مؤتمر شرم الشيخ (٣)

٢-٤ يونيو ٢٠١٠

الرقابـــــة القضائيـــــة
على صحة اتفاق التحكيم
أثناء إجراءات التحكيم

بحث مقدم من

أ.د. فتحى والى

عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة (سابقا)

محام ومحكم

مبدأ الاختصاص بالاختصاص :

(١) من المبادئ الاساسية فى التحكيم مبدأ " الاختصاص بالاختصاص " . ومفـــاده ان هيئـــة التحكيم هى التى تختص بالنظر فيما اذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها . وقد ارست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بحكم شهير لها جاء به انه " كأى جهة قضائية ، ولو كانت استثنائية ، يدخل فى سلطة المحكمين وواجبهم التحقق مما اذا كانوا – طبقا لنصـــوص اتفاق التحكيم الذى يتمسك به ذوو المصلحة –مختصين بـــالنظر فـــى النـــزاع المطـــروح عليهم ".(نقض فرنسى – الدائرة التجارية –٢٢ فبراير ١٩٤٩ –

(Motulsky (Henri): Etudes et notes sur l,arbitrage , 242-229) .

ويكون لهيئة التحكيم هذا الاختصاص ،ولو دفع امامها بانعدام اتفاق التحكيم أو ببطلانه ،أو بسقوطه . ذلك أن المحكم لكى ينظر ما يعرض عليه من نزاع لابد له ان يقرر أولا اختصاصه بنظره ، ولو اقتضى هذا البحث فى وجود وصحة وبقاء ونفاذاتفاق التحكيم الذى يستند اليه طالب التحكيم،اذ هو يستمد ولايته من ارادة الطرفين ، اى من هذا الاتفاق .

ويرمى مبدأ الاختصاص بالاختصاص الى تمكين هيئة التحكيم من الفصل فى النزاع دون تعطيل بسبب رفع دعوى امام محاكم الدولة يتعلق بوجود أو بصحة إتفاق التحكيم.

وقد قننت المادة ٢٢/١ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ هذا المبدأ بنصها على ان " تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه " .

و تنص على هذا المبدأ المادة ٦/٢ من قواعد الـــ .I.C.C " اذا لم يرد المدعى عليه على طلب التحكيم او اثار دفعا يتعلق بوجود اتفاق التحكيم او صحته او نطاقه كان لمحكمة التحكيم الدولية من فحص ظاهر الاوراق امكانية الاعتداد بوجود اتفاق التحكيم ان تقرر مواصلة اجراءات التحكيم دون المساس بقبول او سلامة هذه الدفوع وفى هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم اتخاذ اى قرار يتعلق باختصاصها فاذا لم تتوصل محكمة التحكيم الدولية الى هذه النتيجة يتم ابلاغ الاطراف ان التحكيم غير ممكن ". كما تنص عليه أيضا المادة ٢١/١ من قواعد مركز القاهرة الاقليمى " الهيئة هى المختصة بالفصل فى الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها . ويدخل فى ذلك الدفوع المتعلقة بوجود وصحة اتفاق التحكيم ".

(٢) وتطبيقا لهذا المبدأ لا يجوز ان يطلب اى من الطرفين من هيئة التحكيم وقف اجراءات التحكيم ، حتى يتم الفصل فى دعوى بطلان مرفوعة بشأن اتفاق التحكيم امام القضاء .
(موتولوسكى : مشار اليه ص ٢٠٢ –٢٠٣) . فنص القانون على اختصاص هيئة التحكيم بالنظر فى مسألة اختصاصها ولو كان الدفع مبنيا على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه يعبر عن ارادة المشرع الصريحة فى عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة الى حين الفصل فى مسألة وجود او صحة اتفاق التحكيم من المحكمة المختصـــــــة .
(Luiso (Francesco P.): Rapporti fra arbitro e giudice – La Riforma della Disciplina dell, arbitrato, Milano 2006 , no 3p.117 .).

(٣) وعندما تفصل هيئة التحكيم فى الدفع بعدم إختصاصها – وفقا للمادة ٢٢ق . تحكيم مصرى – فانها لا تقضى ببطلان او صحة الاتفاق ، اذ ليس لها ولاية الفصل فى صحة اتفاق التحكيم او بطلانه ، ما لم يتفق الاطراف صراحة على تخويلها هذه الولاية . فالاطراف لا يخولونها باتفاق التحكيم وحده الاختصاص بهذه المسألة . واذا كان صحيحا ان كل قضاء يختص بالفصل فى اختصاصه او عدم اختصاصه ، فان هذا الاختصاص لا ينصرف الى تقرير صحة او بطلان العمل الذى انشأ هذا القضاء.ولهذا فان تقرير صحة او بطلان اتفاق التحكيم لا يدخل فى اختصاص هيئة التحكيم ، وانما تختص به محكمة الدولة وذلك سواء تعلق الامر بشرط تحكيم او بمشارطة . واذا كان إتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم ، فمن التناقض منح المحكم سلطة الحكم حول وجود او صحة مصدر هذه السلطة ، ذلك ان وجود إتفاق تحكيم صحيح هو مفترض لمباشرة المحكم اى سلطة فى خصومة التحكيم .
(Fouchard & Gaillard : Traite de l,arbitrage commercial international – 1996 – no 656 p.413).
فالمشرع المصرى وفقا للمادة ٢٢ من قانون التحكيم يخول هيئة التحكيم فقط الفصل فى الدفع بعدم اختصاصها المبنى ".....على عدم وجود اتفاق تحكيم او سقوطه او بطلانه .... " ، دون ان يخولها سلطة الحكم بوجود الاتفاق او بسقوطه او ببطلانه . وفى تقديرنا أن مجرد النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فى الدفع بعدم الاختصاص لا يكفى وحده لتخويلها سلطة الفصل فى وجود أو صحة أو نفاذ اتفاق التحكيم .، بل لابد أن ينص المشرع صراحة على منح المحكم هذه السلطة ، بحيث يكون مصدر إختصاصه بالفصل فى وجود أو صحة اتفاق التحكيم ليس هذا الاتفاق وإنما نص القانون .(قرب : فوشار – مشار اليه بند ٦٥٨ ص

٤١٤). ذلك ان الفصل فى الدفع بعدم الاختصاص يسبق منطقيا الفصل فى الموضوع ، ولهذا تنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات المصرى على ان " يحكم فى هذه الدفوع على استقلال (ومنها الدفع بعدم الاختصاص) ما لم تأمر المحكمة بضمها الى الموضوع ". فالفصل فى الدفع لا يستلزم بالضرورة تحقيقا كاملا للموضوع . ولهذا يكفى هيئة التحكيم البحث من ظاهر الاوراق ، لكى يتبين لها وجود وصحة ونفاذ اتفاق التحكيم فتبنى على هذا اختصاصها بالدعوى . (عكس هذا : مصطفى الجمال وعكاشة – التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – جزء اول – ١٩٩٨ – بند ٣٦١ ص ٥٣ . د. نبيل اسماعيل عمر – التحكيم – ٢٠٠٤ – بند ٥٦ ص ٦٩ . ويرون ان المادة ٢٢ تحكيم تخول هيئة التحكيم الفصل فى الدفوع بعدم الاختصاص وبطلان الاتفاق على التحكيم ومسألة عدم وجود اتفاق التحكيم او سقوطه).

ونص القانون المصرى، يماثل نص قانون المرافعات الايطالى(مادة ٨١٧ معدلة بلائحة بقانون رقم ٤٠ لسنه ٢٠٠٦) ، ولائحة الـــ ICC (مادة ٦/٢) ،ولائحة مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى(مادة ٢١/١) .

(٤) وعلى العكس ، فقد أخذت بعض التشريعات والنظم الاخرى بفكرة مختلفة بموجبها تمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل فى عدم وجود او سقوط او بطلان اتفاق التحكيم . (ينظر نص المادة ٥/٣ من الاتفاقية الاوربية بشأن التحكيم التجارى الدولى لسنه ١٩٦١ اذ تنص على ان تكون للمحكم" سلطة الفصل فى اختصاصه وفى وجود او صحة اتفاق التحكيم ". وايضا المادة ١٤٦٦ مرافعات فرنسى التى تخول المحكم سلطة " الفصل فى صحة وحدود ولايته ").

وإتجاه القانون المصرى يوفر ضمانة هامة للمتقاضين يتفق مع مبدأ الاقتصاد فى الاجراءات (فوشار – مشار اليه – بند ٦٧٨ ص ٤٢٣). ذلك أن تولى هيئة التحكيم ولاية الفصل فى النزاع حول وجود اتفاق التحكيم او صحته لابد وان يؤدى الى تعطيل اجراءات التحكيم ،إذ قد يقتضى تحقيقا يستغرق وقتا طويلا من هيئة التحكيم ، وقد يؤدى هذا الى انتهاء مدة التحكيم قبل الفصل فى الدعوى التحكيمية . ويكفى لتقرير اختصاص هيئة التحكيم بالدعوى بحث المسألة من حيث الظاهر دون تحقيق كامل يستغرق وقتا طويلا .

(٥) ووفقا للمادة ٢٢/١ من قانون التحكيم المصرى – تبحث هيئة التحكيم فى وجود إتفاق التحكيم وفى صحته من حيث الظاهر للنظر فى اختصاصها او عدم اختصاصها . فان ظهر لها وجود الاتفاق وصحته ونفاذه ، رفضت الدفع بعدم الاختصاص ، ومضت فى نظر الدعوى التحكيمية . ولا يكون حكمها برفض الدفع وباختصاصها قابلا للطعن فيه بدعوى البطلان فورا اذ هو حكم يصدر قبل الحكم المنهى للخصومة كلها ، بل يطعن فيه بدعوى البطلان مع الحكم المنهى للخصومة كلها (٢٢/٣ تحكيم). (نقض ١٧/٦/٢٠٠١ فى الطعن ٢٩١ لسنه ٧٠ق . مجلة التحكيم العربى – العدد الخامس ص ١٩٨ .). وان ظهر لهيئة التحكيم عدم وجود اتفاق تحكيم او بطلانه ، فانها تقضى بعدم الاختصاص ، وتنتهى اجراءات التحكيم امامها باعتبار أن الحكم الذى اصدرته منهيا للخصومة كلها ، وذلك اعمالا لنص المادة ٤٨ تحكيم التى تنص على انه " تنتهى اجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهى للخصومة كلها ".ويجوز رفع الدعوى ببطلان هذا الحكم بعدم الاختصاص اذا توافرت حالة من حالات بطلان حكم المحكمين وفقا للمادة ٥٣/١ تحكيم .

(٦) وفى الحالتين لا يحوز حكم هيئة التحكيم بالاختصاص بعد رفض الدفع ، او حكمها بعدم الاختصاص بعد قبول الدفع ، حجية الامر المقضى بالنسبة لوجود اتفاق التحكيم او صحته او بطلانه او سقوطه او انقضائه . وذلك مع ملاحظة انه إذا صدر حكم باختصاص هيئة التحكيم على اساس ما تبين لها من حيث الظاهر من وجود اتفاق تحكيم او صحته ، وفصلت الهيئة فى الدعوى التحكيمية ، وانقضى ميعاد دعوى بطلان الحكم ، فلا يجوز رفع نفس الدعوى الموضوعية مرة اخرى امام نفس هيئة تحكيم او هيئة تحكيم اخرى او امام المحكمة استنادا الى بطلان اتفاق التحكيم ، اذ الحكم فى الدعوى الموضوعية التحكيمية يحوز قوة الامر المقضى . ونفس الامر اذا رفعت دعوى بطلان حكم التحكيم فى الميعاد وصدر حكم فيها برفضها او عدم قبولها .

اما اذا صدر حكم من هيئة التحكيم بعدم الاختصاص على اساس ما بدا لها من عدم وجود اتفاق تحكيم او بطلانه او سقوطه ، فان هذا الحكم – اذ لا حجية له بالنسبة لوجود الاتفاق او صحته – لا يمنع من التمسك بوجود الاتفاق او صحته سواء امام هيئة تحكيم اخرى او امام المحكمة حسب الاحوال .

اختصاص المحاكم بالمنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم:

اولا : قبل بدء خصومة التحكيم :

(١) لا خلاف حول اختصاص المحاكم بالمنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم قبل بدء خصومة التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم . ذلك ان القول بغير ذلك يؤدى الى فراغ فى الاختصاص، وبالتالى مخالفة لحق الالتجاء الى القضاء . ولهذا فان هذا الاختصاص متفق عليه حتى وفقا للتشريعات التى تخول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة بوجود أو بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم .

واذا رفعت الدعوى قبل بدء الخصومة فان رفعها يكون بصفة وقائية . (محمد نور شحاته – النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين –١٩٩٣ – ص ٢٢٢ .) . ويجب لقبول الدعوى ان تتوافر المصلحة فى الدعوى وفقا للقواعد العامة . وهذه المصلحة تتوافر – قبل بدء الخصومة – اذا كان النزاع قد نشأ بالفعل وليس احتماليا . وهو ما يتوافر دائما بالنسبة لمشارطة التحكيم . على انه لا يوجد ما يمنع من رفع دعوى ابطال او بطلان شرط التحكيم كدعوى تقريرية قبل نشأة النزاع اذا توافرت المصلحة فى ذلك وفقا للقواعد العامة.(ينظر : Matthieu de Boisseson : Le droit francais de l,arbitrage – 1983- no 87p.89-90 .).

وتنظر شروط الدعوى التقريرية : الوسيط فى قانون القضاء المدنى للمؤلف ٢٠٠٩ – بند٧٠ ص ١١٨ .). والمشكلة هنا هى البحث حول توافر او عدم توافر هذه المصلحة. وفى تقديرنا انه توجد مصلحة حالة فى ابطال شرط تحكيم قبل نشأة اى نزاع لمنع عرض النزاع علـــى هيئة تحكيم فى المستقبل بموجب شرط تحكيم باطل لمنعها من اصدار حكم باطل . وتتوافر هذه المصلحة منذ انعقاد العقد المتضمن للشرط الباطل ،اذ تتوافر للطرف فى هـــذا العقـــد مصلحة حالة فى عدم تحمل اجراءات تحكيم بما تتضمنه من ضياع الوقت والنفقات تنتهى بصدور حكم باطل لبطلان شرط التحكيم ، ولو كانت هذه الاجراءات لم تبدأ بعد .

(Robert (Jean) & Moreau : l,arbitrage dr. interne, dr. international prive – 1993 no 105 p.85-86 .).

وليس هناك ما يمنع –ولو قبل بدء خصومة التحكيم – من رفع دعوى مستعجلة بعدم الاعتداد بشرط التحكيم اذا توافرت شروط الدعوى المستعجلة وفقا للقواعد العامة .

(٢) ولا يؤدى رفع دعوى البطلان الى المحكمة المختصة الى منع هيئة التحكيم من نظر مسألة صحة او بطلان الاتفاق لتقرير اختصاصها كما لا يمنعها من الاستمرار فى اجراءات التحكيم . على انه اذا صدر حكم فى الدعوى من المحكمة المختصة ، فان هذا الحكم يحوز حجية الامر المقضى امام هيئة التحكيم ، ويقيد هيئة التحكيم . ولا يتعارض هذا مع ما نقرره من اختصاص هيئة التحكيم باختصاصها ، اذ هذا الاختصاص يتقيد – بغير شك – بحجية الامر المقضى المقررة لاحكام المحاكم .(لويزو – مشار اليه – بند (٢) ص ١١٤).

ثانيا : اثناء اجراءات التحكيم :

(١) اذا كان لا يوجد خلاف حول اختصاص المحاكم بالمنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم قبل بدء اجراءات التحكيم وتكوين هيئة التحكيم ، فان الامر ليس محل اتفاق، اذا رفعت الدعوى بعد بدء اجراءات التحكيم .

فيرى البعض فى مصر ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص يمنع من إختصاص المحاكم بالمنازعات المتعلقة بوجود او بصحة او بطلان اتفاق التحكيم فى هذه المرحلة . ويستند هذا الرأى الى انه وقد منحت المادة ٢٢/١ من قانون التحكيم الاختصاص بنظر هذه المنازعات ، فانه لم يعد فى مقدور المحكمة الفصل فى هذه المنازعات باعتبار ان المشرع قد جعل الاختصاص بها لهيئة التحكيم . (د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية – جزء أول – ١٩٩٨ – بند ٣١١ ص ٥٣٠-٥٣١).

(٢) وهذا الرأى يعيبه ان نص المادة ٢٢/١ من قانون التحكيم المصرى لم يمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة باتفاق التحكيم ، وانما منحها فقط سلطة الفصل فى الدفع بعدم الاختصاص ولو كان مبنيا على عدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم . وهى عندما تنظر فى وجود او صحة اتفاق التحكيم – لتقرير اختصاصها أو عدم إختصاصها بالدعوى – تنظر فيه من حيث الظاهر من أجل الفصل فى المسألة التى تختص بها وهى مسألة اختصاصها . وتخويل محكمة الدولة سلطة الفصل فى وجود أو صحة إتفاق التحكيم هو الاتجاه الغالب فى التشريعات (ينظر : فوشار – بند ٦٧٥ ص ٤٢٢ -٤٢٣ . ويشير الى القانون الانجليزى والقانون البلجيكى والقانون الهولندى والقانون السويسرى).

واذا كان الفقه الفرنسى يرى عدم اختصاص المحاكم بنظر هذه المنازعات اثناء اجراءات التحكيم. فذلك لان المشرع الفرنسى ينص فى المادة ١٤٦ مرافعات على اختصاص هيئة التحكيم بهذه المنازعات .

"….. il appartient a celui – ci de statuer sur la validite de son investiture ".

(ماتييه دى بواسيسون – مشار اليه – بند ٩٢ –٩٣ ص ٩٢–٩٣).

بل انه فى بعض التشريعات التى تخول هيئة التحكيم سلطة الفصل فى المنازعات المتعلقة بوجود او صحة اتفاق التحكيم ، نصت على هذه السلطة صراحة ثم اوردت نصا على عدم جواز رفع هذه الدعاوى امام المحاكم بعد بدء اجراءات التحكيم . ومنها نص المادة ٨١٩ مكرر(٣) من قانون الاجراءات الايطالى (مضافة بلائحة بقانون رقم ٤٠ لسنه ٢٠٠٦) على انه " لا يجوز اثناء قيام اجراءات التحكيم رفع دعوى امام المحكمة ترمى الى الحكم بعدم صحة او عدم نفاذ اتفاق التحكيم " .(ينظر : لويزو – مشار اليه – بند (٢) وبند (٦) ص ١١٤–١١٥ وص ١٢٧).

المحكمة المختصة بمنازعات اتفاق التحكيم :

اولا : المحكمة المختصة بالدعوى المبتدأة :

(١) تختص بهذه الدعوى محكمة اول درجة وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص التى ينص عليها قانون المرافعات المصرى .

وينعقد هذا الاختصاص لجهة المحاكم وليس لجهة القضاء الادارى ، ولو كان التحكيم يرد على منازعة ادارية او كان شرط التحكيم ضمن بنود عقد ادارى . فرغم اختصاص جهة القضاء الادارى بالمنازعة الموضوعية اذا لم يوجد اتفاق على التحكيم ، فان هذه الجهة لا تختص بالنظر فى صحة او بطلان شرط التحكيم.

ذلك أن من المبادئ الاساسية فى قانون التحكيم أن اتفاق التحكيم يعتبر اتفاقا مستقلا عن العقد الاصلى . فهو تصرف قانونى مستقل بذاته وإن تضمنه هذا العقد . وقد قنن قانون التحكيم المصرى هذا المبدأ صراحة بنصه فى المادة ٢٣ منه على أنه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الاخرى ". ونتيجة لاستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى ، فان له طبيعته الخاصة المستقلة فلا يتأثر بكون العقد الاصلى مدنيا او تجاريا او اداريا.

ومن المسلم ان اتفاق التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لما تخضع له عقود القانون الخاص من احكام . ولهذا يعتبر اتفاق التحكيم عقدا مدنيا ، فهو لا يعتبر عقدا تجاريا ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود التجارية ، كما لا يعتبر عقدا اداريا ولو تعلق بمنازعات ناشئة عن عقد من العقود الادارية ، هذا ولو كان اتفاق التحكيم شرطا فى العقد الاصلى .(الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال – التحكيم – بند ٢١٨ ص ٢٢١ وما بعدها . د. فتحى والى – قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق– ٢٠٠٧ بند ٣٨ ص ٨٧).

ولا خلاف فى ان اتفاق التحكيم – ولو كان احد طرفيه أحد اشخاص القانون العام – ليس عقدا اداريا ، إذ لا تتوافر فيه أى شروط استثنائية غير مألوفه فى اتفاق التحكيم الذى يعقد بين طرفين من أطراف القانون الخاص . ومن المقرر ان " فكرة الشروط الاستثنائية وغير المألوفة فى القانون الخاص هى حجر الزاوية فى التعرف على طبيعة العقود الادارية ". (د. سليمان الطماوى – الاسس العامة للعقود الادارية – ١٩٨٤ – ص ٧٩).

(٢) ونتيجة لاستقلال شرط التحكيم عن العقد الاصلى ، فان المنازعة حول صحة أو بطلان شرط التحكيم لا تعتبر منازعة ادارية ولو كان العقد الاصلى عقدا اداريا . ذلك ان هذه المنازعة ليست منازعة حول العقد الاصلى وانما منازعة حول شرط التحكيم . ولهذا فان دعوى بطلان شرط التحكيم الذى يتضمنه عقد ادارى يخرج عن الاختصاص الولائى للقضاء الادارى الذى لا يختص ولائيا الا بالمنازعات الادارية ، ما لم ينص القانون على غير ذلك . ولم يرد نص فى القانون على اختصاص القضاء الادارى بالدعوى الاصلية ببطلان شرط التحكيم فى العقود الادارية .

(٣) واذا كان المشرع ينص فى المادة ٥٤/٢ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤ على ان : " تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجارى الدولى المحكمة المشار اليها فى المادة (٩) من هذا القانون وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع " ، فان هذا النص الخاص يتعلق بدعوى بطلان حكم التحكيم وليس بدعوى بطلان اتفاق التحكيم شرطا او مشارطة . وهو نص استثنائى لا يجوز القياس عليه وتطبيقه على دعوى بطلان شرط التحكيم .

(٤) و بفرض ان شرط التحكيم لا يتعلق بتحكيم تجارى دولى ، وانما بتحكيم ليس تجاريا دوليا ، فانه لا يجوز الاستناد الى المادة ٩ من قانون التحكيم لمنح الاختصاص لمحكمة القضاء الادارى بدعوى بطلان شرط التحكيم . ذلك ان هذه الدعوى لا تعتبر من مسائل التحكيم التى تنص المادة ٩ من قانون التحكيم على تحديد الاختصاص بها. **فالاختصاص المحدد وفقا لهذه المادة لا يتوافر الا بالنسبة لمسائل التحكيم " التى يحيلها هذا القانون الى القضاء المصرى " ، اى مسائل التحكيم التى ينص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنه ١٩٩٤على اختصاص القضاء المصرى بها** . فبالنسبة لهذه المسائل فقط تحدد المادة "٩" تحكيم المحكمة المختصة بها . ولم يرد اى نص فى قانون التحكيم يحيل مسألة صحة او بطلان شرط التحكيم الى القضاء المصرى ، وبالتالى الى محكمة القضاء الادارى اذا كان التحكيم يتعلق بمنازعة ادارية .

ولا يكفى لإختصاص القضاء الادارى بنظر دعوى بطلان شرط التحكيم محل النزاع ان تكون دعوى البطلان امام القضاء الادارى قد رفعت قبل الفصل فى الدعوى التحكيمية ، ذلك ان محكمة القضاء الادارى ليست مختصة بنظر دعوى بطلان شرط التحكيم فى جميع الاحوال .

(٥) ورغم وضوح حكم القانون فى هذا الشأن ، فانه بتاريخ ١١/٥/٢٠٠٩ – أثناء اجراءات التحكيم المتعلق بعقد ادارى – تم رفع الدعوى رقم ٣٨٦٨٣ ق. ادارى القاهرة أمام محكمة القضاء الادارى بطلب الحكم ببطلان شرط التحكيم الوارد بالعقد الادارى محل التحكيم .

وقد قدم مفوض الدولة تقريرا فى الدعوى ، انتهى فيه الى عدم قبول دعوى البطلان استنادا الى نص المادة ١٣/١ من قانون التحكيم التى تنص على انه يجب على المحكمة التى يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم ان تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه اى طلب أو دفاع فى الدعوى ".

وهو رأى – فى تقديرنا – محل نظر . ذلك ان نص المادة ١٣/١ يفترض ان يكون النزاع الموضوعى محل اتفاق التحكيم قد تم رفعه الى المحكمة ، ودفع أمامها بعدم القبول لوجود اتفاق على التحكيم ، فى حين أنه لم تكن هناك دعوى موضوعية مرفوعة بالنزاع الى محكمة القضاء الادارى . اذ ان الدعوى الموضوعية المرفوعة كانت دعوى ببطلان شرط التحكيم .

(٦) و بتاريخ ٣١/١٠/٢٠٠٩ – بعد صدور حكم التحكيم – اصدرت محكمة القضاء الادارى حكما فى دعوى البطلان المشار اليها ، إنتهت فيه الى اختصاصها بدعوى بطلان شرط التحكيم المرفوعة اليها كدعوى اصلية ، وقضت ببطلان شرط التحكيم . واستندت المحكمة فى تقرير اختصاصها بدعوى البطلان الى أنه بالنسبة الى العقود الادارية " فانها لا تعد من عقود التجارة الدولية ، حتى وان اصطبغت بصبغة تجارية لانها لم تنشأ من عملية تبادل حركى بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية من جهة ، كما انها من جهة اخرى لا تعد من عقود التجارة بالمعنى المقصود بالمادة (٢) من قانون التحكيم والتى لا تشمل سوى العقود فى مجال المواد المدنية والتجارية ، حيث خص القانون منازعات العقود الادارية فى خضوعها لاحكام قانون التحكيم بالنص عليها فى الفقرة الثانية من المادة (١) من القانون ،و بالتالى فان المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم المنصوص عليها فى المواد (٩) و (١٣) و(١٤) من قانون التحكيم بالنسبة لمنازعات العقود الادارية تكون هى محكمة القضاء الادارى بحسبان ان تلك المنازعات ليست من مسائل التحكيم التجارية التى تختص بنظرها محكمة الاستئناف كما انها ليست من مسائل التحكيم التجارية الدولية التى تختص بنظرها محكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف اخرى ... وعلى ذلك ووفقا لحكم البند (٢) من المادة (٩) من القانون تظل محكمة القضاء الادارى دون غيرها هى صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع اجراءات التحكيم ولا يحول رفع الدعوى امامها عن نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم دون البدء فى اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم تحكيم عملا بحكم البند (٢) من المادة (١٣) من القانون ، ويجوز لمحكمة القضاء الادارى المختصة اصلا بنظر منازعات العقود الادارية وفقا لنص المادة (٩) من القانون سالف الذكر ان تأمر بناء على طلب احد طرفى التحكيم ، باتخاذ تدابيرمؤقتة او تحفظية سواء قبل البدء فى اجراءات التحكيم أو أثناء سيرها عملا بما قررته المادة (١٤) من القانون .".

واضافت المحكمة انه ما دام ان عقد النزاع هو عقد ادارى " فان محاكم مجلس الدولة تكون هى المحكمة المختصة اصلا بالنزاع باعتبارها صاحبة الولاية العامة والقاضى الطبيعى المختص بسائر المنازعات الادارية بحكم ما وسده لها الدستور فى المادة (١٧٢) منه ، وترتيبا على ما تقدم فان هذه المحكمة تكون هى المحكمة المختصة اصلا وفقا لحكم المادة (٩) و (١٣) و (١٤) من قانون التحكيم .... ولا يغير من اختصاص هذه المحكمة بنظر مدى

صحة وسلامة شرط التحكيم الوارد بعقد من عقود التزام المرافق العامة محـــل الـــدعوى ان يكون نص البند (٢) من المادة (٩) من قانون التحكيم المشار اليه قد تضمن ان تظل المحكمة التى ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع اجراءات التحكيم ، أو أن تكون هيئة التحكيم قد أصدرت حكمها فى القضية التحكيميـــة رقم ٥٦٧ لسنه ٢٠٠٨ بتاريخ ١٢/٩/٢٠٠٩ وان هذا الحكم الصادر بالاغلبية لرفض الاقلية التوقيع عليه قد تضمن فى البند (٤) منه رفض الدفع ببطلان شرط التحكيم ، أو القول بأنه لم يعد امام الهيئة المدعية سوى سلوك طريق الطعن ببطلان حكم التحكيم وفقا لاحكـــام البـــاب السادس من قانون التحكيم ، **لا يغير كل ذلك من اختصاص محـــاكم مجلـــس الدولـــة بنظـــر المنازعة حول مدى صحة شرط التحكيم بحسبانها المحكمة المختصة اصلا بالنزاع** .".

(فى نفس الاتجاه : محكمة القضاء الادارى ٢٩/٢/٢٠٠٦ فى الدعوى رقـــم ١٨٦٢٨ لســـنه ٥٩ق.).

(٧) وهذا الحكم محل نظر ذلك ان محكمة القضاء الادارى قد عقدت لنفسها الاختصاص بنظر دعوى بطلان شرط التحكيم الوارد فى عقد ادارى استنادا الى ما تنص عليه المادة ٩/١ مـــن قانون التحكيم من ان " يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون الى القضاء المصرى للمحكمة المختصة اصلا بنظر النزاع " ، باعتبار ان التحكيم فى منازعـــات العقود الادارية لا يعتبر ابداً تحكيما تجاريا دوليا وانما هو تحكيم غير تجارى وغير دولـــى . وهو إعتبار ليس له اى سند قانونى ، فلم يقل أحد قط ان التحكيم فى العقود الادارية اذا كانت تتعلق بنشاط اقتصادى على النحو الذى تحدده المادة (٢) من قانون التحكيم لا يعتبر تحكيمـــا تجاريا او ان هذا التحكيم اذا كان موضوعه نزاعا يتعلق بالتجارة الدولية وفقـــا للمـــادة (٣) تحكيم لا يعتبر تحكيما دوليا !!

ومن ناحية اخرى ، فان المادة ٩ من قانون التحكيم تقرر اختصاص المحكمة المختصـــة اصلا بنظر النزاع " بنظر مسائل التحكيم التى يحيلها هذا القانون (اى قانون التحكيم) الـــى القضاء المصرى " ، ولم يرد فى قانون التحكيم اى نص يحيل دعوى بطلان اتفاق التحكيم الى القضاء المصرى ، على ما أوضحنا فيما سبق .

ثانيا : المحكمة المختصة بالدفع ، أو بالطلب العارض ، بعدم وجـــود أو بـــبطلان اتفـــاق التحكيم :

قد تثار – قبل بدء اجراءات التحكيم أو أثناءها – مسألة وجود أو بطلان اتفاق التحكـــيم كدفع أو كطلب عارض فى دعوى موضوعية مرفوعة امام المحاكم أو أثناء نظر الدعوى بتعيين محكم . وقد يقدم هذا الدفع أو الطلب امام جهة المحاكم او امام جهة القضاء الادارى .

أ- أمام محكمة الموضوع التى رفعت أمامها الدعوى الموضوعية :

١- أمام جهة المحاكم :

اذا رفعت دعوى موضوعية امام محكمة اول درجة ، وكان هناك اتفاق على التحكيم بشأن النزاع محل هذه الدعوى ، ودفع المدعى عليه بعدم قبول هذه الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم ، فان للمدعى – تأكيدا لقبول دعواه – ان يتمسك بعدم وجود اتفاق على التحكيم أو ببطلانه .

ولا يؤدى مجرد التمسك امام محكمة الموضوع بعدم وجود الاتفاق أو ببطلانه الى منع هيئة التحكيم من النظر فى صحة الاتفاق او بطلانه لتقرير اختصاصها .

وعلى المحكمة – قبل الفصل فى الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق صحيح على التحكيم – ان تفصل فى صحة او بطلان الاتفاق . فاذا تبين لها بطلانه او قضت بابطاله، رفضت الدفع بعدم القبول ومضت فى نظر الدعوى . (لويزو – بحث مشار اليه – بند ٦ ص ١٢٧ .).

ولا يحول دون ذلك ان تكون هيئة التحكيم قد تشكلت وبدأت امامها اجراءات التحكيم . فمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يخول هيئة التحكيم الفصل فى صحة او بطلان الاتفاق ، وانما هى تنظر فى صحة الاتفاق او بطلانه فقط لتقرير اختصاصها .(ينظر اتجاه مخالف فى القانون الفرنسى اذ وفقا للمادة ١٤٥٨ مرافعات فرنسى معدلة سنه ١٩٨١ لا تقضى محكمة الدولة بعدم اختصاصها لصحة اتفاق التحكيم اذا كانت محكمة التحكيم قد اتصلت بالنزاع. ويأخذ بهذا الرأى فى القانون المصرى – رغم عدم وجود نص مقابل لنص المادة ١٤٥٨ فرنسى : مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال – التحكيم بند ٣٦١ ص ٥٣٠ – ٥٣١ . وينظر : د. احمد عبد الكريم – بند ١٤٣ ص ٥١١ –٥١٢ . ونبيل اسماعيل عمر – التحكيم – بند ٥٦ ص ٦٩ .).

٢- امام جهة القضاء الادارى :

اذا كانت المنازعة الموضوعية منازعة ادارية و رفعت الى القضاء الادارى ، رغم وجود شرط التحكيم ، وتمسك المدعى عليه بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم ، فدفع المدعى بعدم وجود اتفاق على التحكيم او ببطلان الاتفاق ، فلا تختص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى الدفع ببطلان شرط التحكيم . ذلك ان هذا الدفع يثير مسألة اولية لازمة للفصل فى موضوع النزاع وهى مسألة صحة او بطلان شرط التحكيم . ومن المقرر ان محكمة الدعوى لا تختص بالمسألة الاولية الا اذا كانت هذه المسألة تدخل فى الاختصاص الولائى للمحكمة التى تنظر الدعوى . (د. فتحى والى – قانون القضاء المدنى – ٢٠٠٩ بند ١٨٣ ص ٣٧٦).ولما كان الفصل فى وجود أو بطلان اتفاق التحكيم يخرج عن ولاية القضاء الادارى – كما قدمنا – فان الفصل فى صحة او بطلان شرط التحكيم يخرج عن اختصاصه ولو طرحت عليه كمسألة اولية . وانما يجب عليه ، وفقا للمادة ١٦ من قانون السلطة القضائية ، ان يوقف الفصل فى الدعوى الى حين الفصل فى المسألة الاولية من المحكمة المختصة بها . وهى محكمة اول درجة بجهة المحاكم .

ب- أمام المحكمة المختصة بتعيين المحكم :

(١)عندما يلجأ احد الاطراف الى المحكمة المختصة وفقا للمادة ١٧من قانون التحكيم لاختيار المحكم ، فان لهذه المحكمة ان ترفض تعيينه- من تلقاء نفسها او اذا دفع المدعى عليه ببطلان الاتفاق على التحكيم – اذا كان الاتفاق على التحكيم ظاهر البطلان . (انظر فى القانون الفرنسى : روبير – مشار اليه – بند ٨٨ ص ٧٠ .ومفهوم المخالفة لحكم استئناف القاهرة – دائرة ١٩- جلسة ٢٩/٤/٢٠٠٣ فى الدعوى رقم ٨٧ لسنه ١١٩ق.).

ولا تقضى المحكمة – عندئذ- ببطلان الاتفاق، اذ لا يتسع له نطاق دعوى طلب تعيين المحكم ، وانما تبحث فى صحة او بطلان الاتفاق من حيث الظاهر لكى تقرر تعيين المحكم او عدم تعيينه . والمقصود بالبطلان الظاهر ان يكون العيب المؤدى للبطلان واضحا من ظاهر اتفاق التحكيم دون حاجة الى التعمق فى بحث مضمونه ، وان يكون من الخطورة بحيث يكون من شأنه ان يؤدى الى بطلان الاتفاق . ومن هذه حالة اذا كان العيب مؤديا الى بطلان يتعلق بالنظام العام . او كان شرط التحكيم غامضا او متعارضا مع عبارة اخرى فى العقد او واردا

ضمن رسائل متبادلة يحتاج التحقق من توافق ارادة الطرفين فيها على التحكيم الى تحقيق . (دى بواسيسون : بند ٩٦ ص ٩٣ –٩٥ .).

(٢) ويلاحظ انه اذا كانت المحكمة المختصة هى محكمة اول درجة بجهة المحاكم (وهى تكون كذلك اذا كان التحكيم ليس تجاريا دوليا)، فعندئذ يمكن للمدعى عليه – فى دعوى طلب تعيين المحكم – ان يطلب ابطال او بطلان الاتفاق امامها كطلب عارض. وعلى المحكمة ان تفصل اولا فى الطلب الاصلى بتعيين المحكم حتى لا تعطل اجراءات التحكيم ، وترجئ الفصل فى طلب البطلان الى ما بعد الفصل فى طلب تعيين المحكم . وهى تفصل فى الطلب الاصلى بتعيين محكم بالرفض اذا كان بطلان اتفاق التحكيم ظاهرا . ولا يكون لحكمها برفض تعيين المحكم او بتعيينه حجية امام المحكمة التى تنظر دعوى بطلان الحكم المنهى للخصومة بالنسبة لبطلان اتفاق التحكيم او صحته . اما حكمها فى الطلب العارض ببطلان الاتفاق او صحته فانه يحوز حجية الامر المقضى سواء امام هيئة التحكيم او امام المحاكم .

(٣) اما اذا كانت هذه المحكمة هى محكمة الاستئناف (فى التحكيم التجارى الدولى) ، فليس للمدعى عليه ان يتمسك ببطلان الاتفاق الا فى صورة دفع . فان وجدت المحكمة انه دفع جدى لان البطلان ظاهر ، فعليها ان توقف الفصل فى الدعوى الى حين الفصل فى المسألةالاولية التى يثيرها الدفع(وهى بطلان او صحة الاتفاق على التحكيم) من محكمة اول درجة المختصة . ويلاحظ انه ليس للمدعى عليه فى طلب تعيين المحكم الذى تنظره محكمة الاستئناف ان يقدم طلبا عارضا امامها بابطال الاتفاق على التحكيم . ولا يكون امامه الا ان يرفع دعوى الابطال امام المحكمة المختصة وفقا للقواعد العامة ، ويتمسك بوقف طلب تعيين المحكم المقدم امام محكمة الاستئناف الى حين الفصل فى دعوى الابطال من محكمة اول درجة المختصة .

ونفس الامر اذا كان التحكيم ليس تجاريا دوليا يتعلق بمنازعة ادارية تدخل فى اختصـــاص القضاء الادارى .

د. فتحى والى

عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة (سابقا)

محام ومحكم