يقتصر الأمر على الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون إحالة وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري، وأن التكييف الصحيح لطبيعة الدفع بالتحكيم يجب على هذا التساؤل، وأن مكن المشكلة هو في نص المشرع على وجوب الحكم بعدم الاختصاص في هذه الحالة، واتجاه الفقه لتكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص وليس حكماً بصحة وجود اتفاق التحكيم.

---

(١٤٧) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢١ ص ٤١ وما بعدها، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢١ ص ٥٢ وما بعدها؛ محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، ص ٢٤ وما بعدها؛ د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ٢٩ ص ٤٠ وما بعدها.

(١٤٨) د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ٢٩ ص ٤٠ وما بعدها؛ د. سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦ بند ٣٩ ص ١٠١ وما بعدها.

غير أن ذلك لا يمنع، وفقاً للمستجدات الحديثة في عالم التحكيم، من الاعتراف بالتحكيم على حد تعبير بعض الفقه كهيئة ذات اختصاص قضائي اعترف بها المشرع وأجاز التحكيم أمامها<sup>(١٤٩)</sup>، أو هيئة خاصة استثنائية اعترف لها المشرع بالفصل في المنازعات.

الجدير بالذكر أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ قد أجاز - فيما يتعلق بالمنازعات حول تعيين المحكمين أو الأمور المتعلقة بالاعتراض على بعضهم - في المادة ١٤٦٠ الإحالة من هيئات التحكيم إلى قاضي الدعم المختص جغرافياً، سواء كان ذلك عن طريق احد الأطراف أو هيئة التحكيم أو احد أعضائها، ويتم تقديم الطلب والتحقيق

---

(١٤٩) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٧١ ص ٧٦ وما بعدها، الجدير بالذكر أنه يتعين التحفظ على تعبير الهيئة ذات الاختصاص القضائي بالنسبة لهيئات التحكيم الاختياري؛ لأن الهيئة ذات الاختصاص القضائي هيئة تشكل من قبل الدولة من عناصر قضائية للفصل في منازعات محددة كالجانب القضائية المشكلة للفصل في منازعات الإصلاح الزراعي ولجان التصالح في المنازعات الضريبية وغيرها، واختصاص تلك الهيئات بالفصل في المنازعات اختصاص حاجز دون قضاء الدولة، أما هيئات التحكيم فتشكل وفقاً لنص المادة ١٥ من قانون التحكيم المصري باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، ونصت المادة ١٧ على طريقة اختيارهم في حالة عدم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، وأعضاء الهيئة لا يشترط أن يكونوا من القضاة، فيتصور اختيار المحكمين من غير أعضاء السلطة القضائية، كما يتصور أن يكون المحكم رجلاً أو امرأة، كما يتصور أن يكون المحكم متعلماً أو أمياً (د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٢٤ ص ١٦٩ وما بعدها)، ومن ثم لا يتصور أن تكون هيئات التحكيم من الهيئات ذات الاختصاص القضائي، سواء من حيث طريقة تشكيلها والأعضاء الذين يشكلونها ولايتها بنظر النزاع، إذ الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لا يسلب القضاء ولايته العامة في الفصل فيها.



فيه وإصدار حكم بشأنه وفقاً للإجراءات التي تتعلق بالقضايا المستعجلة<sup>(١٥٠)</sup>.

تجدر الإشارة أن المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ونص المادة ١/٨ من قانون الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي نصتا على التزام المحكمة بالإحالة، والواقع أن هذا التعبير في غير محله؛ إذ المقصود من الإحالة في هذه الحالة الحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى وليس الإحالة بمعناها الفني في قانون المرافعات<sup>(١٥١)</sup>؛ لأن نص هذه الاتفاقيات يخاطب الدول وليس المحكمة، فهو التزام دولي وفقاً لاتفاقية نيويورك ونظام استرشادي وفقاً لقانون التحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥.

## المطلب الخامس

### التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم

٤٥ - التنازع في الاختصاص وفقاً لنص المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٠، هو التنازع بين جهتي القضاء العادي والإداري أو بين جهة من جهات القضاء وهيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي على الاختصاص بنظر النزاع أو عدم الاختصاص بنظر النزاع، وهذا التنازع قد يكون ايجابياً وقد يكون سلبياً، وقد يتعلق التنازع في الاختصاص

---

(150) Article 1460 NCPC, «Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. «La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le Juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455».

(١٥١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥.

بالتنازع في تنفيذ حكمين متناقضين<sup>(١٥٢)</sup>.

وقد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أنه "وحيث إن مناط قبول طلب الفصل في تنازع الاختصاص طبقاً للبند ثانياً من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة هو أن تطرح الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين من جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي ولا تتخلى إحداها عن نظرها أو تتخلى كلاهما عنها، وكان الثابت من الأوراق أن كلا من جهتي القضاء العادي والإداري قد تخلت عن نظر موضوع النزاع المعروض عليها، فإن مناط قبول الطلب المائل يكون متحققاً"<sup>(١٥٣)</sup>.

٤٦ - السؤال، هل يتصور التنازع بين هيئات التحكيم وجهات القضاء العادي والإداري؟.

هيئة التحكيم هيئة غير قضائية يقوم الأفراد أو مراكز التحكيم المنظمة بتشكيلها، الأمر الذي ينفي عنها من الناحية الشكلية أو العضوية وصف الهيئة

---

(١٥٢) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ١١٨ ص ٢٠٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٠٠ ص ٣٨٣ وما بعدها؛ د. أحمد ماهر زغلول، أصول قواعد المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٨ بند ٢٥٤ ص ٥٢٠ وما بعدها؛ د. أحمد خليل، التعارض بين الأحكام القضائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٣ و ٧٥ وما بعدها؛ د. سيد أحمد محمود، أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦ ص ٥٧٢ وما بعدها؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٨٠ ص ١٦٧ وما بعدها.

(١٥٣) الدعوى رقم ١٠ لسنة ١٩ ق تنازع جلسة ٤ ديسمبر ١٩٩٩، مشار إليه لدى؛ د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، ٢٠٠٣ ص ٤.

القضائية<sup>(١٥٤)</sup>، فهي من ناحية مشكلة من غير القضاة، كما أن اختيار أعضائها يكون من قبل الأفراد وليس من قبل الدولة أو السلطة القضائية كما هو الحال في اختيار القضاة، وأنه في حالة تعيين المحكمين من قبل المحكمة المختصة بالنزاع، يكون ذلك موقوفاً أيضاً على إرادة أطراف اتفاق التحكيم الذين لم يتفقوا على اختيارهم، غير أن هيئة التحكيم تفصل في المنازعات التي اتفق الأطراف على إحالتها للتحكيم دون قضاء الدولة، وأساس ذلك إجازة المشرع للأفراد في الاتفاق على التحكيم لحل المنازعات التي يجوز فيها الصلح، مع إلزام المحاكم في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في موضوع الدعوى المطروحة عليها، أن تحكم بعدم القبول كما هو الحال في القانون المصري والعُماني أو الحكم بعدم الاختصاص كما هو الحال في القانون الفرنسي والإيطالي والكويتي.

تجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي يستعمل تعبير محكمة التحكيم Tribunal arbitral بمعنى هيئة التحكيم، حيث كان المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الصادر بالمرسوم ٥٠٠-١٩٨١ ينص على سلطة المحكمة في الحكم بعدم الاختصاص مع التمييز بين حالة تشكيل هيئة التحكيم وحالة عدم تشكيل

---

(١٥٤) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ هامش ٥؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٦٩ ص ٧٥؛ د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

عكس ذلك؛ د. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مرجع سابق، بند ص ٢٣ وما بعدها، مشار إليه لدى؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٦٧ ص ٧١ وما بعدها.

محكمة التحكيم **Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction d'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente, si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle. Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence** ».

نص في المادة ١٤٥٢ على تشكيل محكمة التحكيم<sup>(١٥٥)</sup>، وهو نفس نص نهج المشرع في المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، حيث نصت المادة ١٤٤٨ المشار إليها، على أنه "على أنه في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص ما لم يكن النزاع قد دخل في حوزة هيئة التحكيم، الا في حالة كون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها la juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن يكن Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite"<sup>(١٥٦)</sup>.

٤٧ - الأمر الذي يثير التساؤل في هذه الحالة عن طبيعة عمل هيئة التحكيم، وهل هي هيئة قضائية استثنائية أم أنها هيئة إدارية أم هيئة ذات اختصاص قضائي؟.

---

(١٥٥) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٦٧ ص ٧١ وما بعدها.  
(156) Art 1448 NCPC "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de d'état celle-ci se déclare incompétente sauf si le le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement incompétence".

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم<sup>(١٥٧)</sup>، حيث ذهب البعض إلى أن هيئة التحكيم هي هيئة قضائية خاصة أو استثنائية<sup>(١٥٨)</sup>، ويقوم هذا الرأي على إجازة المشرع للأفراد في اختيار محكميهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات يجوز فيها التحكيم<sup>(١٥٩)</sup>، وذلك على وتيرة المحاكم الخاصة التي تشكل من قبل الدولة للفصل في منازعات ذات طبيعة معينة ذات وصف محدد<sup>(١٦٠)</sup>.

وقد ذهب بعض الفقه للقول بأن هيئة التحكيم التي تشكل للفصل في النزاع هي هيئة إدارية<sup>(١٦١)</sup>، أو على حد تعبير بعض الفقه العربي هيئة إدارية ذات اختصاص قضائي<sup>(١٦٢)</sup>، وذهب رأي لعدم اعتبارها هيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي<sup>(١٦٣)</sup>، وقد ذهب البعض للقول بأن هيئة التحكيم

---

(١٥٧) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٦٤ ص ٦٩ وما بعدها.  
(١٥٨) د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٠ ص ٤٠٦ وما بعدها.

(١٥٩) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٦٥ ص ٦٩ وما بعدها.  
(١٦٠) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ١١٢ ص ١٩٥ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١٨ ص ٤٨ وما بعدها.

(١٦١) وقد شاع هذا التكيف لدى فقهاء القانون العام، للمزيد: راجع: د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، ١٩٧٤ ص ٥٤١ وما بعدها؛ حيث أشار للدكتور محمد عصفور.

(١٦٢) د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، مرجع سابق، ص ٥٤٦ وما بعدها؛ د. عادل الطبطبائي، الجوانب الدستورية والقانونية في عملية إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ١٥ ع ١ عدد ١٩٩٣ ص ١٣٧ وما بعدها، والتكيف السابقة لهيئة التحكيم في سوق الأوراق المالية.  
(١٦٣) د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق.

الاختياري هيئة ذات اختصاص قضائي، ويقوم هذا الرأي على أساس التسليم باستقلال التحكيم عن قضاء الدولة، وأن هذا الاستقلال لا ينفي وجود اتصال وثيق بين الفكرتين<sup>(١٦٤)</sup>.

٤٨ - الواقع، أنه يتعين التمييز بين هيئة التحكيم الاختياري وغيرها من هيئات التحكيم، على النحو الآتي:

من ناحية أولى، أنه يتعين التمييز بين الهيئة القضائية الاستثنائية وهي ما يطلق عليها المحاكم الخاصة، وبين الهيئات الخاصة والاستثنائية، النوع الأول يشكل من قبل الدولة من عناصر قضائية للفصل في منازعات من طبيعة محددة، واختصاصها بالفصل في النزاع يجب اختصاص محاكم الدولة، وهيئة التحكيم لا يمكن أن تكون من هذا النوع<sup>(١٦٥)</sup>، لأنها لا تشكل من قبل الدولة، ولا تشكل في معظم الأحوال من عناصر قضائية، ولا تختص بالفصل في منازعات من نوع معين، ولا يجب اختصاصها اختصاص محاكم الدولة، أما النوع الثاني وهو الهيئة القضائية الخاصة الاستثنائية فتتشكل من قبل الدولة من عناصر قضائية من قبل الأطراف أو المحكمة في حالة عدم الاتفاق على ذلك، من عناصر قضائية للفصل في منازعات محددة ويجب اختصاصها اختصاص الدولة، مثال الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وهيئة التحكيم هيئة تشكل من عناصر قضائية أو غير قضائية، ولا يجب اختصاصها اختصاص محاكم الدولة ذات الولاية العامة بالفصل في المنازعات.

ومن ناحية ثانية، الهيئة الإدارية هي هيئة تشكل بقرار إداري من عناصر قضائية أو إدارية، مثال هيئات التحكيم في سوق الأوراق المالية

---

(١٦٤) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٧١ ص ٧٦ وما بعدها.  
(١٦٥) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٧٤ ص ٨٠ وما بعدها.

والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة<sup>(١٦٦)</sup>، وهيئات تحكيم معاملات الأسهم بالأجل<sup>(١٦٧)</sup>، وهيئات تحكيم منازعات المشروعات العام<sup>(١٦٨)</sup>، وهذه الهيئات تتبع السلطات الإدارية والتنفيذية في الدولة ويعد قرارها قرار إداري يطعن عليه أمام محاكم القضاء الإداري، أما هيئة التحكيم فتشكل باتفاق الأطراف أو بحكم من المحكمة من عناصر قد تكون قضائية أو غير قضائية للفصل في المنازعات التي يجوز فيها الصلح، وهذه الاختصاص لا ينزع أو يحجب اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع.

ومن ثم نرى استبعاد تكييف هيئة التحكيم الاختياري على أنها هيئة إدارية.

ومن ناحية ثالثة، الهيئة ذات الاختصاص القضائي هيئة تشكل من قبل الدولة من عناصر قضائية للفصل في منازعات محددة كالجان القضائية المشكلة للفصل في منازعات الإصلاح الزراعي ولجان التصالح في المنازعات الضريبية وغيرها، واختصاص تلك الهيئات بالفصل في المنازعات اختصاص حاجز دون قضاء الدولة، أما هيئات التحكيم فتشكل وفقاً لنص المادة ١٥ من قانون التحكيم المصري باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر، فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، ونصت المادة ١٧ على طريقة اختيارهم في حالة عدم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، وأعضاء الهيئة لا يشترط أن

---

(١٦٦) راجع بحثنا بعنوان: "طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع"، مجلة الميزان الصادرة عن وزارة العدل لدولة الإمارات العربية المتحدة، عدد مارس ٢٠٠٧، ص ٤٤ وما بعدها.

(١٦٧) د. وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مرجع سابق، ١٠٠ وما بعدها.

(١٦٨) د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروعات العام، مرجع سابق، ص ٥٤٦ وما بعدها.

يكونوا من القضاة، فيتصور اختيار المحكمين من غير أعضاء السلطة القضائية، كما يتصور أن يكون المحكم رجلاً أو امرأة<sup>(١٦٩)</sup>، كما يتصور أن يكون المحكم متعلماً أو أمياً<sup>(١٧٠)</sup>، واختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لا يسلب اختصاص الدولة<sup>(١٧١)</sup>.

ومن ثم لا يتصور أن تكون هيئات التحكيم الاختياري من الهيئات ذات الاختصاص القضائي، سواء من حيث طريقة تشكيلها والأعضاء الذين يشكلونها وولايتها بنظر النزاع؛ إذ الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لا يسلب القضاء ولايته العامة في الفصل فيها<sup>(١٧٢)</sup>، ويظل القضاء مختصاً بنظرها.

٤٩- مجمل القول، أنه من الصعب وصف هيئة التحكيم على أنها هيئة قضائية أو هيئة قضائية خاصة أو استثنائية أو هيئة إدارية أو هيئة ذات اختصاص قضائي، وأن تحديد التكيف الصحيح لهيئة التحكيم يستلزم النظر في

---

(١٦٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩ ص ٢٣٤ و ٢٣٤؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١/٥٩ ص ١٨٠؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٧٦ و ٧٧ ص ٩٥ وما بعدها.

(١٧٠) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٤/٥٩ ص ١٨٣ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٧٧ ص ٩٦.

(١٧١) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ١٩٨٨ الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤.

(١٧٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف، ١٩٨٨ الطبعة الثامنة بند ٤٧٥ ص ٨٦٤.



طريقة تشكيل هذه الهيئة ومضمون اختصاصها بنظر المنازعات، وهيئة التحكيم يتم تشكيلها باتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة في حالة عدم الاتفاق، وأنها تختص بالفصل في المنازعات التي يجوز فيها الصلح باتفاق الأطراف، ولا ينزع اختصاصها اختصاص الدولة، ومن ثم فإنها هيئة استثنائية خاصة أجاز لها المشرع الفصل في النزاع.

تفصيل ذلك، أن هيئة التحكيم ليست هيئة قضائية، كما أنها ليست من الهيئات القضائية الاستثنائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أو الهيئات الإدارية، وأنها هيئة خاصة استثنائية تشكل باتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، وتشكل من عناصر قضائية أو غير قضائية للفصل في المنازعات التي تقبل الصلح ولا تخالف النظام العام للمجتمع، وأن الاتفاق على اختصاص تلك الهيئة بنظر النزاع لا يسلب اختصاص القضاء بنظر النزاع.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ١٣ يناير ٢٠٠٢ على اعتبار التحكيم كجهة للفصل في المنازعات إلى جانب جهتي القضاء العادي والإداري<sup>(١٧٣)</sup>.

---

(١٧٣) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المقيدة برقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية دستورية بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركتين المستأنف ضدتهما تقدمتا إلى مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال باعتراض على القرارات الصادرة بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١ من الجمعية العمومية للشركة المستأنفة التي يساهمان فيها انتهيا فيه إلى طلب وقف تلك القرارات، وبعد أن أجابتهما الهيئة إلى طلبهما استصدرا من هيئة التحكيم - المشكلة طبقاً لقانون سوق رأس المال - الحكم رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والذي قضى ببطالان القرارات السبعة الأولى للجمعية العامة السالف الإشارة إليها، طعنَت الشركة المستأنفة في هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٠ لسنة ١١٧ ق تحكيم تجاري استئناف القاهرة كما أقامت أمام تلك المحكمة الدعوى رقم ٨٧ لسنة ١١٧ ق تحكيم تجاري استئناف القاهرة ببطالان حكم التحكيم السالف، وبعد أن ضمت المحكمة الدعويين (=)

(=) قضت بوقفهما وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية المادتين (١٠ و ٥٢) من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وحيث أن المادة ١٠ من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تنص على أن: "لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جدية يبيدها عدد من المساهمين الذين يملكون (٥%) على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبت وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو جلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيره، وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار، فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر قرار الوقف كأن لم يكن"، كما نصت المادة ٥٢ من ذلك القانون على أن: يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره، وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل طرف من أطراف النزاع، وإذا تعدد أحد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد، وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية وناذرة ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها"، وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط قبول الدعوى الدستورية - مناطها توافر ارتباط مباشر بينها وبين المصلحة القائمة في النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية المطعون عليها لازماً للفصل فيما يرتبط بها من الطلبات في الدعوى الموضوعية، وإذا كان جوهر النزاع الموضوعي هو عدم صحة حكم التحكيم وطلب إلغائه فإن نطاق المصلحة في الخصومة الدستورية الماثلة ينحصر فيما تضمنه النصاب المطعون عليهما من أحكام تتصل مباشرة بنظام التحكيم كجهة لفصل المنازعات المشار إليها في النصين تأسيساً على أن الفصل في الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع، وعلى ذلك فإن نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة المطعون عليها لا يندرج في هذا النطاق حيث اقتصر حكمها على تقرير اختصاص مجلس إدارة سوق المال بوقف قرارات الجمعية العامة بالشروط والأوضاع التي قررها النص، وحيث أن حكم الإحالة يعني على النصين المطعون عليهما - المحددين نطاقاً على النحو المتقدم - أنهما جعلاً للجوء إلى التحكيم طريقاً إجبارياً للتقاضي على خلاف الأصل من أنه وسيلة اختيارية لفصل المنازعات لا تنشأ إلا عن طريق الإرادة الحرة (=)

(=) لأطرافه، فحالا بذلك دون اللجوء إلى القضاء ابتداء بما يخل بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، وحيث إن هذا النعي صحيح، ذلك أن مؤدى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تتأسس عليها مشروعية التحكيم، كأسلوب لفض المنازعات يغير طريق التقاضي العادي هي قاعدة اتفاقية تنبني إرادة الأطراف فيها على أصولها وأحكامها، سواء توجهت هذه الإرادة الحرة إلى اختيار التحكيم سبيلاً لفض نزاع قائم بينهم أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلاً من خلافات بينهم تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية ومن هذه القاعدة الاتفاقية تنبع سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم؛ ومن ثم فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل عن نظر المسائل التي أنصب عليها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها، وعلى ذلك فإنه إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمرة دون خيار في اللجوء إلى القضاء فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين التي أكدت أن اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية دون قيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها هو أحد الحقوق الجوهرية التي تبني عليها دولة القانون ويتحقق بها سيادته، وحيث أن البين من النصين المطعون عليهما - بالتحديد السالف بيانه - أن المشرع أنشأ بموجبهما نظاماً للتحكيم الإجمالي كجبهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية وأسبغ على القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية، في حين أن المقرر أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم المنشأة بموجب النصين السالفين بالفصل في المنازعات التي أدخلت جبراً عن ولايتها يكون منطقياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيه الطبيعي بغير طريق الاتفاق الإرادي على ذلك وهو ما يخالف المادة ٦٨ من الدستور، وحيث إن المواد ٥٣ إلى ٦٢ من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تتناول تنظيم إجراءات التحكيم ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادة ٥٢ منه، كما أن تلك المادة هي الأساس التشريعي الذي تقوم عليه المادتان (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (=)

ولعل تكليف هيئة التحكيم على أنها هيئة استثنائية خاصة وليست من الهيئات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي يتفق مع ما نصت عليه المادة ٤/٣٣ من قانون التحكيم المصري وما كانت تنص عليه المادة ١٤٦١ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠-١٩٨١، والمادة ١٤٦٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ من عدم جواز إلزام الشاهد أو الخبير بحلف اليمين أمام هيئة التحكيم<sup>(١٧٤)</sup>.

وأساس ذلك أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الإجبار والقسر في إلزام الشاهد بالتمثل أمامها كما هو الحال بالنسبة للهيئات القضائية التي تملك هذه السلطة<sup>(١٧٥)</sup>، ومن ثم لا يتصور قيام جريمة الشهادة الزور أمام هيئة التحكيم وفقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات، وأن الأمر يحتاج لتدخل تشريعي

---

(=) ٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال فإن هذه النصوص جميعها تسقط حتماً كأثر للحكم بعدم دستورية المادة ٥٢ المشار إليهما، ولهذه الأسباب حكمت المحكمة، أولاً: بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) والمادة (٥٢) من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ثانياً: سقوط نصوص المواد (٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١ و ٦٢) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المشار إليه و المادتين (٢١٠ و ٢١١) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المشار إليه.

(174) Art 1461 NCPF «... les tiers sont entendus sans prestation de serment».

(١٧٥) وقد نصت المادة ٣٧/أ من قانون التحكيم المصري على اختصاص المحكمة المنصوص عليها في المادة ٩ من قانون التحكيم بناء على طلب هيئة التحكيم بالحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة بالجزاءات المنصوص عليها في المواد ٧٨ و ٨٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية. للمزيد، راجع:

د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ الطبعة الأولى، بند ٢٦٠ ص ٩١٢ وما بعدها.

لإقرارها<sup>(١٧٦)</sup>.

وتكليف هيئة التحكيم على أنها هيئة خاصة استثنائية، لا يمنع من تصور التنازع بينها وبين محاكم الدولة؛ إذ يتعين التسليم بالتحكيم كحالة

---

(١٧٦) نصت التشريعات المختلفة على وجوب حلف الشاهد لليمين أمام القضاء، وعليه نصت معظم هذه التشريعات على قيام جريمة الشهادة الزور أمام القضاء، أما فيما يتعلق بالشهادة أمام هيئة التحكيم فقد انقسمت التشريعات إلى قسمين، الأول لا يجيز حلف الشاهد لليمين وهو اتجاه بعض التشريعات اللاتينية مثال قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الفرنسي، حيث نصت المادة ١٤٦١ من قانون المرافعات الفرنسي على عدم جواز حلف الغير لليمين، وهذه التشريعات لا تجيز قيام جريمة الشهادة الزور أمام هيئة التحكيم، والجانب الآخر من التشريعات تنص على وجوب حلف الشاهد لليمين أمام هيئة التحكيم، وتصور قيامه جريمة الشهادة الزور في هذه الحال، مثال نظام التحكيم السعودي والإماراتي والقطري وقانون المرافعات المدنية والتجارية بمملكة البحرين، حيث نصت المادة ٢١١ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والتي نصت صراحة على وجوب تكليف الشاهد أمام هيئة التحكيم وتصور قيام جريمة الشهادة الزور، وقد نصت المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات القطري على وجوب حلف الشاهد لليمين أمام هيئة التحكيم، كما نصت على جواز قيام جريمة الشهادة الزور أمامها، ونصت الفقرة الأخيرة من المادة ٢٣٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧١ على أن: "وللمحكمين أن يحلفوا الشهود اليمين أو يكلفوهم بالتصريح رسمياً بقول الصدق، وكل من أدى شهادة كاذبة أمام محكم أو فيصل في مسألة جوهرية يعتبر أنه ارتكب جريمة الشهادة الزور كما لو أدى الشهادة أمام محكمة مختصة، ويجوز إجراء تحقيق معه ومعاقبته بالعقوبة المقررة لشهادة الزور"، الجدير بالذكر أن القانون الإنجليزي يعطي هيئة التحكيم سلطة تقديرية في جواز حلف الشاهد لليمين أمامها أو عدم حلفه لليمين، وهو اتجاه يتفق مع النزعة الانجلوسكسونية في إعطاء الشهادة دوراً أكبر في الإثبات عن الأدلة الكتابية، بخلاف الحال في التشريعات اللاتينية التي تعطي الأدلة الكتابية الدور الأكبر عن الشهادة، للمزيد: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ الطبعة الأولى، بند ٢٦٠ ص ٩١٢ وما بعدها.

واقعية نص المشرع للأفراد الالتجاء إليها باتفاقهم في كل ما يجوز فيه الصلح؛ إذ النص على إجازة الاتفاق على التحكيم في كل ما يجوز فيه الصلح وفقاً لنص المادة ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ من قانون التحكيم المصري هو اعتراف وتنظيم من المشرع للتحكيم كجهة خاصة استثنائية على جهتي القضاء المنصوص عليهما في المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، والتي نصت على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يلي: أولاً - الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ثانياً - الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي...".

وتعبير من بين جهات القضاء تعبير يعبر عن عدم انحصار جهات القضاء في جهتي القضاء العادي والإداري، وأنه يشمل جهة التحكيم كجهة خاصة استثنائية اعترف لها القانون بولاية الفصل في النزاع في حالة اتفاق الأطراف على ذلك، بل أن القانون أعطاها الأولوية على جهتي القضاء.

٥٠ - أما من ناحية مدى تصور قيام التنازع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، فقد اختلف الفقه في قيام التنازع من عدمه، ذهب جانب من الفقه إلى عدم تصور التنازع بين هيئة التحكيم والمحاكم القضائية في الدولة<sup>(١٧٧)</sup>، لأن هيئة التحكيم ليست من الهيئات القضائية المنصوص عليها في المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا؛ إذ المقصود بالهيئات أو الجهات التي

---

(١٧٧) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ هامش ٣ ؛ د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

يثور بينها تنازع تفصل فيه المحكمة الدستورية العليا هي الجهات القضائية التي خصها المشرع بالفصل في الخصومات الموضوعية، التي نظم القانون الاختصاص بينها وفق الدستور<sup>(١٧٨)</sup>.

وقد قضت المحكمة الدستورية في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ بعدم اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية بقولها: "ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ التي فوض بها المشرع في تحديد الهيئات القضائية وتقرير اختصاصاتها هو أن يعهد إليه دون غيره بأمر تنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها ... بما يحول دون تنازعها فيما بينها ... ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق الطرفين"<sup>(١٧٩)</sup>.

ويؤكد بعض أنصار الرأي السابق<sup>(١٨٠)</sup> أن هيئة التحكيم لا تعد هيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي حتى يمكن تصور التنازع بينها وبين محاكم الدولة، على أساس استقرار الفقه على الطبيعة التعاقدية للتحكيم من ناحية، وعدم اعتبار المشرع المصري هيئات التحكيم من الهيئات القضائية من ناحية أخرى، وعدم اعتبار قانون التحكيم هيئات التحكيم من الهيئات القضائية من ناحية ثالثة، وتأكيد قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم اعتبار هيئات التحكيم من الهيئات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي التي يتصور التنازع بينها وبين محاكم الدولة.

---

(١٧٨) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١ ص ٩٤٣ هامش ٣.

(١٧٩) حكم المحكمة الدستورية العليا في ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق.

(١٨٠) د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٥ وما بعدها.

الواقع أن الأسانيد التي يقوم عليها الرأي السابق تبعد في معظم عناصرها عن التحليل الصحيح للمسألة محل البحث، كما أنها تتجاهل التحكيم كنظام موجود أثبت جدارته على مستوى التشريعات والدول، من ناحية أن استقرار الفقه على الطبيعة العقدية مثار شك، فالراجح هو استقرار الفقه على القول بالطبيعة القضائية للتحكيم<sup>(١٨١)</sup>، ومن ناحية خلو الدستور من اعتبار هيئة التحكيم لا يجد له سند من النصوص نفسها؛ إذ الدستور لا ينص على ما يعتبر من الهيئات القضائية أو غير القضائية، وأن نصوص المواد ١٦٥، ١٦٧، ١٦٩، ١٧٢ و ١٧٤ من الدستور تتعلق بالسلطة القضائية ومنح القانون سلطة تحديدها واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها وبيان شروط وإجراءات تعيين أعضائها، وهيئة التحكيم هيئة خاصة اعترف القانون بوجودها فردياً ومؤسسياً وترك القانون للأفراد حرية الاتفاق على اختيار أعضائها وأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين وعددهم تختار المحكمة أعضائها، ومن ناحية خلو قانون التحكيم من النص على اعتبار هيئة التحكيم قضائية، أساسه أن قانون التحكيم قائم على اعتبارها هيئة خاصة وليست هيئة قضائية أو هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي، من ناحية أخرى فإنه لا يمكن التسليم باستقرار قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم الاختصاص بالفصل في النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة؛ إذ يجري قضاء المحكمة الدستورية على تصور النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة<sup>(١٨٢)</sup>.

---

(١٨١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢١ ص ٤١ وما بعدها، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢١ ص ٥٢ وما بعدها.

(١٨٢) الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ ق تنزع جلسة ٣/٤/١٩٩٩، حكم المحكمة الدستورية العليا في ٤/٨/٢٠٠١ الطعن رقم ٨ لسنة ٢٠٠٢، مشار إليه لدى د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٨٢ ص ٩٠ وما بعدها.



وقد ذهب جانب آخر للقول أن هيئة التحكيم هي هيئة ذات اختصاص قضائي ويتصور التنازع بينها ومحاكم الدولة، ويقوم هذا الاتجاه على أساس انطباق تعريف الهيئة ذات الاختصاص القضائي على هيئة التحكيم، حيث أخرج القضاء المصري ممثلاً في المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض هيئة التحكيم من بين جهات القضاء، بالنص على اعتبار التحكيم طريق استثنائي لفض النزاع بين الطرفين بغير إتباع طرق التقاضي العادية، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على اعتبار هيئة التحكيم هيئة ذات اختصاص قضائي<sup>(١٨٣)</sup>.

ويدعم هذا الرأي - على حد تعبير البعض - ما جاء بتقرير هيئة المفوضين في الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ ق<sup>(١٨٤)</sup>، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بأن: "الجمعية المدعية لم ترفق بطلبها المائل - وفقاً للمادة ٣١ و ٣٤ من قانون المحكمة - ما يدل على أن هيئة التحكيم المشكلة بالاتحاد التعاوني الإسكاني المركزي قضت باختصاصها بالمنازعة المطروحة أمامها بطلب التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ أو مضت في نظرها - بافتراض وحدة الموضوع بينهما وبين الدعاوى المعروضة أمام جهة القضاء العادي، بما يفيد عدم تخليها عنها حتى يمكن القول بتمسك كل جهة منهما باختصاصها، بما يترتب عليه قيام تنازع إيجابي على الاختصاص بينهما يستنهض ولاية هذه المحكمة للفصل فيه، الأمر الذي يتعين معه الحكم بعدم قبول الدعوى<sup>(١٨٥)</sup>".

---

(١٨٣) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٨٨ ص ١٧٢ وما بعدها.  
(١٨٤) د. أنور أحمد رسلان، هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٤.

(١٨٥) الدعوى رقم ٦ لسنة ٢٠ ق تنازع جلسة ١٩٩٩/٤/٣؛ د. أنور أحمد رسلان، (=)

٥١ - الواقع، أن الرأيين السابقين قد اعتمدا في وصف قيام النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، على أساس اعتبار هيئة التحكيم من الهيئات القضائية المنصوص عليها في المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، وعلى هذا الأساس رفض أصحاب الرأي الأول قيام النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، بينما تصور أصحاب الرأي الثاني قيام النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، كما أن الرأي الثاني قد حصر مدى توافر هيئة التحكيم مع طبيعة الهيئات ذات الاختصاص القضائي، باعتباره الفرض الوحيد الموجود للقول بوجود نزاع من عدمه؛ إذ لا يتصور وفقاً لنص المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية اعتبار هيئة التحكيم من جهات القضاء، الأمر الذي دفع للبحث في تطابق طبيعة هيئة التحكيم مع طبيعة الهيئات ذات الاختصاص لتصور قيام النزاع وفقاً لنص المادة ٥٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا.

وفي اعتقادي أن عدم النص على اعتبار هيئة التحكيم من جهات القضاء وفقاً لنص المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا لا ينفي اعتبارها من جهات القضاء باعتبارها جهة خاصة استثنائية؛ إذ يتعين عدم التقيد بالقوالب القانونية الجامدة للحكم على تصور النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، والاعتراف بنظام التحكيم كنظام مستحدث في النظام القانوني تفرضه ظروف وأوضاع المجتمع في الوقت الراهن، وضرورة النظر في قيام النزاع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة - علاوة على ما سبق - على عناصر أخرى، تتمثل في الآتي:

---

(=) هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣ السنة الأولى، مرجع سابق، ص ٤.

أولاً: أن المشرع في نص المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا لم يكن في حسبانهِ تصور التنازع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، سواء من افتراضه أو من حيث منع اختصاص المحكمة الدستورية العليا بنظر التنازع، إنما كان بصدد وضع تنظيم عام لاختصاص المحكمة الدستورية العليا بالتنازع في الاختصاص، وأعتقد أنه قد آن الأوان في ظل ما يفرضه نظام التحكيم في الوقت الراهن على النظم القانونية، لأن يتدخل المشرع بنص صريح يجيز اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في تنازع الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم، خاصة في ظل اتجاه المحكمة الدستورية العليا بالفصل في هذا التنازع<sup>(١٨٦)</sup>، والتسليم الفقهي بالطبيعة القضائية للتحكيم، وأن ما يصدر عن هيئة التحكيم هو من الأعمال القضائية التي تجوز حجية الأمر المقضي.

ثانياً: أن التنازع بين الهيئات القضائية يفترض إمكانية قيام المفترض أو سبب هذا التنازع؛ إذ يتصور في عمل الهيئات القضائية أن تحكم جهة باختصاصها بنظر النزاع في الوقت التي تقضي فيه الجهة الأخرى باختصاصها، كما يتصور أن تقضي إحدى جهتي القضاء بعدم الاختصاص في الوقت الذي تقضي فيه الجهة الأخرى بعدم اختصاصها أيضاً، كما يتصور أن تصدر كل جهة حكمين متناقضين، وبالرجوع للتنظيم القانوني لعمل هيئة التحكيم يتبين أن الخصم من الممكن ألا يجيب على دعوى المدعي في حالة وجود اتفاق التحكيم ويمكنه في هذه الحالة الالتجاء للتحكيم، ويكون له وفقاً لنص المادة ٢/١٣ الاستمرار في التحكيم مع التزام هيئة التحكيم بالفصل في موضوع النزاع، وفي هذه الحالة يتصور وجود حكمين متناقضين من هيئة التحكيم ومحاكم الدولة.

---

(١٨٦) د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٨٢ ص ٩٠ وما بعدها.

وفي ضوء ذلك نرى بحق تصور قيام التنازع بين هيئة التحكيم بوصفها هيئة خاصة استثنائية ومحاكم الدولة، ونقترح تعديل نص المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، بإضافة فقرة جديدة للمادة تجيز نظر المحكمة الدستورية للتنازع بين هيئات التحكيم ومحاكم الدولة، يكون نصها على النحو الآتي "وتختص المحكمة بالفصل في تنازع الاختصاص بين هيئات التحكيم ومحاكم الدولة".

## **المبحث الثاني**

### **الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم**



٥٢ - الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم التي يمكن إثارتها أمام هيئة التحكيم أو أمام محاكم الدولة، وهو يقابل الدفع بوجود اتفاق التحكيم التي يمكن إثارته أمام المحكمة المختصة، سواء أكان ذلك مبنياً على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع، والدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم يقتضي تحديد المقصود به وطبيعته وسلطة المحكمة إزاءه، على النحو التالي:

## المطلب الأول

### المقصود بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم

٥٣ - الاختصاص هو تحديد ولاية المحكمة بنظر النزاع<sup>(١٨٧)</sup>، والاختصاص قد يكون ولائي أو نوعي أو قيمي أو محلي.

ويقصد بالدفع بعدم الاختصاص الدفع الذي يبديه الخصم بقصد منع المحكمة من نظر الدعوى لكونها غير مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص التي نص عليها القانون، والأصل فيه وفقاً للقواعد العامة أن يبدي مع غيره من الدفوع الشكلية وقبل الكلام في الموضوع ما لم يتعلق بالنظام العام<sup>(١٨٨)</sup>.

الجدير بالذكر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أول ما ظهر في ألمانيا، على أثر حكم محكمة النقض الألمانية عام ١٩٥٥ بجواز قيام الأطراف بالاتفاق على اختصاص الهيئة بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها،

---

(١٨٧) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٥ بند ١٩٦ ص ٣٧٧.

(١٨٨) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، ١٩٨٨ بند ٨٥ ص ١٩٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٥ ص ١٦٤ ص ٣١٤ و ٣١٥.

وأنه رغم الرفض والانتقاد الذي تعرض له هذا الحكم، إلا أن هذا النقد لم يدم طويلا، وبدأ نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوسع في الأخذ به في أنظمة التحكيم الدولية وقوانين التحكيم المقارنة<sup>(١٨٩)</sup>.

وقد كان الخلاف قديما حول مدى جواز اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها<sup>(١٩٠)</sup>، وقد أقر قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦ مبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence à Compétence* في المادة ١٦، حيث نصت على أن "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبدائه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار

---

(١٨٩) د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها

التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٩٩ ص ٨٣ وما بعدها.

(١٩٠) د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته،

مرجع سابق، ٤٣ ص ٦٣؛ د. سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع

سابق، بند ٤٦ ص ١٤٧ وما بعدها.



تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

وقد كان نص المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ١٩٨١-٥٠٠ ينص على أنه إذا نازع أحد أطراف اتفاق التحكيم أمام المحكم في أساس أو نطاق سلطته، فإنه يختص بالفصل في صلاحية وحدود سلطاته<sup>(١٩١)</sup>.

وقد نصت المادة ١٤٦٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ على اختصاص هيئة التحكيم وحدها في الفصل في اختصاصها<sup>(١٩٢)</sup>.

وفي القانون المصري نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على أن "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك

---

(191) Art 1466 NCPC, « Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture »

(192) Art 1465 DU NCPC, "Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel".

للمزيد: راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ٢٠١٢ ص ٥٣ وما بعدها.

في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أنظر 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 معقول"، ٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

ونصت على نفس المبدأ المادة ٢٣ من قانون التحكيم الياباني<sup>(١٩٣)</sup>، ونصت المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "إذا لم يرد المدعى عليه على الطلب على النحو الوارد في المادة (٥) أو إذا أثار أحد الأطراف دفعاً أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للهيئة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق التحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم، دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع الهيئة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكان التحكيم، وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه".

ونصت الفقرة الرابعة من نفس المادة من نظام غرفة التجارة بباريس على أن " ما لم يتفق على خلاف ذلك لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم مادام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم، ويظل

---

(193) Kazuhiko YA MAMOTO, «La nouvelle loi Japonaise sur l'arbitrage», Rev. D'arbitrage, 2004, n° 4, p. 832.

المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم"،

وقد نصت المادة ٢٢ من لائحة غرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي المعمول اعتباراً من الأول من يناير ٢٠٠٤، على أن "يجب إبداء الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم مع أول إجراء أو جلسة تالية للطلب الذي يشير إليه الدفع وإلا سقط الحق في إبدائه"<sup>(١٩٤)</sup>.

تجدر الإشارة أن عدم اختصاص هيئة التحكيم قد يكون راجعاً لعدم وجود اتفاق التحكيم نفسه أو انعدامه أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وفي هذه الحالة تحكم هيئة التحكيم بناء على طلب الخصم الآخر بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وحكم هيئة التحكيم الصادر في هذه الحالة حكم حائز على قوة الأمر المقضي ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، سوى عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري.

٥٤- وبعد صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اختلف الفقه بشأن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وهل هو اختصاص حصري لها دون غيرها، فلا يجوز للقضاء الفصل فيه ويكون لهيئة التحكيم وحدها الفصل في اختصاصها، وبالتالي تحكم المحكمة في كل دفع بعدم اختصاص بعدم القبول، حيث ميز البعض بين الوضع قبل صدور قانون التحكيم وبين الوضع بعد صدور قانون، مقررین أنه قبل صدور قانون التحكيم لم تكن هيئة التحكيم مختصة وحدها بالفصل في اختصاصها، أما بعد صدور قانون

---

(١٩٤) غرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي مؤسسة خاصة تابعة للغرفة التجارية قطاع الصناعة والصناعة اليدوية الحرفية وقطاع الزراعة بميلانو، للمزيد عن نظام غرفة ميلانو راجع موقعهم على الانترنت: [www.camera-arbitrale.com](http://www.camera-arbitrale.com)

التحكيم فإن هيئة التحكيم تختص وحدها بالفصل في اختصاصها<sup>(١٩٥)</sup>.

بينما ذهب جانب آخر - وبحق - إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس اختصاص حصري<sup>(١٩٦)</sup>، ولا يسلب القضاء ولايته في الفصل في تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه، لأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، يتعلق من ناحية أخرى باختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع من

---

(١٩٥) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ بند ١٥٢-٦ ص ١٨٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها، (١٩٦) في هذا المعنى، انظر: د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها، وقد أثير هذا الأمر أمام محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام المصرية مع الشركة الأجنبية، حيث قضت محكمة استئناف باريس في ١٢/٧/١٩٨٤ بإلغاء حكم محكمة التحكيم لاعتبار مصر ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، فطعن الشركة الأجنبية بالنقض على أساس أن هيئة التحكيم هي المختصة بتحديد اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أن محكمة النقض التفتت عن هذا الدفع في حكمها الصادر في ١٩٨٦/١/٦، لأن محكمة الاستئناف وفقاً لنص المادة ١٥٠٢ و ١٥٠٣ من قانون المرافعات الجديد تملك البحث في كل العناصر الواقعية والقانونية التي من شأنها التعرف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده. للمزيد: د. أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ص ١٣٩-١٤٢.

عدمه؛ إذ ليس من المنطق أن يقف قضاء الدولة وهو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر النزاع مغلول الأيدي، تاركاً الفصل في اختصاصه أو عدم اختصاصه لهيئة التحكيم؛ إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، ويكبد الخصوم مصاريف القضاء والتحكيم في آن واحد، علاوة على أن عدم اختصاص قد يرجع الى عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وهذه المسائل لا يتصور أن ينزع القضاء يده منها ويتركها لهيئة التحكيم وهو صاحب الولاية العامة بشأنها.

توضيح ذلك، فإن معنى مبدأ الاختصاص بالاختصاص تقرير حق هيئة التحكيم في الاختصاص بالفصل في اختصاصها عند نظر النزاع أمامها؛ إذ هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع أو عدم اختصاصها، فلا يجوز الالتجاء لمحاكم الدولة بعد تشكيل هيئة التحكيم للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم أو عدم الاختصاص، وتقرير ذلك هو تقرير لسلطة متعلقة بعمل هيئة التحكيم، واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، لا يغل سلطة المحاكم في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم، باعتبار ذلك من الحقوق الفطرية للقضاء، وأن الحرص على تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم هو تقرير لسلطة لم يكن معترف بها لتلك الهيئة، وأن الاعتراف بتلك السلطة لهيئة التحكيم لا يسلب القضاء هذا الحق الأصل، علاوة على ذلك، فإن النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو من قبيل الاستثناء على الاستثناء، والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة.

وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة التمسك بعدم اختصاص هيئة

التحكيم، جدير بالذكر أنه لا يشترط الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في حالة إبداء الطرف الآخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع، لأنه المحكمة ملزمة في هذه الحالة بالرد على دفاع المدعى عليه في الدعوى خاصة في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون تحديد ميعاد محدد للتحكيم، غير أن أهمية الدفع بعدم الاختصاص أمام القضاء يدق في حالة عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح على المحكمة أو بطلانه أو سقوطه.

واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها يمكنها من البحث من وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أو صحته ووجود وصحة العقد أو عدم وجوده أو صحته، غير أنها لا تملك الحكم ببطلان العقد أو صحته<sup>(١٩٧)</sup>، كما لا يجوز لها الحكم ببطلان أو صحة اتفاق التحكيم، ويجوز لها الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن العقد باطل أو غير صحيح لترتيب الآثار المالية المترتبة على بطلانه، لكنها لا تملك الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير مشتمل على موضوع النزاع؛ إذ يتعين عليها في هذه الحالة الحكم بانتهاء التحكيم أو الحكم بعدم الاختصاص بحسب الحالة.

٥٥- واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوقف على تقرير التشريع الوطني لهذا الحق لهيئة التحكيم إلا في حالة الاتفاق على التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادر عام ١٩٧٦ و ٢٠١٠ أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٥، وهو ما نصت عليه صراحة بعض التشريعات المقارنة، حيث قررت

---

(١٩٧) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٥ ص ٦٣ وما بعدها و بند ٤٧ ص ٦٦.

المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري مبدأ الاختصاص بالاختصاص بنصها على أن: "١- 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"، ونصت على نفس المبدأ المادة ٢٣ من قانون التحكيم الياباني<sup>(١٩٨)</sup>، ونصت المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "إذا لم يرد المدعى عليه على الطلب على النحو الوارد في المادة (٥) أو إذا أثار أحد الأطراف دفعا أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للهيئة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق التحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم، دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع الهيئة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكان التحكيم، وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه"، وقد نصت المادة ٢٢ من لائحة غرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي المعمول اعتبارا من الأول من يناير ٢٠٠٤، على أنه: "يجب إبداء الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم مع أول إجراء أو جلسة تالية للطلب الذي يشير إليه الدفع وإلا سقط الحق في إبدائه"<sup>(١٩٩)</sup>.

٥٦- أما في حالة سكوت التشريع الوطني على النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، مثال

---

(198) Kazuhiko YAMAMOTO, «La nouvelle loi Japonaise sur l'arbitrage», Rev. D'arbitrage, 2004, n° 4, p. 832.

(١٩٩) غرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي مؤسسة خاصة تابعة للغرفة التجارية قطاع الصناعة والصناعة اليدوية الحرفية وقطاع الزراعة بميلانو، للمزيد عن نظام غرفة ميلانو راجع موقعهم على الانترنت: [www.camera-arbitrale.com](http://www.camera-arbitrale.com)

قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فلا يكون هناك مجال في وجهة نظرنا لتطبيق مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها إلا في مجال التحكيم التجاري الدولي والذي يتفق فيه على تطبيق قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥، وفي غير ذلك من الحالات أو في التحكيم وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ يكون الفصل في الاختصاص للمحكمة المختصة أو مع الطعن في الحكم بالبطلان وفقاً لنص المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات.

٥٧- ويكون التمسك بالدفع بعدم الاختصاص في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم جواب المدعى عليه على دعوى التحكيم، أو الميعاد الذي يحدده الأطراف أو المحدد من قبل هيئة التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٢ من قانون التحكيم المصري، بقولها: "٢- يجب التمسك بهذه الدفع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل لنظر 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 معقول"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢/١٦ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال بصيغته عام ١٩٨٥، بقولها: "يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبداءه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين



أن تقبل دفعًا يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره" (٢٠٠).

٥٨- ويكون لهيئة التحكيم الفصل في هذه الدفوع على استقلال قبل الفصل في الموضوع أو الفصل فيها مع موضوع النزاع بحكم واحد، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة ٣/٢٢ من قانون التحكيم المصري، بقولها: "٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

أما الحال في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥، فيكون الطعن خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان بالقرار أمام المحكمة المختصة، ولا يكون قرار المحكمة في الطعن في قرار هيئة التحكيم قابل للطعن مرة أخرى، وهو ما نصت عليه

---

(٢٠٠) نصت المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها الصادرة عام ١٩٧٦ على أنه: "... (٢) يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات"، وقد عدلت مضمون هذه الصياغة في الفقرة ٢ من المادة ٢٣ من تلك القواعد بصيغتها عام ٢٠١٠ بقولها: يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أو الدعوى المقامة بغرض الدفع بالمقاصة، في الرد على تلك الدعوى ولا يمنع الطرف من تقديم ذلك الدفع لكونه عين محكما أو شارك في تعيينه. أما الدفع بأن هيئة التحكيم تتجاوز نطاق سلطتها، فيجب تقديمه حالما تطرح المسألة التي يزعم أنها تتجاوز نطاق سلطتها أثناء إجراءات التحكيم، ويجوز لهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعًا يقدم بعد هذا الموعد إذا رأت أن التأخر له ما يسوغه".

الفقرة ٣ من المادة ١٦ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بقولها: "٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان هذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

في حين خولت قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) ١٩٧٦ هيئة التحكيم الفصل في الدفع بعدم اختصاصها بوصفه مسألة أولية، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي، وهو ما أكدته نفس القواعد بصيغتها عام ٢٠١٠.

والسؤال، هل النص على مواعيد للطعن أمام المحاكم في القواعد والأنظمة الدولية للتحكيم التجاري الدولي، يصلح أساساً لاختصاص المحاكم الوطنية بتلك الطعون، خاصة في الدول التي لم تنص تشريعاتها على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك في الحالات التي يتفق فيها الأطراف على تطبيق تلك القواعد والأنظمة؟.

في الواقع أنه لا يكفي لاختصاص المحاكم الوطنية بالطعن في قرار هيئة التحكيم بالنظر في اختصاصها مجرد النص في القواعد أو الأنظمة الدولية التي اتفق الأطراف على تطبيقها في اتفاق التحكيم، حتى ولو كانت الدولة قد صوتت على قرار اعتماد النظام أو القواعد، إلا في حالة اعتبار تلك القواعد بمثابة اتفاقية دولية مصدقة من الدولة، وفي هذه الحالة يتعين مراجعة التشريع الوطني للدولة، للوقوف على قيمة المعاهدات الدولية ومرتبها

بالنسبة للقواعد القانونية المطبقة في تلك الدولة، ولا يغير من ذلك اتفاق الأطراف على تطبيق هذه القواعد أو الأنظمة، لأن الاتفاق على تطبيق هذه القواعد بخاطب هيئة التحكيم ولا يخاطب القضاء الوطني.

٥٩- تجدر الإشارة أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقواعد التحكيم التجاري الأونسيترال الصادرة عام ١٩٧٦ و ٢٠١٠ والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادر عام ١٩٨٥ بصياغته عام ٢٠٠٦ قد يكون راجعاً لعدم وجود اتفاق التحكيم نفسه أو انعدامه أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، وفي هذه الحالة تحكم هيئة التحكيم بناء على طلب الخصم الآخر بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وحكم هيئة التحكيم الصادر في هذه الحالة حكم حائز على قوة الأمر المقضي ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن، سوى عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٢٢- واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ليس اختصاص حاز في التشريعات الوطنية، التي لا تنص في تشريعها مع اختصاص محاكمها الوطنية على اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص<sup>(٢٠١)</sup>، ولا

---

(٢٠١) وقد أثير هذا الأمر أمام محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام المصرية مع الشركة الأجنبية، حيث قضت محكمة استئناف باريس في ١٢/٧/١٩٨٤ بإلغاء حكم محكمة التحكيم لاعتبار مصر ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، فطعت الشركة الأجنبية بالنقض على أساس أن هيئة التحكيم هي المختصة بتحديد اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أن محكمة النقض التفتت عن هذا الدفع في حكمها الصادر في ١/٦/١٩٨٦، لأن محكمة الاستئناف وفقاً لنص المادة ١٥٠٢ و ١٥٠٣ من قانون المرافعات الجديد تملك البحث في كل العناصر الواقعية والقانونية التي من شأنها (=)

يسلب القضاء الإماراتي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية ولايته في الفصل في تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه، لأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، يتعلق من ناحية أخرى باختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع من عدمه؛ إذ ليس من المنطق أن يقف قضاء الدولة وهو صاحب الاختصاص الأصيل بنظر النزاع مغلول الأيدي، تاركاً الفصل في اختصاصه أو عدم اختصاصه لهيئة التحكيم؛ إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، ويكبد الخصوم مصاريف القضاء والتحكيم في آن واحد.

٦٠- واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها أو مبدأ الاختصاص بالاختصاص معلق على شرط هو نص التشريع الوطني على سلطة هيئة التحكيم على الفصل في اختصاصها أو الإحالة في شرط التحكيم على أي من أنظمة التحكيم الدولية التي تمنح المحكمين هذه الصلاحية، وأساس منح هيئة التحكيم الفصل في اختصاصها أنها هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع أو عدم اختصاصها، وبغير منح هذه السلطة لهيئة التحكيم في التشريع الوطني للدولة لا يكون لهيئة التحكيم الفصل في اختصاصها إلا في الحالات التي يحيل شرط التحكيم لنظام قانوني يعطي الهيئة هذه السلطة لهيئة التحكيم، فلا يجوز الالتجاء لمحاكم الدولة في هذه الحالة بعد تشكيل هيئة التحكيم للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم أو عدم الاختصاص، وتقرير ذلك هو تقرير لسلطة متعلقة بعمل هيئة التحكيم، فاختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، لا يغل سلطة المحاكم في التشريعات التي لا تنص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم،

---

(=) التعرف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، للمزيد: د. أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ص ١٣٩-١٤٢.

باعتبار ذلك من المسائل الأولية المقررة للقضاء صاحب الولاية العامة، وأن الحرص على تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم هو تقرير لسلطة لم يكن معترف بها لتلك الهيئة، وأن الاعتراف بتلك السلطة لهيئة التحكيم لا يسلب القضاء في التشريعات التي لا تقر هذا المبدأ هذا الحق الأصل المقرر لمحاكم الدولة، علاوة على أن النص على مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو من قبيل الاستثناء على الاستثناء، والاستثناء على الاستثناء يعني العودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة بالفصل في الاختصاص من عدمه.

وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة - في هذه التشريعات - التمسك بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، ولا يشترط في هذه الحالة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في حالة إبداء الطرف الآخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع، لأنه المحكمة ملزمة في هذه الحالة بالرد على دفاع المدعى عليه في الدعوى خاصة في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون تحديد ميعاد محدد للتحكيم، غير أن أهمية الدفع بعدم الاختصاص أمام القضاء يثق في حالة عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح على المحكمة أو سقوطه.

وفي وجهة نظري أن الضمان الأمثل لحسن استعمال هيئة التحكيم لهذه الصلاحية أو السلطة يستلزم النص على صدور حكم التحكيم من هيئة غير مختصة كحالة من الحالات التي يجيز فيها القانون الطعن بالبطلان في حكم التحكيم، أو النص على البطلان في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاج مدته، وهو ما نصت عليه المادة ١/٥٣ من قانون التحكيم المصري بقولها: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم

إلا في الأحوال الآتية : أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته...".

والواقع أن هذا النص فيه بعض القصور حيث لم يشتمل على كل الحالات التي يتصور فيها صدور حكم التحكيم من هيئة غير مختصة، كما لو صدر حكم التحكيم في غير الحالات التي اشتمل عليها اتفاق التحكيم، ومن يكون من الضروري إعادة النظر في حالات البطلان المقررة في المادة ٥٣ لتشمل كل الحالات التي يتصور فيها حكم التحكيم من هيئة غير مختصة كما لو صدر في غير الحالات التي اشتمل عليها اتفاق التحكيم، وحسناً فعل المشرع في قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية بنصه على كل حالات عدم الاختصاص في المادة ٢١٦ بقوله "... إذا كان قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة" (٢٠٢).

## المطلب الثاني

### طبيعة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم

٦١- اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص La Compétence à Compétence يثير السؤال عن طبيعة اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وهل هو اختصاص ولائي أم اختصاص نوعي أو وظيفي.

---

(٢٠٢) الجدير بالذكر أن الصياغة الحرفية للمادة في منتهى الخطورة بقصرها صدور التحكيم بغير وثيقة أو مشاركة، وبالتالي يتعين عمل مشاركة التحكيم على الرغم من وجود شرط التحكيم، ولا تتبدد هذه الخطورة إلا بتفسير الوثيقة بمعنى الشرط والمشاركة وهو لا يجوز في وجهة نظرنا.

الجدير بالذكر، أن جمهور الفقه قد سكت عن تحديد الطبيعة القانونية لاختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، منشغلاً في تحديد مدى اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها أو عدم اختصاصها؛ إذ اتجهت غالبية الفقه نحو تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص وفقاً لما ورد في قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)، غير أن جانب من الفقه قد ذهب للقول بأن اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع هو من الاختصاص النوعي لهيئة التحكيم<sup>(٢٠٣)</sup>، بينما ذهب جانب آخر إلى أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع هو من نوعي الاختصاص الوظيفي<sup>(٢٠٤)</sup>، المبني على تحديد اختصاص كل جهة من جهات المحاكم.

في الواقع، أن الاتفاق على اللجوء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ليس تقريراً لاختصاص ولائي لهيئة التحكيم، لأن قواعد الاختصاص الولائي أو الوظيفي لا تتقرر بمقتضى اتفاق خاص بين الأطراف، وهي من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وأي اتفاق على مخالفتها باطل، ولا يغير من ذلك مجرد الادعاء بالطبيعة الخاصة لقواعد الاختصاص الوظيفي في هذه الحالة وعدم تعلقها بالنظام العام، ومن ناحية أخرى لا يعتبر هذا الاختصاص من قبيل قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم، أن قواعد الاختصاص النوعي لا تتقرر بمقتضى اتفاق خاص بين الأطراف، وهي من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

---

(٢٠٣) أ. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة السنة ٤١ سنة ١٩٦١ ع ٨ ص ١٣٣٠.

(٢٠٤) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٨١ ص ٢٥٨ وما بعدها؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٥٦ ص ١٤٨ وما بعدها.

وفي اعتقادي أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات نوع من الاختصاص الاستثنائي غير المتعلق بالنظام العام؛ إذ يجوز للأفراد اللجوء إليه أو عدم اللجوء إليه، بخلاف الاختصاص الوظيفي أو النوعي للمحاكم والذي يتعلق بالنظام العام، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفه، والتكييف السابق يتسق مع ما ورد في المادة ١٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي والمادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري، وللتين نصتا على أن ميعاد تقديم هذا الدفاع مدة دفاع المدعى عليه.

ومن ثم نرى أن الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم هو من قبيل الدفوع المتعلقة بالتحكيم وهو دفع شكلي يسقط بانتهاك مدة دفاع المدعى عليه وفقاً للقواعد العامة.

### **المطلب الثالث**

## **مدى جواز التمسك أمام المحكمة بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم وسلطتها**

٦٢ - استخلص بعض الفقه من نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري<sup>(٢٠٥)</sup>، أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها يستوجب إعمال الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، والذي يتمثل في عدم

---

(٢٠٥) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠ د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١١ بند ١٥٢-٦ ص ١٨٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.



اختصاص محاكم الدولة بالفصل في الدفع بعدم الاختصاص والدفع المبني عليها كإعدام وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، بمعنى أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل به يُجِب اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة بنظر تلك الدفع<sup>(٢٠٦)</sup>، متناسين التطور التشريعي للقواعد القانونية لتصل إلى إقرار سلطة هيئة التحكيم في الفصل في هذه المسألة.

والواقع، أن القول بذلك بتعلق بالحالة المطروح فيها النزاع على هيئة التحكيم، حيث منح المشرع هيئة التحكيم في هذه الحالة الفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وأن ذلك لا ينصرف للدفع بعدم الاختصاص أمام محاكم الدولة، والذي يكون من اختصاص القضاء، باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر كافة المسائل، سواء كان عدم الاختصاص يرجع لإعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٢٠٧)</sup>.

---

(٢٠٦) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، الإشارة، ص ١٨٢؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها،

(٢٠٧) في هذا المعنى، انظر: د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها، (=)

غير أنه يكون من الأهمية بمكان ضرورة وضع حدود فاصلة لاختصاص هيئة التحكيم واختصاص القضاء، فتختص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها أو عدم اختصاصها بما فيها الدفوع المبنية على انعدام وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع، فيكون لها من باب اللزوم الفصل في تلك المسائل التي يقوم عليها الفصل في الدفع بعدم الاختصاص، باعتبارها مسائل أولية لازمة للفصل في الدفع بعدم الاختصاص.

وبناء عليه، لا يجوز في اعتقادي دفع الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم أمام هيئة التحكيم عن طريق رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء بعدم اختصاص هيئة التحكيم أو بانعدام شرط التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع، لأن من شأن ذلك إعطاء المجال لتشتيت الخصومة أمام هيئة التحكيم، وفتح المجال للتهرب من التحكيم، مع كفاية حق الشخص في الطعن في حكم التحكيم بالبطلان، مع جواز رفع دعوى مبتدئة ببطلان العقد الأصلي الوارد أو المتعلق به شرط التحكيم، لأن دعاوى بطلان العقود وصحتها من الولاية العامة للقضاء ولا ولاية لهيئات التحكيم بنظرها، ولا يخل ذلك بحق المدعي في دعوى مطروحة أمام القضاء ومدفوع بها بالتحكيم بالتمسك بعدم

---

(=) وقد أثير هذا الأمر أمام محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام المصرية مع الشركة الأجنبية، حيث قضت محكمة استئناف باريس في ١٢/٧/١٩٨٤ بإلغاء حكم محكمة التحكيم لاعتبار مصر ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، فطعن الشركة الأجنبية بالنقض على أساس أن هيئة التحكيم هي المختصة بتحديد اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أن محكمة النقض التفتت عن هذا الدفع في حكمها الصادر في ١٩٨٦/١/٦، لأن محكمة الاستئناف وفقاً لنص المادة ١٥٠٢ و ١٥٠٣ من قانون المرافعات الجديد تملك البحث في كل العناصر الواقعية والقانونية التي من شأنها التعرف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، للمزيد: د. أحمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ ص ١٣٩-١٤٢.

اختصاص هيئة التحكيم لانعدام وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٩/٢١ بعدم جواز قبول دعوى بطلان أو صحة اتفاق التحكيم على استقلال، مع تصور قبول ذلك كطلب ثانوي مع دعوى بطلان العقد الأصلي، وقد جاء في هذا الحكم "متى كان النزاع المطروح على المحكمة هو بطلان عقد الاتفاق المبرم بين الطرفين ولم يكن موضوعه المنازعة بشأن الاتفاق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد المطلوب الحكم ببطلانه، فإن المحكمة تكون صاحبة الولاية في النزاع المطروح عليها، فإذا قضت المحكمة ببطلان العقد، فإن هذا البطلان يمتد إلى كافة ما اشتمل عليه من شروط والتزامات بما فيها شرط التحكيم" (٢٠٨).

٦٣- والدفع بعدم الاختصاص قد يكون مبنياً على انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع أو سقوطه، وهذا الدفع يسمى الدفع بالاختصاص أمام المحكمة.

لكن السؤال، عن الجهة المختصة بالفصل في الدفع بالاختصاص أمام القضاء في حالة الدفع بالتحكيم أمام المحكمة، فهل تختص المحكمة بهذا الدفع

---

(٢٠٨) تمييز دبي الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/٢١، مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية، ج ٢ من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٨ العدد ١٩، والغريب أن يحكم القضاء الإماراتي بهذا الحكم على الرغم من خلو قانون الإجراءات المدنية من نص خاص يعطي هيئة التحكيم الفصل في اختصاصها على منوال المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري، وأنه وفق لقانون الإجراءات المدنية تكون هذه المنازعات من اختصاص القضاء وحده، الأمر الذي يعبر عن اتجاه القضاء للتسليم بالمبادئ الدولية الحديث في التحكيم في خطوة سابقة للتشريع، الذي يخلو من ذلك، مع وجود نصوص في قانون الإجراءات المدنية تمنع ذلك.

أم تحيله لهيئة التحكيم؟.

الإجابة بالتأكيد أن المحكمة يتعين عليها الفصل في الدفع بعدم الاختصاص باعتبارها صاحبة الولاية العامة، ولا يجوز للمحكمة في هذه الحالة الإحالة لهيئة التحكيم للفصل في اختصاصها.

ولا يغير من ذلك ما قضت به محكمة أبوظبي الابتدائية بأن المسألة تتعلق ببطلان الحكم وفقاً لنص المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، وأنه يتعين الانتظار حتى صدور حكم من هيئة التحكيم والطعن عليه بدعوى البطلان وفق الحالات المحددة قانوناً، ومن ثم حكمت بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان<sup>(٢٠٩)</sup>.

ويختلف ميعاد تقديم هذا الدفع حسب ما إذا كان سوف يتم تقديمه أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم.

كما أن سلطة المحكمة بنظره تختلف عن سلطة هيئة التحكيم من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما سوف نتناوله تباعاً في المطلبين التاليين.

## **المطلب الرابع**

### **سلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفع بعدم الاختصاص**

٦٤ - القاعدة في النظم القانونية الحديث أن هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في اختصاصها من عدمه، ويعرف هذا المبدأ في الفقه والقضاء بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وقد أقر قانون التحكيم التجاري الدولي ونظام غرفة

---

(٢٠٩) حكم محكمة أبوظبي الابتدائية في الدعوى ٢٠١٢/٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٧/٢/٢٠١٣.

التجارة الدولية ومعظم القوانين في العالم على مبدأ الاختصاص بالاختصاص  
Compétence à Compétence<sup>(٢١٠)</sup>.

مقتضى مبدأ الاختصاص بالاختصاص من الناحية الايجابية منح هذا  
الاختصاص لهيئة التحكيم عند نظر النزاع أمامها، وقد اختلف الفقه في أعمال  
هذا المبدأ من الناحية السلبية، حيث ذهب البعض<sup>(٢١١)</sup> إلى وجوب أعمال مبدأ  
الاختصاص بالاختصاص من الناحية السلبية، ومنع المحاكم من الفصل في  
صحة وبطلان اتفاق التحكيم، واختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة  
وبطلان اتفاق التحكيم، وعدم جواز رفع دعوى مبتدئة أمام القضاء بصحة  
وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه يتعين على المحكمة في هذه الحالة الحكم بعدم

---

(٢١٠) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١  
ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة  
إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة  
العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في  
خصوصية التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها؛ د. مصطفى الجمال  
وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى  
١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم  
٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصوصية  
التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧  
وما بعدها؛ د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي  
يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.

(٢١١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية  
والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في  
التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على  
رمضان على بركات، خصوصية التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة  
١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

الاختصاص، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، بل أن بعض أنصار هذا الاتجاه.

وقد توسع بعض أنصار هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٢١٢)</sup>.

بينما ذهب جمهور الفقه<sup>(٢١٣)</sup> - وبحق - للقول بأن الاختصاص بالاختصاص يقتصر على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها، وأنها لا تملك الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم في منازعات التحكيم المطروحة عليها، وباختصاص القضاء أصالة بالفصل بكل ما يتعلق بصحة العقود الوارد به اتفاق التحكيم وصحة وبطلان اتفاق التحكيم.

---

(٢١٢) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٢١٣) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها.

Adam SAMUEL, «jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration», p. 184.

مشار إليه لدى؛ د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٢١٤)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصاً حصرياً للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً

---

(٢١٤) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه، وأنها فقط تنتظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها.

٦٥- الجدير بالذكر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أول ما ظهر في ألمانيا، على أثر حكم محكمة النقض الألمانية عام ١٩٥٥ بجواز قيام الأطراف بالاتفاق على اختصاص الهيئة بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها، وأنه رغم الرفض والانتقاد الذي تعرض له هذا الحكم، إلا أن هذا النقد لم يدم طويلاً، وبدأ نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوسع في الأخذ به في أنظمة التحكيم الدولية وقوانين التحكيم المقارنة<sup>(٢١٥)</sup>.

---

(٢١٥) د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٩٩ ص ٨٣ وما بعدها.



وقد نصت معظم التشريعات المقارنة على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت المادة ١٦ من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥، على أن "١ - يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢ - يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه ...، ٣ - يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

وقد كانت المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٥٠٠ - ١٩٨١ بتاريخ ١٢ مايو ١٩٨١، تنص على أنه إذا نازع أحد أطراف اتفاق التحكيم أمام المحكم في أساس أو نطاق سلطته، فإنه يختص بالفصل في صلاحية وحدود سلطاته<sup>(٢١٦)</sup>، وفي المرسوم رقم ٢٠١١ -

---

(216) Art 1466 NCPC «Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture».

٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، نصت المادة ١٤٦٥ على اختصاص هيئة التحكيم وحدها المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة باختصاصها<sup>(٢١٧)</sup>.

وفي قانون التحكيم المصري نصت المادة ٢٢، على أن "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع ...، ٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

ونصت المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "إذا لم يرد المدعى عليه على الطلب على النحو الوارد في المادة (٥) أو إذا أثار أحد الأطراف دفعاً أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز للهيئة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق التحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم، دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع الهيئة بهذا الأمر تخطر الأطراف

---

(217) Art 1465 NCPC «Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel».

د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ ص ٥٣ وما بعدها.

بعدم إمكان التحكيم، وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه"، ونصت الفقرة الرابعة من نفس المادة من نظام غرفة التجارة بباريس على أن "ما لم يتفق على خلاف ذلك لا يترتب على الادعاء ببطلان العقد أو انعدامه عدم اختصاص المحكم مادام قد انتهى إلى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصاً حتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه بهدف تحديد حقوق الأطراف والنظر في طلباتهم".

وقد نصت المادة ٢٢ من لائحة غرفة ميلانو للتحكيم المحلي والدولي المعمول اعتباراً من الأول من يناير ٢٠٠٤، على أن "يجب إيداع الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم مع أول إجراء أو جلسة تالية للطلب الذي يشير إليه الدفع وإلا سقط الحق في إيداعه".

وهيئة التحكيم وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص تملك الفصل في اختصاصها أو عدم اختصاصها بنظر النزاع، فيكون لها الاستمرار في نظر النزاع إذا رأت عدم صحة الدفع وفي جميع الحالات تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع بعدم الاختصاص فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري.

ويكون لهيئة التحكيم أيضاً الاستمرار في الفصل في النزاع حتى لو تبين لها بطلان العقد أو عدم صحته، طالما أن اتفاق التحكيم كان صحيحاً، لترتيب الآثار التي يربتها العقد غير الصحيح.

وحكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع أو برفض الدفع بعدم الاختصاص تستنفد به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة

أخرى<sup>(٢١٨)</sup>، باستثناء حالات تصحيح وتفسير حكم المحكمين أو طلبات التحكيم الإضافية للمسائل التي تم إغفالها.

٦٦- السؤال، هل تتصور الإحالة من هيئات التحكيم لمحاكم القضاء في الدولة؟.

الإحالة La renvoi لا تكون إلا من محكمة إلى محكمة أخرى داخل نفس الجهة أو إلى محاكم الجهة في النظام القضائي في الدولة، وتلتزم المحكمة المحالة إليها الدعوى بنظرها<sup>(٢١٩)</sup>.

وقد سبق لنا توضيح عدم جواز الإحالة بين القضاء والتحكيم، وقد تساؤل البعض عن مدى إمكانية ضم إجراءات التحكيم لإجراءات خصومة قضائية منظورة أمام القضاء أو الإحالة من التحكيم للقضاء؟<sup>(٢٢٠)</sup>

وعلى الفرض العكسي فإنه قد يحدث ارتباط بين تحكيم أو أكثر معروض على هيئة أو مؤسسة تحكيم حسب نوع التحكيم، ونزاع مطروح أمام القضاء لا يوجد به اتفاق تحكيم ولا يشير للعقود التي بها اتفاق التحكيم المنظور النزاع المتعلق بها أمام التحكيم، ولم يتفق أطرافه وفقاً لنص المادة ١٠/٢ من

---

(٢١٨) د. محمود هاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليو ١٩٨٤ ع ١، ٢ ص ٧ ص ٦١ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، بند ٤٨ ص ٦٩؛ د. عزمي عبد الفتاح، سلطة المحكمين في تفسير وتصحيح أحكامهم، بحث منشور مجلة الحقوق، جامعة الكويت س ٢ العدد ٤ ديسمبر ١٩٨٤ ص ١٠٨ وما بعدها.

(٢١٩) د. محمود مصطفى، نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية الطبعة الأولى بند ٥ ص ١٢ وما بعدها.

(٢٢٠) د. هدى مجدي، ارتباط الطلبات والمنازعات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٨٦ وما بعدها.

قانون التحكيم المصري، فهل يجوز لهيئة التحكيم إذا ما دفع أمامها من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها إحالة النزاع للقضاء.

الجدير بالذكر أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ قد أجاز - فيما يتعلق بالمنازعات حول تعيين المحكمين أو الأمور المتعلقة بالاعتراض على بعضهم - في المادة ١٤٦٠ الإحالة من هيئات التحكيم إلى قاضي الدعم المختص جغرافياً، سواء كان ذلك عن طريق احد الأطراف أو هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، ويتم تقديم الطلب والتحقيق فيه وإصدار حكم بشأنه وفقاً للإجراءات التي تتعلق بالقضايا المستعجلة<sup>(٢٢١)</sup>.

من ناحية أولى يتعين الإشارة أن العلم الإجرائي يقوم على مجموعة من الأصول القانونية، التي تفرض على قضاء المحاكم وهيئات التحكيم التقيد بها، فالقاضي في الخصومة القضائية مقيد بتعيين ارتباط النزاع المعروض على التحكيم بالنزاع المعروض أمامه من حيث أشخاصه أو موضوعه، وهل الأشخاص في التحكيم يمثلون أشخاصاً جدد في الخصومة القضائية أم أنهم متدخلين لصالح أو ضد أحد الخصوم، وهل يمثل ادعائهم ادعاءً أصلي أم متقابلاً، فليس كل نزاع مطروح على هيئة التحكيم يمكن طرحه - وليس إحالته - للقضاء.

ومن ناحية ثانية يتعين النظر في المكنات القانونية التي خولها القانون لهيئة التحكيم والأشخاص المحتكمون للتمكن من طرح تحكيمهم على القضاء

---

(221) Article 1460 NCPC, «Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. « La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. «Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455».

بشأن النزاع المطروح عليه، فيكون لأطراف اتفاق التحكيم الاتفاق على إنهاء إجراءات التحكيم أو عدم استمراره، الأمر الذي يستلزم إنهاء التحكيم بقرار من هيئة التحكيم، الأمر الذي يترتب عليه عودة اختصاص القضاء تلقائيًا بنظر النزاع، ويكون لكل طرف منهم طرح نزاعه على القضاء بالطريقة التي تناسبه.

١/٦٦ - وهنا يثور التساؤل حول إمكانية أو حق كل شخص في القيام بذلك أو التمسك به وحده أم أن الأمر يستلزم موافقة كل أطراف اتفاق التحكيم على إنهاء التحكيم أو عدم استمراره وطرح نزاعهم على القضاء بمناسبة الدعوى المطروحة عليه.

وفي تقديري، أن الدفع بالإحالة للقضاء في هذه الحالة من جانب أحد الخصوم، يتوقف على وجود اتفاق تحكيم صحيح، فإذا تبين لهيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم صحيح فإنها تستمر في التحكيم وتفصل في النزاع، وفي هذه الحالة لا يكون لهيئة التحكيم تقدير ملائمة الاستمرار في التحكيم من عدمه طالما أن اتفاق التحكيم موجود وصحيح، أما إذا اتفق كل الأطراف على إلغاء اتفاق التحكيم والالتجاء للقضاء، فإن التحكيم ينتهي، ويكون لكل شخص الالتجاء للقضاء، سواء بالتدخل في الدعوى المطروحة أو رفع دعوى أصلية.

وفرق كبير بين أن تحكم هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات أو رفض التحكيم على أساس عدم أحقية المحتكم في دعواه، وبين إنهاء الإجراءات بدون نظر الموضوع على أساس وجود دعوى أمام القضاء، وهو فرض نظري نادر لا يتصور حدوثه في عالم التحكيم، الذي يسعى في أغلبه للفصل في المنازعات وحسمها.

أما بالنسبة لسلطة هيئة التحكيم التلقائية في إنهاء إجراءات التحكيم لوجود نزاع أمام القضاء مرتبط بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، فإن

الأمر يتوقف على حالة التحكيم وحالات الحكم بإنهاء إجراءات التحكيم التي نص عليها القانون، ولا يتعلق الأمر في هذه الحالة بتقرير سلطة الملائمة لهيئة التحكيم في هذا الشأن من عدمه.

وفي تقديري، أن هيئة التحكيم لا تملك ملائمة الإنهاء من تلقاء نفسها خاصة في الحالات التي يكون النزاع صالحاً للفصل فيه، ولا يوجد أي طلب أو إحالة من الأطراف بالالتجاء للقضاء، وحتى في الحالة الأخيرة التي يوجد فيها دفع بالإحالة للقضاء مع تمسك الطرف الآخر بالتحكيم، فإن الأمر يتوقف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، ولا تملك هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم طالما أن الاتفاق على التحكيم موجود وصحيح، كما لا تملك هيئة التحكيم ذلك في حال عدم توافر حالات الإنهاء التي نص عليها القانون.

٢/٦٦ - والسؤال هنا، ماذا لو أنهت هيئة التحكيم إجراءات التحكيم من تلقاء نفسها ودون طلب من أحد الخصوم وفي غير الحالات التي نص عليها القانون لإنهاء إجراءات التحكيم مع تمسك أحد الأطراف بالتحكيم، فهل يكون للطرف المتمسك بالتحكيم الطعن على هذا الحكم، وما هو طريق الطعن المقرر في هذه الحالة، وهل هو نفس طريق الطعن في الحكم التحكيمي الباطل الصادر بالمخالفة لحالات البطلان التي حددتها قوانين التحكيم؟.

في الواقع أننا أمام حالة في منتهى الدقة في التحكيم، حيث أن التصور العادي أن حكم التحكيم الحاسم للنزاع، يجوز الطعن فيه بالبطلان وفقاً للقانون المصري والقانون الإماراتي وبعض القوانين المقارنة، كما يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام في تشريعات بعض الدول كالاستئناف والنقض، كما هو الحال في القانون اللبناني والتحكيم الدولي في القانون الفرنسي، وفي هذه الحالات يكون الطعن من أحد الأطراف لقيام الحكم التحكيمي على سبب يخالف النظام العام أو كونه صادراً بدون اتفاق تحكيم أو اتفاق باطل أو في

مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم، بمعنى أن البطلان محدد حصراً في مواجهة الحكم الحاسم للنزاع التحكيمي.

أما بالنسبة للحكم الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم، فإن الوضع في منتهى التعقيد، حيث قد يرجع الإنهاء لأربعة حالات، الأولى: يرجع الإنهاء لكون العقد الأصلي الوارد به اتفاق التحكيم عقد باطل أو غير صحيح، وأن البطلان يمتد لاتفاق وشرط التحكيم، الثانية: أو بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى في الميعاد المحدد من هيئة التحكيم (م ٣٤ تحكيم مصري)، الثالثة: أو أن الإنهاء قد يعود لانتهاج أجل التحكيم المتفق عليه بين الأطراف أو المحدد قانوناً في القانون الواجب التطبيق (م ٤٥ / ٢ من قانون التحكيم المصري)، الرابعة : وقد يعود الإنهاء لبدء إجراءات التحكيم قبل الأوان أو قبل استيفاء الإجراءات المتفق عليها.

وفي الحالة الأولى: التي يرجع فيها الحكم بانتهاء إجراءات التحكيم لكون العقد الأصلي الوارد به اتفاق التحكيم عقد باطل أو غير صحيح، وأن البطلان يمتد لاتفاق وشرط التحكيم، فإن حكم الإنهاء يعتبر حكم ملزم وحاسم للخصومة، وهو بمثابة حكم برفض التحكيم، وهذا الحكم غير قابل للتصديق والطعن بالبطلان وفقاً للقانون المصري والمقارن، الأمر الذي يعطي حكم التحكيم أفضلية على أحكام المحاكم الصادرة بالرفض، وبالتالي لا يجوز للمتمسك بشرط التحكيم في هذه الحالة الطعن على الحكم بأي طريق من طرق الطعن.

وفي الحالة الثانية: التي يرجع فيها الحكم بانتهاء إجراءات التحكيم الى قرار هيئة التحكيم، بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى في الميعاد المحدد من قبل هيئة التحكيم (المادة ٣٤ تحكيم مصري)، فإن الحكم لا يحسم النزاع التحكيمي ولا يترتب عليه انتهاء اتفاق التحكيم، وهو حكم لا يقبل التصديق من



المحاكم، ولا يقبل الطعن بالبطلان، ويكون لصاحب المصلحة البدء في إجراءات التحكيم من جديد وتقديم بيان دعواه التحكيمية مرة أخرى.

وفي الحالة الثالثة: التي يرجع فيها إنهاء إجراءات التحكيم لانتهاج أجل التحكيم المتفق عليه بين الأطراف أو المحدد قانوناً في القانون الواجب التطبيق (م ٤٥ / ٢ من قانون التحكيم المصري)، فإن حكم إنهاء إجراءات التحكيم بسبب انتهاء أجل التحكيم يعد حكماً بسقوط اتفاق التحكيم، وهذا الحكم لا يصدق عليه أو يطعن عليه بالبطلان، ويكون لصاحب المصلحة اللجوء للقضاء لتسوية ما ترتب على العقد من آثار، وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة رفع دعوى ببطلان العقد أمام محاكم الدولة في صورة دعوى أصلية أو متقابلة، كما يجوز لصاحب المصلحة في التمسك بشرط أو اتفاق التحكيم رفع دعوى للمطالبة بحقوقه أمام القضاء.

أما بالنسبة للحالة الرابعة: التي يعود فيها حكم إنهاء إجراءات التحكيم لبدء إجراءات التحكيم قبل الأوان أو قبل استيفاء الإجراءات المتفق عليها، وهو حكم بمثابة حكم بعدم القبول، وهو حكم غير قابل للتصديق والطعن بالبطلان، وهو حكم مؤقت بإنهاء إجراءات التحكيم، ويجوز للأطراف استعمال حقهم في اتفاق التحكيم إذا ما توافرت الإجراءات المتفق عليها، وفي هذه الحالة يجوز للمتمسك بشرط التحكيم أن يعيد إجراءات التحكيم في حال توافر الشروط والإجراءات المتفق عليها أو نص عليها القانون ولا يسقط اتفاقه على التحكيم، كما يجوز للطرف الآخر رفع دعوى بطلان أصلية ضد المحتكم أمام محاكم الدولة للمطالبة ببطلان العقد الأصلي.

٦٧- ولكن ما الحل لو لجأ المتمسك بشرط التحكيم أو المحتكم ضده لرفع دعوى بصحة العقد والتعويض أو البطلان، في غير الحالات التي لا يترتب على إنهاء إجراءات التحكيم حسم موضوع النزاع محل التحكيم، فهل

يمكن دفع هذه الدعوى بالدفع بشرط التحكيم، وهل يجوز للطرف الآخر رفع دعوى أمام القضاء ببطلان العقد وما ترتب عليه؟.

١/٦٧ - بالنسبة للشق الأول من السؤال المتعلق بمدى جواز رفع دعوى صحة العقد أو المطالبة محل التحكيم، بعد إنهاء إجراءات التحكيم في الحالات التي لا يترتب على إنهاء التحكيم حسم النزاع موضوع التحكيم، كما هو الحال في إنهاء إجراءات التحكيم لرفعها قبل الأوان، وحالة إنهاء إجراءات التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى (م ٣٤ تحكيم مصري)، ومدى تصور دفع هذه الدعوى بالدفع بالتحكيم شأن الدعوى المتعلقة بالعقد.

وفي هذه الحالة لا جدال في أن المحتكم يملك البدء في إجراءات التحكيم من جديد، كما يكون له استعمال حقه الأصلي في الالتجاء للقضاء، كما يكون للمدعي عليه في حالة التجاء المحتكم للقضاء دفع الدعوى بالتحكيم، لأن إنهاء التحكيم بسبب رفعه قبل الأوان أو عدم تقديم المدعي لبيانه، لا يعتبر نزولا منه عنه التحكيم، ويظل شرط التحكيم قائماً طالما أنه صحيح وموجود وقابل للتطبيق، فيجوز للمحكمة القضاء به.

٢/٦٧ - وبالنسبة للشق الثاني من السؤال المتعلق بمدى جواز رفع دعوى بطلان العقد الأصلي، بعد إنهاء إجراءات التحكيم في الحالات التي لا يترتب على إنهاء التحكيم حسم النزاع موضوع التحكيم، كما هو الحال في إنهاء إجراءات التحكيم لرفعها قبل الأوان، وحالة إنهاء إجراءات التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى (م ٣٤ تحكيم مصري)، ومدى تصور دفع هذه الدعوى بالدفع بالتحكيم شأن الدعوى المتعلقة بالعقد.

والمقرر في قضاء المحكمة الاتحادية العليا أن دعاوى بطلان العقد أو صحتها من الولاية العامة للقضاء التي لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل

فيها<sup>(٢٢٢)</sup>، وبطلان العقد أو صحته، يتعلق بتوافر أركان العقد وشروط صحته.

ويتم التمسك به عن طريق دعوى بطلان العقد، وهذه الدعاوى لم يهتم الفقه كثيراً ببحث اختصاص القضاء بها من عدمه، باعتبار أن القضاء صاحب الولاية العامة وأن البطلان لا مجال فيه للصلح للقول باختصاص هيئة التحكيم بها، وقد نصت بعض أنظمة التحكيم على اختصاصها ببطلان العقود وصحتها إلى جانب نصها على الاختصاص ببطلان اتفاق التحكيم وصحته، حيث نصت المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) لعام ١٩٧٦ بالنص على اختصاص هيئة التحكيم ببطلان العقود وصحتها بقولها: " ٢ ) تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم ٢١، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

وقد تراجعت قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) عن هذا التوجه بنصها في المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها الصادرة عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته فقط، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة العقود التي بها شرط التحكيم أو بطلانها، كما هو الحال في نص المادة ٢١ من قواعد التحكيم الدولي الأونسيترال بصيغتها عام ١٩٧٦، الأمر الذي يعد تراجعاً تشريعياً في التنظيم الدولي عن مسألة اختصاص هيئة التحكيم ببطلان العقود وصحتها مكتفياً

---

(٢٢٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٥/٠١/٢٢.

ببطلان اتفاق التحكيم أو صحته.

وقد خلا قانون التحكيم المصري وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي من تنظيم هذه المسألة اكتفاء بالقواعد العامة في الاختصاص، الأمر الذي قد يثير خلافاً كبيراً بين من يقول باختصاص القضاء بتلك الدعاوى ومن يقول باختصاص هيئة التحكيم بنظرها<sup>(٢٢٣)</sup>، وبين القول - بحق - باختصاص القضاء بدعاوى بطلان العقود وصحتها على أساس أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في المسائل المدنية والتجارية وغيرها<sup>(٢٢٤)</sup>، وأن التحكيم هو استثناء على الأصل العام بولاية القضاء، وأنه لا يجوز إلا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

وبناء عليه، يختص القضاء بدعاوى صحة العقود وبطلانها باعتباره صاحب الولاية العامة؛ إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بتاريخ ٢١ / ٠٩ / ٢٠٠٨ أن المحكمة تكون صاحبة الولاية في النزاع المطروح عليها، فإذا قضت المحكمة ببطلان العقد، فإن هذا البطلان يمتد إلى كافة ما اشتمل عليه من شروط والتزامات بما فيها شرط التحكيم<sup>(٢٢٥)</sup>.

---

(٢٢٣) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٢٢٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧٠ ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢٢٥) تمييز دبي الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/٢١، مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية، ج ٢ من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٨ العدد ١٩.

ولا يعول في هذه الحالة على أن بطلان العقود وصحتها من المسائل التي تتعلق بشروط صحتها، وهذه مثل الكتابة والأهلية وهذه لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز للأفراد الاتفاق على اختصاص هيئة التحكيم بالاختصاص بها والفصل فيها، لأنها تتعلق بالصالح الخاص للأفراد، الأمر الذي يعني تصور القول باختصاص هيئة التحكيم ببعض دعاوى بطلان وصحة العقود التي لا تعلق البطلان فيها بالنظام العام واختصاص القضاء ببعض دعاوى بطلان العقود التي تتعلق بالنظام العام أو الآداب العامة.



## **المبحث الثالث**

### **الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم**





٦٨- دراسة الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم تستلزم بيان المقصود بالدفع به وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم في الفصل فيه على استقلال أو مع الموضوع، وهو ما يمكننا تناوله في المطالب الثلاث الآتية:-

## المطلب الأول

### المقصود الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

٦٩- قد خلا قانون التحكيم المصري من تعريف للدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم، وقد سكت معظم الفقه عن وضع تعريف محدد له، ويمكننا تعريفه 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، واتفاق التحكيم الصادر ممن ليس أهلاً للتصرف يعتبر باطلاً، وهذا البطلان يعتبر في حكم الانعدام بالنسبة للطرف الأصلي إلا إذا أجازته.

وقد نظم المشرع المصري في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أحكام هذا الدفع من الناحية الإجرائية في المادة ٢٢ منه باعتباره سبباً من الأسباب التي يبني عليها عدم اختصاص هيئة التحكيم<sup>(٢٢٦)</sup>.

وعليه فقد يتصور البعض أن هذا الدفع لا يتصور إيدأؤه إلا أمام هيئة التحكيم، بسبب اكتفاء المشرع بالنص عليه ضمن الأسباب التي يتصور أن يبني عليها عدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم<sup>(٢٢٧)</sup>.

---

(٢٢٦) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٢٢٧) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٥٦ ص ٥٢٢ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ بند ٥٨ ص ٦٧ و ٦٨.

والحقيقة أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم عند نظر النزاع أمامها، الأمر الذي يعني جواز التمسك به أصالة أمام القضاء في حالة الدفع من قبل الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة، وذلك رداً على دفع المدعى عليه بالتحكيم.

بمعنى أن الالتجاء للتحكيم وتشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم وانعدامه، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم، في نفس ميعاد رد المدعى عليه في التحكيم، فإذا قبلت هيئة التحكيم الدفع قضت بعدم اختصاصها بالتحكيم.

أما إذا وجدت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم صحيح وموجود فإنها تملك الحكم برفض الدفع أو ضم الدفع للموضوع وتحكم في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم مع الحكم الفاصل في الموضوع، وفي هذه الحالة يمكن للخصم أو المحكوم ضده التمسك بهذا السبب في دعوى البطلان.

ومن ناحية ثانية يمكن إثارة هذا التحكيم أمام القضاء في حالة وجود النزاع أمام القضاء مع وجود دفع بالتحكيم، ففي هذه الحالة يمكن التمسك بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم، فإذا رأت المحكمة أن الاتفاق موجود وصحيح قضت بصحة اتفاق التحكيم والتزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم، وفي هذه الحالة يكون للمحكوم ضده الطعن بالاستئناف في حكم المحكمة.

أما إذا رأت المحكمة أن الاتفاق على التحكيم منعدم فإنها إما تحكم بقبول الدفع وتنظر الموضوع، أو أنها تؤجل الفصل في الدفع لتقضي فيه بحكم حاسم مع موضوع النزاع.

٧٠- ولانعدام وجود اتفاق التحكيم معنى واسع فقد لا يكون هناك اتفاق تحكيم بصدد موضوع النزاع أو يكون هذا الاتفاق في حكم عدم الوجود كما لو كان منعدماً، ويعتبر اتفاق التحكيم منعدماً أو غير موجود إذا فقد ركن من أركانه؛ إذ يترتب على تخلف أحد أركان الشيء انعدامه وعدم وجوده، بخلاف الشيء الباطل فهو متوافر الأركان ولكنه يفقد شرط من شروط صحته، وأركان اتفاق التحكيم هي ركن الرضا والمحل والسبب<sup>(٢٢٨)</sup>.

وفي هذه الحالة تستعين المحكمة بالقواعد المتعلقة بأركان العقد المنصوص عليها في القانون المدني.

ويختلف ميعاد تقديم هذا الدفع حسب ما إذا كان سوف يتم تقديمه أمام القضاء أو أمام هيئة التحكيم.

أيضاً أن سلطة المحكمة بنظره تختلف عن سلطة هيئة التحكيم من حيث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما سوف نتناوله تباعاً في المطالبين التاليين.

وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص، حيث نصت المادة ١٦ قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، على أنه: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار

---

(٢٢٨) للمؤلف، اتفاق التحكيم، دراسة على ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ٢٠١٢ بند ٦٦ وما بعدها.

يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢ - يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبداءه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعًا يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣ - يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يومًا من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

ونصت المادة ٢١/١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦، على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في وجود اتفاق التحكيم، بقولها: "١ - هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق. ٢ - تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءًا منه..." (٢٢٩).

---

(٢٢٩) نصت المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٧٦ على أنه: ١ - هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم (=)

أيضاً نصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته<sup>(٢٣٠)</sup>.

٧١- وانعدام وجود اتفاق التحكيم يتميز عن بطلان اتفاق التحكيم،

---

(=) أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق، ٢- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة ٢١، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان العقد، ٣- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات، ٤- بوجه عام، تفصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها بوصفها مسألة أولية، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر الاستمرار في الإجراءات وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي".

(٢٣٠) نصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على أنه: "١- تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظرُ إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاقٌ مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلانُ بند التحكيم. ٢- يُقدّم الدّفعُ بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أو الدعوى المقامة بغرض الدّفع بالمقاصة، في الردّ على تلك الدعوى. ولا يُمنع الطرف من تقديم ذلك الدّفع لكونه عين محكماً أو شارك في عينه. أما الدفع بأن هيئة التحكيم تتجاوز نطاق سلطتها، فيجب تقديمه حالما تُطرح المسألة التي يُزعم أنها تتجاوز نطاق سلطتها أثناء إجراءات التحكيم. ويجوزُ لهيئة التحكيم، في كلتا الحالتين، أن تقبل دفْعاً يُقدّم بعد هذا الموعد إذا رأت أن التأخر له ما يسوغه. ٣- يجوزُ لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة إمّا كمسألة أولية وإمّا بالبت في وجاهته. ويجوزُ لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تُصدر قراراً، بصرف النظر عن أي طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمة بعد".

والذي قد يعود لمخالفة اتفاق التحكيم لنموذجه القانوني، ككونه غير مكتوب أو صادرًا ممن ليس أهلاً للتصرف في حقوقه؛ إذ لا يعتبر الاتفاق موجودًا أصلاً أو معترفًا به، في حين يكون الاتفاق موجود في الحالة الثانية إلا أنه معيب، وفي الحالة الأولى لا يتصور تصحيح الانعدام، وفي الحالة الثانية يتصور تصحيح البطلان.

كما يتميز الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم عن الدفع بسقوط وثيقة التحكيم لاختلاف حالات السقوط عن حالات الانعدام، التي قد ترجع لانتفاء أيا من أركان اتفاق التحكيم كركن الرضا أو المحل أو السبب.

أيضاً يتميز الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم عن الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، والذي يعود لمخالفة الاتفاق لنموذجه القانوني، ككونه غير مكتوب أو صادر ممن لا يملك أهلية التصرف في الحق محل التحكيم، مما يعني أن الاتفاق منعدم وغير موجود في الحالة الأولى، أو أنه أبطل بسبب مخالفة اتفاق التحكيم لنموذجه القانوني في الدفع ببطلات اتفاق التحكيم.

وأخيراً يتميز الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم عن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، والذي يقوم على التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم مع وجود اتفاق التحكيم في مسائل أخرى، والاتفاق في هذه الحالة يتشابه مع حالة انعدام اتفاق التحكيم.

## **المطلب الثاني**

### **سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود**

### **اتفاق التحكيم**

٧٢- الأصل - وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - أن الفصل في وجود وانعدام وجود اتفاق التحكيم من الولاية العامة للقضاء، وتكون للمحكمة البحث فيها في حالة وجود نزاع يتعلق باتفاق تحكيم، وقد تمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة تتحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم بموجب الفصل في الدفع بالتحكيم، علاوة على حق المدعي في تلك الدعوى من التمسك بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم أو الدفع بعد الاختصاص، وقد كان هذا الأصل هو التنظيم العام للتمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، دون أن يكون لهيئة التحكيم أي اختصاص أثناء نظرها للنزاع بالفصل في هذه المسائل، وبصدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ترجم المشرع المصري التوجهات الدولية بشأن الاعتراف لهيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت المادة ٢٢ على أن: "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع ..."، ٣- 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 دعوى بطلان حكم

التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

وقد أثار نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري الخلاف في الفقه حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع وسلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٢٣١)</sup>.

وقد ذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(٢٣٢)</sup> - وبحق - إلى القول باختصاص

---

(٢٣١) للمزيد في عرض هذه الآراء: راجع: د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة ٢٠١١ بنص ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. علي رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٥٥ ص ٤٣٩ وما بعدها د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ٢٠٠٩.

(٢٣٢) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها.

Adam SAMUEL, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, p. 184.

(=)



القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأن هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة، وأن المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام وبطلان اتفاق التحكيم وعدم صحته، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وإذا تبين لها عدم صحة الدفع، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع والموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٢٣٣)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم

---

(=) مشار إليه لدى: د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.  
(٢٣٣) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصاً حصرياً للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني<sup>(٢٣٤)</sup>، للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه لم يعد للقضاء اختصاص بنظر صحة وبطلان اتفاق التحكيم، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، بل أن بعض أنصار هذا الاتجاه.

وقد تحفظ بعض أنصار هذا الاتجاه، بأن القول السابق يبدو منطقياً من ظاهر نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء للفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذ يعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها مانعاً أمام القضاء من الفصل في هذه المسائل قبل الفصل فيها من هيئة

---

(٢٣٤) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

التحكيم، ويتعين على القضاء في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصه، ما لم يكن النزاع منبت الصلة بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وأنه إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإنه يكون للمدعي الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ولا يكون للمحكمة الامتناع عن نظره، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم<sup>(٢٣٥)</sup>.

وقد توسع بعض أصحاب هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٢٣٦)</sup>.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه، وأنها فقط تنظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو

---

(٢٣٥) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠.

(٢٣٦) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها، مع كفاية حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها.

٧٣- ذكرنا آنفاً أن البعض قد لا يتصور إبداء هذا الدفع إلا أمام هيئة التحكيم، بسبب اكتفاء المشرع بالنص عليه ضمن الأسباب التي يتصور أن يبنى عليها عدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم، وأنه لا قد يتصور دفع تحكيم قائم أمام هيئة التحكيم عن طريق الدفع بانعدام التحكيم أمام القضاء.

والحقيقة أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم شأن الدفع بعدم الاختصاص من الدفوع المقررة أصالة للقضاء، وأنه بفضل التوجه الدولي أمكن الاعتراف بها لهيئة التحكيم، الأمر الذي يعني جواز التمسك به أصالة أمام القضاء في حالة الدفع من قبل الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة<sup>(٢٣٧)</sup>، وذلك ردّاً على دفع المدعى عليه بالتحكيم.

والمحكمة تملك السلطة التامة وفق القواعد المنصوص عليها في القانون المدني المصري أو المعاملات المدنية الإماراتي للتحقق من وجود

---

(٢٣٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

الرضا والمحل والسبب، وذلك أثناء بحثها للدفع بالتحكيم، وأنه لا يجوز دفع تحكيم قائم أمام هيئة التحكيم عن طريق الدفع بانعدام التحكيم أمام القضاء.

والمسألة محل البحث في الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم قد لا تحتاج لتقديم هذا الدفع من قبل الخصوم، وذلك في الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، غير أن إثارة هذا الدفع تكون في منتهى الأهمية في الحالات التي لا يتعلق فيها البطلان بالنظام العام.

ولا يشترط تقديم هذا الدفع أمام المحكمة خلال ميعاد محدد، بخلاف الدفع بالتحكيم والذي يتعين التمسك به قبل الكلام في الموضوع أو تقديم دفاعه في القانون المصري أو في الجلسة الأولى في قانون الإجراءات الإماراتي، فيجوز إثارة هذا الدفع بعد الكلام في الموضوع لاحقاً للدفع بالتحكيم.

ولم يحدد المشرع طريقة محددة لنظر هذا الدفع، فيجوز للمحكمة أن تقضي به مع الدفع بالتحكيم قبل الفصل في الموضوع، ويجوز لها أن تؤجل النظر فيه لتفصل فيه مع الموضوع.

وفي تقديري أن الكلام عن هذا الدفع في القانون المصري قد يكون في منتهى الأهمية بسبب وقف القانون في المادة ١٠/١ من قانون التحكيم عند حد حكم المحكمة بعدم القبول في حالة الدفع باتفاق التحكيم قبل تقديم أي دفاع في الدعوى، وذلك مع خلو قانون التحكيم المصري من نص يعطي المحكمة صلاحية الحكم برفض الدفع في حالة البطلان الظاهر أو عدم القابلية للتطبيق، كما هو الحال في قانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم ٥٠٠ - ١٩٨١ و ٢٠١١-٤٨ أو القانون الهولندي أو أنظمة التحكيم الدولية، والتي كفلت هذا الحق صراحة للمحاكم، في حين أغفلت قوانيننا النص عليها.

٧٤- وبصرف النظر عن النص في قانون التحكيم المصري أو عدم النص على سلطة المحكمة في عدم الحكم بعدم الاختصاص في حالة ما إذا كان

اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير قابل للتطبيق، فإن اتفاق التحكيم كسائر العقود يتعين أن يقوم على أركان ثلاث وهي الرضا والمحل والسبب، وسلطة المحكمة في بحث الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أمام المحكمة تستمد من القانون الوطني الواجب التطبيق على النزاع، فلا يتصور في هذه الحالة التعويل على اتفاق التحكيم المطعون فيه.

وتطبيقاً لذلك، يمكن تأسيس سلطة هيئة التحكيم في هذه الحالة على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم وجود المحل كونه مستحيلًا في ذاته، وأنه إذا لم يكن محله معيناً بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، ويكفي أن يكون معيناً بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطيع به تعيين مقداره، وفي كل الأحوال يتعين ألا يخالف محل اتفاق النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع.

وقد نصت على ذلك المادة ١٣١ من القانون المدني المصري على أن:

"١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، ونصت المادة ١٣٢ على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً"، والمادة ١٣٣ نصت على أنه: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط"، والمادة ١٣٤ نصت على أن "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن

يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر"، والمادة ١٣٥ نصت على أن "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، وقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على نفس الأحكام<sup>(٢٣٨)</sup>، ولعل أهم هذه النصوص ما نصت عليه المادة ٢٠٥ من قانون المعاملات المدنية المشار إليه، بأن: "١) يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، ٢) فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

ويعتبر اتفاق التحكيم منعدماً أو غير موجود، لو انتفى أو تخلف ركن الرضا لانعقاد اتفاق التحكيم، كما ينعدم اتفاق التحكيم لو لم يرد على محل أو كان المحل مستحيلاً أو غير قابل للتطبيق على حد تعبير المشرع الفرنسي في المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، مثال الاتفاق على التحكيم بشأن تقسيم أراضي كوكب من الكواكب، أو الاتفاق على التحكيم بشأن جزيرة تحت سيطرة الاحتلال، كما ينعدم اتفاق التحكيم لو انعدم السبب الذي يتعلق به اتفاق التحكيم.

٧٥- الجدير بالذكر، أنه يتعين التمييز بين وجود محل اتفاق التحكيم أو انعدامه وعدم مشروعية هذا المحل؛ إذ يترتب على انعدام المحل انعدام وجود اتفاق التحكيم لفقده ركن من أركانه، ويترتب على وجود المحل وجود اتفاق التحكيم، أما عدم المشروعية فهو أمر يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو عدم

---

(٢٣٨) انظر المواد رقم ١٩٩ و ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

صحته ويترتب على تخلفه البطلان، كما يتعين التمييز بين وجود السبب وعدم مشروعية السبب؛ إذ يترتب على وجود السبب أو عدم وجوده وجود أو انعدام اتفاق التحكيم، بينما يترتب على عدم مشروعية السبب بطلان اتفاق التحكيم.

### **المطلب الثالث**

## **سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم**

٧٦- ذكرنا آنفاً أن الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم يجوز التمسك به أصالة أمام القضاء في حالة الدفع من قبل الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة، كما يتصور الدفع به أمام هيئة التحكيم ذاتها، وهو ما سعت أنظمة التحكيم الدولية لإقراره لهيئة التحكيم.

وفي هذه الحالة تختص هيئة التحكيم بالفصل في هذا الدفع سواء على استقلال أو مع حكمها في الموضوع.

ومن وجهة نظري، أن اختصاص هيئة التحكيم في الفصل الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع بانعدام هيئة التحكيم، لا يمنع المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - من الفصل في هذه المسائل، بمعنى أن الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ليس اختصاص حاجز على هيئة التحكيم، فيجوز الدفع به أمام القضاء في حالة دفع الخصم بوجود اتفاق التحكيم.

وقد نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على وجوب التمسك بهذا الدفع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون<sup>(٢٣٩)</sup>.

---

(٢٣٩) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها.



وحرصاً من المشرع على كفالة حق الشخص في التمسك بهذا الدفع، فقد قرر في ٢٢ المشار إليها، إلى أنه لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

ويكون للمحكمة في هذه الحالة أن تفصل في هذا الدفع قبل الفصل في موضوع النزاع، وحكم المحكمة في الدفع في هذه الحالة غير قابل للطعن إلا مع دعوى البطلان في حكم المحكمين، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به مرة أخرى إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، كما يكون لها سلطة الفصل في الدفع وموضوع النزاع معاً عند الفصل في الموضوع<sup>(٢٤٠)</sup>.

ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم، ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي.

٧٧- وقد نصت صراحة المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم، بقولها "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب

---

(٢٤٠) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها.

على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع ..."، ٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في هذا الدفع، حيث نصت المادة ١٦ قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، على أنه: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبدائه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعاً يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم

أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

ونصت المادة ١/٢١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦ على ذلك بقولها: "١ - هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق..."، ونصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته".

ويترتب على الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم سلطة الهيئة في التحقق من وجود أو انعدام اتفاق التحكيم، ويكون لهيئة التحكيم الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها وجود وصحة اتفاق التحكيم حتى لو تبين عدم صحة أو بطلان العقد الأصلي.

٧٨- وسلطة هيئة التحكيم في بحث الدفع بوجود اتفاق التحكيم تعتمد على القانون الواجب التطبيق على النزاع من الناحية الموضوعية، بخلاف الحال في إبداء الدفع أمام المحكمة والتي تطبق قانونها الوطني على الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم من الناحيتين الموضوعية والإجرائية.

ويمكن تأسيس سلطة هيئة التحكيم - في حالة الاتفاق على تطبيق القانون الوطني أو في حالة التحكيم الداخلي الذي يتم في الدولة - على أساس أن اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم وجود المحل كونه مستحيلًا في ذاته، وأنه إذا لم يكن محله معينًا بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، ويكفي أن

يكون معيناً بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، وفي كل الأحوال يتعين ألا يخالف محل اتفاق النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع.

وقد نصت على ذلك المادة ١٣١ من القانون المدني المصري على أن "١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، ونصت المادة ١٣٢ على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً"، والمادة ١٣٣ نصت على أنه: "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط"، والمادة ١٣٤ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر"، والمادة ١٣٥ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، وقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على نفس الأحكام<sup>(٢٤١)</sup>، ولعل أهم هذه النصوص ما نصت عليه المادة ٢٠٥ من قانون المعاملات المدنية المشار إليه، بأنه: "١) يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، ٢) فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

---

(٢٤١) انظر المواد رقم ١٩٩ و ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

ويعتبر اتفاق التحكيم منعماً أو غير موجود، لو انتفى أو تخلف ركن الرضا لانعقاد اتفاق التحكيم، كما ينعدم اتفاق التحكيم لو لم يرد على محل أو كان المحل مستحيلاً أو غير قابل للتطبيق على حد تعبير المشرع الفرنسي في المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بالمرسوم ٢٠١١-٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، مثال الاتفاق على التحكيم بشأن تقسيم أراضي كوكب من الكواكب، أو الاتفاق على التحكيم بشأن جزيرة تحت سيطرة الاحتلال، كما ينعدم اتفاق التحكيم لو انعدم السبب الذي يتعلق به اتفاق التحكيم.

الجدير بالذكر، أنه يتعين التمييز بين وجود محل اتفاق التحكيم أو انعدامه وعدم مشروعية هذا المحل؛ إذ يترتب على انعدام المحل انعدام وجود اتفاق التحكيم لفقده ركن من أركانه، ويترتب على وجود المحل وجود اتفاق التحكيم، أما عدم المشروعية فهو أمر يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو عدم صحته ويترتب على تخلفه البطلان، كما يتعين التمييز بين وجود السبب وعدم مشروعية السبب؛ إذ يترتب على وجود السبب أو عدم وجوده وجود أو انعدام اتفاق التحكيم، بينما يترتب على عدم مشروعية السبب بطلان اتفاق التحكيم.

ويترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع<sup>(٢٤٢)</sup>.

لكن السؤال، هل يترتب على سقوط الدفع بعدم شمول اتفاق لموضوع النزاع، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء ببطلان حكم التحكيم لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع؟.

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة

---

(٢٤٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ١٩١ ص ٣٥٢.

التحكيم، وبالتالي لا ينصرف الى حق التمسك به في دعوى بطلان حكم المحكمة؛ إذ المقرر في الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم للدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، ومن باب أولى لا يترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

علاوة على ما نصت عليه الفقرة أ والفقرة الأخيرة من البند ١ من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي جاء نصها: "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاؤه مدته ... و) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

٧٩- السؤال، هل فصل هيئة التحكيم برفض الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم يمنع المحاكم من بحث هذه المسألة، بمعنى هل للمحكمة رفض دعوى البطلان المؤسس على هذه الحالة لرفض هيئة التحكيم للدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم وسابقة الفصل فيها؟.

الإجابة على هذا السؤال تقتضي استعراض الفقرة ٢ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي نصت على أن تفصل هيئة التحكيم في هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون.

علاوة على أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع التحكيمي، ولا يسلب القضاء ولايته العامة في بحث هذه المسألة من عدمه عند نظر دعوى البطلان، لأن المتصور لإعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم صادر من محاكم نفس الجهة القضائية، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع والمحل والأشخاص، وأن المشرع قد نظم الطعن بالبطلان في حكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان، والتي تتعلق موضوعها بإجراءات التحكيم، دون أن تمتد لموضوع النزاع محل التحكيم، وبالتالي تعبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم.

(۲۰۰)



## **المبحث الرابع**

### **الدفع بسقوط اتفاق التحكيم**

(٢,٢)

٨٠- الدفع بسقوط اتفاق التحكيم يقتضي بيان المقصود بهذا الدفع وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم في الفصل فيه، وهو ما يمكننا تناوله تبعاً في المطالب الثلاثة الآتية:-

## المطلب الأول

### المقصود بالدفع بسقوط اتفاق التحكيم

٨١- نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم على إمكان أو جواز الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم المبني على سقوط اتفاق التحكيم، وقد خلا قانون التحكيم المصري من تعريف الدفع بسقوط اتفاق التحكيم، إلا أنه يمكن التعرف على هذا الدفع من خلال الحالات والافتراضات المختلفة لسقوط اتفاق التحكيم التي نص عليها المشرع في القانون المصري والمقارن<sup>(٢٤٣)</sup>، والسقوط في قانون المرافعات هو عارض من عوارض الخصومة، يترتب بسبب إهمال المدعي أو امتناعه، ويكون بناء على طلب صاحب المصلحة طلب سقوط الخصومة نتيجة على عدم موالة السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه متى انقضت مدة زمنية محددة من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي، حيث أجاز المشرع طلب سقوط الخصومة لعدم موالة السير في الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه بمرور ستة شهور من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي وفقاً لنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات المصري وفقاً

---

(٢٤٣) نقصد هنا حالات انتهاء إجراءات التحكيم وسقوط خصومة التحكيم المنصوص عليها في المادة ٣٢ و ٤٥ من قانون التحكيم، حيث إن المشرع المصري قد نص في قانون التحكيم 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. ومن ثم نقترح تعديل تعبير السقوط والنص على الانتهاء أو الإلغاء.

لأحدث تعديلاتها بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩، والمادة ١٠٦ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي<sup>(٢٤٤)</sup>.

(٢٤٤) في فكرة سقوط الخصومة، راجع رسالتنا للدكتوراه، بعنوان: "النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة تأصيلية مقارنة"، دار النهضة العربية ٢٠٠٦، بند ٢١٦ ص ٢٨٢ وما بعدها، حيث يلزم التمييز بين سقوط الخصومة وتقدمها، فالسقوط جزاء فرضه القانون على المدعي الذي يهمل أو يمتنع عن السير في الخصومة مدة ستة شهور من آخر إجراء صحيح فيها، فيكون من له مصلحة من الخصوم أن يطلب المحكمة سواء بدعوى مبتدئة أو في صورة دفع الحكم بسقوط الخصومة في هذه الحالة، ولا يعني عن الطلب السابق، حصول السقوط بقوة القانون لأن السقوط يتعلق بالصالح الخاص للأفراد وليس بالصالح العام للمجتمع ولا بد فيه من الطلب فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، أما انقضاء الخصومة وتقدمها فيكون لأي سبب حتى لو كان بمرور سنتين من آخر إجراء صحيح تم في الخصومة، وهو ما يحدث حسب تعبير الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية لمحكمة النقض في ٢ مارس ١٩٨٨ (الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٦٥ ق مشار إليه لدى الدكتور أحمد السيد صاوي، الوسيط، مرجع سابق، بند ٣٩٥ ص ٦٣٨) وفقاً لأحدث اتجاهاتها بأن عبارة، في جميع الأحوال، على خلاف ما سبق وقضت به تنصرف فقط لكل الحالات التي يكون فيها عدم موالاة السير في الخصومة مرجعه مطلق إرادة الخصوم أو قلم الكتاب، ورتب وقف مدة التقدم إذا وجد مانع مادي من شأنه منع أطراف الخصومة عن موالاة السير فيها مدة سنتين من آخر إجراء صحيح، بخلاف السقوط الذي يبدأ فيه الميعاد في حالة الوفاة من إعلان الورثة، كما أن التقدم يخضع للقواعد العامة في شأن التقدم المسقط من حيث الوقف، والخصومة تنقضي بقوة القانون بشرط التمسك بالتقدم من قبل المدعي أو المدعى عليه بخلاف السقوط الذي هو حق للمدعي عليه وحده: للمزيد انظر: انظر: د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٣٩٢ ص ٦٢٨ وما بعدها، بند ٣٩٥ ص ٦٣٧ وما بعدها. والجدير بالذكر أن المادة ٢/١٤٠ من قانون المرافعات المصري قد نصت على عدم سريان المادة ١٤٠ على خصومة الطعن بالنقض لخضوعها لنظام خاص بموجب القانون ١٣ لسنة ١٩٧٢، الذي استثنى الطعن بالنقض من أحكام انقضاء الخصومة وتقدمها، الأمر الذي يؤكد على صحة تصورنا بانطباق النص السابق، على خصومة التنفيذ، ويفترض أنه بعد حصول صاحب (=)

وسقوط اتفاق التحكيم يتميز عن سقوط خصومة التحكيم، التي عبر عنه المشرع في المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصري من انتهاء التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى، وحالة عدم الحكم خلال الأجل المتفق عليه أو بانتهاء مدة اثنا عشر شهراً عملاً بنص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي<sup>(٢٤٥)</sup>.

والقاعدة أن شرط التحكيم يكون مستقلاً عن العقد الأصلي، وأنه عقد داخل عقد، وأن اتفاق التحكيم شأن سائر العقود لا يسقط ولا ينتهي إلا بتنفيذه أو بطلانه أو إلغائه أو صدور حكم في الموضوع، وأن المقرر في قضاء محكمة النقض الفرنسية أن أثر الحكم الصادر في خصومة التحكيم لا يقتصر إلا على النزاع الذي صدر فيه، ولا يمتد لأي نزاع آخر<sup>(٢٤٦)</sup>.

ولا يترتب على انتهاء العقد الوارد به شرط التحكيم انتهاء شرط التحكيم نفسه<sup>(٢٤٧)</sup>، إلا سقوط أو انتهاء الحقوق الواردة به، إلا أنه قد يتفق في اتفاق التحكيم على ميعاد محدد للتحكيم، أو يتفق في خصومة التحكيم على حسمها

---

(=) المصلحة في التنفيذ على السند التنفيذي وبدء خصومة التنفيذ بالنسبة له إلا أنه لم يقدّم بأي إجراء صحيح فيها وهو ما يحتم القول بتقادمها.

(٢٤٥) للمزيد عن حالات انتهاء إجراءات التحكيم، راجع: د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١١٠ ص ١٥٨ وما بعدها؛ د. محمود مصطفى يونس، المرجع في التحكيم، مرجع سابق، بند ٤٧٢ ص ٣٩٢ وما بعدها.

(٢٤٦) أستاذنا الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١١٠ ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢٤٧) وهو ما قرره محكمة نقض أبوظبي في حكمها بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/١٢ بقولها، أن انتهاء العقد المتضمن شرط التحكيم لا يمنع من بقاء شرط التحكيم سارياً ومنتجاً لأثره بالنسبة للآثار المترتبة على العقد نقض أبوظبي الطعن رقم ٥١٩ لسنة ٢٠٠٨ س ٢ ق.أ. جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٥ تجاري منشور بسلسلة مبادئ النقض ١٢ ص ١١٧ وما بعدها.

خلال أجل محدد أو انتهاء الأجل الذي حدده القانون لانتهاء التحكيم ولم يتفق الأطراف صراحة أو ضمناً على مد أجل التحكيم، أو اتفق على التحكيم والتجاً أحد الأطراف للقضاء ولم يتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم.

وقد يعتبر من قبيل السقوط أو التنازل عن اتفاق التحكيم أيضاً، عدم التمسك بالدفع بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع وفقاً لقانون التحكيم المصري أو قبل الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي؛ إذا ترتب على عدم التمسك بالدفع حسم كل المنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم<sup>(٢٤٨)</sup>.

وفي كل هذه الحالات يسقط الدفع باتفاق التحكيم، ويكون لصاحب المصلحة التمسك بهذا السقوط، سواء أكان ذلك أثناء نظر النزاع أمام القضاء أو عند نظر النزاع أمام هيئة التحكيم<sup>(٢٤٩)</sup>.

بمعنى أن الالتجاء للتحكيم وتشكيل هيئة التحكيم لا يتم دفعه بالتجاء الشخص للقضاء بدعوى عدم الاعتداد باتفاق التحكيم أو سقوطه، بل يكون الطريق الصحيح في هذه الحالة التمسك بالدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام هيئة

---

(٢٤٨) في تطبيقات فكرة سقوط اتفاق التحكيم، راجع: د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ بند ٦٥١ ص ٥٢٢ وما بعدها، علماً بأن التنازل أو السقوط في هذه الحالة يقتصر على الخصومة المطروحة على القضاء، وأن الذي يسقط في هذه الحالة هو الدفع بالتحكيم، وأن اتفاق التحكيم يظل موجوداً، ويمكن التمسك به في دعوى أخرى، وبالتالي لا يترتب على عدم التمسك به في الجلسة الأولى اعتبار الشخص متنازلاً عن اتفاق التحكيم، على حد تعبير المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية، وأن الصحيح من وجهة نظري هو سقوط الدفع بالتحكيم في النزاع المعروض، وأن ذلك لا يحول بأي حال من الأحوال من التمسك باتفاق التحكيم في أي نزاع آخر يتعلق بالعقد موضوع الاتفاق أو له علاقة بموضوع اتفاق التحكيم المذكور.

(٢٤٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

التحكيم، في نفس ميعاد رد المدعى عليه في التحكيم، فإذا قبلت هيئة التحكيم الدفع قضت بعدم اختصاصها بالتحكيم.

أما إذا وجدت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم صحيح وموجود فإنها تملك الحكم برفض الدفع أو ضم الدفع للموضوع وتحكم في الدفع بسقوط اتفاق التحكيم مع الحكم الفاصل في الموضوع، وفي هذه الحالة يمكن للخصم أو المحكوم ضده التمسك بهذا السبب في دعوى البطلان.

ومن ناحية ثانية يمكن إثارة الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام القضاء في حالة وجود النزاع أمام القضاء مع تمسك المدعى عليه بالدفع بالتحكيم، ففي هذه الحالة يمكن التمسك بالدفع بسقوط اتفاق التحكيم، فإذا رأت المحكمة أن الاتفاق موجود وصحيح قضت بصحة اتفاق التحكيم والتزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم، وفي هذه الحالة يكون للمحكوم ضده الطعن بالاستئناف في حكم المحكمة.

أما إذا رأت المحكمة أن الدفع بالاتفاق على التحكيم قد سقط لأي سبب من الأسباب فإنها إما تحكم بقبول الدفع بالتحكيم وتنظر الموضوع، أو أنها تؤجل الفصل في الدفع بالتحكيم لتقضي فيه بحكم حاسم مع موضوع النزاع.

٨٢- وقد نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، على الدفع بسقوط اتفاق التحكيم صراحة عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص، بقولها: "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع..."،

٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفع بسقوط اتفاق التحكيم بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص، حيث نصت المادة ١٦ قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، على أن "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبدائه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعاً يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".



٨٣- ويلاحظ على نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري وما يقابلها في أنظمة التحكيم الدولية والقوانين المقارنة أنها قد نصت فقد على الدفع بسقوط اتفاق التحكيم كسبب للتمسك بالدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم، وأجازت لهيئة التحكيم الفصل في هذا الدفع، دون أن ينص في مواد القانون على حالات سقوط اتفاق التحكيم وهل يشمل ذلك سقوط خصومة التحكيم؟.

والواقع، أنه على الرغم من عدم استعمال المشرع لاصطلاح السقوط، إلا أنه قد نص في أكثر من موضع على انتهاء إجراءات التحكيم نتيجة سلوك الأطراف في خصومة التحكيم، مثال ما نصت عليه المادة ٣٠/٢ من قانون التحكيم المصري من انتهاء التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى، وحالة انتهاء الأجل المحدد في خصومة التحكيم وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون التحكيم أو الأجل الذي نص عليه القانون، أو حالة ترك المدعي لدعواه، وحالة عدم الحكم خلال الأجل المتفق عليه أو بانتهاء مدة اثنا عشر شهراً عملاً بنص المادة ٤٥ من قانون التحكيم، وحالة اتفاق جميع الأطراف على تسوية النزاع<sup>(٢٥٠)</sup>.

وبتحليل هذه الحالات نجد أنها تقوم في معظمها - باستثناء حالة الاتفاق على تسوية النزاع بين جميع الأطراف - على أساس عدم قيام أطراف الخصومة بواجباتهم الإجرائية، وهي نفس العلة التي تقوم عليها نظرية سقوط الأعمال الإجرائية في قانون المرافعات.

وهو ما يعد في وجهة نظري من قبيل سقوط خصومة اتفاق التحكيم وليس انتهاء الخصومة.

وعليه، نقترح إعادة صياغة نص المادة ٢٢ لاستعمال الاصطلاح الصحيح بسقوط الخصومة أو انتهاء التحكيم، وليس بسقوط اتفاق التحكيم؛ إذ

---

(٢٥٠) للمزيد عن حالات انتهاء إجراءات التحكيم، راجع: د. محمود مصطفى يونس، المرجع في التحكيم، مرجع سابق، بند ٤٧٢ ص ٣٩٢ وما بعدها.

أن اتفاق التحكيم لا يسقط ولا ينتهي إلا بتنفيذه أو بطلانه أو إلغائه أو صدور حكم في موضوع النزاع، مع مراعاة أن أثر الحكم الصادر في خصومة التحكيم لا يقتصر إلا على النزاع الذي صدر فيه، ولا يمتد لأي نزاع آخر؛ إذ المقرر في قضاء محكمة النقض الفرنسية أن أثر الحكم الصادر في خصومة التحكيم لا يقتصر إلا على النزاع الذي صدر فيه، ولا يمتد لأي نزاع آخر<sup>(٢٥١)</sup>.

٨٤- وسقوط اتفاق التحكيم قد يرجع كما ذكرنا سابقاً لسقوط أو انتهاء اتفاق التحكيم نفسه أو سقوط خصومة التحكيم، أو عدم التمسك بالتحكيم قبل الكلام في الموضوع وفقاً للقانون المصري أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات الإماراتي عند وجود نزاع تحكيم منظور أمام القضاء، أو بسبب عدم تقديم الدعي لبيان الدعوى خلال الأجل المتفق عليه أو الأجل الذي تحدده هيئة التحكيم وفقاً لنص ٢/٣٢ من قانون التحكيم المصري، أو بسبب عدم الحكم في خصومة التحكيم خلال أجل التحكيم في الميعاد الذي اتفق عليه الأطراف أو خلال اثنا عشر شهراً من تاريخ بدء التحكيم وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون التحكيم أو خلال ستة أشهر من بدء إجراءات التحكيم وفقاً لنص المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وفي هذه الحالة يمكن التمسك بسقوط خصومة التحكيم أمام هيئة التحكيم أو أمام القضاء بحسب الأحوال، فهل يمكن التمسك بسقوط خصومة التحكيم وفق القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات؟.

وقد اختلف الفقه في هذه المسألة، حيث ذهب البعض<sup>(٢٥٢)</sup> إلى عدم جواز الاستعانة في هذه الحالة بنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات الخاصة

---

(٢٥١) أستاذنا الدكتور/ محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١١٠ ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢٥٢) أستاذنا الدكتور/ فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٢١ ص ٣٨٦.

بسقوط الخصومة أمام القضاء، بالنسبة لسقوط الخصومة أمام هيئة التحكيم، على أساس الطبيعة الخاصة لخصومة التحكيم، والتي لا تسقط وفقاً لنص المادة ١٣٤ من قانون المرافعات ولا تنقضي بالتقادم بمضي سنتين على بدئها وفقاً للمادة ١٣٨ من قانون المرافعات، ولكن تخضع خصومة التحكيم لنظام خاص بها هو نظام إنهاء إجراءات التحكيم، والذي قد يكون بأمر من رئيس المحكمة أو بقرار من هيئة التحكيم، بينما ذهب جانب آخر في الفقه - وبحق<sup>(٢٥٣)</sup> - إلى جواز الاستعانة بالأحكام الخاصة بسقوط الخصومة أمام القضاء بالنسبة للخصومة أمام هيئة التحكيم.

ومن وجهة نظرنا، أن سبب ترك خصومة التحكيم في قانون التحكيم نتيجة عدم تقديم بيان الدعوى خلال الأجل المتفق عليه أو الأجل المحدد من هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٢/٣٢ من قانون التحكيم، أو نتيجة عدم الحكم في التحكيم الوارد النص عليها في المادة ٤٥ من قانون التحكيم أو خلال ستة أشهر من بدء إجراءات التحكيم وفقاً لنص المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، لا تمنع من الاستعانة بسبب الخصومة بصفة عامة في قانون المرافعات المصري والإجراءات المدنية الإماراتي، لاختلاف سبب سقوط الخصومة في كلا النصين عن سبب سقوط الخصومة في قانون المرافعات، والتي تعود لفعل المدعي وعدم موالاته السير في الخصومة<sup>(٢٥٤)</sup>.

حيث نصت المادة ١٣٤ على حق كل ذي مصلحة في التمسك بسقوط الخصومة في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه متى

---

(٢٥٣) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، طبعة ١٩٨٥ بند ١٠٢ ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٢٥٤) قرب هذا، الدكتور/ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩ بند ٤٨٢ ص ٣٩٦، حيث أشار سيادته لترك المدعي في التحكيم لدعواه وفق نص المادة ١/٤٨ ب من قانون التحكيم المصري.

انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي، ونصت المادة ١٣٥ على أن مدة السقوط لا تبدأ في حالات الانقطاع إلا من اليوم الذي قام به من يطلب الحكم بسقوط الخصومة بإعلان ورثة خصمه الذي توفي أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة أو مقام من زالت صفته، بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلي، ونصت المادة ١٣٦ على إجراءات تقديم طلب الحكم بسقوط الخصومة، سواء في صورة دعوى أو في صورة دفع، وأنه يتعين تقديمه في مواجهة جميع المدعين في الدعوى وإلا كان الطلب غير مقبول<sup>(٢٥٥)</sup>.

علاوة على أن قانون التحكيم المصري قد نص في المادة ٣٨ على انقطاع خصومة التحكيم في الأحوال والشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات، ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة في قانون المرافعات، الأمر الذي يعني ضمناً أنه إذا أعلن الشخص ورثة خصمه الذي توفي أو من قام مقام من فقد أهليته للخصومة أو مقام من زالت صفته، بوجود الدعوى بينه وبين خصمه الأصلي، ولم يقم هؤلاء بتعجيل الدعوى خلال ستة أشهر من الإعلان سقطت خصومة التحكيم ويجوز للخصم التمسك بهذا السقوط.

وفي ضوء ذلك، نرى جواز التمسك بسقوط خصومة التحكيم، سواء في صورة دفع أمام هيئة التحكيم أو أمام القضاء بحسب الأحوال وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وقانون الإجراءات

---

(٢٥٥) نصت المادة ١٠٦ من قانون الإجراءات المدنية، على أنه، لكل ذي مصلحة في التمسك بسقوط الخصومة في حالة عدم السير في الدعوى بفعل المدعي أو امتناعه أن يطلب الحكم بسقوط الخصومة متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضي.

المدينة الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

ومن ثم، يترتب على الحكم بسقوط خصومة التحكيم ما يترتب على سقوط الخصومة القضائية من آثار، فتسقط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات، وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فيها ذلك رفع الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا في الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها، على أن هذا السقوط لا يمنع الخصوم من أن يتمسكوا بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة ما لم تكن باطلة في ذاتها<sup>(٢٥٦)</sup>.

٨٤- السؤال هل اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المطروحة عليها في هذه الحالة اختصاص حاجز ومانع للقضاء من نظر تلك المنازعات في حالة وجود المنازعات أمام القضاء؟.

الواقع، أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفع بسقوط اتفاق التحكيم ليس اختصاص حاجز لهيئة التحكيم وحدها<sup>(٢٥٧)</sup>، ولا يسلب القضاء

---

(٢٥٦) نصت المادة ١٣٧ من قانون المرافعات على أنه، يترتب على الحكم بسقوط الخصومة سقوط الأحكام الصادرة فيها بإجراء الإثبات، وإلغاء جميع إجراءات الخصومة بما فيها ذلك رفع الدعوى، ولكنه لا يسقط الحق في أصل الدعوى ولا في الأحكام القطعية الصادرة فيها ولا في الإجراءات السابقة لتلك الأحكام أو الإقرارات الصادرة من الخصوم أو الأيمان التي حلفوها، على أن هذا السقوط لا يمنع الخصوم من أن يتمسكوا بإجراءات التحقيق وأعمال الخبرة ما لم تكن باطلة في ذاتها.

(٢٥٧) قرب هذا: د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢، حيث تمسك سيادته باختصاص القضاء باعتباره صاحب الولاية العامة في الفصل في كل ما يتعلق بصحة وبطلان اتفاق التحكيم، ولا يكون لهيئة التحكيم سوى الفصل في اختصاصها أو عدم اختصاصها وفقاً للجانب الإيجابي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ولايته في الفصل في هذا الدفع؛ إذ ليس من المنطق أن يقف القضاء وهو صاحب الاختصاص الأصلي مغلول الأيدي، تاركاً الفصل في سقوط الاتفاق أو عدم سقوطه لهيئة التحكيم؛ إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، ويكبد الخصوم مصاريف القضاء والتحكيم في آن واحد.

علاوة على ذلك، فإن النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو من قبيل الاستثناء على الاستثناء، والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة<sup>(٢٥٨)</sup>.

وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة التمسك بسقوط اتفاق التحكيم، جدير بالذكر أنه لا يشترط الدفع بسقوط اتفاق التحكيم في حالة إبداء الطرف الآخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع، لأنه المحكمة ملزمة في هذه الحالة بالرد على دفاع المدعى عليه في الدعوى خاصة في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون تحديد ميعاد محدد للتحكيم، غير أن أهمية الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام القضاء يدق في حالة الاتفاق على التحكيم خلال ميعاد محدد، وأن الخصم المتمسك باتفاق التحكيم لم يلجأ للتحكيم خلال الميعاد، في هذه الحالة يتعين إبداء الدفع بالسقوط لدحض دفاع المدعى عليه.

٨٥- تجدر الإشارة أن الدفع بسقوط اتفاق التحكيم وما يترتب عليه من عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع لا يقتصر على إبدائه أمام هيئة

---

(٢٥٨) عكس ذلك؛ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٥٦ ص ٥٢٢ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤ بند ٥٨ ص ٦٧ و ٦٨.

التحكيم، إنما يجوز إبداء هذا الدفع أمام القضاء في حالة التجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم للقضاء ودفع الطرف الآخر بوجود اتفاق التحكيم، وذلك في حالة تخلف الخصم عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، مع ملاحظة أن الصحيح في هذه الحالة التعبير عن ذلك بالدفع بسقوط الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

أيضاً يمكن الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أيضاً أمام القضاء في حالة الاتفاق على التحكيم خلال ميعاد محدد ولم يتم الالتجاء للتحكيم في هذا الميعاد، في هذه الحالة يسقط اتفاق التحكيم بمرور الوقت إذا تمسك الخصم بذلك عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم،

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن الدفع بسقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد المحدد للمحكم ليصدر حكمه خلاله، لا يتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عنه<sup>(٢٥٩)</sup>.

٨٦ - والدفع بسقوط وثيقة التحكيم يتميز عن الدفع بانعدام وجود اتفاق

---

(٢٥٩) تمييز دبي الطعن رقم ٩ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٣/٧/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٣٩٦، الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٠/٦/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٦٢، وقد جاء في هذه الأحكام، مفاد نص المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية أن سقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد المحدد للمحكم ليصدر حكمه خلاله، لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسه بل يجب على صاحب المصلحة فيه من طرفي التحكيم التمسك به صراحة وفي صورة واضحة، إما أمام المحكم أثناء نظره النزاع أو أمام المحكمة عند نظرها طلب التصديق على حكم المحكم أو طلب بطلانه، وأن المقرر أنه إذا أبدى أحد طرفي التحكيم الدفع بسقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد - صحيحاً - فإنه يبقى قائماً بغير حاجة منه إلى تكرار طلبه أو التمسك به لاحقاً ما لم يتنازل هذا الخصم عنه صراحة أو ضمناً، وذلك بأي فعل أو عمل يصدر منه - بعد الدفع به - يفيد صراحة الرغبة في النزول عنه والاستمرار في التحكيم".

التحكيم لاختلاف حالات السقوط عن حالات الانعدام، التي قد ترجع لانتفاء أيًا من أركان اتفاق التحكيم كركن الرضا أو المحل أو السبب.

أيضًا يتميز الدفع بسقوط اتفاق التحكيم عن الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، والذي يعود لمخالفة الاتفاق لنموذجه القانوني، ككونه غير مكتوب أو صادر ممن لا يملك أهلية التصرف في الحق محل التحكيم، والقاسم المشترك بينهم في هذه الحالة أن الاتفاق كان موجودًا إلا أنه زال بسبب عدم التمسك به في الميعاد في حالة الدفع بسقوط اتفاق التحكيم، أو أنه أبطل بسبب مخالفة اتفاق التحكيم لنموذجه القانوني في الدفع ببطلان اتفاق التحكيم.

وأخيرًا يتميز الدفع بسقوط اتفاق التحكيم عن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، والذي يقوم على التحكيم في مسألة لا يشملها اتفاق التحكيم، والاتفاق في هذه الحالة يتشابه مع حالة انعدام اتفاق التحكيم.

## **المطلب الثاني**

### **التمييز بين سقوط اتفاق التحكيم وسقوط الاعتراض على مخالفة**

#### **إجراءات التحكيم في القانون المصري والمقارن**

#### **قاعدة الاستoppel "Estoppel" في قانون المرافعات الفرنسي**

٨٧- يلاحظ بداءة أن تعبير السقوط اصطلاح إجرائي أكثر منه موضوعي، وأن المناسب من الناحية الموضوعية استعمال تعبير انتهاء العقد أو الاتفاق، حيث ينتهي العقد أو الاتفاق بتنفيذه أو بإلغائه أو ببطلانه أو صدور حكم فيه، وأن السقوط يتعلق بإجراءات الخصومة أو بعدم موالة السير في الخصومة بفعل المدعي أو امتناعه خلال مدة معينه، وأن السقوط قد ينصرف لعدم حسم خصومة التحكيم خلال اثنا عشر شهرًا في القانون المصري أو خلال ستة أشهر في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وأن سقوط خصومة



التحكيم يتعلق بالخصومة نفسها ولا يتعلق باتفاق التحكيم نفسه، والذي يظل موجودا ويمكن التمسك به في نزاع آخر يتعلق باتفاق التحكيم، وأنه قد ينصرف لعدة حالات تتعلق بانتهاء اتفاق التحكيم أو سقوط الدفع به، مع مراعاة أن سقوط الدفع به لا يترتب عليه أيضاً سقوط اتفاق التحكيم نفسه، ويجوز التمسك به في نزاع آخر<sup>(٢٦٠)</sup>.

ومن ثم يتميز سقوط اتفاق التحكيم عن فكرة النزول عن الحق في الاعتراض على إجراءات التحكيم المنصوص عليها في المادة ٨ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، حيث نصت المادة ٨ على أنه "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول عند عدم الاتفاق، اعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض".

ومن وجهة نظرنا ورغم سبق قانون التحكيم للقانون الفرنسي في هذه المسألة، إلا أن نص المادة ٨ من قانون التحكيم المصري مأخوذ من نص المادة ٣٠ من قواعد الأونسيترال للتحكيم الصادر عام ١٩٧٦، والتي نصت على أن: "الطرف الذي يعلم أن حكماً من أحكام هذه القواعد أو شرطاً من شروطها قد تمت مخالفتها ويستمر مع ذلك في التحكيم دون أن يبادر إلى الاعتراض على هذه المخالفة يعتبر أنه قد تنازل عن حقه في الاعتراض"، وقد حرصت الجمعية العامة للامم المتحدة من النص على هذا المبدأ في المادة ٣٢ من قواعد الأونسيترال للتحكيم التجاري الدولي بصيغتها عام ٢٠١٠<sup>(٢٦١)</sup>.

---

(٢٦٠) في تفصيل ذلك، راجع: أستاذنا الدكتور/ د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ٢٠١١، بند ١١٠ ص ١٥٨ وما بعدها.

(٢٦١) نصت المادة ٣٢ من قواعد (الأونسيترال) للتحكيم بصيغتها عام ٢٠١٠ على أنه: "يعتبر تقصير أي طرف في المسارعة إلى الاعتراض على أي مخالفة لهذه القواعد أو (=)

وهو نفس ما نصت عليه المادة ٤ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٨٥، والتي تنص على أن "يعتبر متنازلاً عن حقه في الاعتراض الطرف الذي يعلم بوقوع المخالفة لحكم من أحكام هذا القانون يجوز للطرفين مخالفته، أو لشرط من شروط اتفاق التحكيم، ويستمر مع ذلك في إجراءات التحكيم دون أن يبادر الى الاعتراض على هذه المخالفة بلا إبطاء لا موجب له أو يستمر فيها في غضون المدة المحددة لذلك، إن كان ثمة مثل هذه المدة".

ومقتضى نص المادة ٨ أن عدم الاعتراض على الإجراءات المخالفة لشرط التحكيم مع العلم بها في الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول اعتبر ذلك تنازلاً عن حق الاعتراض.

ومن وجهة نظري النص يمتد لنطاق واسع من الحالات التي يترك فيها القانون لأطراف اتفاق التحكيم حرية الاتفاق، فلا يتعلق بحالات البطلان المتعلقة بالنظام العام ويقتصر على حالات البطلان التي تتعلق بالصالح العام للأطراف، مثل حقهم في اختيار إجراءات التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع، أو لغة التحكيم ومكانه أو أجله؛ إذ يعتبر ذلك اتفاقاً جديداً بشأن هذه المسائل.

ويكفي لوجود الحق في الاعتراض في هذه الحالات التي يتعلق فيها بطلان الإجراءات بالصالح الخاص لأطراف اتفاق التحكيم، التمسك به في الوقت المعقول، ولا يترتب على الاستمرار في التحكيم تصحيح البطلان، ولو كان البطلان يتعلق بالصالح الخاص للأطراف.

تجدر الإشارة إلى أنه لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم

---

(=) لأي شرط في اتفاق التحكيم تنازلاً عن حق الاعتراض ما لم يكن بمقدور ذلك الطرف أن يثبت أن تخلفه عن الاعتراض في الظروف القائمة كان له ما يبرره".

أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع، وفقاً لنص الفقرة ٢ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري، والتي نصت على وجوب تقديم المتعلقة بعدم الاختصاص في نفس ميعاد تقديم المدعى عليه لجوابه في الدعوى وفق نص المادة ٣٠ من قانون التحكيم، وأنه لا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

السؤال، عن المقصود بالاستمرار في الإجراءات مع العلم بمخالفة الإجراءات المتفق عليها، وهل مجرد السكوت أو عدم الكلام أو عدم الاعتراض يعتبر علم استمراراً ونزولاً عن حق الاعتراض؟.

في الحقيقة، فقد سكت المشرع عن تحديد المقصود بالاستمرار في الإجراءات مع العلم، تاركاً ذلك لسلطة التقديرية لهيئة التحكيم التي يفترض فيها تجنب الحكم ببطلان أحكامها، علاوة على السلطة التقديرية للقضاء عند نظر دعوى بطلان حكم التحكيم.

وفي تقديري، فإن الاستمرار يعني التواتر على الإجراءات دون اعتراض، والتأكيد من طرفه على الأخذ بها وإعمالها، وأن مجرد السكوت عن الاعتراض لا يستفاد منه النزول، فلا ينسب لساكت قول.

وأنه في كل الأحوال، يقتصر أثر التمسك بالحق في الاعتراض على نزول الشخص عن حقه في الاعتراض أمام هيئة التحكيم، دون إخلال بحق الخصم في التمسك بذلك في دعوى البطلان<sup>(٢٦٢)</sup>، تأسيساً على نص المادة

---

(٢٦٢) وعكس ذلك، قضت محكمة استئناف القاهرة - على نمط حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٦ يولييه ٢٠٠٥، والذي طبقت فيه محكمة النقض لأول مرة قاعدة الاستنوبل في مجال التحكيم - برفض دعوى البطلان المرفوع ضد حكم التحكيم من قبل المدعي على أساس عدم وجود اتفاق تحكيم، على أساس أن المدعية أو المحكمة قد أقرت باختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وأنها من اختارت التحكيم، فلا يجوز لها بعد (=)

٢/٢٢ والتي نصت على ذلك صراحة بقولها "يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع ...، ٣- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

علاوة على ما نصت عليه الفقرة أ والفقرة الأخيرة من البند ١ من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي جاء نصها "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاؤه مدته... و) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

وفي اعتقادي أن إعمال المادة ٨ من قانون يكاد يكون عديم الأثر بالنسبة للنصوص الحالية في قانون التحكيم، وأن إعمال هذه القاعدة أو النص يحتاج لإعادة نظر لنص المادة ٢/٢٢ والمادة ٥٣ من قانون التحكيم، بحيث يتم الربط بين إعمال المادة ٨ والمادة ٥٣، على أن يراعى في جميع الأحوال

---

(=) صدور حكم في غير مصلحتها التمسك بالبطلان لعدم وجود اتفاق التحكيم، حكم الدائرة ٩١ بمحكمة استئناف القاهرة بتاريخ ٣٠ يولييه ٢٠٠٥ في الدعوى رقم ١٠٨ و ١١١ لسنة ١٢١ ق، ويلاحظ أن هذا الحكم في نفس شهر حكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه، الأمر الذي يعني التعاصر والتعايش والارتباط بين المبادئ القانونية في كل من مصر وفرنسا.

طبيعة الإجراء المتمسك به ونوع البطلان المتعلق به، وهل هو يتعلق بالنظام العام أم بالصالح الخاص للأفراد، وذلك حتى لا يكون تطبيق المادة عديم الأثر.

٨٨- الجدير بالذكر أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١<sup>(٢٦٣)</sup>، قد اهتم كثيراً بالنص على النزول عن حق الاعتراض على إجراءات التحكيم المخالفة لاتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ النزاهة الإجرائية، وهو ما يعرف من الناحية الفقهية بقاعدة الإستوبل<sup>(٢٦٤)</sup>، حيث نصت المادة ١٤٦٦ على أنه: "إذا امتنع أحد الطرفين بعلم وبدون مبرر مشروع عن التمسك في الوقت المناسب بأي

---

(٢٦٣) الـ estoppels قاعدة من قواعد قانون الإثبات وتعني عدم جواز مناهضة خلاف الدليل أو الحيلولة بين الشخص وبين إنكار ما سبق له أن تمسك به أو أكده أمام القضاء، وهي مشتقة من لفظ estoupail في اللغة الفرنسية القديمة، وفعلها هو stop بمعنى يوقف أو يصد أو يمنع أو يجول، وهي قاعدة تمنع الشخص في الرجوع فيما قال أو أقر وتجعل من قوله أو فعله حجة عليه، وهي قريبة من قاعدة ليس لمن تسبب في البطلان الحق في الاستفادة منه، وتقترب أيضاً من المبدأ القائل لا يقبل من احد قول يتنافى مع سابق، سوكه، ومن قول فقهاء الشريعة الإسلامية، من سعى في نقض ما تم فسعيه مردود عليه، وقد رفض فقهاء المذهب الحنفي حديث لا تتكح امرأة إلا بولي وشاهدي عدل على أساس عدم عمل السيدة عائشة رضوان الله عليها بالحديث، وتزوجها بنت أخيها في غير حضوره، وهناك تطبيقات عديدة للقاعدة أهمها estoppels by record أنه يمتنع على أطراف الدعوى العودة إلى النزاع فيما تم تقريره فيه، وقاعدة estoppels by deed تمنع الشخص الذي صدر منه سند من إنكار أو نفي أو تكذيب ما دونه به من بيانات، وتستقر قاعدة الإستوبل كمبدأ عام في القانون التجاري، وفي مجال التحكيم أقرت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الإستوبل في حكم Golchani بتاريخ ٦ يولييه ٢٠٠٥، والذي قضت فيه بعدم جواز تمسك المدعي في دعوى التحكيم من المطالبة ببطلان الحكم الصادر في هذه الدعوى على أساس عدم وجود اتفاق تحكيم، وإلا فإنه يكون قد وقع في حومة التناقض، بمعنى عدم جواز تناقض الشخص مع نفسه إضراراً بالغير، للمزيد عن تفصيلات القاعدة ومعناها وتطبيقاتها وتطورها، راجع: أستاذنا الدكتور/ أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة ٢٠١٢، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٧ وما بعدها.

(٢٦٤) في تفصيل ذلك: راجع: الدكتور/ د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ٢٠١٢، ص ٥٧ وما بعدها.

مخالفة أمام لجنة التحكيم سوف يعتبر ذلك الطرف أنه تنازل عن التمسك بتلك المخالفة<sup>(٢٦٥)</sup>.

وقد كان حكم محكمة النقض الفرنسية في ٦ يولية ٢٠٠٥ أول أحكام القضاء بهذه القاعدة، والذي رفضت فيه محكمة النقض الطعن ببطلان حكم التحكيم من المدعي في التحكيم على أساس عدو وجود اتفاق تحكيم، باعتبار ذلك دفعا أو سببا يتناقض مع رفعه دعوى التحكيم.

وفي حكمها في ٣ فبراير ٢٠١٠ قررت محكمة النقض الفرنسية أن السلوك الإجرائي لشركة Merial لم يشكل من الناحية القانونية تضليلاً لشركة Klocke بشأن نواياها، وبالتالي لا يدخل في نطاق قاعدة الإستوبل<sup>(٢٦٦)</sup>.

وكما هو واضح فإن النزول عن حق الاعتراض على مخالفة شرط التحكيم أو أي من أحكام قانون التحكيم وفق تعبير المشرع المصري في المادة ٨، الامتناع دون مبرر عن التمسك بأي مخالفة أمام لجنة التحكيم وفق نص المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، أمر في غاية الاتساع وقد يتصور انصرافه لكل المخالفات الإجرائية أثناء خصومة التحكيم، إلا أنه يتعين أن يكون ذلك بعلم واردة وبدون مبرر مشروع، وأنه لا يمس الحقوق الأساسية في التحكيم كالحق في التمسك ببطلان هيئة التحكيم.

وحالة النزول عن حق الاعتراض على مخالفات شرط التحكيم تختلف

---

(265) Article 1466 NCPC, "La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir".

(٢٦٦) للمزيد، راجع: أستاذنا الدكتور/ أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة، ٢٠١٢، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٥٧ وما بعدها.

عن سقوط اتفاق التحكيم أو الدفع به، حيث أن نطاق أعمال السقوط أن يكون هناك إجراءات محدد ألزم القانون الأطراف اتخاذه خلال اجل محدد ولم يتم مراعاة ذلك، إلا أنه كان قد يقترب منه في بعض الحالات، التي تخالف فيها هيئة التحكيم الفصل في النزاع خلال المدة المتفق عليها، ففي هذه الحالة يسقط الدفع بسقوط خصومة التحكيم اذا لم يتم الاعتراض خلال الميعاد المتفق عليه أو في ميعاد معقول عند عدم الاتفاق، وإلا اعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الاعتراض".

وبناء عليه، فإن سقوط اتفاق التحكيم أو التمسك بالدفع المتعلق به يتميز عن حالة النزول عن حق الاعتراض على مخالفات شرط التحكيم أو أي حكم من أحكام قانون التحكيم، وأن أعمال قاعدة النزول على الاعتراض على إجراءات التحكيم لا يمنع من تطبيق فكرة السقوط، طالما أن الشخص قد تمسك بحق في الاعتراض المخالف للإجراءات المتفق عليها.

### **المطلب الثالث**

#### **سلطة المحكمة إزاء الدفع بسقوط اتفاق التحكيم**

٨٩- ذكرنا آنفا أن نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري وقد أثار الاختلاف في الفقه المصري حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع وسلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم، بينما ذهب

البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٢٦٧)</sup>.

وقد ذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(٢٦٨)</sup> - وبحق - إلى القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأن هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة، وأن المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام وبطلان اتفاق التحكيم وعدم صحته، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وإذا تبين لها عدم صحة الدفع، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع والموضوع

---

(٢٦٧) للمزيد في عرض هذه الآراء: راجع: د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة ٢٠١١ بنص ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٥٥ ص ٤٣٩ وما بعدها؛ د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق القاهرة، ٢٠٠٩.

(٢٦٨) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها.

Adam SAMUEL, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, p. 184.

مشار إليه لدى؛ د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.



بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٢٦٩)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصاً حصرياً للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني<sup>(٢٧٠)</sup>، للقول باختصاص هيئة التحكيم

---

(٢٦٩) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

(٢٧٠) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠. د. أحمد السيد صاوي، الوجيز (=)

بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه لم يعد للقضاء اختصاص بنظر صحة وبطلان اتفاق التحكيم، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، بل إن بعض أنصار هذا الاتجاه.

وقد تحفظ بعض أنصار هذا الاتجاه، بأن القول السابق يبدو منطقيًا من ظاهر نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء للفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذ يعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها مانعًا أمام القضاء من الفصل في هذه المسائل قبل الفصل فيها من هيئة التحكيم، ويتعين على القضاء في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصه، ما لم يكن النزاع منبت الصلة بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وأنه إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإنه يكون للمدعي الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ولا يكون للمحكمة الامتناع عن نظره، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم<sup>(٢٧١)</sup>.

وقد توسع بعض أصحاب هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص

---

(=) في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

(٢٧١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠.

على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٢٧٢)</sup>.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وسقوطها وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم وسقوطها وعدم شمولها للنزاع دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، وأنها فقط تنظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها، مع كفاية حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم وسقوطه وعدم شموله للنزاع عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم

---

(٢٧٢) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

الدولة بها.

٩٠ - الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام المحكمة يكون دفعًا مقابلًا للدفع بالتحكيم<sup>(٢٧٣)</sup>، حيث يساعد هذا الدفع المحكمة في تقييم الدفع بالتحكيم من عدمه، والمنطقي أن المحكمة لو توصلت لسقوط اتفاق التحكيم أن تستمر في الدعوى وتفصل فيها برفض الدفع بالتحكيم، سواء كان ذلك على استقلال أو مع الحكم المنهي أو الحاسم للخصومة.

والسقوط مقرر في القانون للصالح الخاص لأطراف الخصومة، فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، وبناء عليه تزداد أهمية الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام القضاء.

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن الدفع بسقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد المحدد للمحكم ليصدر حكمه خلاله، لا يتعلق بالنظام العام ويجوز التنازل عنه<sup>(٢٧٤)</sup>.

---

(٢٧٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

(٢٧٤) تمييز دبي الطعن رقم ٩ لسنة ١٩٩٦، جلسة ١٣/٧/١٩٩٦، العدد ٧ ص ٣٩٦، الطعن رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٠/٦/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٦٢، وقد جاء في هذه الأحكام، مفاد نص المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية أن سقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد المحدد للمحكم ليصدر حكمه خلاله، لا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسه بل يجب على صاحب المصلحة فيه من طرفي التحكيم التمسك به صراحة وفي صورة واضحة، أما أمام المحكم أثناء نظره النزاع أو أمام المحكمة عند نظرها طلب التصديق على حكم المحكم أو طلب بطلانه، وأن المقرر أنه إذا أدي أحد طرفي التحكيم الدفع بسقوط وثيقة التحكيم بتجاوز الميعاد - صحيحًا - فإنه يبقى قائمًا بغير حاجة منه إلى تكرار طلبه أو التمسك به لاحقًا ما لم يتنازل هذا الخصم عنه صراحة أو ضمناً، وذلك بأي فعل أو عمل يصدر منه - بعد الدفع به - يفيد صراحة الرغبة في النزول عنه والاستمرار في التحكيم".

ولا يشترط تقديم هذا الدفع أمام المحكمة خلال ميعاد محدد، بخلاف الدفع بالتحكيم والذي يتعين التمسك به قبل الكلام في الموضوع في القانون المصري أو في الجلسة الأولى في قانون الإجراءات الإماراتي، فيجوز إثارة هذا الدفع بعد الكلام في الموضوع لاحقاً للدفع بالتحكيم.

ولم يحدد المشرع طريقة محددة لنظر هذا الدفع، فيجوز للمحكمة أن تقضي به مع الدفع بالتحكيم قبل الفصل في الموضوع، ويجوز لها أن تؤجل النظر فيه لتفصل فيه مع الموضوع.

ولا يثير الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام المحكمة أية مشكلة لأن المحكمة ستطبق القانون الوطني تلقائياً.

## **المطلب الرابع**

### **سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بسقوط اتفاق التحكيم**

٩١- نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على وجوب التمسك بهذا الدفع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون.

ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

ويكون لهيئة التحكيم في هذه الحالة أن تفصل في هذا الدفع قبل الفصل في موضوع النزاع، وحكم المحكمة في الدفع في هذه الحالة غير قابل للطعن إلا مع دعوى البطلان في حكم المحكمين، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به مرة أخرى إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، كما يكون لها سلطة الفصل في الدفع

وموضوع النزاع معا عند الفصل في الموضوع<sup>(٢٧٥)</sup>.

ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم، ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي.

وسلطة هيئة التحكيم للفصل في هذا الدفع تعتمد على القانون الواجب التطبيق إجرائيا على النزاع، خاصة في ظل التحكيم التجاري الدولي، أما في حال التحكيم الداخلي فيطبق القانون الوطني، وتخضع هيئة التحكيم في نظر الدفع بالسقوط في هذه الحالة للقواعد المتفق عليها من أطراف اتفاق التحكيم؛ إذ قد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق القانون الوطني خاصة في التحكيم الداخلي وقد تلجأ لتطبيق قانون آخر حسب الاتفاق.

وميعاد تقديم الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، وقد نصت المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصري على ميعاد تقديم المدعى عليه لدفاعه، ردًا على بيان الدعوى، بقولها "ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردًا على ما جاء ببيان

---

(٢٧٥) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٩١ ص ٣٥١ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير»<sup>(٢٧٦)</sup>.

ويترتب على سقوط اتفاق التحكيم والدفع به في ميعاد تقديم المدعى عليه لدفاعه، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع، فإذا كان النزاع مطروحا على القضاء تنظر المحكمة موضوع النزاع ويكون لها الحكم برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم على استقلال، كما يكون لها النطق به عند الحكم في الموضوع، أما إذا كان النزاع مطروحا فعلا على هيئة التحكيم فتحكم هيئة التحكيم بعدم اختصاصها أو بسقوط اتفاق التحكيم<sup>(٢٧٧)</sup>.

ويترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع<sup>(٢٧٨)</sup>.

لكن السؤال، هل يترتب على سقوط الدفع بسقوط اتفاق التحكيم، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء ببطلان حكم التحكيم لسقوطه عملا بنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم؟.

---

(٢٧٦) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

(٢٧٧) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

(٢٧٨) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ١٩١ ص ٣٥٢.

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة التحكيم، وبالتالي لا ينصرف الى حق التمسك به في دعوى بطلان حكم المحكمة؛ إذ المقرر في الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم للدفع بسقوط اتفاق التحكيم أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التي يتصور إثارتها أمام هيئة التحكيم يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، ومن باب أولى لا يترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

علاوة على ما نصت عليه الفقرة أ من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي جاء نصها "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته ...".

٩٢ - السؤال، هل فصل هيئة التحكيم برفض الدفع بسقوط اتفاق التحكيم يمنع المحاكم من بحث هذه المسألة، بمعنى هل للمحكمة رفض دعوى البطلان المؤسس على هذه الحالة لرفض هيئة التحكيم للدفع بسقوط اتفاق التحكيم وسابقة الفصل فيها؟.

نصت الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن تفصل هيئة التحكيم في هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، فهل فصل هيئة التحكيم في هذا الدفع يترتب عليه امتناع طرحه أمام المحكمة المختصة أثناء نظر دعوى بطلان حكم المحكمين.



الواقع - بحق - أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم، ولا يسلب القضاء ولايته العامة في بحث هذه المسألة من عدمه عند نظر دعوى البطلان، لأن المتصور لإعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم صادر من محاكم نفس الجهة القضائية، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع والمحل والأشخاص، وأن المشرع قد نظم الطعن بالبطلان في حكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان، والتي تتعلق بموضوعها بإجراءات التحكيم، دون أن تمتد لموضوع النزاع محل التحكيم، وبالتالي تعبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم.

وفي جميع الأحوال يجب مراعاة عدم وجود تناقض بين التمسك بسقوط اتفاق التحكيم وعدم الاعتراض أمام هيئة وفقاً لنص المادة ٨ من قانون التحكيم على أساس مبدأ النزاهة الإجرائية، أو قاعدة الإستويل المقررة في المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.



## **المبحث الخامس**

### **الدفع بإبطال اتفاق التحكيم**



٩٣ - الدفع ببطلان اتفاق التحكيم يستلزم تحديد المقصود بهذا الدفع وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم أثناء نظره، وهو ما سنتناوله تباعاً في المطالب الثلاثة الآتية:-

## المطلب الأول

### المقصود بالدفع ببطلان اتفاق التحكيم

٩٤- البطلان هو جزاء لعمل مخالف للقانون أو هو وصف لعمل مخالف لنموذجه القانوني<sup>(٢٧٩)</sup>، وقد خلا قانون التحكيم من تعريف البطلان، اكتفاءً بالنص على بطلان الاتفاق كسبب لدعوى البطلان في المادة ٥٣ و ٢٢ المتعلقة بالدفع بعدم الاختصاص، وفي رأينا أن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد يقوم على أركان ثلاثة، هي الرضا والمحل والسبب، وأنه يشترط لصحته أن يكون مكتوباً وصادر ممن هو أهل للتصرف في حقوقه، ويترتب على تخلف شروط الصحة بطلانه.

والمبدأ أنه لا يشترط إبرام اتفاق التحكيم في شكل محدد، وقد نصت

---

(٢٧٩) د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٥٩ بند ٢ ص ٧، ولسيادته أيضاً، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٤٦ ص ٣٩٩؛ د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، ص ٤٤٣؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٣٤٠ ص ٥٢٤، حيث عرف البطلان بأنه وصف يلحق بعمل قانوني معين لمخالفته للقانون يؤدي إلى عدم إنتاج الآثار التي يربتها القانون عليه لو أنه تم صحيحاً؛ د. أحمد هندي، التمسك بالبطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ١ ص ٥، راجع: رسالتنا للدكتوراه، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، دراسة مقارنة مرجع سابق، بند ٣٩٤ ص ٥٤٧ وما بعدها.

بعض مراكز التحكيم على أمثلة ونماذج لاتفاق التحكيم، والمستقر عليه أن هذه النماذج استرشادية ولا يترتب على مخالفتها أي بطلان، لكن المشرع نص على استلزام توافر مقومات معينة في اتفاق التحكيم، ورتب على تخلف أي من هذه المقومات بطلان اتفاق التحكيم، مثال: اشتراط كتابة اتفاق التحكيم، وعدم مخالفته للنظام العام، وتحديد المسائل محل النزاع تحديداً دقيقاً وأن يتعلق موضوعه بمسألة يجوز التصالح عليها<sup>(٢٨٠)</sup>، وأن يصدر ممن يملك أهلية التصرف في الحق موضوع الاتفاق؛ فإذا تخلف أي من هذه المقومات كان اتفاق التحكيم باطلاً، يجيز الدفع ببطلان اتفاق التحكيم.

والدفع بالبطلان يجوز التمسك به أمام القضاء في مواجهة الدفع بالتحكيم<sup>(٢٨١)</sup>، ولا يتوقف على وجود خصومة تحكيم أمام هيئة التحكيم أو صدور حكم من هيئة التحكيم كما يعتقد البعض<sup>(٢٨٢)</sup>، ولا يعتبر الدفع به أمام القضاء 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 إرهاب وتكليف للخصوم حتى صدور حكم وتحمل تكاليف التحكيم ورفع الدعوى، فيكون

---

(٢٨٠) باستثناء المسائل الجنائية فلا يجوز التحكيم في تحديد المسؤولية الجنائية لو كانت الجرائم من الجرائم التي يجوز فيها الصلح؛ د. فتحي والي، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٥٩ ص ١٢٦.

(٢٨١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧٠ و ٧١ ص ١٥٠.

(٢٨٢) حكم محكمة أبوظبي الابتدائية في الدعوى رقم ٢٠١٠ لسنة ٢٠١٢ جلسة ٢٧ يناير ٢٠١٣، والجدير بالذكر أن المحكمة قد رفضت دعوى بطلات تعيين إجراءات المحكم لرفعها قبل الأوان، وأنه يتعين الانتظار لصدور حكم تحكيم والطعن فيه بالبطلان وفق الحالات المحددة في المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية.

للخصوم بالبطلان عن الدفع بالتحكيم أمام المحكمة.

إلى جانب ذلك، يجوز التمسك ببطلان اتفاق التحكيم عند نظر هيئة التحكيم للنزاع، وقد نصت على هذا الدفع صراحة المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص<sup>(٢٨٣)</sup>، بقولها: "١- 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، ٢- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع ...، ٣- 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 دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

٩٥- وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفع ببطلان اتفاق التحكيم عند نصها على سلطة المحكمة في الفصل في الدفع بعدم الاختصاص، حيث نصت المادة ١٦ قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، على أن: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي

---

(٢٨٣) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢ - يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إيدأؤه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعاً يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣ - يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية، وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلاي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يثبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

ونصت المادة ٢١/١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦، على سلطة هيئة التحكيم في الفصل في بصحة الاتفاق على التحكيم، بقولها: "١ - هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق ..."<sup>(٢٨٤)</sup>.

---

(٢٨٤) نصت المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٧٦ على أن: "١ - هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، (=)



أيضاً نصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته<sup>(٢٨٥)</sup>.

٩٦- وبطلان اتفاق التحكيم يتميز عن انعدام اتفاق التحكيم؛ إذ يتعلق

---

(=) وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل علي التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق، ٢- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة ٢١، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان العقد، ٣- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات، ٤- بوجه عام، تفصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها بوصفة مسألة أولية، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر الاستمرار في الإجراءات وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي".

(٢٨٥) نصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على أنه: "١- تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظرُ إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاقٌ مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلانُ بند التحكيم. ٢- يُقدّم الدّفعُ بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقت تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أو الدعوى المقامة بغرض الدّفع بالمقاصة، في الردّ على تلك الدعوى. ولا يُمنع الطرف من تقديم ذلك الدّفع لكونه عيناً مُحكماً أو شارك في عينه. أما الدفع بأن هيئة التحكيم تتجاوز نطاق سلطتها، فيجب تقديمه حالماً تُطرح المسألة التي يزعم أنها تتجاوز نطاق سلطتها أثناء إجراءات التحكيم. ويجوز لهيئة التحكيم، في كلتا الحالتين، أن تقبل دفْعاً يُقدّم بعد هذا الموعد إذا رأت أن التأخر له ما يسوغه. ٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة إمّا كمسألة أولية وإمّا بالبت في وجاهته. ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قراراً، بصرف النظر عن أي طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمة بعد".

البطلان بتخلف شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم، أما الانعدام فيترتب بسبب تخلف ركن من أركان اتفاق التحكيم، كركن الرضا والمحل والسبب، والمبدأ أنه لا بطلان بغير نص، وقد حدد قانون التحكيم المصري والمقارن في مواضع متفرقة من النصوص حالات بطلان اتفاق التحكيم.

وفي هذه الحالة يكون لمن تقرر له البطلان الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، وتختص هيئة التحكيم في هذه الحالة وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بالفصل في الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، ويكون لهيئة التحكيم في هذه الحالة بحث صحة العقد الوارد به اتفاق التحكيم للتحقق من صحة اتفاق التحكيم، فإذا انتهت هيئة التحكيم لصحة اتفاق التحكيم كان لها الاستمرار في الفصل في النزاع ولو كانت قد توصلت لبطلان العقد الذي يتضمن هذا الاتفاق أو عدم صحته، بهدف تسوية أوضاع أطراف الاتفاق على التحكيم بعد بطلان أو عدم صحة الحكم.

وفي هذه الحالة يقتصر دور هيئة التحكيم في تسوية أوضاع أطراف الاتفاق دون حق الحكم بصحة أو بطلان العقد؛ إذا كان اتفاق التحكيم لا يتضمن ذلك صراحة<sup>(٢٨٦)</sup>.

كما يتميز البطلان عن سقوط اتفاق التحكيم، والذي يفترض أن الاتفاق صحيح وليس باطلاً، إلا أن المدة المحددة لتسوية النزاع عن طريق التحكيم اتفاقاً أو قانوناً قد انقضت.

وأخيراً يتميز بطلان اتفاق التحكيم عن عدم شمول الاتفاق للنزاع؛ إذ الاتفاق في الحالة الأخيرة صحيحاً إلا أنه لا يتضمن المسألة المثارة، الأمر الذي يستوجب الحكم بعدم الاختصاص.

---

(٢٨٦) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٧٦ ص ١٢١ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### سلطة المحكمة إزاء الدفع ببطلان اتفاق التحكيم

٩٧- وقد أثار نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري الخلاف في الفقه حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة وبطالان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع وسلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطالان اتفاق التحكيم، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطالانه وسقوطه وعدم شموله لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطالانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة وبطالان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطالان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٢٨٧)</sup>.

وقد ذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(٢٨٨)</sup> - وبحق - إلى القول باختصاص

---

(٢٨٧) للمزيد في عرض هذه الآراء: راجع: د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة ٢٠١١ بنص ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٥٥ ص ٤٣٩ وما بعدها د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق القاهرة، ٢٠٠٩.

(٢٨٨) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٩٧، ص ٧٢ وما بعدها. (=)

القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأن هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة، وأن المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام وبطلان اتفاق التحكيم وعدم صحته، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وإذا تبين لها عدم صحة الدفع، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع والموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٢٨٩)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم

---

(=) Adam SAMUEL, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, p. 184.

مشار إليه لدى: د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.

(٢٨٩) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصاً حصرياً للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني<sup>(٢٩٠)</sup>، للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه لم يعد للقضاء اختصاص بنظر صحة وبطلان اتفاق التحكيم، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع.

وقد تحفظ بعض أنصار هذا الاتجاه، بأن القول السابق يبدو منطقياً من ظاهر نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء للفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذ يعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها مانعاً أمام القضاء من الفصل في هذه المسائل قبل الفصل فيها من هيئة التحكيم، ويتعين

---

(٢٩٠) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

على القضاء في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصه، ما لم يكن النزاع منبت الصلة بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وأنه إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإنه يكون للمدعي الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ولا يكون للمحكمة الامتناع عن نظره، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم<sup>(٢٩١)</sup>.

وقد توسع بعض أصحاب هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٢٩٢)</sup>.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه، وأنها فقط تنتظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة

---

(٢٩١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠.

(٢٩٢) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها.

٩٨ - الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أمام المحكمة يكون دفعًا مقابلًا للدفع بالتحكيم<sup>(٢٩٣)</sup>، حيث يساعد هذا الدفع المحكمة في تقييم الدفع بالتحكيم من عدمه، والمنطقي أن المحكمة لو توصلت لبطلان اتفاق التحكيم أن تستمر في الدعوى وتفصل فيها برفض الدفع بالتحكيم.

والبطلان قد يتعلق بالنظام العام وقد يتعلق بالصالح الخاص للأفراد، والنوع الأول من البطلان لا يحتاج لأي طلب أو دفع من الخصوم، وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، أما البطلان المقرر للصالح الخاص لأطراف الخصومة، فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، وبناء عليه تزداد أهمية الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أمام القضاء.

ولا يشترط تقديم هذا الدفع أمام المحكمة خلال ميعاد محدد، بخلاف الدفع بالتحكيم والذي يتعين التمسك به قبل الكلام في الموضوع في القانون المصري أو في الجلسة الأولى في قانون الإجراءات الإماراتي، فيجوز إثارة هذا الدفع

---

(٢٩٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

بعد الكلام في الموضوع لاحقاً للدفع بالتحكيم.

ولم يحدد المشرع طريقة محددة للنظر هذا الدفع، فيجوز للمحكمة أن تقضي به مع الدفع بالتحكيم قبل الفصل في الموضوع، ويجوز لها أن تؤجل النظر فيه لتفصل فيه مع الموضوع.

وقد قضت محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٨/٠٩/٢١ بعدم جواز قبول دعوى بطلان أو صحة اتفاق التحكيم على استقلال، مع تصور قبول ذلك كطلب ثانوي مع دعوى بطلان العقد الأصلي، وقد جاء في هذا الحكم "متى كان النزاع المطروح على المحكمة هو بطلان عقد الاتفاق المبرم بين الطرفين ولم يكن موضوعه المنازعة بشأن الاتفاق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد المطلوب الحكم ببطلانه، فإن المحكمة تكون صاحبة الولاية في النزاع المطروح عليها، فإذا قضت المحكمة ببطلان العقد، فإن هذا البطلان يمتد إلى كافة ما اشتمل عليه من شروط والتزامات بما فيها شرط التحكيم".<sup>(٢٩٤)</sup>

والحكم السابق يقر اختصاص القضاء بنظر بطلان شرط التحكيم مع نظر الدعوى الأصلية المرفوعة ببطلان العقد، ويرفض الدعوى الأصلية ببطلان وصحة اتفاق التحكيم.

ولملاحقة هذا التطور التشريعي نصت المادة ٢٣ من مشروع قانون التحكيم المقدم من وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة عام ٢٠١٠ بنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري، بالنص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فيها الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

---

(٢٩٤) تمييز دبي الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ٢٠٠٨/٩/٢١، مجموعة الأحكام والمبادئ الصادرة في المواد المدنية والتجارية والعمالية والأحوال الشخصية، ج ٢ من سبتمبر إلى ديسمبر ٢٠٠٨ العدد ١٩.



## **المطلب الثالث**

### **سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع ببطلان**

#### **اتفاق التحكيم**

٩٩- سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع ببطلان اتفاق التحكيم تستلزم بيان سلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وتنظيم استعمال هيئة التحكيم لهذه السلطة، وهو ما نتناوله على النحو الآتي:-

#### **الفرع الأول**

### **سلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطلان**

#### **اتفاق التحكيم**

١٠٠ - بداية يجب أن نميز بين وجود العقود التي تتضمن اتفاق التحكيم وصحتها ووجود اتفاق التحكيم وصحته، فوجود العقود وصحتها يستلزم البحث عن أركان العقود وشروط صحتها كركن الرضا والمحل والسبب حسب طبيعة العقد، وكشرط الأهلية وغيرها من شروط الصحة، وجود اتفاق التحكيم أو صحته يستلزم البحث في أركانه وشروط صحته مستقلاً عن العقد الوارد به وفقاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم<sup>(٢٩٥)</sup>، كأن يكون الاتفاق صادر عن إرادة حرة، ومنصرف لمسألة يجوز فيها التحكيم أو صدوره من شخص أهل

---

(٢٩٥) للمزيد: راجع: للمؤلف، اتفاق التحكيم" مفهومه وأركانه وشروطه - نطاقه، دراسة في ضوء آراء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والفرنسي وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية ٢٠١٣ بند ٤٠ وما بعدها.

للتصرف أو أن يكون الاتفاق مكتوبًا، ولا خلاف على اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في وجود اتفاق التحكيم وصحته، وأنه يكون للمحكوم ضده التمسك بأوجه البطلان التي شابت اتفاق التحكيم عن طريق دعوى البطلان.

وقد درجت العديد من الاتفاقيات الدولية وقواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي على النص على سلطة هيئة التحكيم واختصاصها بالفصل في وجود اتفاق التحكيم وصحته، منها ما نصت المادة ١٦/١ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عام ١٩٨٥، حيث نصت على أن: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءًا من عقد كما لو كان اتفاقًا مستقلًا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ...".

وما نصت عليه المادة ٢١/١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦ بقولها "١- هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق ...".

وما نصت عليه المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، وهو ما نصت عليه المادة ٢/٦ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس بقولها: "إذا لم يرد المدعى عليه على الطلب على النحو الوارد في المادة (٥) أو إذا أثار أحد الأطراف دفاعًا أو أكثر حول وجود أو صحة أو مضمون اتفاق التحكيم، فيجوز

للهيئة حينئذ إذا اقتنعت من ظاهر الأوراق باحتمال وجود اتفاق التحكيم أن تقرر الاستمرار في التحكيم، دون إخلال بحقها في تقدير مدى صحة ما أثير أمامها أو مدى سلامة حجته، وفي هذه الحالة يكون لمحكمة التحكيم أمر البت في مسألة اختصاصها بنفسها، وإذا لم تقتنع الهيئة بهذا الأمر تخطر الأطراف بعدم إمكان التحكيم، وفي هذه الحالة يظل للأطراف الحق في اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة للفصل فيما إذا كانوا مرتبطين باتفاق تحكيم من عدمه".

وقد خلا قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ من النص على هذه السلطة لهيئة التحكيم، ويجري العمل على التمسك بعدم صحة أو بطلان اتفاق التحكيم أمام القضاء من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً لنص المادة ٢١٦ من هذا القانون<sup>(٢٩٦)</sup>.

وفي القانون المصري نصت المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم على ذلك، بقولها: "١- 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".

١٠١- ذكرنا آنفاً أن نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري قد أثار الخلاف في الفقه حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة وبطلان وسقوطه وعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع وسلطة هيئة التحكيم في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله

---

(٢٩٦) نصت المادة ٢١٦/١ أ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، على أنه: "... إذا صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة".

لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٢٩٧)</sup>.

وقد ذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(٢٩٨)</sup> - وبحق - إلى القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به، وبعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأن هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون أن يكون لها الفصل في

---

(٢٩٧) للمزيد في عرض هذه الآراء: راجع: د. سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة ٢٠١١ بنص ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٥٥ ص ٤٣٩ وما بعدها؛ د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم" رسالة حقوق القاهرة ٢٠٠٩.

(٢٩٨) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها.

Adam SAMUEL, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, p. 184.

مشار إليه لدى؛ د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.

هذه المنازعة، وأن المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام وبطلان اتفاق التحكيم وعدم صحته، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وإذا تبين لها عدم صحة الدفع، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع والموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٢٩٩)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصا حصرياً للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم

---

(٢٩٩) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني<sup>(٣٠٠)</sup>، للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه لم يعد للقضاء اختصاص بنظر صحة وبطلان اتفاق التحكيم، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، بل أن بعض أنصار هذا الاتجاه.

وقد تحفظ بعض أنصار هذا الاتجاه، بأن القول السابق يبدو منطقياً من ظاهر نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء للفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذ يعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها مانعاً أمام القضاء من الفصل في هذه المسائل قبل الفصل فيها من هيئة التحكيم، ويتعين على القضاء في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصه، ما لم يكن النزاع منبث الصلة بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وأنه إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإنه يكون للمدعي الدفع بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ولا يكون للمحكمة الامتناع عن نظره، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على

---

(٣٠٠) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

### التحكيم<sup>(٣٠١)</sup>.

وقد توسع بعض أصحاب هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٣٠٢)</sup>.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه، وأنها فقط تنظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات

---

(٣٠١) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠

(٣٠٢) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

التحكيم المنظورة أمامها، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها.

## **الفرع الثاني**

### **تنظيم سلطة هيئة التحكيم أثناء نظر الدفع**

#### **بطلان اتفاق التحكيم**

١٠٢ - نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على وجوب التمسك بهذا الدفع شأن الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص الجائز إثارته أمام هيئة التحكيم، في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون.

ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

ويكون للمحكمة في هذه الحالة أن تفصل في هذا الدفع قبل الفصل في موضوع النزاع، وحكم المحكمة في الدفع في هذه الحالة غير قابل للطعن إلا مع دعوى البطلان في حكم المحكمين، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به مرة أخرى إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، كما يكون لها سلطة الفصل في الدفع وموضوع النزاع معاً عند الفصل في الموضوع<sup>(٣٠٣)</sup>.

---

(٣٠٣) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، (=)



ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم، ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي.

وسلطة هيئة التحكيم للفصل في هذا الدفع تعتمد على القانون الواجب التطبيق إجرائياً على النزاع، خاصة في ظل التحكيم التجاري الدولي، أما في حال التحكيم الداخلي فيطبق القانون الوطني، وتخضع هيئة التحكيم في نظر الدفع ببطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة للقواعد المتفق عليها من أطراف اتفاق التحكيم؛ إذ قد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق القانون الوطني خاصة في التحكيم الداخلي وقد تلجأ لتطبيق قانون آخر حسب الاتفاق.

وميعاد تقديم الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، وقد نصت المادة ٢/٣٠ من قانون التحكيم المصري على ميعاد تقديم المدعى عليه لدفاعه، ردًا على بيان الدعوى، بقولها "ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردًا على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير".

---

(=) الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

ويترتب على تحقق هيئة التحكيم من بطلان اتفاق التحكيم، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع، ويكون لها الحكم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم على استقلال، كما يكون لها النطق بهذا الحكم عند الحكم في موضوع النزاع.

ويترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع<sup>(٣٠٤)</sup>.

لكن السؤال هنا، هل يترتب على سقوط الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء ببطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم؟.

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة التحكيم، وبالتالي لا ينصرف الى حق التمسك به في دعوى بطلان حكم المحكمة؛ إذ المقرر في الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم للدفع ببطلان اتفاق التحكيم أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص التي يتصور إثارتها أمام هيئة التحكيم يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، ومن باب أولى لا يترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

علاوة على ما نصت عليه الفقرة أ والفقرة الأخيرة من البند ١ من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي جاء

---

(٣٠٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ١٩١ ص ٣٥٢.

نصها "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاء مدته... و) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم".

١٠٣ - السؤال، هل فصل هيئة التحكيم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم يمنع المحاكم من بحث هذه المسألة، بمعنى هل للمحكمة رفض دعوى البطلان المؤسس على هذه الحالة لرفض هيئة التحكيم للدفع ببطلان اتفاق التحكيم وسابقة الفصل فيها؟.

نصت الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن تفصل هيئة التحكيم في هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، فهل فصل هيئة التحكيم في هذا الدفع يترتب عليه امتناع طرحه أمام المحكمة المختصة أثناء نظر دعوى بطلان حكم المحكمين.

الواقع - بحق - أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم<sup>(٣٠٥)</sup>، ولا يسلب القضاء ولايته العامة في بحث هذه المسألة من عدمه عند نظر دعوى البطلان، لأن المتصور لإعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم صادر من محاكم نفس الجهة القضائية، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع والمحل والأشخاص، وأن المشرع قد نظم الطعن بالبطلان في حكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان، والتي يتعلق

---

(٣٠٥) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

موضوعها بإجراءات التحكيم، دون أن تمتد لموضوع النزاع محل التحكيم، وبالتالي تعتبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم.

الجدير بالذكر، أن المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري والعماني نصت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، والذي مقتضاه أن هيئة التحكيم تفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها في المنازعات المطروحة عليها، فيكون لها الحكم بعدم الاختصاص لبطلان اتفاق التحكيم.

١٠٤ - السؤال هل اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المطروحة عليها في هذه الحالة اختصاص حازر ومانع للقضاء من نظر تلك المنازعات في حالة وجود المنازعات أمام القضاء؟.

يكاد يفهم من تعبير الفقه الحديث أن مقصود اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أن هيئة التحكيم هي المختصة وحدها ودون غيرها بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع<sup>(٣٠٦)</sup>.

الواقع، أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ليس اختصاص حازر<sup>(٣٠٧)</sup>، ولا يسلب القضاء ولايته في الفصل في

---

(٣٠٦) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بند ٣٥٦ ص ٥٢٢ وما بعدها؛ د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤ بند ٥٨ ص ٦٧ و ٦٨؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ٧٧ ص ١٢٤ وما بعدها.

(٣٠٧) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه؛ إذ ليس من المنطوق أن يقف القضاء وهو صاحب الاختصاص الأصيل مغلول الأيدي، تاركاً الفصل في بطلان اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو عدم بطلانه لهيئة التحكيم؛ إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، ويكبد الخصوم مصاريف القضاء والتحكيم في آن واحد.

علاوة على ذلك، فإن النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو من قبيل الاستثناء على الاستثناء، والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة، بالإضافة لذلك فإنه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية ببطلان اتفاق التحكيم<sup>(٣٠٨)</sup>.

---

(٣٠٨) وقد أثارت هذه المسألة خلافاً على المستويين الداخلي والدولي في قضية تحكيم مطار رأس سدر، على أثر التجاء الطرف المصري للقضاء بطلب بطلان اتفاق التحكيم استناداً لعدم توقيع الوزير المختص وفقاً لقانون التحكيم المصري، وذلك أثناء نظر التحكيم دون الدفع به أمام الهيئة وفقاً لنص المادة ٢٢، للمزيد: د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، دار نصر للطباعة ٢٠٠٧، ص ٥٢ وما بعدها، حيث تمسك الطرف الدولي بنص المادة ٢٢ مع عدم الاعتداد بالحكم الصادر ببطلان اتفاق التحكيم، وقد اختلف الفقه حول هذه المسألة إلى اتجاهين، الأول أجاز الالتجاء للقضاء أثناء سير إجراءات التحكيم والثاني تمسك بنص المادة ٢٢ باتحصار اختصاص هيئة التحكيم في هذه الحالة دون حق الالتجاء للقضاء، والواقع أن على الرغم من التسليم بالحق في رفع دعوى بطلان أصلية ببطلان اتفاق التحكيم، سواء قبل أو أثناء البدء في إجراءات التحكيم، إلا أن البدء في إجراءات التحكيم وصدور الحكم لا يمنع من التمسك بذلك عن طريق دعوى بطلان حكم التحكيم، وفي اعتقادي أن النتيجة واحدة في الحالتين.



**المبحث السادس**  
**الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم**  
**لموضوع النزاع**





١٠٥ - الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع يستلزم تحديد المقصود به وسلطة المحكمة وهيئة التحكيم في نظره، وهو ما سنتناوله تبعاً في المطالب الثلاث الآتية:-

## المطلب الأول

### المقصود بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم

١٠٦ - وقد خلا قانون التحكيم المصري من تعريف الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، مكتفياً بالنص على أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع من الدفوع التي يبني عليها عدم اختصاص هيئة التحكيم لموضوع النزاع (م ٢٢ من قانون التحكيم المصري)<sup>(٣٠٩)</sup>.

والدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع يتصور إثارته أمام القضاء كدفع مقابل للدفع بالتحكيم<sup>(٣١٠)</sup>، كما يتصور التمسك به أمام هيئة التحكيم، عند نظر موضوع التحكيم.

الواقع، أن اتفاق التحكيم قد يتضمن المسائل المتنازع عليها وقد لا يتضمن هذه المسائل مطلقاً، وقد لا يتضمن جميع المسائل المتنازع عليها، وقد يتطرق الأطراف لمسائل أخرى غير الواردة في الاتفاق، فإذا انصرف التحكيم للمسائل المتفق عليها في اتفاق التحكيم، كان حكم التحكيم موافقاً للقانون، وفي هذه الحالة تحكم هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع؛ إذ ما دفع أمامها بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع.

---

(٣٠٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٩١ ص ٣٥١ وما بعدها.

(٣١٠) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

وقد يتضمن اتفاق التحكيم بعض المسائل المتنازع عليها، وفي هذه الحالة يصح حكم المحكمين في حدود المسائل التي شملها اتفاق التحكيم، ولا يصح بالنسبة لغيرها من المسائل، وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة الدفع بعدم شمول هيئة التحكيم لموضوع النزاع، وتحكم هيئة التحكيم بقبول الدفع إذا تبين لها عدم شمول اتفاق التحكيم لتلك المسائل المتنازع عليها، فإذا تبين لهيئة التحكيم شمول اتفاق التحكيم لتلك المسائل تحكم هيئة التحكيم برفض الدفع.

وإذا انصرف التحكيم لمسائل لا يشملها اتفاق التحكيم كان للطرف الآخر أو صاحب المصلحة الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع فوراً أي في المذكرة اللاحقة لإثارة المسألة محل الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع<sup>(٣١١)</sup>، وإلا سقط حقه في الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول، وقد نصت المادة ٢/٢٢ من قانون التحكيم المصري على أن "يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم 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 معقول".

وقد حدد المشرع المصري في المادة ٢٢ من قانون التحكيم طبيعة الدفع

---

(٣١١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٧، بند ١٩١ ص ٣٥٢.

بعدم شمول اتفاق التحكيم للمسائل المتنازع عليها باعتباره من الدفوع الشكلية التي يترتب على صحتها القضاء بعدم الاختصاص بالنزاع، فهو دفع من الدفوع الشكلية الذي يسقط بالكلام في الموضوع.

وقد حرصت أنظمة التحكيم الدولية من النص على سلطة هيئة التحكيم على الفصل في الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع بصيغة العموم عند نصها على الدفع بعدم الاختصاص، حيث نصت المادة ١٦ قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥ والمعدل عام ٢٠٠٦، على أن: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم، ٢- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة مثل هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبدائه بمجرد أن تثار إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها خارج نطاق سلطتها، وهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره، ٣- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة إما كمسألة أولية وإما في قرار موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا القرار أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة ٦ أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

ونصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات بعدم شمول الاتفاق للنزاع<sup>(٣١٢)</sup>.

## المطلب الثاني

### سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول

#### اتفاق التحكيم للنزاع

١٠٧- ذكرنا آنفاً أن نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري قد أثار الخلاف في الفقه حول سلطة المحكمة في الفصل في صحة وبطلان وسقوطه وعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع وسلطة هيئة التحكيم في

---

(٣١٢) نصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على أنه: ١- تكونُ لهيئة التحكيم صلاحيةُ البتِّ في اختصاصها، بما في ذلك أيُّ اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض، يُنظرُ إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاقٌ مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائياً على أيِّ قرار لهيئة التحكيم ببطالان العقد بطلانُ بند التحكيم. ٢- يُقدَّم الدَّفعُ بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه وقتُ تضمينه في بيان الدفاع أو، فيما يتعلق بالدعوى المضادة أو الدعوى المقامة بغرض الدَّفع بالمقاصة، في الردِّ على تلك الدعوى. ولا يُمنع الطرفُ من تقديم ذلك الدَّفع لكونه عينَ مُحكَمٍ أو شارك في عينه. أما الدفع بأن هيئة التحكيم تتجاوز نطاق سلطتها، فيجب تقديمه حالما تُطرح المسألة التي يُزعم أنها تتجاوزُ نطاقَ سلطتها أثناء إجراءات التحكيم. ويجوزُ لهيئة التحكيم، في كلتا الحالتين، أن تقبلَ دفْعاً يُقدَّم بعدَ هذا الموعد إذا رأت أنَّ التأخرَ له ما يسوِّغه. ٣- يجوزُ لهيئة التحكيم أن تفصل في أيِّ دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة إمَّا كمسألةٍ أولية وإمَّا بالبتِّ في وجاهته. ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تُصدرَ قراراً، بصرف النظر عن أيِّ طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمةُ بعدُ".

الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، ما بين القول باختصاص المحاكم بالفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله لموضوع النزاع، عند وجود خصومة أمام القضاء في حالة تمسك المدعى عليه بالتحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون الفصل في هذه المنازعة بالنسبة للمنازعات المطروحة على هيئة التحكيم، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هيئة التحكيم تملك الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الوقوف عند نظره فقط، وبعدم اختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع<sup>(٣١٣)</sup>.

وقد ذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(٣١٤)</sup> - وبحق - إلى القول باختصاص القضاء بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم والعقود المتعلقة به، وبعدم

---

(٣١٣) للمزيد في عرض هذه الآراء: راجع: د. سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة ٢٠١١ بنص ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٥٥ ص ٤٣٩ وما بعدها د. فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم" رسالة حقوق القاهرة ٢٠٠٩.

(٣١٤) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها؛ د. سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٨٠ ص ١١٨ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨؛ د. هدى مجدي، دور المحكم في خصومة التحكيم، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٧ ص ٧٢ وما بعدها.

Adam SAMUEL, Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration, p. 184.

مشار إليه لدى: د. فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢١٣ ص ٩٠.

اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأن هيئة التحكيم تختص بنظر صحة اتفاق التحكيم وبطلانه دون أن يكون لها الفصل في هذه المنازعة، وأن المحاكم - باعتبارها صاحبة الولاية العامة - تظل صاحبة الاختصاص في الفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، فإذا تبين لهيئة التحكيم صحة الدفع بانعدام وبطلان اتفاق التحكيم وعدم صحته، فإنها تحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع، وإذا تبين لها عدم صحة الدفع، فيكون لها الحكم على استقلال برفضه أو الاستمرار في الموضوع لتفصل في الدفع والموضوع بحكم واحد عند الفصل في موضوع نهاية التحكيم.

وأن محاكم الدولة تظل لها الولاية العامة بنظر الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم سواء قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذا ما رفعت دعوى أمام القضاء وتمسك المدعى عليه بالتحكيم، فيكون للمدعي التمسك بانعدام وجود اتفاق التحكيم، كما يكون لها ذلك إذا ما دفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم في دعوى تعيين المحكمين، كما يجوز رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم؛ إذا ما توافر ركن الاستعجال اللازم لقبول الدعوى وفي جميع الأحوال لا تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم<sup>(٣١٥)</sup>.

وذلك على أساس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون المصري من حصر سلطة المحكمة بالحكم بعدم الاختصاص في حالة ابتناء عدم الاختصاص لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأن الاختصاص بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يظل اختصاصا حصريا للقضاء.

وقد رتب أنصار هذا الاتجاه على ذلك القول بعدم حيازة الحكم الصادر

---

(٣١٥) د. فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٧١ ص ١٥٢ وما بعدها.

من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص أي حجية فيما يتعلق بصحة اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، وأنه يكون للخصوم الطعن في الحكم بالبطلان على أساس انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع.

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني<sup>(٣١٦)</sup>، للقول باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة وبطلان اتفاق التحكيم، وأنه لم يعد للقضاء اختصاص بنظر صحة وبطلان اتفاق التحكيم، استناداً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي نصت على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، بل إن بعض أنصار هذا الاتجاه.

وقد تحفظ بعض أنصار هذا الاتجاه، بأن القول السابق يبدو منطقياً من ظاهر نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم إذا رفع المدعي دعواه أمام القضاء للفصل في انعدام وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم؛ إذ يعد اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها مانعاً أمام القضاء من الفصل في هذه المسائل قبل الفصل فيها من هيئة التحكيم، ويتعين على القضاء في هذه الحالة الحكم بعدم اختصاصه، ما لم يكن النزاع منبث الصلة بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، وأنه إذا كان المدعي قد رفع دعواه قبل تشكيل هيئة التحكيم، فإنه يكون للمدعي الدفع بانعدام اتفاق

---

(٣١٦) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة ٢٠٠٢ بند ٤٨ ص ٦٤؛ د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.

التحكيم أو بطلانه أو سقوطه أو عدم شموله للنزاع، ولا يكون للمحكمة الامتناع عن نظره، ما لم يقرن المدعى عليه دفعه بسبق الاتفاق على التحكيم<sup>(٣١٧)</sup>.

وقد توسع بعض أصحاب هذا الرأي، للقول باتساع نطاق اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها للجميع الدفوع المبنية على الفصل في صحة العقد الوارد به الشرط والدفع بعدم قابلية الاتفاق للتحكيم، باعتبار أن النص على الدفع بانعدام وبطلان وسقوط وعدم شمول اتفاق التحكيم الواردة في نص المادة ٢٢ كان على سبيل المثال لا الحصر<sup>(٣١٨)</sup>.

وفي تقديري، نرى رجحان الاتجاه الأول باعتبار القضاء هو صاحب الولاية العامة، وأنه المختص بالفصل في صحة وبطلان العقود وشروط التحكيم الواردة بها، واقتصار هيئة التحكيم في بحث صحة وبطلان اتفاق التحكيم دون الفصل فيها، للتمكن فقط من بحث اختصاصها من عدمه، استناداً نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم التي قررت لهيئة التحكيم الفصل في الدفع بعد الاختصاص، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة اتفاق التحكيم أو انعدامه، وأنها فقط تنظر هذه المسائل من قبيل الزوم للفصل في الدفع بعدم الاختصاص، وأنه لا يتصور صحة امتناع المحكمة عن الفصل في انعدام أو صحة اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه وعدم شموله للنزاع بعد تشكيل هيئة التحكيم، وعدم اختصاص المحاكم بالفصل في هذه الأمور بعد تشكيل هيئة التحكيم، كما لا يتصور التسليم بتعليق اختصاص المحاكم بالفصل في هذه

---

(٣١٧) د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى ١٩٩٨، بند ٣٦١ ص ٥٣٠.

(٣١٨) د. على رمضان على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن، رسالة حقوق القاهرة، ١٩٩٦، بند ٣٦٠ ص ٣٥٧ وما بعدها.



المسائل على الدفع بالتحكيم من عدمه.

وفي جميع الأحوال، يتعين أن يراعى أن يكون ذلك بالنسبة لطلبات التحكيم المنظورة أمامها، مع كفالة حق القضاء في البحث في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم عند بحثه لنزاع تمسك المدعى عليه فيه بالتحكيم، وأنه يكون للمدعي في هذا النزاع التمسك ببطلان اتفاق التحكيم وانعدامه وسقوطه وعدم شموله للنزاع، ولا يجوز في هذا الحالة الدفع باختصاص هيئة التحكيم بالفصل في تلك الدفوع، وعدم اختصاص محاكم الدولة بها.

١٠٨ - الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أمام المحكمة يكون دفعًا مقابلًا للدفع بالتحكيم<sup>(٣١٩)</sup>، حيث يساعد هذا الدفع المحكمة في تقييم الدفع بالتحكيم من عدمه، والمنطقي أن المحكمة لو توصلت لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع أن تستمر في الدعوى وتفصل فيها برفض الدفع بالتحكيم.

ولا يشترط تقديم هذا الدفع أمام المحكمة خلال ميعاد محدد، بخلاف الدفع بالتحكيم والذي يتعين التمسك به قبل الكلام في الموضوع في القانون المصري أو في الجلسة الأولى في قانون الإجراءات الإماراتي، فيجوز إثارة هذا الدفع بعد الكلام في الموضوع لاحقًا للدفع بالتحكيم.

ولم يحدد المشرع طريقة محددة لنظر هذا الدفع، فيجوز للمحكمة أن تقضي به مع الدفع بالتحكيم قبل الفصل في الموضوع، ويجوز لها أن تؤجل النظر فيه لتفصل فيه مع الموضوع.

وتستعين المحكمة في التحقق من توافر حالة سقوط اتفاق التحكيم وفق القواعد المقررة في قانونها الوطني.

---

(٣١٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧، بند ٧١ ص ١٥٢.

الجدير بالذكر، أن تحقق المحكمة من انطباق شرط التحكيم المدفوع به على النزاع من المسائل الأساسية التي تضطلع بها المحكمة دون حاجة للدفع بعدم شمول الاتفاق للنزاع من عدمه، فإذا تبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم لا يشمل هذا النزاع، تغاضت المحكمة عن الدفع والتحكيم ويكون لها الفصل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، أما إذا رأت المحكمة عدم سلامة الدفع أو أن اتفاق التحكيم يشمل النزاع، قضت بقبول الدفع بالتحكيم.

### **المطلب الثالث**

#### **سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بعدم شمول**

#### **اتفاق التحكيم للنزاع**

١٠٩ - وقد نصت المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على طريقة خاصة للتمسك بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، حيث أوجب المشرع تقديم هذا الدفع فوراً والا سقط الحق فيه، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير لسبب مقبول، وهذه الطريقة في إبداء الدفع بعدم شمول الاتفاق لموضوع النزاع، تختلف عن طريقة التمسك بسائر الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص والتي أجاز المشرع إثارتها أمام هيئة التحكيم، في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه في الدعوى المشار إليه في المادة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون.

وبترتب على عدم تقديم هذا الدفع في الميعاد المشار إليه سقوط الحق في التمسك بهذا الدفع<sup>(٣٢٠)</sup>.

---

(٣٢٠) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٧، بند ١٩١ ص ٣٥٢.

لكن السؤال، هل يترتب على سقوط الدفع بعدم شمول اتفاق لموضوع النزاع، سقوط حق الخصم في التمسك بهذا السبب أمام القضاء ببطلان حكم التحكيم لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع؟.

في الحقيقة، أن المقصود بالسقوط هنا هو سقوط الدفع أمام هيئة التحكيم، وبالتالي لا ينصرف الى حق التمسك به في دعوى بطلان حكم المحكمة؛ إذ المقرر في الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم، أن رفض هيئة التحكيم للدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو لجميع الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم يترتب عليه عدم جواز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، ومن باب أولى لا يترتب على سقوط الحق في الدفع من التمسك به بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

علاوة على ما نصت عليه الفقرة و من المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤<sup>(٣٢١)</sup>، والتي جاء نصها "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: ... (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلاً، واستثناءً من ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".

ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

---

(٣٢١) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٩١ ص ٣٥١ وما بعدها.

ويكون للمحكمة في هذه الحالة أن تفصل في هذا الدفع قبل الفصل في موضوع النزاع، وحكم المحكمة في الدفع في هذه الحالة غير قابل للطعن إلا مع دعوى البطلان في حكم المحكمين، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به مرة أخرى إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون، كما يكون لها سلطة الفصل في الدفع وموضوع النزاع معا عند الفصل في الموضوع<sup>(٣٢٢)</sup>.

ويترتب على الحكم برفض الدفع تقرير سلطة هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اتفاق التحكيم، ويترتب على الحكم في موضوع النزاع استنفاد هيئة التحكيم لولايتها في الفصل في النزاع، فلا يجوز إعادة طرح الموضوع على هيئة التحكيم مرة أخرى، باستثناء الحالات العامة للطعن في حكم التحكيم مثال تفسير وتصحيح الأحكام وحالة إغفال الهيئة لموضوع من موضوعات اتفاق التحكيم، فيجوز الالتجاء إليها بطلب تحكيم إضافي.

وسلطة هيئة التحكيم للفصل في هذا الدفع تعتمد على القانون الواجب التطبيق إجرائياً على النزاع، خاصة في ظل التحكيم التجاري الدولي، أما في حال التحكيم الداخلي فتطبق هيئة التحكيم القانون الوطني، وتخضع هيئة التحكيم في نظر الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع في هذه الحالة للقواعد المتفق عليها من أطراف اتفاق التحكيم؛ إذ قد تلجأ هيئة التحكيم لتطبيق القانون الوطني خاصة في التحكيم الداخلي وقد تلجأ لتطبيق قانون آخر حسب الاتفاق.

وقد نصت المادة ٢/٢٢ على طريقة خاصة لإبداء الدفع بعدم شمول

---

(٣٢٢) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الثالثة ٢٠١٠ بند ١٨٤ ص ٢٦٠ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية الطبعة الثالثة ٢٠٠٧، بند ٤٣ ص ٧٧ و ٧٨.

اتفاق التحكيم للنزاع، حيث نصت على وجوب إبداء هذا الدفع فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز - في جميع الأحوال - أن تقبل الهيئة الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

والتنظيم الخاص لطريقة إبداء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، يتمشى مع طبيعة هذا الدفع، وسهولة طرحه في الحالات التي يخرج فيها التحكيم عن المسائل المتفق عليها، خاصة في الأحوال التي يكون فيها الأطراف متفقين على تحديد هذه المسائل في مشارطة التحكيم، والخطورة من هذا التنظيم تتمثل في عدم حضور ذوي الشأن وحضور وكلاء عنهم جلسات التحكيم دون الانتباه للمسائل محل اتفاق التحكيم، وقد عالج المشرع هذه الفرضية بالنص على جواز قبول الهيئة الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول.

ويترتب على تحقق هيئة التحكيم من عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع والدفع به قبل الكلام في الموضوع أو فوراً، اعتبار هيئة التحكيم غير مختصة بنظر النزاع، فإذا كان النزاع مطروحاً على هيئة التحكيم تحكم الهيئة بعدم اختصاصها أو بانتهاء إجراءات التحكيم، ويكون لها الحكم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم على استقلال، كما يكون لها النطق به عند الحكم في الموضوع.

١١٠ - السؤال، هل فصل هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع يمنع المحاكم من بحث هذه المسألة، بمعنى هل للمحكمة رفض دعوى البطلان المؤسس على هذه الحالة لرفض هيئة التحكيم للدفع بسقوط اتفاق التحكيم وسابقة الفصل فيها؟.

نصت الفقرة ٣ من المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن تفصل هيئة التحكيم في هذا الدفع قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز

التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من هذا القانون.

ومن ثم، نرى - بحق - أن فصل هيئة التحكيم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، لا يعتبر قضاء في موضوع النزاع المطروح على هيئة التحكيم، ولا يسلب القضاء ولايته العامة في بحث هذه المسألة من عدمه عند نظر دعوى البطلان، لأن المتصور لإعمال قاعدة عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها أن يكون الحكم صادر من محاكم نفس الجهة القضائية، حتى يمكننا الكلام في وحدة الموضوع والمحل والأشخاص، وأن المشرع قد نظم الطعن بالبطلان في حكم المحكمين عن طريق دعوى البطلان، والتي يتعلق موضوعها بإجراءات التحكيم، دون أن تمتد لموضوع النزاع محل التحكيم، وبالتالي تعتبر دعوى البطلان بمثابة استئناف في الأحكام الصادرة في إجراءات التحكيم.

١١١ - يلاحظ أن نص المادة ٢/٢٢ من قانون التحكيم المصري تميز بين طريقة تقديم الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع والدفع الأخرى المتعلقة بعدم الاختصاص باتفاق التحكيم، مثال الدفع بسقوط اتفاق التحكيم أو بطلانه، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة لهذا الدفع وغيره من الدفع؛ إذ الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع، يتعلق بواقعة معلومة بشكل واضح ولا تحتاج لبحث أو تفكير عميق من الأطراف؛ إذ المفترض علم المحكم بموضوع اتفاق التحكيم وما يتضمنه من مسائل، أما بالنسبة للبطلان والسقوط وغيره فتحتاج لبحث من جانب المحكم، ويلاحظ أيضاً أن المشرع المصري قد أخذ هذا المبدأ مباشرة من قانون التحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة الأونسيترال.

ونص المادة ٢/٢٢ واضح في أن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم

لموضوع النزاع يجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول.

فإذا تأخر المدعى عليه عن الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم عن الدفع به فوراً أو تعذر عليه تقديم عذر مقبول سقط حقه في إبداء الدفع، أما إذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع فلا يجوز التمسك بهذا الدفع إلا عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين المنهي للخصومة كلها وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم.

١١٢- تجدر الإشارة أن سقوط حق الخصم في الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم أو الدفع بتجاوز هيئة التحكيم لاختصاصها لا يمنع الخصم من الطعن في حكم التحكيم بالبطلان وفقاً لنص المادة ٥٣/و من قانون التحكيم المصري<sup>(٣٢٣)</sup>، والتي جاء نصها: "لا تقبل دعوى البطلان إلا في الحالات الآتية: ... (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلاً، واستثناءً من ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".

الجدير بالذكر، أن المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري والعماني نصت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، والذي مقتضاه أن هيئة التحكيم تفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها في المنازعات المطروحة عليها، فيكون لها الحكم بعدم الاختصاص لعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع، السؤال هل

---

(٣٢٣) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٩١ ص ٣٥١ وما بعدها.

اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المطروحة عليها في هذه الحالة اختصاص حاجز ومانع للقضاء من نظر تلك المنازعات في حالة وجود المنازعات أمام القضاء؟.

١١٣ - الواقع، أن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ليس اختصاص حاجز، ولا يسلب القضاء ولايته في الفصل في تلك الدفوع بشأن المنازعات المعروضة عليه؛ إذ ليس من المنطق أن يقف القضاء وهو صاحب الاختصاص الأصيل مغلول الأيدي، تاركاً الفصل في شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع أو عدم شموله لهيئة التحكيم؛ إذ القول بذلك لا يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الخصومة، ويكبد الخصوم مصاريف باهظة نتيجة الالتجاء للقضاء والتحكيم في آن واحد.

علاوة على ذلك، فإن النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها تقريراً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو من قبيل الاستثناء على الاستثناء، والاستثناء على الاستثناء عودة للأصل باختصاص القضاء صاحب الولاية العامة، ولا يغير من ذلك أن يعبر في قانون التحكيم التجاري عن هذا الدفع بالدفع بتجاوز هيئة التحكيم لاختصاصاتها؛ إذ التعبير السابق قاصر على حالة تجاوز هيئة التحكيم لاختصاصاتها، ولا يمنع من إثارته أمام القضاء.



## الخاتمة

١١٤- والى هنا أكون قد انتهيت من بحث "الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة"، أسأل الله العلي العظيم أن أكون قد وفقت في اختيار موضوعه ومعالجة بعض الجوانب الهامة المتعلقة به.

وقد قسمت البحث إلى ستة مباحث، تناولت في المبحث الأول الدفع بوجود اتفاق التحكيم، حيث عرضت للمقصود بالدفع بوجود اتفاق التحكيم والطبيعة القانونية للدفع، والخلاف الفقهي حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، محللا تلك المذاهب ومنتها لتكييف مستقل لاتفاق التحكيم يتفق مع طبيعة هذا الدفع وبما يتناسب مع موضوع اتفاق التحكيم، وأن الصحيح أن اتفاق التحكيم يقرر اختصاص استثنائياً لهيئة التحكيم إلى جانب الاختصاص العام للقضاء، وأن الدفع بالتحكيم في هذه الحالة لا يسلب اختصاص القضاء بنظر النزاع ولا يمنع المحاكم من نظره، وأن الصحيح في اعتقادنا أن التكييف الصحيح لهذا الدفع هو أنه دفع بالتحكيم أو دفع بصحة ونفاذ اتفاق التحكيم وليس دفعاً بعدم القبول أو بعدم الاختصاص الوظيفي أو النوعي، لأن اتفاق التحكيم لا يقرر اختصاص وظيفياً لهيئة التحكيم ولا اختصاص نوعي لها، إنما يطرح هذا الدفع خصومة على المحكمة، والتي تقوم بدورها بالنظر في صحة أو عدم صحة هذا الاتفاق، وأنها في حالة التوصل لصحة هذا الاتفاق، تحكم بصحته والتزام أطرافه بإعمال مقتضاه.

أيضاً تعرضت لسلطة المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ومدى

جواز الإحالة منها لهيئات التحكيم، والتنازع بين أحكام القضاء والتحكيم، حيث خلصت إلى أنه يتصور التنازع بين هيئة التحكيم ومحاكم الدولة، وأنه لا يتصور الإحالة بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم.

وفي المبحث الثاني تناولنا الدفع بعدم الاختصاص، حيث خلصت إلى اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

وفي المبحث الثالث تناولت الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم، حيث عرضت للمقصود به، وسلطة هيئة التحكيم والمحكمة في نظره، والأسس التي تستند عليها كل منهما في الفصل فيه.

وفي المبحث الرابع تناولت الدفع بسقوط اتفاق التحكيم، حيث عرضت للمقصود به، وسلطة هيئة التحكيم والمحكمة في نظره، والأسس التي تستند عليها كل منهما في الفصل فيه.

وفي المبحث الخامس تناولت الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، حيث عرضت للمقصود به، وسلطة هيئة التحكيم والمحكمة في نظره، والأسس التي تستند عليها كل منهما في الفصل فيه.

في المبحث السادس تناولت الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع، حيث عرضت للمقصود به، وسلطة هيئة التحكيم والمحكمة في نظره، والأسس التي تستند عليها كل منهما في الفصل فيه.

١١٥ - وفي ختام دراستنا للدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، ننتهي إلى مجموعة من التوصيات نجملها على النحو الآتي:

١- نقترح تعديل نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري والعُماني والمادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي والمادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، ليكون نصها على النحو الآتي "للمحكمة التي يرفع أمامها دعوى يوجد بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بصحة اتفاق التحكيم والتزام أطرافه بالبدء في التحكيم إذا دفع أمامها بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع موضوعي متى كان اتفاق التحكيم موجودًا وصحيحًا وغير لاغ وقابل للتطبيق، ويكون لها تلقائيًا رفض الدفع بالتحكيم في حالة البطلان الظاهر وعدم القابلية الظاهرة للتطبيق"، كما نقترح إضافة هذا النص لمشروع قانون التحكيم الإماراتي.

٢- نقترح إعادة النظر في نص المادة ٢/١٣ من قانون التحكيم المصري بشكل يمنع وجود حكمين متناقضين أحدهما من القضاء والآخر من هيئة التحكيم.

٣- نقترح تعديل نص المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، بإضافة فقرة جديدة للمادة ٢/٢٥ تجيز نظر المحكمة الدستورية للتنازع بين هيئات التحكيم ومحاكم الدولة، يكون نصها على النحو الآتي "وتختص المحكمة بالفصل في تنازع الاختصاص بين هيئات التحكيم ومحاكم الدولة".

٤- نوصي أن يراعى في مشروع قانون التحكيم الإماراتي اعتبارات النظام العام الداخلي، وأن يجمع بين دفتيه التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، دون الانصراف فقط لأحكام قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) أو لأي نظام قانوني مأخوذ منها مثال قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٥- نوصي أن يراعى في مشروع قانون التحكيم بدولة الإمارات

الاعتماد على النصوص المطبقة فعلا في قوانين الدول مثل القانون الفرنسي والمصري، والانتباه للنصوص التي قضى بعدم دستوريته في القضاء المصري.

٦- نوصي بأن يراعي مشروع قانون التحكيم الإماراتي النص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم، بحيث يكون لها سلطة الفصل في اختصاصها.

٧- ضرورة تركيز الدراسات المستقبلية حول سلطة المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم

٨- العمل على عقد المؤتمرات العربية في مجال التحكيم بهدف توحيد المصطلحات القانونية في مجال التحكيم

١١- ضرورة تفعيل الترابط بين مراكز التحكيم في البلاد العربية والعمل على تنسيق العمل فيما بينها

١٢- ضرورة الاهتمام في البلاد العربية بتحديد النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، والنص صراحة على تحديد الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم بشكل موحد، خاصة تلك المتعلقة بالعادات والتقاليد ونظام المجتمع

١٣- العمل على عمل قانون عربي استرشادي موحد بشأن التحكيم يحدد الأسس التي يقوم عليها التحكيم

١٤- ضرورة الربط بين مراكز التحكيم في البلاد العربية والمؤسسات والجامعات المهمة بالتحكيم

١٥- التنسيق بين غرف الصناعة والتجارة في الدول العربية بشأن المنازعات المتعلقة بالتحكيم في منازعات سوق المال

تم بعون الله وتوفيقه

## المراجع

### أولا . : المراجع العربية

د. إبراهيم حرب محيسن:

- طببعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، ١٩٩٩.

د. أبو العلا النمر

- المشاكل العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

د. أبوزيد رضوان

- الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشرعية الكويتية، السنة الأولى، عدد ٢، يوليو ١٩٧٧.
- الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

د. أحمد أبو الوفا

- التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثامنة ١٩٨٨.

د. أحمد إبراهيم عبد التواب

- النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.

**د. أحمد إبراهيم عبد التواب**

- النظرية العامة للحق الإجرائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٩.
- طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور بمجلة الميزان الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، عدد أبريل ٢٠٠٧، ومجلة الحق الصادرة عن جمعية الحقوقيين، العدد الثاني مارس ٢٠٠٨، ومنشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي نظّمته جامعة الامارات لدولة الامارات العربية المتحدة في أبو ظبي في الفترة من ٢٨ - ٣٠ أبريل ٢٠٠٨
- اتفاق التحكيم، مفهومه، أركانه ونطاقه، في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والفرنسي وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

**د. أحمد السيد صاوي**

- التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢ و ٢٠٠٤
- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٥.
- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١.

**د. أحمد حسان مطاوع**

- التحكيم في العقود الدولية للإتشاءات" رسالة جامعة القاهرة ١٩٩٨.

**د. أحمد خليل**

- قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق "...، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣.
- التعارض بين الأحكام القضائية" دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.

**د. أحمد صدقي**

- قواعد المرافعات في دولة الإمارات، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.
- التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٥.

**د. أحمد شرف الدين**

- التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد، بحث غير منشور.
- الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، دار نصر للطباعة، ٢٠٠٧.

**د. أحمد عبد البديع شتا**

- شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

**د. أحمد عبد الكريم سلامة**

- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.

**د. أحمد عبد الكريم سلامة**

- التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية.

**د. أحمد ماهر زغلول**

- أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

**د. أحمد مخلوف**

- اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية ٢٠٠٥.

**د. أسامة أبو الحسن مجاهد**

- قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية ٢٠١٢.

**د. أسامة أحمد شوقي المليجي**

- فكرة التوفيق في القانون المصري، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر الذي أقامته كلية الحقوق - جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢.
- هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة، ٢٠٠٤.
- مجلس تأديب وصلاحيه القضاة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

**د. أسامة الشناوي**

- المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٠.

**د. أشرف الرفاعي**

- اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة



الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

**د. أنور أحمد رسلان**

- هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢٥/٢ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣، السنة الأولى، ٢٠٠٣.
- التحكيم في العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، س ٦، ع ١، يناير ١٩٩٨.

**د. أياد محمود بردان**

- التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية.

**د. باسمه لطفي دباس**

- شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

**د. توفيق حسن فرج**

- المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١.

**د. حسام الدين فتحي ناصف**

- التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

**د. حسن كبره**

- المدخل إلى القانون، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.

**د. حسني المصري**

- التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

**د. حفيظة الحداد**

- النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي، الكتاب الثاني، ص ٢٠٠.
- التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق ١٩٩٥.
- العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦
- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ١٩٩٦.
- الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ١٩٩٧.

**د. رأفت محمد رشيد ميثاقي**

- تنفيذ أحكام المحكمين، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

**د. رمزي سيف**

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١.

**م. زكريا محمود عبد العليم**

- منهج التحكيم في منازعات الإنشاءات، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤.

**د. سحر عبد الستار إمام يوسف**

- المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦.

**أ. سعد أبو السعود**

- الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفع، مجلة المحاماة، السنة ٤١،

سنة ١٩٦١.

**د. سيد أحمد محمود**

- خصومة التحكيم القضائي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- نظام التحكيم دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر، في القانون المقارن والكويتي والمصري، دار الكتب القانونية ٢٠٠٧.

**د. شمس مرغني**

- التحكيم في منازعات المشروع العام، دراسة مقارنة، ١٩٧٤.

**د. صلاح الدين جمال الدين**

- التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.

**د. عادل الطبطبائي**

- الجوانب الدستورية والقانونية في عمليات إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ١٥، ع ١، ١٩٩٣.

**د. عبد الحميد أوهيف**

- طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣.

**د. عبد المنعم الشرقاوي**

- نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٤٨.

**د. عبد المنعم الشرقاوي و د. فتحي والي**

- المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦ و ١٩٧٧.

**د. عز الدين عبد الله**

- تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور بمجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل الإماراتية، العدد ١٩ س٦، أبريل ١٩٧٩.

**د. على الحديدي**

- القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج ٢، إجراءات التقاضي، ٢٠٠٦ .
- دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة جامعة القاهرة، غير معروف سنة النشر.
- التحكيم القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

**د. على رمضان بركات**

- خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٦، بند ١٠.

**د. على سالم إبراهيم**

- ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.

**د. فاطمة صلاح رياض**

- نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة حقوق القاهرة، ٢٠٠٩.

#### **د. فايز رضوان**

- القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- قانون الطيران المدني طبقاً للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٠، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.
- اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، عدد الأول يناير ٢٠٠٧.

#### **د. فتحي والي**

- نظرية البطلان في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٥٩.
- الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٧.
- التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية.

#### **د. محسن شفيق**

- التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

#### **د. محمد إبراهيم موسى**

- التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

#### **د. محمد السيد الفقي**

- القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
- د. محمد حسام لطفي
- التحكيم في إطار مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مقال منشور على موقع وزارة العدل اليمنية على الموقع الالكتروني:  
[www.qada.gov.ye/malkeah.asp.p.1](http://www.qada.gov.ye/malkeah.asp.p.1)
- د. محمد حسين منصور
- الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.
- د. محمد سعد خليفة
- محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.
- د. محمد سعيد عبد الرحمن
- القوة القاهرة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- د. محمود سمير الشرقاوي
- التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ٢٠١١.
- أ. محمد كمال عبد العزيز
- تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، طبعة ١٩٧٨.
- د. محمود محمد هاشم
- استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٤، العدد ٢٦.
- النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.

**د. محمود مختار بريري**

- الأثر المانع لاتفاق التحكيم، كتاب التحكيم والقانون الصادر عن مركز الدكتور عادل خير، ١٩٩٧.
- التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

**د. محمود مصطفى يونس**

- نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، السنة ١٣ ع ٢، يوليو ٢٠٠٥.
- حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق، العدد الحادي عشر، مارس ٢٠٠٦.
- نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
- المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

**د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال**

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

**د. مهدوح محمد علي مبروك**

- مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

**د. منصور مصطفى منصور**

- السبب في الالتزامات الإرادية، خلاصة دروس في المقرر الخاص لطلاب الدراسات العليا بكلية شرطة دبي، ١٩٩٨ و ١٩٩٩.

**د. منير عبد المجيد**

- الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٠.

**منير وممدوح الجنيهي**

- الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.

**د. نبيل إسماعيل عمر**

- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ١٩٨١.
- الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام وغيرها من السندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠.
- التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

**د. هدى عبد الرحمن**

- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٧.

**د. وجدي راغب**

- النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٤.



**د. وجدي راغب**

- تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ٧ ع ١ مارس ١٩٨٣.
- طبيعة الدفع بالتحكيم أمام القضاء، بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والخارجي، والذي عقد بالعريش في الفترة من ٢٠ - ٢٥ سبتمبر ١٩٨٧.
- مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

**ثانيا : المراجع الأجنبية**

**BERNARD (A.) :**

- L'arbitrage volontaire en droit prive, 1937.

**BERNARDINI (Piero) :**

- L'arbitrage en Italie après la reforme, Rev. de l'arbitrage, 1999, n° 3.

**BOUCOBZA (X.) :**

- La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial, Rev. Arb. 1998.

**BOUREL (Mayer Pierre)**

- Arbitrage international et immunités des états étrangers, à propos d'une jurisprudence récente, Revue, Arbitrage, 1982.

**CHRISTIAN MORE (Croze) :**

- Procédure civile, PUF, éd. 1988.

**COUCHEZ (Gérard) :**

- Procédure civile, éditions Sirey.

**DAVID (R.) :**

- L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982.

**DES DEVISES :**

- Action en justice, Juris-Classeur, 1997, Fas. 125 – 5.

**FILLION-DUFOULEUR (Bernard) et EBOULANGER (Philippe)**

- Le Nouveau Droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb. 1994.

**FOUCHARD (Philippe) :**

- L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris, 1965.
- La laborieuse reforme de la clause compromissoire par loi 15 Mai 2001, Revue de l'arbitrage 2001.

**FOUSTOUCOS (A. C.):**

- L'arbitrage interne et International en Droit Privée, Thèse Paris, 1973, éd. 1976.

**GARSONNET et CEZAR-BRU :**

- Traité de procédure civile et commerciale, 3 RED, Sirey, Paris, 1912.

**GOUTAL (Jean-Louis) :**

- L'arbitrage et les tiers, Revue d'arbitrage, 1988.

**JULLIEN (Pierre) et FRICERO (Natalie)**

- **Droit Judiciaire Privé, L.G.D.L, éd., 2001.**

**KASSIS (A.) :**

- **Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T. I, Paris, L.G.D.J., 1987.**

**LASTENOUSE (Pierre) :**

- **Le règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, Rev. Arb. 2001.**

**LEBOULANGER (Philippe) et SLI M (Hadi)**

- **Chronique de Jurisprudence étrangère, Rev. de l'arbitrage, 2004, n° 4.**

**MOTULSKY**

- **Le droit subjectif et l'action en justice, Écrits Etudes et Notes de procédure civile, 1973.**

**OPPETIT (B.) :**

- **La clause arbitrale par référence, Rev. Arb., 1990.**

**PERROT (R.) :**

- **Institutions judiciaire, 3 éd., Paris, 1989.**

**REYMOND**

- **La clause arbitrale par référence, Recueil de travaux Suisse sur l'arbitrage international, Zurich, 1984.**

**ROBERT (J.)**

- **Arbitrage civil et Commercial en Droit international, Dalloz, 4 éd., 1967.**

**TERRÉ (François) :**

- **Introduction générale au droit, Dalloz, 1998.**

**TISSER (Glasson) et Morel :**

- **Traité de procédure civile, 1936, T.V.**

**VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge)**

- **Procédure civile, 1999.**

## الفهرس

|     |                                                                     |
|-----|---------------------------------------------------------------------|
| ٥   | مقدمة                                                               |
|     | <b>المبحث الأول</b>                                                 |
| ٩   | <b>الدفع بوجود اتفاق التحكيم</b>                                    |
| ١١  | المطلب الأول : المقصود بالدفع بوجود اتفاق التحكيم                   |
| ٢٣  | المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للدفع بوجود اتفاق التحكيم         |
| ٢٣  | الفرع الأول : الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص           |
|     | الفرع الثاني : الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم    |
| ٥٠  | القبول                                                              |
|     | الفرع الثالث : الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع ببطلان المطالبة        |
| ٥٧  | القضائية                                                            |
|     | الفرع الرابع : الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بوقف    |
| ٥٩  | الدعوى                                                              |
| ٦١  | الفرع الخامس : الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع إجرائي              |
| ٦٣  | الفرع السادس : التكييف المختار للدفع بوجود اتفاق التحكيم            |
| ٧٤  | المطلب الثالث : سلطة المحكمة إزاء الدفع بوجود اتفاق التحكيم         |
| ١٠٦ | المطلب الرابع : مدى جواز الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص            |
| ١١٣ | المطلب الخامس : التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم |

## المبحث الثاني

|     |                                                        |
|-----|--------------------------------------------------------|
| ١٣٣ | <b>الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم</b>                  |
| ١٣٥ | المطلب الأول : المقصود بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم |

- المطلب الثاني : طبيعة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم ١٥٠
- المطلب الثالث : مدى جواز التمسك أمام المحكمة بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم وسلطتها ١٥٢
- المطلب الرابع : سلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفع بعدم الاختصاص ١٥٦

### المبحث الثالث

#### الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم

- المطلب الأول : المقصود بالدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ١٧٧
- المطلب الثاني : سلطة المحكمة إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ١٨٣
- المطلب الثالث : سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بانعدام وجود اتفاق التحكيم ١٩٢

### المبحث الرابع

#### الدفع بسقوط اتفاق التحكيم

- المطلب الأول : المقصود بالدفع بسقوط اتفاق التحكيم ٢٠٣
- المطلب الثاني : التمييز بين سقوط اتفاق التحكيم وسقوط الاعتراض على مخالفة إجراءات التحكيم في القانون المصري والمقارن قاعدة الاستoppel "Estoppel" في قانون المرافعات الفرنسي ٢١٦
- المطلب الثالث : سلطة المحكمة إزاء الدفع بسقوط اتفاق التحكيم ٢٢٣
- المطلب الرابع : سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بسقوط اتفاق التحكيم ٢٢٩

### المبحث الخامس

#### الدفع ببطلان اتفاق التحكيم

٢٣٥

|     |                 |                                                              |
|-----|-----------------|--------------------------------------------------------------|
| ٢٣٧ | المطلب الأول :  | المقصود بالدفع ببطلان اتفاق التحكيم                          |
| ٢٤٣ | المطلب الثاني : | سلطة المحكمة إزاء الدفع ببطلان اتفاق التحكيم                 |
| ٢٤٩ | المطلب الثالث : | سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع ببطلان اتفاق التحكيم            |
| ٢٤٩ | الفرع الأول :   | الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص                  |
|     | الفرع الثاني :  | تنظيم سلطة هيئة التحكيم أثناء نظر الدفع ببطلان اتفاق التحكيم |
| ٢٥٦ |                 |                                                              |

### المبحث السادس

|     |                                             |                                                             |
|-----|---------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| ٢٦٣ | الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع |                                                             |
| ٢٦٥ | المطلب الأول :                              | المقصود بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع               |
| ٢٦٨ | المطلب الثاني :                             | سلطة المحكمة إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع      |
|     | المطلب الثالث :                             | سلطة هيئة التحكيم إزاء الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع |
| ٢٧٤ |                                             |                                                             |
| ٢٨١ | الخاتمة                                     |                                                             |
| ٢٨٥ | المراجع                                     |                                                             |
| ٣٠١ | الفهرس                                      |                                                             |

\* \* \*