

مجلة التحكيم العالمية

مجلة التحكيم العربي في الغرب ومجلة التحكيم الغربي في البلاد العربية

مجلة فصلية - بيروت



الفقه: مبادئ Unidroit لعقود التجارة الدولية: أ. روجيه عاصي (لبنان) آخر مبتكرات التسوية والمطالبة في التحكيم: إستقالة المحكم: د. رشا عبد الحي (لبنان) التدابير التحفظية في الخصومة التحكيمية: د. محمد قبايلي ود. نبيل نوبس (الجزائر) التحكيم في المجال الضريبي: أ. خولة الزناقي (ليبيا) تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي: د. محمّد سالم أبو الفرج (مصر) التزاغات في الشراكة بين القطاعين العام والخاص: د. عبد الحميد الأحذب وأ. سمر مغيزل (لبنان) تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سورية: أ. أحمد حدّاد (سوريا).

باب الإجتهااد: سندات ووثيقة الشحن أشارت الى مشاركة إيجار السفينة المتضمنة شرط التحكيم، دفع بشرط التحكيم، قواعد هامبورغ تشكّل الأسس القانونية لهذا الدفع (الأردن)- تفويض الطرفين هيئة التحكيم الفصل في التمثيل القانوني. عدم مخالفة النظام العام (الإمارات العربية المتحدة) عدم وصف القرار التحكيمي بداخلي أو دولي. اعتباره باطلاً فيه سوء تطبيق لقانون التحكيم- آثار الإبطال الجزئي في باريس على إمكانية إعطاء الصيغة التنفيذية في تونس (تونس) أمر بتسليم نسخة رسمية عن قرار حكيم دولي ليس ولائياً (الجزائر) وكالة لا جيز التحكيم، بعض الأشخاص غير ممثلين في الدعوى التحكيمية. عدم صحة التمثيل. دعوى الإنعدام تكون مقبولة (سوريا) الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط حكيمي هو دفع بعدم القبول يمكن الإدلاء به لأول مرة أمام محكمة الإستئناف (لبنان) الأحكام المتعلقة بالتحكيم لا يمكن التوسع في تفسيرها (لبنان) قاضي الإبطال لا شأن له بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم. من زاوية النظام العام لا يحرم القضاء من فحص أسباب الحكم واستيثاق من معايير الحاكمّة العادلة وإبطاله (مصر) القضاء الوطني صاحب الولاية العامة أصدر الحكم الناقض. وجوب التقيّد وعدم الجادلة بإعتبار أن قوّة الأمر المقضي تسمو على النظام العام (مصر) شرط حكيم. عدم الاتفاق على كيفية وآلية تعيين المحكم. اتفاق غير نافذ. عدم تصحيح البطلان (المغرب) تسوية بين الفرقين خلال الإجراءات. صلح وليس حكيماً (اليمن) هيئة التحكيم تفسّر بنود العقد بما هو أقرب لقصص المتعاقدين (مركز القاهرة) معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحماية الكاملة والأمن (الإكسيديد) - شرط حكيم بالإحالة- عقد بين مفاوض أساسي ومؤسسة فردية تضمن شرط التحكيم. تحويلها الى شركة. شرط التحكيم يستبدل الأول. المساهم الأساسي في الشركة هو صاحب المؤسسة الفردية. امتداد شرط التحكيم (فرنسا) اتفاقية تضمنت شرطاً حكيمياً والتحكيم في باريس. اختيار القانون الإنكليزي. إدخال طرف الى الإتفاقية وشرط التحكيم. تطبيق الإختبار الصريح للقانون على الإتفاقية بكاملها (إنكلترا).

المعلقون: د. حازم عتلم- د. هيثم علي وأ. عبد الرحمن مهدي- أ. طارق بدوي وأ. محمد الشربيني (مصر) د. عبده جميل غصوب (لبنان) د. عبد الحنان العيسى (سلطنة عمان) أ. فاضل حاضري (سوريا) أ. أحمد الورفلي (تونس) د. محمّد قبايلي (الجزائر) أ. أحمد حدّاد (سوريا).

أخبار التحكيم.

العدد الخامس والأربعون - كانون الثاني (يناير) 2020

والعدد السادس والأربعون - نيسان (أبريل) 2020

السنة الثانية عشرة

45

9

46

2020

مجلة التحكيم العالمية

العدد الخامس والأربعون – كانون الثاني (يناير) 2020
والعدد السادس والأربعون – نيسان (أبريل) 2020

فهرست العدد الخامس والأربعون والعدد السادس والأربعون

الصفحة

- 15 كلمة الناشر
- باب الفقه
- 19 مبادئ Unidroit لعقود التجارة الدوليّة. المحامي روجيه عاصي (لبنان) ...
- آخر مبتكرات التسويق والمماثلة في التحكيم: إستقالة المحكمّ.. هل المحكمة
- 25 المبتورة هي الحلّ؟ د. رشا عبد الحي (لبنان).....
- ألتدابير التّحفظيّة في الخصومة التّحكيمية وفقاً للتّشريع الجزائري. د. محمد
- 49 قبائلي (جامعة بريكة، الجزائر) د. نبيل نوييس (جامعة بريكة، الجزائر).....
- 65 ألتحكيم في ألمجال الضّريبي. أستاذة خولة الزنتاقي (ليبيا).....
- تمويل ألتغير ألتحكيم في منازعات عقود الإستثمار ألدولي: ألمفهوم والمميّزات
- 77 والإعتراضات عليه وتحدياته العمليّة. ألتكتور محمد سالم أبو الفرج (مصر)....
- ألتزاعات في الشّراكة بين القطاعين العام والخاص: ألتحكيم الآلية المثلّي
- لفضّها. المحامي ألتكتور عبد الحميد الأحذب ومشاركة المحامية سمر
- 97 مغيزل (لبنان).....

الصفحة

105 - تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سورية. المحامي أحمد حداد (دمشق).....

- باب الإجتهاادات العربية

- الإجتهااد القضائي الأردني

رقم 1- حكم تحكيم- دعوى بطلانه ليست طعنًا بالإستئناف- المحكمة لا تعيد النظر بموضوع النزاع- لا تراقب حسن تقدير المحكمين أو الخطأ في فهم الواقع أو تفسير القانون- لا تنفذ إلى أصل النزاع- يشترط عدم مخالفة القانون... 127

رقم 2- حكم تحكيمي- طعن بالبطلان لمخالفة النظام العام- محكمة الإستئناف وجدت أن أسباب الإبطال غير متوافرة- إدلاء بأن هيئة التحكيم بتت بطلبات لم تكن مطلوبة- هيئة التحكيم تقيدت بالطلبات ولم تخرج عن المطالبات..... 134

رقم 3- عقد نقل بحري- مشاركة إيجار السفينة تضمنت شرط حل أي نزاع بطريق التحكيم- سندات ووثيقة الشحن أشارت إلى مشاركة إيجار السفينة- شمول ذلك شرط التحكيم- نزاع- دعوى قضائية- دفع بشرط التحكيم- قواعد هامبورغ تشكل الأسس القانونية لهذا الدفع- المدعية تعلم بإحالة سندات الشحن إلى مشاركة إيجار السفينة الوارد فيها شرط التحكيم- إندماج إتفاقية المشاركة في سند الشحن- نصوص المشاركة جزء من عقد النقل- المرسل إليه لا يُعتبر من الغير- شرط التحكيم يسري على سندات الشحن- الإحالة إلى عقد نموذجي أو إتفاقية دولية يعدّ في حكم الإتفاق المكتوب- المشاركة ملزمة للمرسل إليه..... 137

- الإجتهااد القضائي الإماراتي

رقم 1- تحكيم- وثيقة التحكيم تضمنت إتفاق الطرفين تفويض هيئة التحكيم الفصل في التمثيل القانوني- عدم مخالفته النظام العام- يحق لها الفصل في أتعاب المحاماة..... 151

الصفحة

- رقم 2- هيئة تحكيم- شهود- عدم تحليفهم اليمين- عدم إعتماذ وعرض حكم التحكيم أي من أقوال الشهود في أسبابه وقضائه- نعي على حكم التحكيم غير منتج..... 160
- رقم 3- عقد- صدر ديباجته إشتمل على ذكر إسم الشّخص الإعتباري فقط- عدم إقتران ذلك بإسم وصفة الممثل القانوني- تذييل العقد بالتوقيع- ألعد تضمّن شرط التحكيم- قرينة قاطعة على أهلية التصرف وأهلية الإتفاق على التحكيم..... 164
- الإجتهاذ الفضائي البحريني
- إتفاق التحكيم- ألقراء يتفقون على الإجراءات التي تتبّع- عدم إتفاقيهم على تعيين المحكم- عدم تعيينه من طرف ثالث أوكلوا إليه هذا التّعيين- المحكمة الكبرى تختصّ بتعيينه بحكم غير قابل للطّعن..... 169
- الإجتهاذ الفضائي التّونسي
رقم 1- قرار تحكيمي- صدوره مطابقاً لمقتضيات إتفاقية التحكيم- صحيح- عدم وصف القرار التحكيمي بداخلي أو دولي- إعتباره باطلاً فيه سوء تطبيق لقانون التحكيم. مع تعليق للمحامي أحمد الورقلي (تونس)..... 173
- رقم 2- حكم تحكيم أجنبي- طلب إكسائه بالصيغة التّفيزية- آثار الإبطال الجزئي في باريس على إمكانية إعطاء الصيغة التّفيزية في تونس- خرق المبادئ الأساسية للإجراءات المدنية- فراغ في إتفاقية نيويورك لا يخوّل المحكمين تطبيق أعراف التجارة دون عرض المسألة على الأطراف..... 181
- الإجتهاذ الفضائي الجزائري
- قرار تحكيمي دولي- أمر صادر عن رئيس المحكمة رخص بتسليم نسخة رسمية عنه- الأمر لا يُعدّ ولائياً- يمكن إستئنافه أمام المجلس القضائي. مع تعليق للدكتور محمد قبائلي (الجزائر)..... 191

الصفحة

- الإجتهااد الفضاائي السّوآاني

- رقم 1- أآذفع بشطب الءءوى يكون في الالسة الأولى يستنتج منه تنازل المءءى عليه عن آقه- في آالة هءه الءءوى آرم المءءى عليه من آقءيم آفاعه عند أول فرصة لإباء رأيه حول الءق بشطب الءءوى آعلم المآكمآه بأنّه لم يآنازل عن آقه- ألبءرة في الآنازل عن الآق بالءق وليست في الءهاب لبحث مفهوم الالسة الأولى.....
- 199
- رقم 2- قرار آآفآ- طعن بالعاء الآآفآ لوجود إآفاق لفصل النزاع عن طريق الآآكيم وليس القضاء- طلب كان يجب الءق به أمام المآكمآه المآآآة- آنازل عن الآق بالءق بشرط الآآكيم.....
- 202
- رقم 3- عآء- آضمّن آنازل الفریقین عن اللآوء الی القضاء- قرآاً بموآبه اللآوء إلى وسیلة أخرى آفصل فی أی نزاع وآءءا عآء أعضائها بثلاثة. وسیلة لا یمكن توصیفها إلاّ علی وصف مءلول الآآكيم- ألمشرّع لم یشرط لآآریره إلاّ الالسة.....
- 204

- الإجتهااد الفضاائي السّوری

- رقم 1- عآء آعهء أعمال مءنیة- شرط آل الآلاف وءیاً وفی آالة الفشل یُآلّ عن طریق الآآكيم- آلاف- عآء مآالصة آعّطی الأشغال المنفذة مباءرة و من الشركة المموآة یءلّ علی فشل الآلّ الوءی- مآءمة عآء المآالصة آنصّ علی أنه إطار شامل للعقود الالسة- آطباق شرط الآآكيم علی عآء المآالصة- آفع بأنّ المآالصة آاءت ءون شرط آآكيم- رء الءق- طلب آءآلّ الشركة المموآة فی ءعوى الآآكيم- موضوع الءءوى هو عآء المآالصة- عآء الآعهء الشامل ینسحب علی العقود الالسة- شرعیة الآءآلّ- قبوله. مع آعلق للمآامی أحمد آءاء (سوریاء).....
- 209
- رقم 2- آكم آآكيم- طلب بآلانه- إءلاء بأنّ مهمّة الآآكيم مآصورة بین طرفی الآآكيم فقط ولا یجوز آءآلّ أو إءآال من لم یكن طرفاً فی إآفاق الآآكيم- الإءآال أمام هیئة الآآیکم آاء موافقاً للأصول والقانون- عآء آوافر أسباب الإبطال. مع آعلق للمآامی أحمد آءاء (سوریاء).....
- 221

الصفحة

- رقم 3- حكم تحكيم إكسائه صيغة التنفيذ- طلب إنعدامه وبطلانه لعدم تحقق محكمة الإستئناف وحكم التحكيم من صحة التمثيل- نظام عام لوجود قُصْر لم يُمثّلوا صحيحاً- صفة الوصي عنه لا علاقة لها بدعوى البطلان- فقدان الخصومة الصحيحة- إعتبار الحكم المستأنف معدوماً- تصدّي المحكمة لدعوى البطلان- أُلحامي في دعوى البطلان لا تشملها وكالته- إنعدام الحكم ودعوى بطلان حكم التحكيم شكلاً. مع تعليق للمحامي أحمد حدّاد (سوريا).. 225
- رقم 4- دعوى إبطال قرار تحكيمي بعد إنعدام الحكم الذي ردّ دعوى إبطاله- تقضي المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تبين لها مخالفته النظام العام- ألحكم المعدوم لا يصحّح- صحة الخصومة من النظام العام- عدم صحة التمثيل في الإجراءات والخصومة تُبقي مدّة دعوى الإبطال مفتوحة لأنّ ذلك من النظام العام وحكم التحكيم جدير بالإبطال- تدخل الغير المرتبط بموضوع النزاع لا يُقبل إلاّ بموافقة أطراف النزاع وإلاّ يكون قرار التحكيم باطلاً- ألحكم المفوض بالصلح معفى من التقيد بالأصول والقانون والقواعد غير الإلزامية وليس المتعلقة بالنظام العام. مع تعليق للمحامي أحمد حدّاد (سوريا)..... 230
- رقم 5- طلب نقض- وكالة لا تجيز التحكيم- عدم صحة التمثيل في الدّعى التحكيمية- بعض الأطراف غير ممثلين في الدّعى- عدم صحة التمثيل والحقوق- دعوى الإنعدام تكون مقبولة لأنّ التمثيل كان في غير محلّه- نظام عام- عدم جواز التدخل الهجومي في دعوى التحكيم إلاّ بموافقة أطراف النزاع- حكم التحكيم باطل- رفض الطعن بالنقض. مع تعليق للمحامي أحمد حدّاد (سوريا)..... 244

- الإجتهد القضائي اللبناني

- رقم 1- دعوى أمام محكمة الإستئناف- دفع بعدم القبول لوجود شرط تحكيمي- هو دفع إجرائي- إتجاه يقول أنّ هذا الدّفع هو دفع بعدم الإختصاص النوعي-

الصفحة

- إتجاه يقول أنه دفع بعدم الإختصاص الوظيفي- هو دفع بعدم القبول-
 يمكن الإدلاء به لأول مرة أمام محكمة الإستئناف- إختصاص المحكم
 ينعقد باتفاق صريح بين الفريقين- يتم التنازل عنه صراحةً أو ضمناً-
 التنازل الضمني يستفاد من كل عمل أو حالة يتبين معها جلياً بنية التنازل
 من فريق ونية الفريق الآخر الإستفادة من هذا التنازل- إختصاص
 المحكمة. مع تعليق للمحامي الدكتور عبده جميل غصوب (لبنان).....
 رقم 2- طلب تعيين محكم- إجابة الطلب- طعن من الفريق الآخر بقرار التعيين
 عن طريق إستئناف الإبطال- لا يمكن توسل الطعن بهذا القرار- الأحكام
 القانونية المتعلقة بالتحكيم لا يمكن التوسع في تفسيرها وتطبيقها.....
 رقم 3- مؤسسة عامة- عقد- شرط حل النزاع عن طريق التحكيم- المؤسسة
 تخضع للمرسوم 1972/4517- قرار تحكيمي- المادة 762 أ.م.م. قبل
 التعديل لا تجيز اللجوء إلى التحكيم والمرسوم هو نص نظامي وليس
 تشريعياً- غير كاف لإجازة التحكيم- تصديق سلطة الوصاية لا يتصف
 بالتشريع- عدم مخالفة تسلسل القواعد القانونية- لا مخالفة للنظام العام-
 المادة 762 أ.م.م. بعد تعديلها سمحت باللجوء إلى التحكيم تحت شروط
 معينة- ذكرها في القرار كان بمقارنة مع النص القديم- لا تناقض- رد
 طلب الإبطال.....

315

- الإجتهد القضائي المصري

- رقم 1- حكم تحكيمي- إقرار تعويض عن ضرر- دعوى إبطاله- قاضي الإبطال
 لا شأن له بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم- أخطأ في التقدير أو
 مخالفة القانون لا توصله بالبطلان- تجاوز حكم التحكيم ضوابط وأطر
 التحكيم وإهداره مبادئ عدلية وجوهريّة- لا حصانة له- من زاوية النظام
 العام لا يحرم القضاء من تفحص أسباب الحكم والإستيثاق من معايير
 المحاكمة العادلة وتضمّنه عدواناً على النظام العام- المحكم لا يتمتع

الصفحة

بسلطة طليقة ومطلقة في نطاق ودلالات النظام العام- مبدأ التكافؤ في تقدير التعويض قاعدة من قواعد النظام العام- ألقضاء يبحث مدى إحترام المحكم مبدأ التناسب- يمكن إبطال حكم التحكيم إذا كان التعويض مجحفاً ومُتعارِضاً مع مقتضيات العدالة وروح الإنصاف- إستبعاد التصرف القانوني أو الحكم المنطوي على مساس فاضح لمفهوم العدالة- أعدل له مركز الصدارة- يجب للحكم بالتعويض أن يكون له مبررات واقعية وأسباب ودعامات لا يمكن إنكارها- ألكم خالف النظر القانوني المتقدم بإعتباره التعويض عن ضرر أكيد كان سيقع بحيث تمتد إليه رقابة البطلان- ويجوز إبطاله لمخالفة أبسط مفاهيم العدالة المستقرة- أعدل فيه مفقود فصار مسكوناً بالبطلان- ألكم أذعن إلى نتائج عشوائية غير معللة قانوناً وعقلاً وهدم فكرة التعويض وأصبح عقاباً قاسياً مخالفاً طبيعة الأشياء- لا حصانة لكل سلطة طليقة تحكّمية خاصة عندما تتمخض عن شطط مجاف لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية- هيئة التحكيم لم تلتزم بحدود القيود والضمانات التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكلة إليها- حكمها موصوم بالإنحراف في إستعمال السلطة التحكيمية- من غير الجائز أن يُنشئ حكم هوذاك حقوقاً أو يرتب إلتزامات- بطلان الحكم برمته. مع تعليق: 1- للبروفسور فايز الحاج شاهين (لبنان) 2- للدكتور حازم عتلم (مصر) 3- للدكتور هيثم علي والمحامي عبد الرحمن مهدي (مصر) 4- للدكتور عبد الحنان العيسى (سلطنة عمان) 5- للمحامي فاضل حاضري (سوريا)

323

رقم 2- حكم تحكيم بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية- طعن بالإبطال- قضاء بعدم جواز التمسك بحجية أحكام القضاء الوطني متى صدرت بالمخالفة لأحكام الإتفاقية- ألقضاء الوطني صاحب الولاية العامة أصدر الحكم الناقض- وجوب التقيد وعدم المجادلة

الصفحة

- باعتبار أنّ قوّة الأمر المقضي تسمو على النظام العام- قضاء محكمة
إستئناف القاهرة بعد الإحالة إقتصر على الفصل في إجراءات رفع
الدعوى أو دفع شكلي فحسب دون الموضوع- محكمة النقض لا تتصدى
في هذه الحالة للموضوع- نقض وإحالة مجدداً. مع تعليق للدكتور حازم
432 محمّد عثلم (مصر).....
- رقم 3- حكم تحكيم رياضيّ- هيئات تحكيم تابعة لمركز التسوية والتحكيم في
مصر- قانون الرياضة تضمّن في المادتين 66 و 69 منه إختصاص
مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية إصدار لائحة النظام الأساسي
للمركز- إنشائه وتخويله حصراً دائرة البطلان في المركز سلطة نظر
دعاوى الإبطال- ذلك يعني الأحكام التحكيمية بما في ذلك الأجنبية منها-
طعن بالنقض- مخالفة المواد 2 و 81 و 92 مكرّر (ب) و 92 مكرراً (ج)
من لائحة نظام المركز عن حدود التفويض التشريعي المخول له بالمادتين
69 و 70 من قانون الرياضة- هذه المواد من لائحة النظام الأساسي
خالفت المعايير الدولية والتفويض التشريعي المعطى لها في هذه المواد
من قانون الرياضة- هذه المواد من اللائحة حصّنت الأحكام التحكيمية في
مادة التحكيم الرياضي الصادرة عن المركز من رقابة قضاء الدولة- إحالة
462 الى المحكمة الدستورية العليا- للنظر بدستورية هذه المواد.....
- رقم 4- حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس- إتفاق الخصوم
في مشاركة التحكيم على خضوعهم لأحكام القانون المصري- قانون
التحكيم المصري واجب التطبيق سواء كان التحكيم تجارياً دولياً أو غير
471 ذلك إحتراماً لسلطة الإرادة.....
- رقم 5- إرتضاء الأطراف على الإجراءات يندمج في إتفاق التحكيم- ملزم للطرفين
وهيئة التحكيم- إتفاق تكميلي على الإعتداد بصور المستندات- إندماجه
في إتفاق التحكيم- جحد أحد الأطراف المستندات- إغفالها من هيئة التحكيم

الصفحة

- دون طرح الأمر على المناقشة من الطرف الثاني - خروج هيئة التحكيم على الإتفاق وإستيعاده والذي هو قانون الأطراف بما لا يخالف النظام العام- إبطال حكم التحكيم.....
- 476

- الإجتهد القضائي المغربي

- رقم 1- عقد شحن بحري- إتفاقية هامبورغ- تضمّن وثيقة الشحن شرط حلّ النزاع بطريق التحكيم وفق قانون الولايات المتحدة- إدلاء بعدم التّحفظ القبلي على الشرط- غير مُلزم لعدم إعتبار شرط التحكيم قائماً- ألمحكمة ردّت طلب إبطال حكم التحكيم شكلاً- لم تتطرّق إلى مضمون الإتفاقية- وجوب سلوك مسطرة التحكيم وليس المحكمة- إدلاء بأنّه كان على المحكمة وهيئة التحكيم تطبيق أحكام إتفاقية هامبورغ لكون شرط التحكيم مخالف لها- مخالفة ذلك تهم هيئة التحكيم وليس المحكمة ومخالفتها ذلك لا أثر له على صحّة الشرط التحكيمي.....
- 481

- رقم 2- حكم تحكيمي- طعن بإعادة النظر- ألعدّد أوكل في أحد فصوله فضّ النزاع وفق نظام التحكيم لدى المحكمة المغربية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية- إلتزام في العقد على تنفيذ الحكم التحكيمي دون أجل- إفتراض التنازل عن أيّ طعن- ألتنازل يُعتبر تنازلاً صحيحاً عن الطعن بإعادة النظر.....
- 486

- رقم 3- شرط تحكيم- وجوب النصّ على تعيين المحكّم أو المحكّمين أو طريقة تعيينهم- عدم النصّ على ذلك- إتفاق التحكيم غير نافذ- عدم تصحيح هذا البطلان- لجوء الى المحكمة للتصريح ببطلان شرط التحكيم- لا خرق لقاعدة الإختصاص بالإختصاص.....
- 489

- الإجتهد القضائي اليمني

- إجراءات تحكيمية- حكم بحسم الخلاف تسوية بين الفريقين خلال الإجراءات- صلح وليس حكماً تحكيمياً.....
- 493

- باب الاجتهاد الدولي

- الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

- عقد توريد وجبات أغذية لشركة حكومية - شرط حل النزاع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات مركزي تحكيم - هيئة التحكيم أعملت قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي - إلقاء بعدم إصدار حكم التحكيم في مهلة إثني عشر شهراً - المادة 45 من قانون التحكيم يوجب التقيد بالمهلة - طلب إنهاء الإجراءات - قواعد المركز أوكلت لهيئة التحكيم تقدير الموعد المناسب - هيئة التحكيم غير ملزمة بإصدار الحكم خلال عام - عدم وضوح نص العقد بإشارته إلى حد أدنى وحد أقصى لعدد الوجبات - طلب بدل الحد الأدنى لعدد الوجبات المتفق على تقديمها ولو لم تطلب - هيئة التحكيم تفسر نص بنود العقد بما هو أقرب لقصد المتعاقدين - طلب التحكيم بفائدة على المبالغ المطالب بها - تستحق من تاريخ تقديرها من هيئة التحكيم لأنها غير معلومة بتاريخ المطالبة - مقدارها خمسة في المائة لأن الطرفين تاجرئين - طلب بدل خدمات نظافة مقدّمة لمواقع تقول أنها لم تكن ملحوظة عقداً - الأصل إثبات أصل مصدر هذا الدين - رفض الطلب مع تعليق للأستاذ طارق بدوي والمحامي محمد الشربيني (مصر).....

497

- أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى في واشنطن (الإكسيد)

- معاهدة استثمار ثنائية بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة كندا - نشوء نزاع بين الشركة المصرية المستثمرة وكندا بسبب إستثمارات هذه الشركة في شركة إتصالات كندية - إختصاص محكمة التحكيم لدى الإكسيد للنظر في النزاع - إختلاف حول تعريف مصطلح "مستثمر" - الإستثناءات من المعاملة الوطنية للمستثمر - مرور الزمن على الدعوى التحكيمية - معيار المعاملة العادلة والمنصفة - التوقعات المشروعة للمستثمر - معيار الحماية الكاملة

الصفحة

- والأمن- صدور الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات - عدم مخالفة كندا
541 لإلتزاماتها بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية.....
- التحكيم المتعلق ببحر الصين
- التّحكيم المتعلّق ببحر الصّين الجنوبي (جمهوريةّ الفلبينّ ضدّ جمهوريّة الصّين الشعبيّة). ملخّص عن قراري محكمة التّحكيم المتعلّقين بإختصاصها وبأساس طلبات الفلبينيين. مع تعليق للدكتور حازم محمد عتلم (مصر).....
567
- اجتهادات قضائية دولية في التّحكيم
- إجتهاد المحاكم الفرنسيّة
- رقم 1- حكم تحكيم - طعن بإبطاله - ردّ الطّعن من محكمة الإستئناف - طعن بالتمييز - عقد مبرم في العام 2011 يتضمّن شرطاً تحكيمياً - عقد ثانٍ مبرم في العام 2013 مجرد من كلّ جوهر لولا إحالته إلى مجموع نصوص العقد المُبرم في العام 2011 - شرط تحكيم بالإحالة - حلول شركة محلّ شركة أخرى في العقد المبرم في العقد 2013 - الشّركة الجديدة التي حلّت محلّ الشّركة السّابقة كانت بالضرّورة على علمٍ بشرط التّحكيم المُدرَج في العقد المبرم في العام 2011 - شرط التّحكيم المُدرَج في العقد المبرم في العام 2011 يُطبّق على الشّركة الجديدة لأنّها كانت على علمٍ به ووافقت عليه عند إبرامها العقد في العام 2013 - قرار محكمة الإستئناف مبررّ وفقاً للقانون - ردّ الطّعن بالتمييز.....
607
- رقم 2- إبرام شركة عقد تفرّغ عن أسهم إلى شركةٍ أخرى - تضمّنه شرطاً تحكيمياً - تفرّغ هذه الشّركة الأخيرة عن الحقوق العائدة لهذه الأسهم إلى شركةٍ ثالثة بموجب عقدٍ ثانٍ - تضمّنه شرطاً تحكيمياً - عقد مبرم بين الشّركات الثّلاث يحدّد طرق وضمّانات التفرّغ عن الأسهم المنصوص عليها في العقدين السّابقين - تضمّن العقد الثّلاثي الأطراف شرط إسناد

الصفحة

- الإختصاص لمحكمة باريس التجارية - الشركة الأولى لم تنقل ملكية الأسهم إلى الشركة الثانية - تفعيل شرط التحكيم من الشركة الثانية - صدور حكم تحكيم يحكم على الشركة الأولى بالنفخ عن الأسهم - إستحضار الشركة الأولى أمام المحكمة التجارية من شركة رابعة حلت محل الشركة الثالثة في حقوقها - دفع بعدم إختصاص المحكمة التجارية آثاره الشركة الأولى لوجود شرطي تحكيم في العقدين الأساسيين - المحكمة التجارية تقضي بأنها مختصة - إستئناف الحكم - محكمة الإستئناف ترد الطعن وتقضي بإختصاص المحكمة التجارية - طعن بالتمييز - الشركة الأولى تعيب على محكمة الإستئناف أنها لم تحترم مبدأ الإختصاص بالإختصاص - الشركة الأولى تعتبر أن العقود الثلاثة تشكل مجموعة تعاقدية غير قابلة للتجزئة - الشركة الأولى تعتبر أن شرط التحكيم ليس غير قابل للتطبيق بشكل واضح تجاه الشركة الرابعة - رد الطعن بالتمييز - محكمة التمييز تقضي بأن لا شرط تحكيم يربط بين الشركة الأولى والشركة الرابعة - محكمة التمييز تقضي بأن العقد الثلاثي الأطراف يتضمن شرطاً صريحاً بموجبه الأطراف خضوعهم لإختصاص محكمة باريس التجارية.....
- 610 رقم 3- صدور حكم تحكيمي حول الإختصاص إستناداً إلى معاهدة الإستثمار الثنائية بين إسبانيا وجمهورية فنزويلا البوليفارية - تقديم جمهورية فنزويلا البوليفارية دعوى لإبطال الحكم التحكيمي أمام محكمة إستئناف باريس - ضرورة إستيفاء شرطين لإعتبار الهيئة التحكيمية مختصة هما جنسية المستثمر ووجود الإستثمار - مخالفة محكمة الإستئناف للقانون - نقض محكمة التمييز للقرار.....
- 616 رقم 4- حكم تحكيم - طعن بإبطاله - قبول الطعن بالإبطال من محكمة الإستئناف - طعن بالتمييز - النص في المادة 930-1 من قانون

الصفحة

- المرافعات المدنية على وجوب إرسال أوراق الدّعى إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني، تحت طائلة عدم قبولها- عدم إتباع هذه الطريقة لإرسال أوراق الدّعى - قبول الطّعن بإبطال حكم التّحكيم مشروط بتسليمه إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني - نقض وإبطال قرار محكمة الإستئناف..... 619
- رقم 5- تحكيم دولي - حكم تحكيمي - طعن بالإبطال - عقد مقاولة من الباطن - ألعقد بين المقاول الأساسي ومؤسسة فردية - شرط تحكيمي مُدرج في هذا العقد - تحويل المؤسسة الفردية إلى شركة محدودة المسؤولية - ملحق للعقد - شرط تحكيمي ثانٍ يستبدل الأول - إجراءات تحكيم ضدّ الشركة المحدودة المسؤولية والمساهم الأساسي في الشركة - المساهم الأساسي هو مالك المؤسسة الفردية - إمتداد الشرط التحكيمي إليه كونه معني مباشرة في المفاوضات وفي إبرام وتنفيذ و/أو فسخ العقد - إختصاص محكمة التّحكيم - إحترام مبدأ الواجهيّة - إتمام التّبليغات وفقاً للأصول - إجراءات تنفيذ - إجراءات صحيحة مبنية على الحكم التحكيمي - لا علاقة بصحة الحكم التحكيمي على الصعيد الدولي - إحترام النظام العام الدولي - ردّ الطّعن..... 621
- إجتهد المحاكم الإنكليزية
- إتفاقيّة تطوير إمتياز تتضمّن شرطاً تحكيمياً - إتفاقيّة التّحكيم تنصّ على التّحكيم في باريس - خلاف حول القانون المطبّق - إختيار القانون الإنكليزي - خيار صريح أم ضمنيّ - مبادئ اليوندروا - أحكام تمنع التّعديل الشّفهي في العقد الرئيسيّ - قاعدة عدم التّناقض إضراراً بالغير - سلوك لا لبس فيه بتنفيذ العقد - طابع غير رسميّ لهذا السلوك - إضافة طرف إلى الإتفاقيّة والشرط التحكيمي - تطبيق الخيار الصّريح للقانون على الإتفاقيّة بكاملها - رفض الإستئناف..... 630

الصفحة

- إجتهاد المحاكم السّويسريّة
- دعوى أمام محكمة التحكيم الرياضي ضدّ سبّاح محترف - دفع الرياضيّ بعدم قبول الدّعوى بسبب تأخّر الوكالة العالميّة لمكافحة المنشطات في تقديم الإستئناف - ردّت المحكمة الدّفع - تقديم الرياضيّ طلب بمنع محامي الوكالة العالميّة لمكافحة المنشطات من تمثيلها لوجود تضارب في المصالح - رفضت المحكمة الطّلب - تقديم السبّاح طعناً مدنياً أمام المحكمة الفدراليّة ضدّ هذا القرار على إعتبار أنّ محكمة التحكيم الرياضيّ لم تكن مختصّة زمانياً للنظر في الدّعوى - رفض الطّلب بالكامل - إمكنيّة الطّعن مبنية على الأسباب المنصوص عليها في المادّة 190 ألفقرة 2 ألحرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدّولي الخاص - عدم أهليّة المحامي لا تقع ضمن الشّروط المحدّدة في المادّة 190 ألفقرة 2 ألحرف ب- رفض الطّعن.....
- 644
- باب أخبار التحكيم.....
- 657

كلمة الناشر*

رحم الله عبد الرزاق السنهوري، رحم الله أحمد القشيري، رحم الله محمد أبو العينين، رحم الله محمد أمين المهدي، رحم الله هشام صادق وسامية راشد وغيرهم... فقد إنتهى التحكيم في مصر حين فارقوا الحياة، وأمدّ الله بعمر فتحي والي وبرهان أمرالله وغيرهما لعلهما يستطيعان أن يجبرا عظام التحكيم في مصر، حتى صار علماء التحكيم يسألون: وهل بقي من التحكيم تحكيم في مصر؟

وإذا إنتهى التحكيم في مصر فإنه سينتهي في كلّ البلدان العربيّة.

1- صارت الأحكام القضائية تُعيد النظر في الحكم التحكيمي رغم أنّ مفهوم التحكيم أنّ القاضي مقيدّ بأسباب الإبطال المحددة ولا يحقّ له المساس بقناعة المحكمّ.

2- صار النظام العام حافلة يركب بها من يركب وينزل منها من ينزل كلّما احتاج القاضي إلى حجة لا وجود لها لينفذ إلى قناعة المحكمّ، ألصقها بالنظام العام، والنظام العام رغم أنّه هو فقط المصالح العليا للمجتمع لا أكثر ولا أقل، ورغم أنّ النظام العام مفهوم وظائفه *notion fonctionnelle* يتميّز بالمرونة وليس مفهوماً تجردياً *notion conceptuelle* مسجوناً ضمن تعريف جامد *Définition rigide*، فإنّ هذه المرونة لا تعني أنّ مفهوم النظام العام متحرّر من كلّ قيد وشرط، إنه مؤسسة قانونيّة لها ضوابطها ومعاييرها ويخضع تقديرها لرقابة محكمة التمييز، فلا يجب التعامل مع

* إستوحى الناشر كلمته من مضمون حكم محكمة إستئناف القاهرة، ألدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً) الرقم 39 لسنة 130 قضائيّة، تحكيم، دعوى بطلان حكم تحكيم، جلسة 3 يونية 2020 وهو منشور في هذا العدد الصّفحة 323.

مفهوم النظام العام وكأنه عجينة بيد العجّان. هذا هو المنطق القانوني الذي يفرض نفسه.

3- صار القضاء ينظر إلى قيمة الحكم والتعويض وقد يجده قليلاً أو كثيراً في التعويضات. صار القاضي يُعيد توزيع التعويض وفقاً لمقاييسه هو في الكثير والقليل... ألقانون ومفهوم التحكيم وقواعده في ذمة الله.

4- ألتعويض عن ربح فائت خلال 84 عاماً لبناء منتج سياحي وفنادق ومطاعم و... كل هذا يجده القاضي كثير، وما دخل ومن أدخل حضرة القاضي في قناعة المحكم المبنية على الوجاهية وتقارير أربعة خبراء وعدم إعتراض الطرف الآخر عليها، ما دخلك يا حضرة القاضي، أم أنها مراسم دفن التحكيم؟

5- صارت الأحكام القضائية حين تراجع الأحكام التحكيمية لا تتضمن خلاصة موجزة لدفاع ودفوع الخصوم.

6- صارت الأحكام القضائية لا تتضمن أسباب الحكم مخالفة للمادة 178 مرافعات مصري.

7- صار القضاء لا يفرق بين التحكيم بالصّح والتحكيم بالقانون، الإثنان واحد في قضاء آخر زمان! قضاء مستجد!

8- صار الطرف المدعى عليه لا يعترض على مطالب المدعي ولا يناقشها ولا يتطرق إليها فينبري القاضي ليحوّل نفسه إلى محامٍ عن الطرف المدعى عليه ويبدلي (من أين جاء بما يدلي به) يدلي بآراء ودفاع ودفوع وحجج لم يسمع بها لا المحكمون ولا حتى محامو المدعى عليه.

رحم الله تحكيم أيام زمان!

9- صار القاضي يراجع الحكم التحكيمي على أنه حكم قضائي فيراجع موضوع النزاع وقناعة المحكمين وبيح المحرم ويحلل الكفر.

10- صار القاضي يضرب عرض الحائط بأسباب الإبطال فيضيف أسباباً للإبطال ويلغي أسباباً.

11- وصلت المواصيل إلى القعر، لأنّ مبدأ التّناسب بين التّعويض والضرر لا يتعلّق بالنّظام العام بل بالمصلحة الخاصّة وهي مصلحة المتعاقدين (الدّائن المتضرر والمديون المتسبّب بالضرر) لأنّه من المسلّم به أنّه يجوز للفرقاء الإتّفاق مسبقاً على تعيين مقدار التّعويض المترتّب لصالح الدّائن بزمّة المدين نتيجة مخالفة الإلتزامات التعاقدية وذلك لأنّ هذه المسألة متروكة لحرية المتعاقدين الذين يحقّ لهم أن يتفقوا على مقدار العطل والضرر كما يحقّ لهم الإتّفاق على العقد نفسه.

فأين هو النّظام العام؟ وما هو مفهوم القضاء للنّظام العام؟

هذا ما آلت وستؤول إليه الأحكام القضائية حين تراجع الأحكام القضائية، مجزرة التّحكيم أصبحت هنا.

أليس من الأفضل أن لا نتابع، وهنالك الكثير من "الخفة" في أحكام بعض القضاة.

أيها السّادة...

رغم أنّ هذه المخالفات خاضعة للمراجعة فإنّها تطيح بالمسؤوليّة الوطنيّة وهي أصبحت قاعدة نصفها بين يدي الرّئيس عبد الفتاح السّيسي الذي عرف كيف يصلح كلّ عورة في مصر ويخلصها من هذه الخطايا! قبل هزيمة 1967 كان الشعار "لا صوت يعلو فوق صوت المعركة" فكانت الهزيمة ومن الصّغائر القول أن لا صوت يعلو على صوت القضاء.

القضاء ذاته يجب أن يرفع صوته في مصر من السّنهوريين والقشيريّين والمهديّين والصّادقيّين والرّشديّين ومن أمثال فتحي والي وبرهان أمراة.

في هذا يجب أن يعلو الصّوت، وتنزل العقوبات وتقطع الأيدي منعاً لإهانة القانون والقضاء عن جهل وغير جهل وتكيف للنّظام العام بما يُسيء لمفهومه.

السّيد الرّئيس،

أمانة بين أيديكم وقد نجحتم في كلّ الميادين بقي عدل التّحكيم.

ألسيد الرئيس،

صوبتم الإعوجاج وقومتم الأمور وأنهيتم الأخطاء وردعتم المخليين في كل الميادين، فلا بدّ الآن من لفتة إلى القضاء لردع الشطط ولتبقى مصر الرائدة والمرجع في الأحكام القضائية وإحترام القانون صوناً للنظام العام.

الناشر

عبد الحميد الأحمد

باب الفقه

مبادئ Unidroit لعقود التجارة الدولية

المحامي روجيه عاصي¹ (لبنان)

أولاً- تعريفها:

في أيار 1994 نشر المعهد الدولي لتوحيد القانون (Unidroit) مجموعة من 108 مبادئ تتعلق بعقود التجارة الدولية مع تعليقات عليها.

وهذه المبادئ التي ليس لها قوة ذاتية ملزمة كالقوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية إستندت إلى القواعد المشتركة المعتمدة من قبل الأنظمة القانونية في العالم وإلى المصادر الدولية كالإجتهاد التحكيمي الدولي أو المعاهدات الدولية النافذة أم لا وبالتالي تعبر عن قواعد مقبولة من قبل النظام القانوني الدولي².

ثانياً- وهذه المبادئ التي سنذكر أهمها في هذا المقال تطبق:

1- إما باتفاق المتخاصمين الصريح على تطبيقها أو حتى عندما يتفقون عند تعيين القانون الذي يرعى العقد في البند أو العقد التحكيمي على تطبيق "المبادئ العامة للقانون" أو الـ "Lex Mercatoria" أي القانون التجاري الدولي أو أية مراجع مشابهة أخرى.

1- محام بالاستئناف ومحكم، ممثل لبنان سابقاً في محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية في باريس (CCI).

2- Fouchard, Goldman et Gaillard, Traité de l'arbitrage commercial international 1997, p. 818.

2- وإما من قِبَل المحكّمين حتى ولو اتّفق الفرقاء على قانون يرعى العقد إذ تكون المبادئ متممة لهذا القانون وكذلك أيضاً عندما لا يذكرها الفرقاء في البند التحكيمي أو في آية وثيقة أخرى كوثيقة المهمة أو في أقوالهم أمام الهيئة التحكيمية³.

ثالثاً- إستقلالية المبادئ:

لقد اختلف الفقه على مسألة إستقلالية المبادئ بالنسبة لـ "Lex Mercatoria" فبعضهم إعتبر بأنّها مشمولة بهذه الأخيرة⁴ ولكن هذا الرأى مرفوض من أكثرية الفقه والإجتهد بحيث لا يجوز إعتبار المبادئ مشمولة بالقانون التجاري الدولي حتى ولو كانت بعض القواعد مشتركة فيما بينهما.

وكذلك وجب تمييز مبادئ Unidroit عن الأعراف التجارية الدولية حتى لا يعطيها بعض الفقهاء والإجتهد التحكيمي مفهوماً واسعاً يشتمل بالإضافة إلى الأعراف بحدّ ذاتها، على المبادئ العامة عبر الدولية. ففي قضية Framatome أشارت الهيئة التحكيمية إلى وجوب تطبيق مبادئ حسن النية والعقد شريعة المتعاقدين لأنهما من أعراف التجارة الدولية⁵.

ولكن لا يجوز إعتبار الأعراف التجارية الدولية كقواعد عبر الدولية بل يجب إعتبارها حصراً قواعد متبّعة بصورة إعتيادية في نشاط تجاري معيّن لا تُعتبر من ضمن المبادئ القانونية عبر الدولية.

رابعاً- أهمّ مبادئ Unidroit:

1- لا يمكن حصر هذه المبادئ بقوائم خاصّة كما فعل بعض الفقهاء.

فالقاضي الإنكليزي اللورد Mustill وضع قائمة تشمل عشرين مبدأ فقط ومنها وجوب تنفيذ العقد بحسن نية وبطلان العقود التي تمّ التوصل إليها عن طريق الرشوة والطرق غير الشريفة وأيضاً عدم إلترام المحكمة بتكليف الخصوم أو عدم الردّ على الخطاب المكتوب يعدّ دليلاً على قبوله.

3- Sentence CCI, n° 11295, Décembre 2001 ICC International Court of Arbitration, Bulletin special, Supplément 2005, page 88.

4- Sentence CCI, n° 7375/1996, Ga. Pal. 2001, Fouchard, Goldman et Gaillard, op.cit 1996, n° 1447, page 818.

5- Sentence CCI, n° 3896/1982, JDI 1984, page 38, note B opetit.

وكذلك وضع Berger قائمة من أربعة وأربعين مبدأ منها مبادئ قائمة Mustill ومبادئ أخرى كعدم جواز الإثراء بلا سبب وعدم جواز إستفادة الشخص من خطئه وجواز الدفع بعدم التنفيذ عند الإخلال بالإلتزامات المتقابلة أو البيّنة على من إدعى إلخ.

فالعلامة Gaillard وضع قائمة بعد فحصه للإجتهد التحكيمي الذي تعرّض للمبادئ العامة في نطاق العلاقات القانونية الدولية حيث تبين له أنّ هذه المبادئ تتعلّق إمّا بصحة إتفاقية التحكيم أو تفسيرها أو تنفيذها.

أمّا العلامة Loquin فلم يتعرّض إلى جميع المبادئ عبر الدولية إنّما أشار إلى بعضها مقسماً إياها إلى أربع مجموعات:

- المجموعة الأولى تشتمل على المبادئ المتعلقة بسلامة التعامل.
- المجموعة الثانية تتناول مسألة قابلية التحوّل والتغيير في الإتفاقية.
- المجموعة الثالثة تتعلّق بتعاون أطراف العقد.
- المجموعة الرابعة تتعلّق بالإستقامة في التعامل وتشتمل بصورة رئيسية على مبدأ تحريم الرشوة وصرف النفوذ.

ومن مقارنة جميع هذه القوائم يتضح بصورة جلية بأنّ مبدأ حسن النية في عقد الإتفاق وتنفيذه هو مبدأ أساسي لا يمكن للفرقاء مخالفته⁶.

وإنّنا سنسرد الآن أهمّ القواعد التي طبقها الإجتهد التحكيمي الدولي خاصة الهيئات التحكيمية التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC):

- 1- ألقوة الإلزامية للعقود وحسن النية في التعاقد⁷.
- 2- عدم التناقض إضراراً بالغير وهذا ما يُعرف بقاعدة أُلّ "Estoppel"⁸.
- 3- عدم سريان (Inopposabilité) التدرع بعدم أهلية المتعاقد عندما يجهل المتعاقد الآخر هذا الأمر⁹.

6- Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 3ème édition, Fady Nammour, page 358.

7- Sentence CCI, n° 3540/1980, JDI 1981, page 915, Obs. Yves Derains.

8- Sentence CIRDI, 25.9.1983, JDI 1986, page 200, Obs. E. Gaillard.

9- E. Loquin, "La réalité des usages du Commerce International", page 173.

- 4- بطلان الإتفاقات المعقودة لأجل رشوة أو لأهداف أخرى غير شرعية (تجارة المخدرات، الإرهاب، صرف النفوذ، تجارة الأسلحة، إلخ...¹⁰ .
 - 5- تفسير العقود بحسن نية عن طريق التحقق من إرادة الفرقاء المشتركة¹¹ .
 - 6- في حال الشك تفسر العقود ضدّ الفريق الذي نظمها (Contra Proferentum)¹² .
 - 7- عدم تقييد المحكم بالوصف المعطى من الفرقاء¹³ .
 - 8- واجب إعلام المتعاقد الآخر بالظروف التي تعيق تنفيذ العقد¹⁴ .
 - 9- تطبيق نظرية الطوارئ غير الملحوظة (Imprévision) لإعادة التوازن في موجبات العقد المتقابلة ولكن بدون حق المحكم بتعديل العقد لجعله متوافقاً مع تطوّر الظروف الإقتصادية¹⁵ .
 - 10- ألدفع بعدم التنفيذ وإلغاء العقد عند عدم التنفيذ¹⁶ .
 - 11- مفعول القوة القاهرة في تبرير عدم تنفيذ موجبات العقد¹⁷ .
 - 12- موجب دائن الموجب بتخفيف خسائره عند مطالبته بالتعويض عن عدم تنفيذ المدين الموجب¹⁸ .
 - 13- التعويض يجب أن يشمل الخسارة اللاحقة والربح الفائت¹⁹ .
- ويُشار هنا الى أن مبادئ Unidroit لا تتناول بعض المسائل كمرور الزمن والتمثيل (Représentation) والتنازل عن الحقوق إلخ...

10- Sentence CCI, n° 1110/1963 in J. Law Applicable Law in International Commercial Arbitration, page 553 et s.

11- Sentence CCI, 10 Juin 1995, Rev crit. Dip 1956. page 279, Note H. Battifol.

12- Sentence CCI, n° 2795/1977, yearbook 1979. page 210.

13- Sentence CCI, n° 3540/1980, JDI 1981, page 915, Obs. Yves Derains.

14- Sentence CCI, n° 3093/1979, JDI 1980, page 915, Obs. Yves Derains.

15- Sentence CCI, n° 2791/1975, JDI 1976, page 989, Obs. Yves Derains.

16- Sentence CCI, n° 3540/1980, JDI 1981, page 915, Obs. Yves Derains.

17- Sentence CCI, n° 3478/1974, JDI 1975, page 925, Obs. Yves Derains.

18- Sentence CCI, n° 2479/1974, JDI 1975, page 925, Obs. Yves Derains.

19- Sentence CCI, n° 1526/1968, JDI 1975, page 925, Obs. Yves Derains

أخلاصة:

إنّ مبادئ Unidroit هي بتطور مستمرّ طالما أنّها أصبحت مصدراً قانونياً مستقلاً لقرارات التحكيم الدولية بالرغم من أنّها تتعرض من جهة لإدخالها ضمن القانون التجاري الدولي Lex Mercatoria ومن جهة أخرى لمنافسة شديدة بخصوص عقود التجارة الدولية من قبل القوانين الوطنية ومبادئ أخرى في القانونين الأوروبي أو الدولي.

ويلاحظ بأنّ هذه المبادئ تكرّس القواعد الأساسية المطبّقة على العقود في أكثرية التشريعات الوطنية كالقانون المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللبناني وقوانين أخرى.

آخر مبتكرات التسوية والمماطلة في التحكيم: إستقالة المحكم.. هل المحكمة المتبورة هي الحل؟

د. رشا عبد الحي¹ (لبنان)

مقدّمة:

إنّ إستقالة المحكم، خلال السير بإجراءات المحاكمة التّحكيمية أو خلال المذاكرة، هما أمران كانا إستثنائيين، بحيث إذا حصل، فالعلاج كان يتمّ عن طريق إستبدال المحكم! وبنتيجه هذه الإستقالة كانت المحكمة التّحكيمية تعود إلى أولها أي إلى نقطة البداية.

هذا ما كانت تذهب به أكثرية القوانين التّحكيمية حيث أصبحت تُستعمل هذه الإستقالة في الآونة الأخيرة كأداة لعرقلة التّحكيم، وهي وسيلة جديدة للمماطلة والتّسوية. فماذا تعني؟

الإستقالة تعني أنّ المحكمة التّحكيمية أصبحت غير مكتملة، وهذا الأمر يطرح قاعدتي الوجاهية والمساواة بين طرفي النزاع، ويطرح تشكيل المحكمة التّحكيمية، ومن هو الذي يقرّر ما إذا كانت الإستقالة مشروعة أو غير مشروعة.

المحكمان؟ القضاء؟ أو مركز التّحكيم إذا كان التّحكيم مؤسّساتياً؟ وإذا كان تحكيم حالات خاصة فمن يعين المحكم الثالث في هذا النظام؟ هل المرجع هو السلطة القضائية أو أنه الطرف الذي سبق أن سمى المحكم المستقيل؟

لذلك يجب أولاً، تحديد المرجع الذي يقرّر ما إذا كانت الإستقالة مبرّرة أو لا! ثمّ ثانياً تحديد ما إذا كان المحكم المستقيل يجب أن يُستبدل أو أنّ المحكمة التّحكيمية ستسير بمحكمين! فهل يكون الحكم التّحكيمي صحيحاً إذا صدر عن محكمين؟ وفي أي مرحلة قدّم المحكم إستقالته، ما

1- أستاذة متفرّعة في الجامعة اللبنانية.

الذي يحصل عندما تكون الإستقالة تعسّفية للماطلة والتسوية، وما الذي سيحصل إذا قدّم المحكّم إستقالته في المراحل الأخيرة للتّحكيم، عند المذاكرة مثلاً حين يتمّ الحسم ويتقرّر من هو الذي ربح ومن هو الذي خسر الدّعى التّحكيمية. ولكن عند المذاكرة أو بعدها لا يبقى وقت للإستبدال إذا إعتدت صيغة إستبدال المحكّم!

طبعاً المحكّم المستقيل المتعسّف الذي يهدف بإستقالته إلى الماطلة والتسوية تبقى مسؤوليته القانونية قائمة، ويُمكن ملاحقته بالمسؤولية المهنية، ويبقى الأمر أمر ملاءته. ولكنّ التّحكيم في هذه الحالة سينتهي بدون حكم تحكيمي، إلا إذا إعتدت صيغة المحكمة المبتورة من محكّمين إثنين. هذه الأسئلة سنحاول معالجتها وتبيان كيف نشأت هذه المشكلة وكيف تطوّرت، وإلى أي مدى وصلت. لذلك لا بدّ من الإضاءة على النّواحي التّالية:

- الفصل الأوّل: إستقالة المحكّم في التّحكيمات وموقف القضاء.
- الفصل الثّاني: النّظام القانوني الفرنسي.
- الفصل الثّالث: فقه التّحكيم الدّولي.
- الفصل الرّابع: مراكز التّحكيم الدّولي.

الفصل الأوّل: إستقالة المحكّم في التّحكيمات وموقف القضاء:

إنّ أهمّ الأحكام التي أحدثت صدى في أوساط التّحكيم الدّولي فيما يخصّ إستقالة المحكّم، فهما التّحكيمين الشّهيرين:

المبحث الأوّل: نزاع **Milutonovic**.

المبحث الثّاني: النزاع التّحكيمي الإيراني الأميركي.

المبحث الأوّل - نزاع **Milutinovic** في تحكيم غرفة التّجارة الدّولية 1987²:

فقرة أولى - المحكمة التّحكيمية:

أول تحكيم دولي أحدث هزّة جرّاء إستقالة "تعسّفية" للمحكّم وكان له صدى في أوساط التّحكيم هو نزاع **Ivan Milutinovic PIM/ Deutsche Babcock AG**.

2- غرفة التّجارة الدّولية CCI قضية رقم 5017- الحكم التّحكيمي الجزئي الصادر في 1987/11/8.

وخضع هذا النزاع لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، وتشكلت المحكمة التحكيمية من البروفسور Eugen Bucher والبروفسور Vladimir Jovanovic والبروفسور Karl-Heinz Böckstiegel ويتعلق النزاع بخلاف بين أعضاء من "كونسورسيوم"، وقّعوا عقداً لإنشاء محطة كهربائية في حمص (سوريا) وحدد الشرط التحكيمي زوريخ مكاناً للتحكيم، ووقع أطراف النزاع وثيقة التحكيم حسب نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، التي تشير إلى تطبيق الإجراءات الواردة في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، وكذلك قانون المرافعات المدنية لمقاطعة زوريخ. وتبادل الأطراف المذكرات الخطية ثلاث مرات وعقدت جلستا محاكمة تمّ خلالها إستماع الشهود. في الجلسة الأخيرة وبعد إستماع كل الشهود، طلب محامي المدعية إستجواب بعض الشهود مجدداً، وإستماع شهود جدد، الأمر الذي عارضه محامي المدعى عليها. قرّرت المحكمة التحكيمية بالأكثرية وبعد مذاكرة طويلة وبرغم معارضة المحكم المسمّى من المدعية، ردّ طلب المدعية وعدم سماع شهود جدد. وبعد إبلاغ الطرفين هذا القرار، وفي اليوم التالي، قدّم المحكم البروفسور Jovanovic إستقالته، لأنه كان "على خلاف مع قرار المحكمة التحكيمية". وبعد ذلك رفض محامي الجهة المدعية متابعة تقديم مذكراته.

وطلب حينئذ محامي الجهة المدعية من محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية الدائمة عزل المحكمين البروفسور Bucher رئيس المحكمة التحكيمية والمحكم البروفسور Böckstiegel. وقرّرت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية الدائمة في 1987/1/29 ردّ طلب عزل المحكمين Bucher و Böckstiegel وفي الوقت نفسه رفضت قبول إستقالة البروفسور Jovanovic مؤكدة أنّ إستقالته لا مبرر لها. كان يُفترض إذاً بالمحكم Jovanovic أن يتابع عمله كمحكم. وبالفعل دعاه رئيس المحكمة التحكيمية مع المحكم الآخر إلى جلسة مذاكرة للمحكمة فتخلف عنها المحكم Jovanovic مؤكداً إستقالته.

وفي غيابه قرّر المحكمان Bucher و Böckstiegel إصدار حكم تحكيمي جزئي، ودعى المحكم الثالث Jovanovic إلى توقيع له عرضه على المحكمة التحكيمية الدائمة لغرفة التجارة الدولية. وقد ورد في الحكم التحكيمي الجزئي: "أنّ هذا الحكم التحكيمي يمكن إعلانه برغم تقديم البروفسور Jovanovic إستقالته من مهمته كمحكم، وغيابه عن الجلسة التي عقدها المحكمان في 1987/2/7 وذلك عملاً بقانون المرافعات المدنية في زوريخ، وبنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية. إنّ إستقالة البروفسور Jovanovic التي ليس لها أي مبرر شرعي، تبقى بدون أثر وبالتالي فإنّ المحكمة التحكيمية الحالية تبقى مشكّلة بشكل صحيح".

قانون المرافعات في زوريخ ينصّ على أنه لا يمكن للمحكم أن يستقيل بدون سبب، وفي ضوء هذا النصّ فإنّ محكمة تحكيم غرفة التجارة الدائمة قرّرت في 1987/1/29 عدم قبول إستقالة المحكم البروفسور Jovanovic وإعتبرت أنّ المحكمة الحالية كما هي مشكلة ستتولّى مهمّتها.

ويضيف الحكم التّحكيمي: "أنّ قرار رئيس المحكمة والمحكم العضو المعين من طرف، أنّ هذا القرار المتّخذ في غياب المحكم الثّالث له ما يبرّره في ظروف الدّعوى وهو موافق لنصوص قانون المرافعات المدنيّة لزوريخ المطبّق على هذا التّحكيم، وإذا كان رفض أحد المحكمين توقيع الحكم لا يؤثّر على صحّته، فالمبدأ ذاته يُطبّق على محكم الأقلية إذا رفض المشاركة بالذاكرة الداخليّة حتى نهايتها".

ثمّ يقول الحكم: "أنّ القاعدة التي بموجبها يجب إصدار الحكم النهائي بمشاركة كلّ المحكمين تتعلّق بموضوع آخر: وهو وفاة أحد المحكمين قبل أن تعطي المحكمة التّحكيمية حكمها التّحكيمي، وهذا المحكم هو الذي يجب إستبداله، كذلك الأمر مع محكم يستقيل لأسباب مشروعة ومبرّرة. في هاتين الحالتين فإنّ الأكثرية في المحكمة التّحكيمية لا يجوز لها إستبعاد الأقلية من المذاكرة اللاحقة للحدث أي للوفاة أو للإستقالة المبرّرة...".

ثمّ يقول الحكم: "هذه المشاكل وغيرها تفسّر نصّ المادّة 254 من قانون المرافعات المدنيّة الذي يحدّد الإجراءات الواجب إتباعها لإصدار الحكم التّحكيمي، ولكنّها إجراءات لا تستبعد صحّة الحكم التّحكيمي إذا رفض أحد المحكمين الإلتزام بموجباته وإمتنع عن المشاركة في المرحلة الأخيرة من المذاكرة لأنّ هذه الحالة مطابقة تماماً لحالة المحكم الممتنع عن توقيع الحكم التّحكيمي".

وأضاف الحكم التّحكيمي الجزئي: "... إنّ الطّرف المدّعي حين قدّم طلب عزل المحكمين الإثنين دون المحكم الثّالث المسمّى منه البروفسور Jovanovic، أثبت إرادته قبول عدم مشاركة المحكم المسمّى منه في المرحلة الأخيرة من إجراءات المحاكمة، أنّ الطّرف المدّعي لا يمكنه أن يلوم المحكمين لعدم طلبهما عزل البروفسور Jovanovic ما دام هذا الطّرف ذاته قد إمتنع عن طلب عزل المحكم المذكور".

ويضيف الحكم التّحكيمي الجزئي: "... وقد شارك المحكم Jovanovic، إذ لم يكن غائبا عن نشاط المحكمة التّحكيمية الذي يقتضي حضوره، كذلك شارك في المذاكرة الداخليّة حتى كان

إعلانه الإستقالة في 1986/10/28، وقبل ذلك شارك في المذاكرة التي تعرّضت لأساس النزاع. إنّ أي قرار في المحكمة التّحكيميّة بطلب عزل المحكّم Jovanovic (سواء في زوريخ أو باريس) وبالتالي إعادة المحاكمة بكلّ إجراءاتها مع البديل من المحكّم Jovanovic كانت ستكون معاكسة لمتطلبات حسن سير التّحكيم الدّولي وكانت ستقدّم إلى المحكّم (أو الطّرف الذي أثار عليه)، إمكانية تعطيل سير المحاكمة التّحكيميّة وإعادة المحاكمة التّحكيميّة من أولّها. إنّ موقفاً كهذا هو مناقض، بل يمسّ النّقّة بالتّحكيم الذي تقدّمه غرفة التّجارة الدّولية والذي يتّخذ زوريخ مقرّاً له.

فقرة ثانية- موقف القضاء السّويسري من الحكم التّحكيمي في دعوى Milutinovic:

أولاً- محكمة إستئناف زوريخ: مشاركة المحكّمين الإثنين، لا تحيّر: ردّ الطّلب:

قبل صدور الحكم التّحكيمي الجزئي المُشار إليه أعلاه قدّمت المدّعية Milutinovic دعوى أمام اللّجنة الإداريّة في محكمة إستئناف "مقاطعة زوريخ" تطلب إعتبار مشاركة المحكّمين والسّير بالتّحكيم بمحكّمين إثنين أمراً يثير قرينة تحيّر. وردّت محكمة الإستئناف هذا الطّلب معتبرة أنّ متابعة محكّمين إثنين الإجراءات التّحكيميّة في ظروف غير إعتياديّة لها ما يبرّرها ولا تفضي إلى قرينة التحيّر.

ثانياً- محكمة النّقض في زوريخ: نقض حكم الإستئناف: تحيّر:

طعنت شركة Milutinovic بهذا الحكم التّحكيمي أمام محكمة النّقض في زوريخ التي فسخت حكم محكمة الإستئناف، معتبرة أنّ نظام تحكيم غرفة التّجارة الدّولية الذي يسير عليه هذا التّحكيم لا يلحظ الإستقالة المنفردة لمحكم.

وكذلك فإنّ قانون المرافعات المدنيّة في زوريخ لا يجيز منح أي طرف معاملة لها طابع الأفضليّة. إنّ المساواة بين الأطراف هي مبدأ أساسي وإلزامي، وبالتالي فإنّ محكمة تحكيميّة مؤلّفة من ثلاثة محكّمين لا يمكنها المذاكرة بمحكّمين: الرّئيس وأحد المحكّمين، وبالتالي فإنّ إتخاذ قرار في غياب المحكّم الثالث، وإن كان هذا المحكّم قد رفض توقيع الحكم التّحكيمي، هذا لا يبرّر إطلاقاً أن يذاكر محكّم مُسمّى من طرف من طرفي النزاع في غياب المحكّم المُسمّى من الطّرف الآخر، في حين أنّ المحكمة هي جماعيّة. كان بإمكان المحكّمين Bucher و Böckstiegel،

طلب عزل المحكم البروفسور Jovanovic بفعل رفضه أقيام بوظيفته. إن معرفة ما إذا كانت إستقالة البروفسور Jovanovic هي مشروعة أم لا ليست بالأمر الملائم. إن التعامل مع أحد الطرفين تعاملًا له طابع الأفضلية ليس مخالفًا للقانون فحسب، بل هو تصرف يشكك في الثقة بالمحكمة التحكيمية، الأمر الذي يثير قرينة تحيز. هكذا فسخت محكمة النقض قرار محكمة الإستئناف وأعيدت الدعوى إلى محكمة الإستئناف.

ثالثاً- محكمة الإستئناف في زوريخ: طلب إبطال الحكم التحكيمي: ردّه:

قدّمت شركة Milutinovic طلب إبطال الحكم التحكيمي الجزئي الذي صدر عن المحكمين مدليةً بأنه مخالف لقانون إجراءات المحاكمة المدنية في زوريخ كما للمادة السادسة من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان. وردّت محكمة إستئناف زوريخ طلب الإبطال بقرار أصدرته في 1990/7/4 معتبرة أنّ ما تدي به المستأنفة من أنّ إستقالة المحكم البروفسور Jovanovic كانت لها أسباب تبرّرها (غير قانونية)، وبأنّ المحكمة كانت غير مشكّلة قانوناً بعد إستقالته وعند إصدارها الحكم التحكيمي، إعتبرت محكمة الإستئناف أنّ هذه الحجّة ليس لها أساس. فالمحكم ملزم بمتابعة مهمته حتى نهاية التحكيم وبالتالي فإنّ إستقالته غير مقبولة وليس لها ما يبرّرها. فالبروفسور Jovanovic برّر إستقالته بأنّ المحكمين رفضا قبول إثباتات جديدة في تلك المرحلة من المحاكمة. ولكن كون المحكمين منقسمين على هذه النقطة ليس مبرراً لإستقالة المحكم، الذي صار موقفه من الأقلية. وبالتالي فإنّ إستقالة المحكم لم تضع حدّاً لمهمته، وكان بالإمكان إعتبار المحكمة مشكّلة بالفعل وصحيحة، وبالتالي فليس هناك مخالفة للمادتين 4 و58 من الدستور الفدرالي السويسري ولا مخالفة للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.

وأضاف الحكم: "ليس أمر دعوة المحكم البروفسور Jovanovic إلى جلسة المذاكرة، ليس هذا الأمر موضع جدال، فالمحكم أخرج نفسه من المذاكرة دون أن يقدّم عذراً مشروعاً، في حين أنّه كان مدعواً وفقاً للأصول لحضور المذاكرة. كذلك فالأمر الثابت أنّ المحكم المذكور قد تلقى نسخة عن الحكم التحكيمي الجزئي، ولكنه رفض توقيع هذا الحكم. وبالتالي فإنّ رفضه حضور جلسة المذاكرة مشابه لرفضه توقيع الحكم التحكيمي، وبالتالي فإنّ المحكمين الآخرين، وكذلك الطرف الآخر، لا يمكن إعتبار تصرفهم مخالفًا للقانون.

رابعاً- المحكمة الفدرالية السويسرية: إبطال الحكم التحكيمي لعدم مشاركة المحكم المستقل:

بعد كل هذه الأحكام المتناقضة أصدرت المحكمة الفدرالية السويسرية حكماً نهائياً يبت طلب إبطال الحكم التحكيمي. وبالفعل قرّرت فسخ حكم محكمة الإستئناف، وحكمت بإبطال الحكم التحكيمي معتبرة أنّ الحكم النهائي يجب أن يصدر بمشاركة كل المحكمين وبعد مذاكرة يشتركون فيها معاً.

واعتبرت محكمة النّقض أنّ عدم مشاركة المحكم في المذاكرة يختلف عن عدم توقيع المحكم الحكم التحكيمي. واعتبرت أنه إذا كان يجب بتّ أمر صحة إستقالة المحكم ومبرراتها، فليس المحكمان هما اللذان يجب أن ينظرا في الأمر، فالقضاء هو وحده المختصّ بالنظر في هذا الأمر. فإذا وجد القضاء أنّ الإستقالة ليس لها مبرر، فهو ينذر المحكم بمتابعة السير بالتحكيم أمّا إذا كان للإستقالة ما يبررها، فلا يمكن متابعة السير بالتحكيم بدون المحكم المستقل. وفي هذه الحالة يجب العودة إلى الشرط التحكيمي. وفي كلّ الأحوال وفي حال خلو الشرط التحكيمي من إشارة فإنّ المحكمة التحكيمية لا تعتبر مشكّلة بشكل صحيح، إلّا إذا عاد المحكم المستقل عن إستقالته بناء على أمر القضاء المختصّ، أو إذا كان قد جرى إستبداله. وفي حال تابع المحكمان السير بالتحكيم بدون إجازة من الطرفين، فإنّ تشكيل هذه المحكمة ليس صحيحاً.

هكذا قرّرت المحكمة الفدرالية السويسرية إبطال الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة تحكيمية مبتورة مشكّلة من محكمين إثنين. وقد تشكّلت محكمة تحكيمية جديدة بعد هذا الحكم الفدرالي وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية وصدر الحكم عن محكمة مؤلّفة من ثلاثة محكمين. وقد اعتبر البروفسور Stephen M. Schwebel نائب رئيس محكمة العدل الدولية في لاهاي أنّ حكم المحكمة الفدرالية السويسرية ليس مطابقاً للمبادئ العامة للقانون، إذ لا يمكن أن يتذرع الطرف بأخطائه أو الأخطاء التي يضمنها لحرمان طرف آخر من حقوقه، وهذا مخالف للتحكيم الدولي. فالمحكمة الفدرالية السويسرية هي في حكمها على خلاف مع محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية الدائمة، كما يقول البروفسور Schwebel.

المبحث الثاني- النزاع التحكيمي الإيراني الأميركي 1987:

التحكيم لحسم المنازعات الإيرانية الأميركية هو فعلاً أحد أكبر التحكيمات الدولية في التاريخ، وقد أعطى هذا التحكيم خلال 14 عاماً عدداً كبيراً من الأحكام التحكيمية التي نشرت في 27 مجلداً³.

3- Iran-United States claims Reports (Iran- US- CTR- Publié par Grotius publication limited Cambridge).

تشكّلت المحكمة التحكيمية وفقاً لإعلان الجزائر من تسعة أعضاء تعيّن من حكومتي الولايات المتحدة وإيران ثلثي الأعضاء، ويعيّن المحكّمون الذين تسميهم الدولتان بالتوافق الثلث الأخير من المحكّمين. تحسم الخلافات محكمة تحكيمية (أو غرفة تحكيمية) مكوّنة من ثلاثة محكّمين، وتسير التّحكيمات وفقاً لنظام اليونسترال (لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتحدة) مع بعض التعديلات عليه. ووفقاً لهذا النظام فإنّ المادة 13 منه تنصّ على أنّه: "... في حالة إستقالة أحد المحكّمين أثناء إجراءات التّحكيم يُعيّن أو يُختار محكّم آخر بدلاً منه بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 6 إلى 9 التي كانت واجبة التطبيق على تعيين أو إختيار المحكّم الجاري تبديله". وخلال سير أعمال التّحكيم طرأت مشكلة غياب أحد المحكّمين المسمّين من دولة إيران غياباً مقصوداً ولا مبرّر ولا تفسير له. وأخذ هذا الموضوع يتكرّر وفي عدّة غرف تحكيمية، وكان ذلك يفضي إلى تأجيلات متكرّرة كما إعتبر المحكّمان في المحكمة أنّ هذا الغياب ليس له ما يبرّره فتابعاً السير بالدعوى رغم غياب المحكّم. وأدّى صدور أحكام عن محكمة تحكيمية مبتورة أي مكوّنة من محكّمين إثنين وغاب عنها المحكّم الإيراني، أدّى ذلك إلى إعتراضات إيرانية وإلى طلبات إيرانية قدّمت لإبطال هذه الأحكام التّحكيمية الصّادرة عن محكمة تحكيمية مبتورة. قدّمت أمام القضاء الهولندي ولكن إيران عادت فتخلّت عن إعتراضاتها وطلبات الإبطال، ونفّذت الأحكام التّحكيمية الصّادرة عن المحاكم التّحكيمية المبتورة⁴.

ودار جدال طويل حول صحّة هذه الأحكام التّحكيمية، فالمحكّمون الإيرانيون كان موقفهم أنّ المحكمة بكامل أعضائها التسعة ليست مشكلة قانونياً، ولا غرفها التّحكيمية مشكلة قانونياً، في حال غياب أحد المحكّمين الذين سمتهم إحدى الدولتين. وفي حال غياب هذا المحكّم فإنّ الطّريق الوحيد الذي يجوز أن يسلكه التّحكيم هو ذلك الذي نصّ عليه نظام اليونسترال حول عزل المحكّمين وإستبدالهم. في حين أنّ أكثر محكّمي المحكمة التّحكيمية للخلافات الإيرانية الأميركية، إعتبروا أنّ إعلان الجزائر حول تشكيل المحكمة التّحكيمية وغرفها له طابع توصيفي، ولا يشكّل شروطاً للنّصاب، وبالتالي فإنّه عندما يجري التّحقيق والمحاكمة في قضية وتكون المذاكرة قد بدأت بشأنها، فإنّ غياب المحكّم لا يلزم باللّجوء إلى إجراءات عزله وإستبداله، لأنّ ذلك سيؤدّي إلى تأخير التّحكيم وإبطاء سيره وزيادة تكاليفه، ولاسيما إذا كان ذلك سيفتضي عقد جلسات

4- Stephen M. Schwebel, international Arbitration : Three Salient Problems (1987) p. 251-282.

محاكمة جديدة. إنّ ذهاب التّحكيم في هذا الإتّجاه عند إستقالة المحكّم وإستبداله ولاسيما إذا تكرر الأمر، سيجعل عمل المحكمة التّحكيمية بدون جدوى.

وأكثر ما أثير أمر المحكمة المبتورة حدّة في التّحكيم الإيراني-الأميركي كان في تحكيمين هما:

فقرة أولى- قضية James M. Saghi, Michael R Saghi and Allan Saghi :Claimants and the Government of the Islamic Republic of Iran

طرح الأمر في دعوى James Saghi/Iran حيث أدلى المحكّم الذي سمّته إيران بأنّ القضية غير مقبولة، وبالتالي إمتنع عن المشاركة في المذاكرة، ورفض توقيع الحكم التّحكيمي. وإعتبرت المحكمة التّحكيمية بعضويها أنّ محكمة دوليّة دائمة مكلفة بحسم عدّة منازعات لا يمكنها أن تسمح بتعطيل عملها بسبب رفض أحد أعضائها المشاركة في المذاكرة لطلب من الطلبات أو رفضه توقيع الحكم التّحكيمي⁵.

فقرة ثانية- قضية Viterwyk corporation (et al) claimant and the :Government of the Islamic Republic of Iran (et al) Respondents⁶

ورد في الحكم الصّادر في هذه القضية ما يلي: "السيد مصطفى (المحكّم) شارك في جلسة المحاكمة كما شارك في ثلاث جلسات للمذاكرة حول مسائل تتعلّق بإجراءات المحاكمة في هذه القضية، ولكنّه في الجلسة الثّالثة بسبب عدم إتفاقه مع القرار المتّخذ من أكثرية أعضاء المحكمة (غرفة المحكمة) حول المسائل الإجرائيّة التي جرت المذاكرة حولها، فإنّه أعرب عن رغبته في عدم المشاركة في سائر جلسات المذاكرة. وقد أبلغ رئيس المحكمة من جهته السيّد مصطفى أنّه طبقاً للنّظام التّحكيمي المطبّق وعلى التّطبيق الإجرائي الذي تقوم به المحكمة، فإنّ المحكمة لها الحقّ، على رغم غياب المحكّم السيّد مصطفى أن تتابع سير المذاكرة وأن تحرّر الحكم التّحكيمي. وإمتنع السيّد مصطفى بعد ذلك عن المشاركة في إجراءات الدّعوى. تابع المحكّمان

5- القضية رقم 298 الغرفة الثّانية المسجّلة في 1987/1/12.

6- القضية رقم 381- المسجّلة في 1988/7/6.

19 Iran- US- C.T.R. 107, 116, 161, 169

في هذه الدعوى المذاكرة ثم حرراً الحكم التحكيمي وفقاً للطريقة العملية التي تتبناها هذه المحكمة، هذه الطريقة تبررها ضرورة تجنب أن يعطل أحد أفراد المحكمة سير مهماتها، وهذه الطريقة متفقة مع المبادئ العامة للقانون الدولي المُعترف بها. كما يذكر القاضي Stephen Schwebel فإنّ الفقه الدولي يميل بوضوح مع مساندة محكمة العدل الدولية، إلى حق المحكمة التحكيمية الدولية في السير بإجراءات المحاكمة وبالتالي إصدار الحكم التحكيمي، على رغم حصول إشكال يسببه محكم.

في هذه القضية أعطت المحكمة التحكيمية في النهاية حكماً لصالح المدعية، وقاطع المذاكرة المحكم الذي سمته إيران ولم يوقع الحكم التحكيمي. وردت هذه المحكمة طلب تصحيح الحكم التحكيمي النهائي بالأكثرية وهذا الحكم كان صادراً عن محكمة تحكيمية مبتورة ولكنه نفذ على رغم ذلك.

- بعد هذا العرض لأهم الأحكام التحكيمية التي تتعلق باستقالة المحكم، لا بد من إلقاء نظرة تحليلية سريعة على ما توصلت إليه حديثاً معظم القوانين التحكيمية والإجتهااد في هذا الصدد:

أ- في البدء، كان الطعن بالعقد، يؤدي إلى وقف التحكيم برمته والذهاب إلى القضاء، لذلك اخترعت محكمة التمييز الفرنسية فكرة إستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد.

ب- وحديثاً، أجمع معظم الفقه والإجتهااد ومراكز التحكيم أيضاً، على مبدئين هما:

1- في حال إستقالة المحكم خلال السير بالإجراءات التحكيمية، لا يتوقف التحكيم ولا يُعاد إلى أوله، بل يُتابع من النقطة التي توقفت عندها باستقالة المحكم.

2- صدور الحكم التحكيمي عن محكمين فقط أي عن محكمة مبتورة، وهذا يحصل خلال فترة المذاكرة. وهي تعديلات جديدة، لتفادي فكرة إستخدام إستقالة المحكم للتسويق والمماطلة في التحكيم.

ج- فخلال السير بإجراءات المحاكمة التحكيمية، كان يُنظر فيما إذا كانت هذه الإستقالة صادرة عن حسن نية أو سوء نية، وهذا يعود تقديره إلى سلطة التعيين والتسمية:

1- ففي حال توفر حسن النية لدى المحكم المستقيل، تجيز سلطة التعيين والتسمية للطرف الذي إستقال محكمه أن يعين محكماً آخر.

2- أمّا في حال إعتبرت سلطة التعيين والتسمية أنّ هناك سوء نية، فتكلّف هذه الأخيرة سلطة تسمية لكي تسمّي محكماً آخر.

أمّا في نهاية التحكيم وخلال فترة المذاكرة، إذا إستقال المحكم، وإعتبر أنّ هناك سوء نية، حينئذ لا تعين سلطة التعيين والتسمية محكّم جديد بل تجيز للمحكمة الذي بقي فيها محكّمين، أن تصدر حكماً بمحكمة من محكّمين. أمّا في حال توفّر حسن النية، فإن سلطة التعيين والتسمية تجيز للطرف الذي إستقال محكّمه أن يعين محكماً آخر للمشاركة في المذاكرة.

د- ولكن كيف يتمّ تحديد سلطة التعيين والتسمية، هناك عدّة حالات لتحديدها:

1- في حال حدّد في الشرط التحكيمي وفقاً لقواعد اليونسترال، هنا تكون سلطة التعيين والتسمية هي محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي.

2- أمّا في حال لم يتمّ إختيار قواعد اليونسترال في الشرط التحكيمي، بل إختاروا سلطة تعيين وتسمية لمركز معين، فنكون أمام ما يُسمّى بنظام مؤسّساتي.

3- وفي حال لم يتمّ ذكر في الشرط التحكيمي لأي سلطة تعيين وتسمية، فنكون أمام نظام حرّ ليس مقيد بنظام تحكيمي معين، وبالتالي يُحال هذا الأمر إلى القضاء وفقاً لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم.

أمّا بالنسبة لإعلان الجزائر، فقد حصل عندما توقّف النزاع بين إيران وأميركا عام 1987، حيث تمّ التفاوض في الجزائر والإتفاق على إحالة النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولتين على التحكيم وفقاً لنظام اليونسترال في لاهاي، فسلطة التعيين والتسمية هي أساساً في نظام اليونسترال كما سبق وأشرنا إليه، أي نتيجة لذلك نكون أمام حالتين:

1- عند إستقالة المحكّم خلال السير بإجراءات التحكيم، يُحال عندئذ الأمر إلى سلطة التعيين والتسمية في لاهاي وفقاً لقواعد اليونسترال، التي هي المكلفة بتقدير ما إذا كان هناك حسن نية أو سوء نية لدى المحكّم المستقيل. فإذا تأكّدت من حسن النية لديه، أجازت للطرف الذي إستقال محكّمه أن يعين محكماً آخر. أما إذا تبين لها سوء نية من وراء الإستقالة، فتكلّف سلطة التعيين والتسمية سلطة تسمية لكي تُسمّي هذه الأخيرة محكماً آخر.

2- أما في حال كانت إستقالة المحكم خلال فترة المذاكرة، أيضاً يُحال هذا الموضوع إلى سلطة التعيين والتسمية وهي محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي وفقاً لقواعد اليونسترال، وتكون في الأغلب هذه الإستقالة عن سوء نية، وبالتالي لا تعين سلطة التعيين والتسمية سلطة تسمية لتسمية محكم جديد، بل تجيز للمحكمة الذي بقي فيها محكمين أن تصدر حكماً من محكمة مبتورة أي بمحكمين فقط. أما في حال حسن النية، فإن سلطة التعيين والتسمية تجيز للطرف الذي إستقال محكمه أن يعين محكماً آخر للمشاركة في المذاكرة.

الفصل الثاني: النظام القانوني الفرنسي ليس مع المحكمة المبتورة بعد وليس مع إستبدال المحكم إلا إذا اتفق الأطراف على غير ذلك:

القانون الفرنسي نصّ في المادة 1464 من قانون المرافعات المدنية على ما يلي:

Art. 1464 (D. no 81-500, 12 mai 1981, art. 5). – L'instance arbitrale prend fin, sous réserve des conventions particulières des parties :

1° par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que par la perte du plein exercice de ses droits civils ;

2° par l'abstention ou la récusation d'un arbitre ;

3° par l'expiration du délai d'arbitrage.

وكذلك نصّت المادة 781 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على ما يلي:

مع الإحتفاظ بما قد ينصّ عليه إتفاق خاصّ بين الخصوم تنتهي الخصومة:

1- بعزل المحكم أو بوفاته أو بقيام مانع يحول دون مباشرته مهمّاته أو بحرمانه إستعمال حقوقه المدنية.

2- بإمتناع المحكم أو برده عن الحكم.

3- بإنقضاء مهلة التحكيم.

والقانون اللبناني مأخوذ عن القانون الفرنسي في هذا الصدد. ويفسر العلامة فيليب فوشار نصّ هذه المادة بأنّ نتيجته وضع مصير التحكيم في يد محكم واحد، كما وضع مصير كلّ إجراءات المحاكمة التحكيمية، حتى تلك التي تكون موضوع مذاكرة، بمجرد أن يدلي المحكم

بالإمتناع أو يقدّم إستقالته فجأة، هكذا ففي إمكان محكم يمثّل الأقلية أن يقضي على المحاكمة التحكيمية وكلّ الجهود التي بُذلت. هذا النصّ يجيز هذا التّشدد، مع الأسف، يقول فوشار ونتيجة إنتهاء الخصومة في التّحكيم مضرة مرتين: من حيث المبدأ، يجب إعادة تشكيل المحكمة التحكيمية بكاملها وبعد ذلك إعادة إجراءات المحاكمة من بدايتها أمام المحكمة التحكيمية الجديدة⁷. ويتساءل العلامة فوشار: ماذا لو هدفت الإستقالة إلى تأخير سير الدّعى وخدمة الطّرف الذي سمّى هذا المحكم⁸؟ ويقترح العلامة فوشار تعديل هذا النصّ لقطع الطّريق على المناورات الرّامية إلى تأجيل سير التّحكيم.

طبعا القانون الفرنسي كما القانون اللّبناني في نصّ المادتين المذكورتين ترك الباب مفتوحاً لأيّ إتفاق بين الطّرفين يعدل أحكام المادتين المذكورتين.

بالطّبع تفتح هذه القاعدة باب المماثلة والتّسويق وهي واردة في التّحكيم الداخلي. وليست مطبّقة في التّحكيم الدّولي.

المبحث الأوّل - محكمة النّقض الفرنسيّة: فسخت حكماً تحكيمياً صادراً عن ثلاثة محكمين إمتنع فيه المحكم ثمّ عيّن محكم مكانه ولكنها إعتبرت أن التّحكيم إنتهى بمجرد إمتناع المحكم الأوّل:

وتطبيقاً لنصّ هذه المادّة فقد تشدّد الإجتهد الفرنسي في تطبيقها في حكم تحكيمي بين طرفين فرنسيين⁹ صدر في نزاع عيّن فيه كلّ طرف محكمه وإختار المحكمان المحكم الثالث. ولكن خلال المذاكرة وبعد جلسة ختمت فيها المحاكمة، أبلغ أحد المحكمين المعيّنين من الطّرفين المحكمة التحكيمية بقيام مانع يحول دون متابعته مهمّاته، وذلك لفترة غير محدّدة. فعقدت جلسة محاكمة جديدة حضرها محكمان هما رئيس المحكمة والعضو المعيّن من طرف وغير المستقيل. كما حضرها أطراف النزاع ومحاموهم. وجرى خلال هذه الجلسة إختيار محكم بديل للمحكم المستقيل كما إتفق على تمديد مهلة التّحكيم.

7- Revue de l'arbitrage- 1995- no. 1- p. 81.

8- Revue de l'arbitrage- 1995- no. 1- p. 81.

9- دعوى حالات خاصة بين Pfister / zugmeyer et Pelle محكمة النّقض الفرنسيّة حكم صادر في 1993/11/17- revue de l'arbitrage 1995- no. 1- p. 79

وبعد ذلك صدر الحكم التحكيمي فطلب الطرف الخاسر إبطاله مستنداً إلى المادة 1464 المذكورة أعلاه التي تعتبر التحكيم منتهياً ولا تجيز تعيين محكم بديل، بل تقضي بتعيين محكمة تحكيمية جديدة والعودة إلى إجراءات التحكيم من أولها أمام المحكمة الجديدة.

وفسخت محكمة النقض الفرنسية الحكم التحكيمي متشددة بتطبيق المادة 1464 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، معتبرة أنّ الخصومة في التحكيم إنتهت بمجرد قيام المانع الذي يحول دون مباشرة المحكم مهماته التحكيمية. وأنّ الإتفاق على إستبدال المحكم جاء بعد فوات أوانه.

لهذا ينصح العلامة فوشار بأن يعطي الأطراف عناية للشرط التحكيمي الذي يمكنه أن يخفف من وقع المادة 1464 (مرافعات مدنية) فيما إذا أحال الأطراف إلى نظام مركز تحكيمي يعالج الأمر، أو يحدّدوا طريقة إستبدال المحكم في حال إستقالته أو إمتناعه. ويعتبر البروفسور فوشار أنّ المحكمة المتبورة غير قادرة على إصدار أحكام تحكيمية في التحكيم الداخلي، لأنها ستصطدم بشرط إلزامي وهو صدور الحكم التحكيمي عن عدد وتر من المحكمين وفي هذه الحالة فإنّ عدد المحكمين يصبح مزدوجاً.

المبحث الثاني - محكمة الإستئناف: إستقالة المحكم في التحكيم الدولي تفضي إلى صدور حكم عن محكمة مشكّلة بشكل مخالف للعقد التحكيمي:

وقد عاد الإجتهااد الفرنسي فأكد موقفه المتشدد، عند إستقالة المحكم في تحكيم دولي وليس تطبيقاً للمادة 1464 مرافعات مدنية فرنسي هذه المرة.

في نزاع تحكيمي دولي بين - Agence Transcongolaise des communications /Chemin de fer Congo Océan/ compagnie minière de l'ogo outé (comilog)¹⁰

جرى هذا التحكيم بين الشركتين في باريس، بنتيجة نزاع بينهما، وصدر الحكم بعد أن قدّم المحكم المعين من أحد الطرفين إستقالته بمجرد أن تبّلع صورة عن مشروع الحكم التحكيمي الذي جرت بشأنه المذاكرة وكان المحكمان الآخران موضوع طلب عزل عالق أمام القضاء الفرنسي.

10- Revue de l'arbitrage 1998- no. 1- p. 131.

فطلب الطرف الخاسر من محكمة إستئناف باريس إبطال الحكم التحكيمي مدلياً بأنّ الحكم صدر عن محكمة تشكلت خلافاً للعقد التحكيمي.

واعتبرت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 1997/7/1 أنّ الطابع التعسفي المحتمل الرامي إلى المماثلة والتسوية، لا تأثير له على حلّ النزاع الحالي الذي ينحصر في طلب إبطال الحكم التحكيمي وبالتالي فهو ينحصر بنقطة واحدة وهي معرفة ما إذا كان الحكم التحكيمي قد صدر عن محكمة تحكيمية قانونية. واعتبرت محكمة الإستئناف أنّه بغضّ النظر عن مسؤولية وموجبات المحكمّ اللتين يمكن أن تكونا إطاراً لدعوى مختلفة، فإنّ المحكمّ المستقيل لم يحمى بمهمته حتى آخر مراحلها، وأنّ هذا الأمر لا يتعلق بأطراف النزاع، بل يتعلق بالمحكمة التحكيمية وسلطانها القضائية المنبثقة من العقد التحكيمي. وتلاحظ محكمة الإستئناف أنّ المحكمّ المستقيل قدّم إستقالته خلال المذاكرة، بحيث أنّ المحكمة التحكيمية حين إتخذت قرارها، فإنّها كانت مكونة من رئيسها ومن المحكمّ المسمّى من الطرف الذي ربح الدعوى، وبالتالي فهو صادر عن محكمة تحكيمية مبتورة، مقطوع منها عضو من أعضائها، وبالتالي فإنّ تشكيلها لم يكن متوافقاً مع العقد الذي تستمد منه سلطتها القضائية. وبضاف إلى ذلك أنّ رئيس محكمة البداية في باريس قد روجع في هذا الإشكال عند صدور الحكم التحكيمي، في الوقت الذي عين فيه الطرف الذي إستقال محكمه، سمى محكمّاً بديلاً، واعتبرت محكمة الإستئناف أنّ هذا السبب وحده يكفي لإبطال الحكم التحكيمي.

أفصل الثالث: فقه التحكيم الدولي يناقش مشكلة إستقالة المحكمّ ووسائل التسوية والمماثلة التي تجرّ إليها:

منح الفكر القانوني موضوع إستقالة المحكمّ التعسفية الرامية إلى المماثلة والتسوية في التحكيم، إهتماماً كبيراً، وتصدّى له علماء القانون الكبار، وبدا الفقه القانوني في العالم ميّالاً إلى التسليم بصحة المحكمة التحكيمية المبتورة، في حين أنّ الإجتهد القضائي في دول القانون المدني ولاسيما فرنسا ما زال متردداً يخطو خطوة إلى الأمام ثمّ خطوة إلى الخلف، بينما حسم إجتهد دول أعراف القوانين الأنكلوأميريكية، الأمر لصالح تكريس صحة الأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم تحكيمية مبتورة إستقال أحد المحكمين فيها.

وقد تصدّى للموضوع عدد كبير من العلماء نقلت نظرة على آرائهم في الموضوع:

المبحث الأول- البروفسور Georges Scelle مقررّ اليونسترال 1951¹¹: الإستقالة مخالفة للقانون والحكم الصادر عن محكمة مبتورة صحيح:

بين أوائل من تصدّوا للموضوع، البروفسور G. Scelle، مقررّ لجنة قانون التجارة الدولية في الأمم المتّحدة (اليونسترال) سنة 1951 وكان هو الذي دقّ ناقوس خطر وسائل المماطلة والتسويف هذه! وكان ذلك في دورات اليونسترال باكراً في الأمم المتّحدة منذ خمسينات القرن الماضي، حيث جرت محاولات لوضع معاهدات وتضمين القوانين النّمودجية معالجة لهذا الأمر، بتشريع صحّة الأحكام الصادرة عن المحكمة التحكيمية المبتورة، التي إستقال أحد محكميها بدون مبررّ. وكتب البروفسور Scelle يقول: عن محاولة تعطيل التّحكيم عن طريق إستقالة محكمّ خلال سير التّحكيم، كتب يقول:

"الأمر غير مبررّ، من زاوية حسن النّيّة وهو مخالف كلياً للقانون"، وبالتالي فليس هناك أي قاعدة قانونيّة تُجيز ذلك من ناحية القانون الدولي، إذاً فليس بإمكان لا المحكمّ المستقيل ولا الطّرف الذي سمّاه أن يشكك في صحّة حكم تحكيمي صادر عن باقي المحكمين.

المبحث الثاني- البروفسور Stephen Schwebel نائب رئيس محكمة العدل الدولية في لاهاي 1987: الإستقالة مخالفة للقانون الدولي وللمبادئ العامّة للقانون والمحكمة المبتورة هي الحل¹²:

يقول القاضي Stephen Schwebel: "أنّ إستقالة عضو في المحكمة التحكيمية الدولية، بدون إجازة هذه المحكمة أو موافقتها هو مخالف للقانون الدولي وللمبادئ العامّة للقانون المعترف بها. إنّ إستقالة تعسّفية لا مبررّ لها كهذه، يجب أن لا تحرم محكمة تحكيمية دولية من سلطة متابعة إجراءات المحاكمة وإصدار الحكم التحكيمي. ثم يقول القاضي Schwebel أنّ الفقه القانوني الدولي يميل بشكل واضح وبمساندة محكمة العدل الدولية لصالح حقّ المحكمة التحكيمية الدولية في حال إشكال يثيره محكمّ، يميل إلى تبنّي حقّها في متابعة إجراءات التّحكيم وإصدار حكم تحكيمي يكون صحيحاً".

11- Yearbook of international law commission 1951- Volume II- p. 115.

12- Stephen M. Schwebel, International Arbitration : Three Salient Problems – 1987- p. 296.

المبحث الثالث - Martin Hunter و Alain Redfern¹³: إذا كانت الإستقالة في آخر مراحل التحكيم، ألحلّ المناسب هو محكمة مبتورة من محكّمين إثنين:

يقف العالمان القانونيان البريطانيان أمام الوقت الذي يقدّم فيه المحكّم إستقالة بدون مبرر كاف. فإذا كان التّحكيم في مرحلته الأولى، إذ ذاك يجري إستبدال المحكّم المستقيل، أما إذا كان التّحكيم في مراحل متقدّمة ويتطلّب فصلاً سريعاً في النزاع لحسن سير العدالة، فإنّه يجري إستبدال المحكّم بصورة مستعجلة، أمّا إذا كانت الإستقالة في مرحلة متقدّمة من التّحكيم فإنّ الحلّ المناسب هو أن يتابع المحكّمان إجراءات التّحكيم وأن يصدرا حكمهما التّحكيמי كما حصل في دعاوى طبقت نظام اليونسترال أو خضعت لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية.

ويضيفان أنّ الحلّ الأمثل هو أن يلحظ نظام مركز التّحكيم أو إتفاق الطّرفين هذه الحالة ويجيز نظام المركز التّحكيمي إتفاق الطّرفين الذي يجيز للمحكّمين أن يتابعا إجراءات التّحكيم ويصدرا حكمهما التّحكيمي إذ ذاك ليس هناك شكّ في أنّ القضاء سيعطي هذا الحكم التّحكيمي صيغة التنفيذ.

المبحث الرابع - E. Gaillard¹⁴: لا يبقى سوى مطالبة المحكّم المستقيل بالاعطال والضرر:

يعتبر العلامة E. Gaillard أنّ كلّ القوانين لا تقبل بإستقالة المحكّم التي يقرّها هو وحده دون مبررات مقبولة. ويعتبر أنّ صيغة القانون الفرنسي متشدّدة، بالنسبة إلى إلزام المحكّم بمتابعة مهمّته، إذ أنّ النصوص القانونية الفرنسية تلزم "المحكّم بمتابعة مهمّته إلى نهايتها"¹⁵. وكذلك القانون البلجيكي الذي يقضي بأنّ "المحكّم الذي قبل مهمّته لا يمكنه التخلي عنها، إلّا إذا طلب ذلك من محكمة الدرجة الأولى وهي التي ترخّص له"¹⁶. كذلك الهولندي يذهب في نفس الإتّجاه المتشدّد في إلزام المحكّم بمتابعة مهمّته، كما القانون النموذجي للتّحكيم الذي وضعته

13- Droit et Pratique de l'Arbitrage Commercial International- Redfern- Hunter- 2nd edition- L.G.D.J.

14- E. Gaillard- Revue de l'Arbitrage 1990-No. 4 : « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international ».

15- أمادة 1462 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

16- أمادة 1689 من القانون القضائي البلجيكي.

اليونسترال¹⁷ الذي يشترط لإعفاء محكم قبل بمهمة، إشتراط أن تقبل هذه الإستقالة من كل الأطراف، أو من السلطة الخارجة عن التحكيم، أي إذا كان التحكيم مؤسساتياً، فمركز التحكيم وإلا فالقضاء المختص أو سلطة التسمية. القانون الألماني ينص على أن إستقالة المحكم تكون مقبولة إذا كان إستبداله يمكن أن يتم بدون صعوبات أو لأسباب جدية¹⁸. القانون النمساوي يفرض سبباً معقولاً للإستقالة¹⁹.

ويضيف E. Gaillard أن أنظمة قانونية أخرى، لم تنص على ذلك في قوانينها، ولكنها كرست المبدأ في إجتهادات محاكمها وبموجبه لا يحق للمحكم أن يستقيل إلا لأسباب معقولة²⁰.

ويضيف العلامة Gaillard ولكن يجب أن نسلّم بأن الإستقالة غير المبررة لا يمكن معالجتها، إذ ليست هناك وسائل لإلزام المحكم بالقيام بعمل Obligation de faire فلا يبقى سوى مطالبته بالعتل والضرر وتخفيض أتعابه. إذا حسب العلامة Gaillard ليست هناك وسيلة سوى ملاحقة المحكم بالمسؤولية ومطالبته بالعتل والضرر وتخفيض أتعابه، ولكن التحكيم سينتعل ولن يُصدر حكماً يحسم النزاع. فهذه الوسيلة لا تفضي إلى إنقاذ التحكيم. فالتحكيم يمكن أن ينتهي، بإنهاء مهلته وبتعدّل إستبدال سريع للمحكم المستقيل. فكيف ننقد التحكيم؟ هل يتابع المحكمان الباقيان التحكيم إلى نهايته؟ هل يمكن القبول بصحة الحكم التحكيمي الصادر عن هذين المحكمين؟

يجيب Gaillard أنه من المشكوك فيه التسليم بنظرية البروفسور²¹ Schwebel التي تقضي بأن يتابع المحكمان وحدهما بكل بساطة سير التحكيم، لأن القانون النموذجي الذي وضعته اليونسترال ومعظم القوانين تقضي بأن المحكم الذي يستقيل يجب إستبداله، (مع العلم أن العلامة البريطانية Veeder يختلف عن Gaillard في تفسير القانون النموذجي، إذ هو يعتبر أن القانون

17- المادة 14.

18- القانون الألماني - ألماتين 626-627 al1-al2 - B.G.B.

19- المادة 579 al - من القانون النمساوي - Z.P.O.

20- Jolidon, Commentaire du concordat Suisse sur l'arbitrage. Berne 1984 p. 321.

21- ليس البروفسور القاضي Schwebel وحده الذي طرح هذا الحل، بل معظم الفقه والفكر القانوني، ونحن في هذه التراسة نعرض لأركان هذا الفكر وكله في إتجاه فكرة القاضي Schwebel بقبول صحة الحكم التحكيمي الصادر عن محكمين إثنين تابعا التحكيم إلى نهايته بعد إستقالة تسمية من محكم معين من طرف.

النّمودجي للتّحكيم الذي وضعته اليونسترال يمكن تفسيره أنّه يجيز صحة الأحكام التّحكيمية الصّادرة عن محكمة تحكيمية مبتورة، تابعت التّحكيم إلى نهايته بعد إستقالة غير مبرّرة من أحد المحكّمين²²).

هناك إذاً خلاف. فمعظم الفقه مع المحكمة المبتورة وأقلية منه تعتبر أنّ هذا الحلّ لا يتوافق مع القوانين المرعية!

ولكنّ العلامة Gaillard يعتبر أنّه بالرغم من أنّ الباب القانوني مقفل أمام المحكمة المبتورة، فإنّ الباب يبقى مفتوحاً في كلّ القوانين أمام إتفاق الأطراف في العقد التّحكيمي على أي حلّ آخر، ومنه حلّ المحكمة المبتورة الذي إذا كان العقد التّحكيمي ينصّ عليه فهو صحيح. وهكذا فإنّ Gaillard لا يبدو متبنياً المحكمة المبتورة إلاّ إذا نصّ عليها إتفاق الطّرفين.

ومن باب الأمانة يشير Gaillard إلى أنّ القانون الهولندي في مادته 103 (قانون التّحكيم) سهل، منعاً لإضاعة الوقت، بإجازة إستئناف التّحكيم من النقطة التي وصل إليها عند إستقالة المحكّم، دون الرجوع إلى أوّل إجراءات التّحكيم من جديد.

المبحث الخامس - البروفسور Thomas Clay²³: إذا تعذّر الإستبدال فالحلّ بالمحكمة المبتورة:

يعتبر البروفسور Thomas Clay أنّه أمام إستقالة المحكّم أو إمتاعه، طرحت فكرة متابعة المحكّمين سير التّحكيم بمحكمة مبتورة لتجنّب تجميد التّحكيم، ولكن هذه الفكرة تصطدم بمبدأ مساواة الأطراف، ولكن البروفسور Clay يعود فيقول - وكأنّه يريد أن يقول وأمرنا الله - أنّه يجب إستبدال المحكّم، ولكن إذا رفض الطّرف الذي سمّى المحكّم الإستبدال أو تعذّر ذلك، إذ ذاك يمكن للمحكمة التّحكيمية المبتورة أن تتابع التّحكيم إلى نهايته، ثمّ يضيف Thomas Clay: وهذا الحلّ هو المعمول به في الوقت الحاضر.

22- Veeder التقرير الذي قدّمه إلى مؤتمر أليكا (ICCA) المجلس الدّولي للتّحكيم التّجاري في مؤتمره الذي عقد في 1990. 23- L'Arbitre - Thomas Clay- Dalloz p. 728.

المبحث السادس - المجلس الدولي للتحكيم التجاري (ICCA) أليكا - 1990: مع المحكمة المبتورة:

خُصَّصَ جزء مهم من مؤتمر المجلس الدولي للتحكيم التجاري ICCA (أليكا) الذي انعقد سنة 1990 لموضوع المحكمة التحكيمية المبتورة. ومن هذه المناقشات ولد التيار الفكري القانوني المساند للمحكمة التحكيمية المبتورة لقطع الطريق على هذه الوسيلة الجديدة المبتكرة من وسائل المماثلة والتسويق في التحكيم، والتي تفضي بالفعل إلى تعطيل التحكيم وإنهائه بدون حسم النزاع.

تحدّث القاضي Howard M. Holtzman الذي ترأس المؤتمر، فأكد أنّ إستبدال المحكم في هذه الحالة بمحكم جديد، لا يحلّ المشكلة، ولاسيما إذا كان التحكيم في مراحل متقدّمة، ففضلاً عن المهل التي تضيق، فإنّ المحكم الجديد يحتاج إلى وقت ليتمّ بالقضية، ومن ثمّ فإنّ جلسات المحاكمة يجب إعادتها من أولها. كل ذلك لا يحلّ المشكلة. في هذه المرحلة "الحلّ الوحيد العملي، كما يقول Holtzman هو أن يتابع المحكمان الباقيان إجراءات المحاكمة ويصدران الحكم التحكيمي"²⁴ في موقفه هذا كان القاضي Holtzman يُلخّص معظم التقارير القانونية المقدّمة إلى المؤتمر والتعليقات عليها والتي بيّنت أنّ المحاكم القضائية سواء محاكم القوانين المدنية أو محاكم أعراف القوانين الأنكلو أميركية تحترم الأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم تحكيمية مبتورة إذا إتفق الأطراف في العقد التحكيمي على ذلك أو أحال العقد التحكيمي إلى نظام تحكيمي يلحظ المحكمة المبتورة. وختم بالقول أنّه حتى في غياب تعبير عن إرادة الأطراف، فمن الصّعب تصوّر قضاء عصري لدولة محبّذة للتحكيم التجاري الدولي، تبطل الأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم تحكيمية مبتورة، يكون المحكم فيها قد قاطع التحكيم في مرحلة المذاكرة. ويضيف أنّ القوانين الوطنية التي تشير إلى مشاركة المحكمين الثلاثة يجب أن تعتبر أنّ حقّها قد وصلها حين تكون كلّ فرص المشاركة قد قدّمت إلى المحكمين الثلاثة.

ويقول العلامة البريطاني V. V. Veeder أنّ القانون النّمودجي للتحكيم - كما في دول أعراف القوانين الأنكلو أميركية - يعتبر أنّه حين تتوصّل أكثرية المحكمين إلى المذاكرة التي فيها ثلاثة محكمين، فإنّ إستقالة المحكم المخالف لا تمنع المحكمة التحكيمية من مواصلة المذاكرة

24- Conseil international pour l'arbitrage commercial- Congress- Series no. 5- Preventing Delay and Disruption of Arbitration sous la direction d'Albert jan Van Den Berg 1991-p. 273.

وختمها وإصدار الحكم التحكيمي في غياب هذا المحكم المستقل. ألقانون النموذجي للتحكيم كما التطبيق العملي في الولايات المتحدة يقول العلامة Veeder يجيزان للمحكمة المبتورة المتابعة إلى حين إصدار الحكم التحكيمي.

ويشير البروفسور Ivan Szasz إلى أن محكمة لندن التحكيمية الدولية لحظت وضع المحكم الذي يرفض المشاركة في تحرير الحكم التحكيمي، بعد أن تكون قد عرضت عليه المشاركة في تحريرها فامتنع، فإن المحكمين الباقيين يتابعان الإجراءات التحكيمية في غيابه. كذلك فإن سلطة المحكمة التحكيمية المبتورة معترف بها في قرار متخذ في مؤسسة القانون الدولي سنة 1989 Institut du droit international.

الفصل الرابع: مراكز التحكيم الدولي تتبنى المحكمة المبتورة وأحكامها والتيار المساند لهذا الحلّ مجمع في فقه وإجتهد أعراف القوانين، وهو يميل إلى الأرجحية في فقه وإجتهد ألقوانين المدنية:

تبنّت الهيئة الأميركية للتحكيم في نظامها الذي وضع موضع التنفيذ في 1/3/1991 المحكمة التحكيمية المبتورة وتركت للمحكمين الإثنى عشر مسؤوليّة تقرير ما إذا كانا يتابعان التحكيم أم لا، فإذا قرراً أن للإستقالة سبباً وجيهاً جرى إستبدال المحكم، أمّا في خلاف ذلك، فإنّ لهما سلطة متابعة السير بالتحكيم وإصدار حكم تحكيمي صحيح²⁵.

كذلك أقرت محكمة لندن التحكيمية المحكمة المبتورة في نظامها في حال إستقالة المحكم بدون مبرر وكرست صحة الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة المبتورة²⁶.

كذلك فعلت المنظمة الدولية للملكية الفكرية (OMPI) التي تبنى نظام مركزها التحكيمي المحكمة التحكيمية المبتورة وأحكامها في حال إستقالة المحكم²⁷ كذلك فعلت المحكمة الدائمة للتحكيم في لاهاي في نظامها الذي وضع موضع التنفيذ في 6/7/1993²⁸.

25- المادة 10 من نظام الهيئة الأميركية للتحكيم الذي وضع موضع التنفيذ في 1/3/1991.

26- مراجعة Ivan Szasz الوارد سابقاً.

27- المادة 35 من نظام OMPI.

28- المادة 13 فقرة 3 من نظام المحكمة الدائمة للتحكيم في لاهاي.

وفي مشروع التعديل على قواعد تحكيم اليونسترال بعد ثلاثين سنة من الممارسة، وضع تعديل على المادة 13 بإستبدال الفقرة الثانية التي صار نصّها كما يلي:

2- في حالة إعتبار أحد الأطراف أنّ محكّمًا قد إستقال لأسباب باطلة أو أنّه مقصّر في إداء وظائفه، يجوز له أن يلتزم من سلطة التّعيين إمّا بتبديل ذلك المحكّم أو الإذن للمحكّمين الآخرين بمواصلة التّحكيم وإتخاذ أي قرار. وإذا رأت سلطة التّعيين أنّ ظروف التّحكيم تبرّر تعيين محكّم بديل وجب عليها أن تقرّر ما إذا كانت ستطبّق الإجراء المنصوص عليه في المواد 6 إلى 9 بشأن تعيين محكّم أم أنّها ستعيّن المحكّم البديل.

فالصّورة التي تبدو اليوم هي أنّ مراكز التّحكيم الدّولية الكبرى قد تبنّت فكرة المحكمة المبتورة وإعتمدها. ونظام تحكيم غرفة التجارة الدّولية وإن لم يعتمد صراحة الفكرة، إلّا أنّ التّطبيق العملي في دعوى Milutinovic التي خضعت لنظام الـ ICC، أصدر فيها المحكّمان حكماً جزئياً وصادقت عليه محكمة التّحكيم الدائمة للـ ICC. وقد تحوّل الإجتهد الفرنسي في موقفه سنة 2005 فسلمّ بصحة الحكم التّحكيمي الصّادر عن محكّمين إذا تعدّر تعيين المحكّم الثالث، ولكنّه إشتراط أن يكون العقد التّحكيمي قد لحظ ذلك²⁹، ثمّ عادت محكمة إستئناف باريس سنة 2007 فأعطت صيغة التّنفيذ لحكم تحكيمي صادر عن محكمة مبتورة في دعوى بين شركة إنكليزيّة والدولة المصريّة³⁰ فالإجتهد الفرنسي بالنسبة إلى المحكمة المبتورة يخطو خطوة إلى الأمام ثمّ خطوة إلى الخلف.

والحدث الكبير في هذا المضمار هو تبنّي التعديلات المقترحة على قواعد تحكيم اليونسترال للمحكمة المبتورة وصحة قراراتها في حال إستقالة المحكّم التّعسفية.

في دول أعراف القوانين إعتمدت المحكمة المبتورة من قبل الإجتهد بينما إجتهد القوانين المدنيّة مازال متردّداً، ولكنّه بدأ يميل منذ سنة 2007 في حكم جديد أشرنا إليه سابقاً، إلى التّسليم بالمحكمة المبتورة وهذه الخطوة إلى الأمام تؤكّد إتجاه إجتهد القوانين المدنيّة للانضمام إلى تيار الفقه في العالم، وإلى تيار الفقه والإجتهد في دول أعراف القوانين الدّولية، ولاسيما أنّ اليونسترال قد إعتمدت الفكرة أو هي في طريقها إلى ذلك في مشروع تعديلاتها على قواعد تحكيم

29- محكمة إستئناف باريس لأغرفة الأولى المدنيّة 2005/9/8 رقم 08195-2004.no.

30- شركة ماليكوروب ضدّ الدولة المصريّة- الحكم صدر وفقاً لنظام مركز تحكيم القاهرة الذي يطبّق قواعد تحكيم اليونسترال.

اليونسترال وقد شاركت في إقرار هذه التعديلات دول القوانين المدنية في الأمم المتحدة. ولكن ماذا عن البلاد العربية؟

الموضوع لم يُطرح بعد - على حدّ علمنا- ولكنّه حين يُطرح، فإنّ الحلّول أصبحت جاهزة ولن يتخلّى ركب الإجتهد العربي عن مواكبة سير الفقه والإجتهد في العالم، ولاسيما بعد مشروع تعديلات اليونسترال على قواعد التّحكيم بعد تطبيق ثلاثين عاماً. وقد كانت الدّول العربيّة مشاركة في هذه الدّورات التي أقرّت فيها هذه التّعديلات التي تسلّم بالمحكمة التّحكيمية المبتورة وأحكامها. وهذه الدّول تبنت المحكمة التّحكيمية المبتورة لقطع الطّريق أمام هذا الإبتكار الجديد السّاعي إلى التّسوية والمماثلة في التّحكيم عن طريق تقديم المحكّم إستقالة غير مبرّرة وغير مفهومة وغير قانونيّة.

التدابير التحفظية في الخصومة التحكيمية وفقا للتشريع الجزائري

د. محمد قبايلي (جامعة بريكتة، الجزائر)
د. نبيل نويس (جامعة بريكتة، الجزائر)

ملخص:

ألسير في إجراءات الخصومة يعني بدء الإجراءات الخاصة بعملية التحكيم منذ تقديم طلب التحكيم إلى المحكمّ لحين إصدار الحكم التحكيمي، كما يعني أيضاً قيام المحكمّ أو المحكمّين بالممارسة الفعلية للمهمة الموكلة إليهم، ممّا يقتضي على المحكمّين دعوة الخصوم لإبداء إدعاءاتهم ودفوعهم وتقديم مستنداتهم وإثباتاتهم، وإتخاذ بعض التدابير اللازمة لإنجاح العملية التحكيمية، وأمام عدم تمتع المحكمّ بالسلطة التي يتمتع بها القاضي فإنّ هذه المهمة قد تعترضها بعض الصعوبات والعقبات، منها ما يستدعي سلطة الإجبار كالزامهم الخصوم القيام بإجراء معيّن أو بتنفيذ أحد قراراته، ممّا يستوجب على المحكمّ طلب تدخّل القاضي لإلزام الخصوم على إتمام الإجراء المطلوب والخضوع لقرارات هيئة التحكيم.

مقدمة:

ينهض التحكيم في المقام الأول على إرادة الخصوم وتعاونهم وحسن نواياهم، والتحكيم وسيلة للتقاضي يُراعى فيه بساطة الإجراءات وسرعتها، والهدف المرجو من التحكيم هو تلاقي إرادة الأطراف بشأن أي من الإجراءات الواجب إتخاذها من قبلهم، كما يتوقّف على مدى تعاون الأطراف لتنفيذ قرارات هيئة التحكيم دون إبطاء أو وضع عراقيل أمام هذا التنفيذ.

والتحكيم مثله مثل القضاء تتعارض فيه مصالح الخصوم وبالتالي قد يرفضون أو يماطلون في تعاونهم وإنصياعهم لقرارات وأوامر هيئة التحكيم مما يستدعي تدخل القاضي الوطني في مسائل تتطلب سلطة الإكراه والإجبار كإتخاذ التدابير الوقائية والتحفيزية.

وإذا كان الأصل في إتخاذ هذه التدابير من إختصاص قاضي الدولة فإنّ التشريعات الحديثة وتفعيلاً لنظام التحكيم منحت إتخاذ هذه التدابير أيضاً لمحكمة التحكيم ومنطقياً، إذا إتفق الخصوم صراحة في شرط التحكيم أو مشارطته على إختصاص هيئة التحكيم إتخاذ هذه التدابير أو إتفقوا ضمناً بالإحالة إلى لائحة تحكيم معيّنه تخول هيئة التحكيم إتخاذ هذه التدابير فإنه يتعين إحترام هذا الإتفاق لأنه ما دام التشريع قد أجاز للأطراف الإتفاق على عرض موضوع النزاع على التحكيم بدلاً من القاضي الوطني فمن باب أولى أجازة الإتفاق على عرض التدابير الوقائية والتحفيزية على هيئة التحكيم. فما هو المقصود بالتدابير الوقائية والإجراءات التحفيزية؟ (المحور الأول) والشروط المطلوبة لتدخل القاضي فيها؟ (المحور الثاني) والإجراءات المتبعة في ذلك؟ (المحور الثالث).

المحور الأول: مفهوم التدابير التحفيزية والوقائية:

قصد توضيح مفهوم التدابير التحفيزية والوقائية يتوجب علينا التطرق إلى تعريفها وبيان مميزاتها (أولاً) ثم مدى إختصاص القاضي الوطني بإتخاذها (ثانياً).

أولاً- تعريف التدابير الوقائية أو التحفيزية:

عرفت محكمة العدل للمجموعة الأوروبية أنّ التدابير الوقائية والتحفيزية هي التدابير المخصصة للمحافظة على مركز واقعي أو قانوني يهدف لحماية الحقوق المطلوب الإعتراف بها من قاضي الموضوع الذي يفصل في النزاع.

في الكثير من الأحيان يُستخدم تعبير "التدابير المؤقتة والتحفيزية" كما جاء في التعريف السابق على أساس أنهما مترادفان في حين أنّ لكلّ منهما معنى ومدلولاً خاصاً، وهذا رغم أنهما يهدفان إلى ضمان حماية الحقوق والمراكز القانونية أثناء سير الدعوى ولا يمسّان موضوع النزاع وتكون على وجه السرعة وتنتهي إمّا بزوال الخطر تلقائياً وإمّا بواسطة أعمال الحماية الموضوعية.¹

1- أبو العلا علي أبو العلا النمر، أنظام القانوني للتدابير الوقائية والتحفيزية في مجال التحكيم، دار النشر الإلكتروني،

ص 16. www.kotobarabia.com

وقد ميّز الفقه بين التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية كون التدابير الوقائية تتميز بأنها تُشعب حاجة بصفة أنية فهي عبارة عن حماية بديلة تحلّ مؤقتاً محلّ الحماية القضائية والتنفيذية العادية، ومثالها النفقة أو التعويض المؤقت الذي يطلبه أحد أطراف خصومة التحكيم أثناء سير الإجراءات حتى يتمّ الفصل نهائياً في طلب التعويض، وهذه التدابير لا ترمي إلى الحصول على حكم حاسم في الخصومة، ونستخلص من هذا أنّ الدّعى الوقائية مستقلة في شروطها عن شروط الدّعى الموضوعية بالإضافة إلى أنّ الحكم الصادر في التدبير الوقائي لا يحوز حجّية أمام القاضي عند الفصل النهائي في الدّعى²، ومعناه أنّه إذا طلب أحد طرفي الخصومة من هيئة التحكيم تعويض مؤقت قبل الفصل في الموضوع، واستجابت الهيئة لهذا الطلب وحكمت له بمبلغ التعويض المؤقت فلا يعنى ذلك أنّ هذا الطرف هو صاحب الحقّ ولكن يمكن القول إنّه قد توافرت الشّروط المطلوبة لحمايته بصفة مؤقتة- وفقاً لنظام التدابير المؤقتة- ومن ثمّ يمكن أن يأتي الحكم النهائي لصالح الطرف الآخر، وهذا هو المعنى المقصود من القول أنّ الحكم الصادر في التدابير المؤقتة لا يحوز حجّية أمام القاضي عند الفصل النهائي في الدّعى.

أمّا التدابير التحفظية فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لزمانه في المستقبل، فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يفصل في موضوع النزاع، ومثال على ذلك الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين خشية زواله عند ثبوت الحق وصحة الحجز بالحصول على السند التنفيذي الذي يمكنه من إستيفاء حقّه طواعية أو جبراً.

وقد يؤدّي الإهمال في إتخاذ هذه التدابير أو تنفيذها إلى ضياع الحقوق المتنازع حولها ومن ثمّ إستحالة تنفيذ الحكم في حدّ ذاته³.

وعموماً تتميز التدابير سواء كانت تحفظية أو وقائية بما يلي⁴:

- أنّها ذات طبيعة وقائية تنتهي بزوال الخطر المُحدق بالحقّ أو بصدور حكم نهائي في موضوع الخصومة.

2- Noureddine TERKI, l'Arbitrage Commercial International en Algérie, ENAG -Reghaia-Algérie, 2014, P 143.

3- راغب وجدي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقائي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية الصادرة عن جامعة عين شمس، 1973، ص 198.

- ألسهوري مهّد أحمد، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمّان، الطبعة الأولى، 2005، ص 103.

4- أمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 93.

- أنها ذات طبيعة تبعية أي لا يُتصور وجودها إلا إذا كان هناك نزاع أصلي ناشئ أو محتمل النشوء متفق بشأنه على التحكيم.

- أهدف من هذه التدابير هو ضمان وجود الحق لتنفيذ الحكم بعد صدوره، وقد يكون لتجنب ضرر داهم وحال لا يمكن جبره في المستقبل.

ويرى الفقه الفرنسي أن هذه الإجراءات سواء كانت تحفظية أو وقتية تدخل تحت إطار طائفة القوانين المسماة قوانين البوليس والأمن المدني والتي تهدف إلى حماية الأشخاص والممتلكات وينطبق بشأنها القانون الوطني وحده جالباً معه إختصاص المحاكم الوطنية بإتخاذ هذه الإجراءات⁵.

ثانياً - مدى إختصاص القاضي الوطني بإتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية:

إن التدابير الوقتية والتحفظية يختص بها على سبيل الإستثناء القاضي الوطني في مرحلة ما قبل تشكيل وإنعقاد المحكمة التحكيمية، إلا أن الأمر بعد مرحلة تشكيل هيئة التحكيم وسير الإجراءات أثار إختلافاً وجداً فقهيّاً إنقسم إلى ثلاثة إتجاهات:

الإتجاه الأول: الإختصاص الإستثنائي للقاضي الوطني:

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن الأثر السلبي للإتفاق على التحكيم لا يشمل إلا الإختصاص بنظر أصل النزاع، ولا يشمل غير ذلك من الإجراءات العارضة أو التبعية ومنها التدابير الوقتية والإجراءات التحفظية والتنفيذية، وخاصة منها ألحجز الإحتياطي والتحفطي⁶.

ويستند أصحاب هذا الإتجاه إلى ما يأتي:

- الأساس الإتفاقي للعقدي للتحكيم الذي له أثر نسبي، ولا ينال من المسائل التي لها إتصال بالنظام العام مثل الإجراءات الوقتية والتحفظية.

5- عكاشة محمد عبد العال، هشام صادق، ألقانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 26.

6- أحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، دراسة علمية مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص 510.

- سلطة المحكم الناتجة عن الإتفاق العقدي تجعله فاقداً لقوة الإكراه والإجبار التي يتمتع بها القاضي مما يجعل قراراته وتدابيره عرضة لعدم التنفيذ، كما أن للقاضي دراية ومعرفة بالقانون والخبرة في تطبيقه.

- إن الطابع الغير مستقر لإنعقاد جلسات التحكيم خاصة الدولية منها لا تتلاءم مع الطابع الإستعجالي لإتخاذ هذه التدابير هذا في مرحلة السير في الإجراءات أما في حالة مرحلة ما قبل تشكيل هيئة التحكيم فلا يتصور طلب إتخاذ تدبير تحفظي من محكمة لم تتعد بعد⁷.

وبالرغم من كل هذه الأسانيد والحجج جاء قرار محكمة ألتحكيم العليا الجزائرية رقم 404566 مخالفاً تماماً لمبدأ إختصاص القاضي الوطني في تثبيت الحجز ولو كان هناك شرط تحكيمي، حيث ذهب القرار بعيداً في تمسكه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث أنه في الوقت الذي عابت الطاعنة بالنقض على قضاة الموضوع للمحكمة والمجلس القضائي رفض طلبها المتعلق بتثبيت حجز تحفظي على مال مدينها لوجود إتفاق تحكيم وهو، حسبها، من إختصاص القاضي الوطني دون غيره، إلا أن المحكمة العليا أصرت على منح الإختصاص للمحكم دون القاضي على أساس المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين" على إعتبار أن الطرفين إتفقا على اللجوء إلى التحكيم في حل الخلافات ألتناجمة عن تنفيذ العقد حسب ما نص عليه البند 11 من العقد⁸.

الإتجاه الثاني: إنعقاد الإختصاص للمحكم:

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى عكس ما يذهب إليه الإتجاه الأول حيث يرون أن الإختصاص بنظر الإجراءات التحفظية والوقائية هي مسألة تدخل في إطار إتفاق التحكيم ويختص بها المحكم وحده دون سواه⁹.

7- ألحسين السالمي، المرجع نفسه، ص 510.

- حفيظة السيد ألداد، مدى إختصاص القضاء الوطني بإتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الدولية المنقوش بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1996، ص 17.

8- أنظر قرار المحكمة العليا، ألتعريف التجارية والبحرية، رقم الملف، 404566 بتاريخ 2008/1/16، مجلة ألتحكيم، 2009، ألتعدد الرابع، ص 255.

9- عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، عمان، 2009، ص 118.

ويستند أصحاب هذا الإتجاه إلى ما يلي:

- إن حرية الإرادة في اللجوء إلى طلب التحكيم يترتب عنها الأثر السلبي لإتفاقية التحكيم الذي يمنع القضاء من نظر الخصومة بما فيها إتخاذ التدابير الوقئية والتحفطية خاصة إذا نصت الإتفاقية صراحة على هذا المنع.

- إن هيئة التحكيم بما يتوافر لها من معطيات ومستندات ووثائق أقدر على تقدير ملاءمة إتخاذ مثل هذه التدابير.

- بما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع فالأولى أنها هي من يقوم بإتخاذ مثل هذه الوسائل والتي لا تمس بأصل الموضوع¹⁰.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الرأي في بعض قراراتها فقد قضت على سبيل المثال بأنه لا يجوز للدائن بعد تشكيل محكمة التحكيم اللجوء إلى القضاء طلباً لتعويض وقتي، وإنما تملك هيئة التحكيم وحدها الفصل في هذا الطلب.

وقد تمّ تبني هذا الموقف من قبل اللجنة المعنية بشؤون التحكيم التجاري الدولي لغرفة التجارة الدولية بباريس وأدرج في اللائحة الحادية عشرة ودخل حيز النفاذ عام 1932.

إلا أنه بعد أربع سنوات من التطبيق تمّ التراجع عن هذا الإتجاه نظراً لثبوت حقيقة مفادها أن إتفاق التحكيم لئن يؤدي إلى إعتبار أن القاضي الوطني غير مختص بالفصل في الموضوع إلا أنه لا ينال من الإختصاص الثابت لقاضي الدولة في إتخاذ الإجراءات الوقئية التي ثبتت بالتجربة عجز نظام التحكيم عن إتخاذها وعن تنفيذها.

الإتجاه الثالث: الإختصاص المشترك بين القاضي الوطني والمحكم:

أخذ أصحاب هذا الرأي إتجهاً وسطاً بين الإتجاهين السابقين، بمعنى أن الإختصاص في إتخاذ التدابير الوقئية والإجراءات التحفطية لا يمكن أن يكون إحصائياً، ولا يمكن أن يستأثر به نظام على آخر، وإنما يبقى مفتوحاً عليهما معاً.

وإذ كانت بعض القوانين الوطنية قد أعطت الإختصاص الحصري بإتخاذ هذه التدابير إلى القاضي الوطني على غرار القانون الإيطالي في المادة 818 من قانون المرافعات والقانون

10- أمال يدر، المرجع السابق، ص 91.

الألماني في المادة 1036 والقانون اليوناني في المادة 685، فإنّ غالبية التّشريعات الحديثة أقرت بالإختصاص المشترك للنّظامين كما هو الحال في القانون الهولندي في المادة 1022 مرافعات والقانون السويدي في المادة 183 والقانون المصري في المادة 24 مرافعات.

وهو أيضاً ما تبناه المشرّع الجزائري في المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، فالفقرة الأولى من هذه المادة نصّت على أنّه "يمكن لمحكمة التّحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناءً على طلب أحد الأطراف، ما لم ينصّ إتفاق التّحكيم على خلاف ذلك".

ويستفاد من هذه الفقرة أنّ المشرّع الجزائري وإن كان قد منح لهيئة التّحكيم صلاحية إتخاذ التّدابير المؤقتة والتّحفظية إذا اقتضت طبيعة النزاع ذلك، إلّا أنّه قيدها بضرورة تقديم طلب من أحد الأطراف، ممّا يوضح صراحةً على أنّ هيئة التّحكيم لا يمكن أن تقوم بهذا الإجراء من تلقاء نفسها.

أمّا القيد الثّاني فهو أن لا يتضمّن إتفاق التّحكيم ما يمنع صراحةً هذه الهيئة من القيام بذلك، وبمعنى المخالفة إذا تضمّن الإتفاق على عدم إعطاء صلاحية إتخاذ التّدابير الوقائية والتّحفظية لمحكمة التّحكيم فإنّ القاضي الوطني هو من يتدخل في إتخاذها.

أمّا الفقرة الثّانية من نفس المادة فقد نصّت على أنّه "إذا لم يقرّ الطرف المعني بتنفيذ هذا التّدابير إرادياً جاز لمحكمة التّحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبّق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"¹¹.

ويتّضح من هذه الفقرة أنّه عندما تتخذ هيئة التّحكيم تدبيراً ما وقابله الطرف الذي صدر في حقّه بالإمتناع فإنّه يمكن لمحكمة التّحكيم أن تلجأ إلى القاضي الوطني بما يملكه من سلطة إكراه وإجبار والتي تتمثّل في تسخير القوّة العموميّة لإلزام هذا الطرف بتنفيذ ما أمر به¹².

وهنا يظهر بوضوح أدور المساعد والإحتياطي للقاضي الوطني لهيئة التّحكيم، كما يظهر جلياً أدور المشترك بين هيئة التّحكيم والقاضي الوطني في مجال إتخاذ التّدابير الوقائية والإجراءات التّحفظية.

11- نبيل صقر، أלוيسيت في شرح قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة 09/08، دار الهدى - عين مليلة - الجزائر، 2008، ص 570.

12- ROSA (José Carlos Fernandez, le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international, journal du droit interntional, N° 01 ,1983p 165.

المحور الثاني: شروط تدخّل القاضي في إتّخاذ التّدابير المؤقتة والتحفظية:

كما سبق الإشارة إليه يكون تدخّل القاضي بالمساعدة على إتّخاذ وتنفيذ التّدابير الوقائية والإجراءات التحفظية في خصومة التّحكيم التجاري حصرياً وإستثنائياً في مرحلة ما قبل تشكيل محكمة التّحكيم إلاّ أنّه بعد إنعقاد هذه المحكمة فالأصل هو الرّجوع إليها عندما تنصّ إتفاقيّة التّحكيم صراحةً على ذلك، إلاّ أنّه متى تبيّن أنّها لا تستطيع إتّخاذ التّدابير اللاّزمة بالسرعة الكافية لحفظ حقوق الخصوم لإفتقارها عنصر الإلزام والإلزام، أو لأي سبب جديّ آخر، فهنا يجوز للقاضي التّدخّل متى توافرت مجموعة من الشّروط تتمثّل في الطّابع الإستعجالي للتّدبير وعدم مساسه بأصل الحقّ وكذلك رجحان وجود الحقّ وأن يكون التّدبير المراد إتّخاذها واجب التّنفيد في دولة القاضي المطلوب منه إصدار التّدبير¹³.

ونتطرّق لهذه الشّروط على النحو التّالي:

أولاً- شرط الإستعجال:

يصعب تعريف وتقدير حالة الإستعجال فالبعض يرى أنّ الإستعجال هو الخطر الحقيقي المحقق بالحق الذي نريد المحافظة عليه، والذي يجب درؤه بسرعة، وهناك من يرى أنّ الإستعجال تنطّبه الضرورة والسرعة، وفي كلّ الأحوال فإنّ المواد التي ينعقد فيها الإختصاص للقاضي الوطني للفصل فيها كثيرة، فمثلاً قد يكون سبب تدخّل القاضي هو خشية زوال آثار أو معالم الواقعة المطلوب إثباتها أو معاينتها أو درء خطر داهم.

وفي بعض الأحيان قد لا يرقى الأمر إلى خطر محقق، بل مجرد المحافظة على حقوق ثابتة بات صونها بصفة مستعجلة ضرورياً، وفي البعض الآخر جميع الحالات التي يكون فيها من المستحيل الوصول في الوقت المناسب إلى حلّ للمنازعة بإتّباع الإجراءات العادية، وبالتالي حدوث ضرر لمصالح الخصوم إذا ما إنتظروا حتى صدور الحكم.

ولقد نظمّ المشرّع الجزائري دعاوى الإستعجال في المواد من 299 إلى 305 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويلاحظ أنّ الخشية أو الخوف من فوات الوقت في حالات

13- أبو العلا علي أبو العلا النمر، المرجع السابق، ص 17-18.

الإستعجال القصوى جعلت المشرّع في نصّ المادة 302 ق أ م إ، يجيز تقديم طلب الإستعجال والفصل فيه خارج ساعات وأيام العمل، وتنفيذ الأمر الصادر فيه.

لذا يعدّ توافر هذا الشرط ضروري سواء بالنسبة للقاضي أو لهيئة التحكيم، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه على القضاة البحث عن وجود عنصر الإستعجال، وبأنه من المقرر قانوناً أنّ الحراسة القضائية تجوز على الأموال المشتركة في حالة شغور أو قيام نزاع بين الشركاء إذا ما تبين أنّ الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ حقوق ذوي الشأن¹⁴.

ثانياً- شرط عدم المساس بأصل الحق:

يُعنى بأصل الحق أنه كل ما يتعلّق به وجوداً وهدماً بما في ذلك ما يمسّ صحته أو يؤثّر في كيانه أو يعدّل فيه أو في آثاره التي رتبها له القانون أو التي قصدتها المتخاصمون، فلا يجوز للقاضي إن رفعت دعوى أمامه أن يتناول هذه الحقوق سواء تفسيراً أو تأويلاً يمسّ موضوع الخصومة كما لا يجوز له أن يعدّل أو يغيّر من المراكز القانونية للمتخاصمين ولا يجوز أيضاً أن يُدلي برأيه بصحة أو بعدم صحة المستندات والوثائق المقدّمة إليه.

والمساس بأصل الحق يجعل التدبير المؤقت حكماً قطعياً وليس وقتياً، أي يفصل في جزء من موضوع الخصام وهو أمر غير جائز في هذه المرحلة، فمثلاً حين يؤمّر القاضي بإجراء بوقف الأشغال مثلاً عليه أن يتجنّب إثبات حق الملكية المدّعي أو نفيه على الطرف الآخر، لأنّ ذلك يخرج عن سلطته وصلاحيّاته.¹⁵

وقد أشار المشرّع الجزائري إلى هذا الشرط في المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصّت على أنه لا يجب أن يمسّ التدبير الإستعجالي أصل الحق، وبمعنى المخالفة أنه إذا كان التدبير المراد إتخاذه لا يمسّ بأصل الحقّ فليس هناك ما يمنع القاضي من التصدّي له.

14- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، الملف رقم 36982، بتاريخ 1985/06/29، ألمجلة القضائية، 1989، العدد الثالث، ص 97.

15- محمد عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار الطباعة الجديدة، القاهرة، الجزء الأول، ط1، 1995، ص298.

وهو أيضاً موقف المحكمة العليا في قرارها بين مؤسسة "كروزلوار" وشركة "الشمال الأفريقي" للأشغال العمومية والبناء" والذي جاء فيه: "متى كان من المقرر قانوناً أنه عندما يقتضي البت في تدبير مؤقت أو تحفظي فإن الطلب يُرفع بعريضة إلى رئيس الجهة القضائية للدرجة الأولى المختصة نوعياً بموضوع الدعوى.

ومن المقرر كذلك أن الأوامر التي تصدر في المواد الإستعجالية لا تمس أصل الحق ومن ثم فإن القضاء برفض دعوى تعيين خبير لإجراء جرد حضور يبين الأطراف لإحصاء الخدمات المنجزة من اليد العاملة ومواد البناء المستهلكة وكذا العتاد المستعمل يُعدّ إساءة في تطبيق القانون، فإذا كان من الثابت في قضية الحال أن بند التحكيم ملزم للطرفين، ويكون هذا التدبير ضمن موضوع إتفاق التحكيم ويضرّ بحقوق الطرفين فإن هؤلاء القضاة بفصلهم في الدعوى بعدم الإختصاص في تعيين خبير أساءوا تطبيق القانون ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار¹⁶.

ثالثاً- شرط رجحان وجود الحق:

من الشروط الجوهرية لإتخاذ التدابير الوقائية أو الإجراءات التحفظية رجحان وجود الحق، وحتى يمكن للقاضي أو المحكم التوصل إلى هذا المفهوم ينبغي عليه النظر في الوثائق والمستندات والإثباتات المقدمة إليه من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير، وليس معنى هذا أنه على القاضي أن يبحث بحثاً وافياً يهدف من ورائه التوصل إلى وجود الحق الموضوعي للنزاع أو عدم وجوده، وإنما بحثاً سطحياً عرضياً من خلاله يُستدل على احتمال وجود هذا الحق أو أنه لا يوجد هذا الاحتمال.

فإذا لم يتبين للقاضي من خلال إطلاعه على ما قُدم له من وثائق ومستندات لا يكفي في ظاهره للدلالة على احتمال وجود الحق الموضوعي وأن هذا الوجود محل نزاع جدّي، ومتى كان هذا الوجود للإحتمال غير ظاهر إعتبر شرط رجحان وجود الحق غير قائم، ويجب أن يراعي القاضي ما يأتي:

- أن تقدير مسألة رجحان وجود الحق في حالة طلب التدبير الوقائي من هيئة التحكيم يتم وفقاً للقانون الذي يحكم إجراءات التحكيم وهذا القانون قد يكون أجنبيّاً وفقاً

16- قرار المحكمة العليا، رقم 34776 بتاريخ 1985/03/23، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1989.

لما تمّ الإتّفاق عليه بين أطراف الخصومة بصدد القانون الواجب التّطبيق على النزاع.

- ولكن إذا كان التّدبير الوقتي أو الإجراء التّحفظي مطلوباً من قضاء الدّولة فإنّ القاضي يقدر هذا الشرط وفقاً لقانون القاضي.

رابعاً- أن يكون التّدبير المطلوب واجب التنفيذ في دولة القاضي:

يرى جانب من الفقه أنّ طلب إتّخاذ التّدابير الوقتية والإجراءات التّحفظية من أحد أطراف النزاع يقدّم إلى القاضي الوطني للدّولة مكان إنعقاد التّحكيم التجاري الدّولي على إقليمها، لكن على الرغم من سداة هذه الفكرة ووجاهتها إلّا أنّها غير كافية وناقصة، لأنّه بالإمكان أن ينعقد الإختصاص لقاضي دولة أخرى وحتى ولو لم تتعقد أيّ جلسة لهيئة التّحكيم على إقليمها ومثال ذلك إذا كانت بعض الأموال محلّ التّدبير توجد على أراضي هذه الدّولة ومنه ينعقد الإختصاص إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التّحكيم أو محكمة مكان المدعى عليه أو مكان الأموال المراد إتّخاذ الإجراءات التّحفظية بشأنها.

وبالتالي لا يكون لمحاكم الدّولة التي ينعقد التّحكيم على إقليمها الإختصاص الملائم لإتّخاذ هذه الإجراءات، لذلك فإنّ الفقه يتّجه إلى الأخذ بالرّأيين معاً حتى وإن كان تطبيقهما مختلف فيه لدى الإجتهد القضائي الدّولي¹⁷.

المحور الثالث- إجراءات تدخّل القاضي الوطني في إتّخاذ التّدابير الوقتية:

إنّ الإختصاص المشترك بين محكمة التّحكيم والقاضي الوطني في مجال إتّخاذ التّدابير الوقتية والإجراءات التّحفظية يجب أن لا يودّي إلى وجود صراع أو تنافس بين المحكم والقاضي في شأن إتّخاذ إجراء معيّن، فلو طُلب هذا الإجراء من إحدى الجهتين أولاً، يجب على الجهة الأخرى أن تمتنع عن نظره لتجنّب حصول نوع من التّنازع الإيجابي في الإختصاص وعدم وقوع إختلاف بين الأوامر التي قد تصدر بشأن إجراء واحد.

17- فوزي محمد سامي، التّحكيم التجاري الدّولي، دار الثقافة، عمّان، طبعة 2008.1، ص 283.

وللوقوف على إجراءات تدخّل القاضي في إتّخاذ التدابير الوقتية والتحفظية يتعيّن علينا توضيح كيفية تقديم طلب التدبير (أولاً) القاضي المختصّ بإتّخاذ التدبير (ثانياً) تقديم ضمانات بشأن التدبير (ثالثاً).

أولاً- كيفية تقديم طلب التدبير:

ويتمّ اللّجوء إلى القاضي المختصّ من قِبَل الأطراف معاً أو من الطّرف الذي يهّمه التّعجيل مباشرة إذا لم يُنصّوا في إتّفاقية التّحكيم على إختصاص هيئة التّحكيم بهذه التدابير، أمّا إذا نصّت إتّفاقية التّحكيم على خلاف ذلك، أي أنّ الخصوم أجازوا لهيئة التّحكيم إتّخاذ هذه التدابير فهنا توجّب عليهم أخذ ترخيص من هذه الأخيرة قبل رفع الطّلب أمام القاضي وهذا بموجب عريضة من دون تكليف للطّرف الآخر بالحضور أو سماعه.

كما خول المشرّع أيضاً لهيئة التّحكيم صلاحية إصدار هذه التدابير وطلب المساعدة من القاضي الوطني بشأن تنفيذها في حالة عدم إستجابة الطّرف الصّادرة في حقّه، ويكون ذلك أيضاً بموجب عريضة وفقاً لما جاء في صلب المادّة 1048 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة¹⁸.

ثانياً- ألقاضي المختصّ بإتّخاذ التدبير:

إنّ المشرّع الجزائري من خلال المادّة 1046 من ق أ م إ، لم يحدّد صراحةً المحكمة المختصة بإتّخاذ هذه التدابير، إلّا أنّه بالرّجوع إلى القواعد العامّة، وتحديدًا إلى نصّ المادّة 299 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة نجد أنّها نصّت على إنعقاد الإختصاص للمحكمة الواقع في دائرة إختصاصها الإجراء أو التدبير المطلوب، وهذا ما لم يتّفق الأطراف في إتّفاقية التّحكيم على محكمة معيّنة، هذا بالنسبة للإختصاص الإقليمي أمّا الإختصاص النّوعي فينعتد لرئيس المحكمة بإعتباره قاضي إستعجال، هذا الإختصاص يمكن سحبه على التّحكيم الدّاخلي، لكن هل يمكن سحب هذا الإختصاص على التدابير الوقتية في الخصومة التحكيمية الدولية؟

18- أنظر نصّ المادّة 1048 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

إنطلاقاً من مبدأ أن يكون القاضي والمحكمة المختصة بالمساعدة في المسائل التي يحيلها التحكيم إلى القضاء واحدة وذلك لتوحيد المبادئ القضائية من جهة وعدم تشتت جهات التقاضي من جهة أخرى.

وقياساً على المادتين 1041 و1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقةتين بإجراءات تعيين المحكمين في التحكيم الدولي فإن تحديد الاختصاص في إتخاذ التدابير الوقائية والإجراءات التحفظية يستوجب التمييز بين حالتين تبعاً لمكان انعقاد الخصومة، أي إذا كان التحكيم ينعقد في الجزائر أو خارجه.

- إذا كان التحكيم يجري بالجزائر:

إن طلب إتخاذ أي تدبير وقائي أو إجراء تحفظي سواء من قبل الطرف المتضرر أو من قبل هيئة التحكيم يُرفع أمام رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إن كان محدداً في إتفاقية التحكيم، أما في حالة عدم تحديد مكان التحكيم في الإتفاقية فإن الإختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرتها مكان تنفيذ هذا التدبير، ويرفع هذا الطلب بموجب عريضة¹⁹.

- إذا كان التحكيم يجري في الخارج:

إذا كان التحكيم الدولي يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر فإن الإختصاص يؤول لرئيس محكمة الجزائر، ما لم يتفق الأطراف على تحديد الإختصاص لمحكمة معينة، ويقدم هذا الطلب وفق الإجراءات المعتادة لإصدار الأوامر على عرائض.

وللقاضي السلطة الكاملة في تقدير طلب إتخاذ أمر على عريضة فيجوز له بعد النظر في الملف والمستندات والأدلة المرفقة بالطلب قبول الطلب أو رفضه كلياً أو جزئياً وهو غير ملزم بتسبيب حكمه إلا إذا صدر مخالفاً لأمر سابق له في ذات الموضوع، فعندئذ يستوجب عليه ذكر الأسباب التي إعتد عليها في إتخاذ الأمر الجديد.

19- سايح سنوقه، قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصاً وتعليقاً - شرحاً وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، ط1، 2010، ص 1221.

ويجب على القاضي أن يفصل في الطلب الإستعجالي المرفوع أمامه في أسرع وقت ممكن وفقاً للفقرة الأخيرة للمادة 299 من ق أ م إ.²⁰

والأمر الصادر بشأن التدبير (باعتباره إجراءً وقتياً) أمر مؤقت ذو حجية مؤقتة لا يلزم لا القاضي ولا المحكم عند تصديده للفصل في موضوع النزاع.

وإذا ما اعتبرنا أن الأوامر الصادرة بشأن التدابير الوقائية والتحفّضية من الأحكام التحضيرية فيمكن للأطراف إستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في مدة أقصاها خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الرّفص وفق ما جاء في نصّ المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثاً- تقديم الضمانات بشأن التدبير:

نظراً لكون التدابير المؤقتة والتحفّضية كثيراً ما يُراد بها المماثلة أو التأثير على الخصم، كما أنها تتطلب نفقات كبيرة لتنفيذها وقد تلحق أضراراً مادية ومعنوية للطرف الذي صدرت في حقّه، لذا يجوز للقاضي أن يطلب من طالب التدبير ضمانات كافية سواء كانت ضمانات شخصية كتقديم كفيل يشترط فيه أن يكون موسراً ومقتدراً، أو كانت ضمانات نقدية، ولا بدّ أن تكون هذه الكفالة ملائمة وتغطّي الأضرار التي قد ينكبّها المنفذ ضدّه التدبير.²¹

وهذا الإجراء نصّ عليه القانون النموذجي للتحكيم في المادة 17 منه والعديد من التشريعات الوطنية على غرار التشريع المصري في المادة 24 من قانون التحكيم والتّشريع الأردني في المادة 23.²²

وقد أشار المشرّع الجزائري إلى موضوع الكفالة في الفقرة الثالثة من المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي جاءت كما يلي "يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفّضية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

20- تنصّ الفقرة الأخيرة للمادة 299 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه "يجب الفصل في الدعاوى الإستعجالية في أقرب الآجال".

21- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 2002، ص 431.

22- أنظر أحكام المادة 24 من قانون التحكيم المصري.

الخاتمة:

إنّ من أهمّ متطلّبات تحقيق فاعليّة التّحكيم التجاري هو الحدّ من وصاية محاكم الدّولة على عمل هيئة التّحكيم إلّا أنّ هذه الأخيرة لا تتمتع في الغالب بسلطة الأمر وقوّة الزجر لكون سلطاتها تنحصر فيما يقرّره لها أطراف الخصومة وفي حدود ما يسمح به القانون، وقد تعترضها بعض الصّعوبات مثل إصدار وتنفيذ التدابير المؤقتة والتحفّظية ممّا يستوجب تدخّل قاضي الدّولة لتنفيذها.

التحكيم في المجال الضريبي

أستاذة خولة الزتايقي¹ (ليبيا)

تمثل الجباية مصدراً هاماً ومورداً رئيسياً لإثراء خزينة الدولة في مواجهة متطلبات التنمية مع إزدياد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي والاجتماعي، وما يتطلبه من نفقات خاصة، خاصة في الدول التي تفتقر لموارد أخرى كافية من شأنها أن تساعد على تحقيق الأهداف التنموية المرسومة². كما تعتبر الجباية أداة كلاسيكية لتدخل الدولة في الاقتصاد. وهي تقوم على جمع الأموال لتمويل إحتياجات الدول والمجتمعات، حيث تقوم الدولة بإقتطاع مبلغاً مالياً إجبارياً من الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين عن طريق السلطة العامة، ويستمد الطابع الوجوبي لتوظيف الأداء أساساً من التشريعات الوطنية المحلية³، وبالتالي تعتبر الجباية جزءاً لا يتجزأ من سيادة الدولة⁴ لما لها من مساس بسيادة الدولة وبمصالحها، وهي أهم مصدر لتمويل أنشطة الدولة.

وقد جرت العادة على تسوية المنازعات المتعلقة بالضرائب أمام المحاكم الوطنية للدولة ذات السيادة. ولا يمكن أن نستغرب ذلك، حيث تسعى المحاكم الوطنية لأن يكون الإختصاص القضائي حصري لها، مثال ذلك المشرع الفرنسي الذي يمنح الإختصاص لمحاكم الدولة⁵،

1- مساعدة رئيس مجلس إدارة- ألمركز الليبي للتحكيم التجاري الدولي.

2- خولة الزتايقي، نزاعات الإستخلاص، تونس 2015، ص 1.

3- نفس المصدر السابق.

4- S. Manciaux, «Changement de législation fiscale et arbitrage international», Revue de l'arbitrage, 2001, n°2, p.318.

5- ينص المشرع الفرنسي في المادة 2060 من القانون المدني على ما يأتي: "لا يمكننا التنازل عن [...] بشأن المنازعات التي تنطوي على السلطات العامة والمؤسسات العامة وبشكل أعم في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام". وبالتالي، يتم إستبعاد التحكيم تماماً في المسائل الضريبية في القانون الفرنسي، ويختص إختصاص هذا النوع من النزاع بالولاية القضائية للدولة.

وبالتالي يُستبعد اللجوء لأي وسيلة أخرى لفضّ النزاع على غرار التحكيم، الذي يُعتبر طريقةً خاصةً لفصل بعض أصناف النزاعات من هيئة تحكيم، يُسند إليها الأطراف مهمة البتّ فيها بموجب إتفاق تحكيم. كذلك هو الأمر في مجلة التحكيم التونسية أو إن صحّ القول مع المشرع التونسي، حيث أنّ مجلة التحكيم التونسية لم تتطرق للجباية ولم تُشير إليها حتى مجرد الإشارة.

إلاّ أنّه وبالتعمق في هذا المجال، خاصةً مع تطوّر الإقتصاد وقوانين الإستثمار، نجد أنّه في بعض الحالات يمكن أن يشمل التحكيم المادة الجبائية، وخاصةً النزاعات الجبائية. وهنا يمكن أن نقول أنّ السؤال الحقيقي يكمن في مدى تدخل التحكيم في النزاع الجبائي، في ظلّ تشريعات تمنع التداخل بينهما؟

تونس: المبدأ: عدم جواز التحكيم في النزاعات الجبائية:

مرّ التحكيم بسلسلة من المراحل المختلفة التي يمكن أن نذكرها تباعاً⁶:

- إهمال تامّ للتحكيم صلب مجلة المرافعات المدنية الصادرة بمقتضى الأمر العلي المؤرخ في 24 ديسمبر 1910⁷.

- صدور مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون عدد 130 لسنة 1959، ألغى مجلة المرافعات وأدرج التحكيم لكن بصفة خجولة⁸.

- صدور مجلة التحكيم في 26 أفريل 1993.

L'article 2060 du Code civil français dispose que : « On ne peut compromettre [...] sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières intéressant l'ordre public ».

6- أحمد الورفلي "التحكيم والجباية" - ص 11 وما يليه.

7- يرى بعض شراح القانون، أنّ سبب السكوت عن إدراج التحكيم صلب مجلة المرافعات المدنية هو رفض المشرع لمؤسسة التحكيم.

8- منع التحكيم في المسائل التي تهّم النظام العام والنزاعات المتعلقة بالجنسية والنزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح والمسائل التي لا يجب فيها عرض ملف القضية على النيابة العمومية عدا ما استثناه القانون، كما منعت التحكيم في المعاملات المدنية، وقصرت على المعاملات التجارية.

نصت المادة 7 من مجلة التحكيم التونسية⁹ على عدم جواز التحكيم في العديد من المسائل أولها المتعلقة بالنظام العام. ومن أول وهلة يبدو لنا أن الجباية لا تخضع ولا يمكن اللجوء في حالة النزاع فيها إلى التحكيم، على اعتبار أنها تهم النظام العام¹⁰، وبالتالي فإنه لا يمكن اللجوء للتحكيم في النزاعات ذات الصبغة الجبائية، مثل ما هو الحال في جل التشريعات في العالم، هذا المنع تعرض للإنتقاد الشديد من قبل عدد هام من الفقهاء، معتبرين أن رفض إجازة التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام من شأنه "خق التحكيم وتكريس إطلاقية سلطة قضاء الدولة بما يشجع على عدم مراعاة مصالح الأفراد والإقتصار على مراعاة مصالح الدولة، مما يسهم في تعميق الهوة بين النظام القانوني المكرس وإحتياجات التجارة الدولية المعاصرة"¹¹.

منع اللجوء إلى التحكيم في المادة الجبائية لم يقف عند التشريع الداخلي، بل وصل للإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري والتي صادقت عليها تونس، مع توسيع مجال قابلية النزاعات للتحكيم بتلبيين مفهوم النظام العام أو سحب قابلية التحكيم على بعض المنازعات المدنية، إلا أن الغالب هو خروج النزاعات الجبائية عن نطاق التحكيم.

الإستثناء لمبدأ المنع:

وضع المشرع التونسي جملة من الإستثناءات صلب مجلة تشجيع الإستثمار لسنة 1993 (27 ديسمبر 1993)، والتي أعطت الإختصاص للمحاكم التونسية للنظر في الخلافات التي تطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة التونسية، ما لم يكن هناك شرط تحكيمي يخول للأطراف اللجوء للتحكيم، وفقاً للإتفاقيات المنصوص عليها صلب الفصل 67 من مجلة تشجيع الإستثمار التي أوردت حوافز

9- الفصل 7 من مجلة التحكيم التونسية: "لا يجوز التحكيم:

أولاً- في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً- في النزاعات المتعلقة بالجنسية.

ثالثاً- في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية بإستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها.

رابعاً- في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

خامساً- في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية، إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية إقتصادية كانت أو تجارية أو مالية، وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

10- حول تعريف النظام العام يراجع في ذلك Jacques Ghestin – Traité de droit civil – la formation du contrat, ed. LGDJ, Paris 1993, 3eme edition, p85 et ss.

11- Nathalie Najjar – "l'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international" – ed, LGDJ-Delta, Paris – Beyrouth 2004, p158 - 15 - أحمد الورفلي "التحكيم والجباية" - ص 15 - 158.

وإمّيازات جبائية¹²، وهو ما يجعل الجباية قابلة للخضوع للتّحكيم، خاصّة إن كان المستثمر أجنبي ووجدت إتفاقية مبرمة بينه وبين تونس تقتضي اللّجوء للتّحكيم في حالة ألنزاع¹³.

كذلك الفصل 30 من قانون عدد 81 لسنة 1992 مؤرّخ في 3 أوت 1992 المتعلّق بالمناطق الحرّة الإقتصاديّة ينصّ على أنّ كلّ خلاف ينشأ بين المستثمر الأجنبي والحكومة التّونسية، يكون سببه المستثمر أو إجراء إتخذته الحكومة ضده يرجع بالنّظر إلى المحاكم التّونسية المختصّة إلا إذا وُجد إتفاق خاصّ يتضمّن شرطاً تحكيمياً أو يسمح بإبرام إتفاقية تحكيم للغرض أو باللّجوء إلى إجراءات التّوفيق أو التّحكيم لدى مؤسّسة تحكيم المنصوص عليها بإحدى الإتفاقيات التّالية:

- الإتفاقيّات الثّنائية المتعلّقة بالنّهوض وحماية الإستثمارات المبرمة بين الدّولة التّونسية والدّولة التي يُعتبر المستثمر من مواطنيها،

- الإتفاقية المتعلّقة بإحداث هيكل عربي لضمان الإستثمارات والمُصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرّخ في 17 أكتوبر 1972،

- الإتفاقية الدّولية لفضّ الخلافات المتعلّقة بالإستثمارات بين الدّولة ومواطني دولة أخرى، المُصادق عليها بالقانون عدد 33 لسنة 1966 المؤرّخ في 3 ماي 1966.

- أيّ إتفاقية أخرى تبرمها حكومة الجمهوريّة التّونسية في هذا الصّدّد.

ولا يمتدّ هنا التّحكيم للعديد من المجالات، منها المنازعات الجبائية، والنزاعات المتعلّقة بنظام الصّرف والضّمان الإجتماعي أو بالإنترزاع والتّسخير وغيرها¹⁴.

العديد من القوانين الأخرى التي أخذت نفس المنحى:

- مجلّة ألمحروقات أجازت في المادّة 21 منها إبرام الدّولة التّونسية إتفاقيات مع المستثمرين المتحصلين على رخص التّقيب والتّفتيش على المحروقات، مع التّصيص على بند التّحكيم فيها، الذي يمتدّ حتى للنزاعات الجبائية، (دون الإشتراط أن يكون المستثمر أجنبياً).

- ألّقانون عدد 108 لسنة 1985 المؤرّخ في 6 ديسمبر 1985 المتعلّق بتشجيع مؤسّسات ماليّة تتعامل أساساً مع غير المقيمين الذي إعتبر أنّ المؤسّسات غير المقيمة يمكنها أن تتمتع

12- خولة الزتايقي - الإمتيازات الماليّة والجبائية في مجال التّمية الجهوية - ص 22 وما يليه بتصرّف.

13- نفس المصدر السابق - ص 29.

14- أحمد الورفلي - التّحكيم والجبابة - ص 25.

بإتفاقيات حماية وضمنان الإستثمارات الموقّعة من قِبَلِ الدّولة التّونسية. دون أن يقتصر على مجال دون آخر، شاملاً الجباية أو النّزاعات الجبائية.

- ألفصل 16 من القانون عدد 94 لسنة 2001 المؤرّخ في 7 أوت 2001 أمتعلّق بالمؤسّسات الصحيّة التي تسدي كامل خدماتها لفائدة غير المقيمين¹⁵.

دول تقرّ بجواز التّحكيم في النّزاعات الجبائية:

- لقانون السويسري يجيز التّحكيم، ويعتبر أنّ جميع النّزاعات المتعلّقة بحقوق ماليّة مفتوحة أمام التّحكيم، ولا تُستثنى إلاّ النّزاعات المتعلّقة بالحقوق غير الماليّة كالمتعلّقة بالجنسيّة أو النّسب ونحو ذلك.¹⁶

- قانون التّحكيم الإنجليزي لسنة 1996 يقرّ مبدأ جواز التّحكيم في جميع المنازعات دون إستثناء، إلاّ تلك ما تعلق ببراءات الإختراع، البورصة، قانون المنافسة، الأموال الزوجية والفلسفة والملكيّة الفكرية.¹⁷

- ألمشرّع الكويتي كان هو السّباق بين التّشريعات العربية إلى إقرار التّحكيم في المنازعات الضريبيّة إنطلاقاً من المادة 13 من المرسوم الملكي رقم 3 لسنة 1955 الذي يقرّ بإحالة أيّ نزاع يتعلّق بالضرائب للتّحكيم.

15- تختصّ المحاكم التّونسية دون سواها بالنظر في كلّ النّزاعات التي قد تنشأ عن تطبيق أحكام الفصول 6 و10 و12 و13 من هذا القانون.

كما تنتظر المحاكم التّونسية في بقية النّزاعات التي قد تطرأ بين هذه المؤسّسات والدولة التّونسية إلاّ في حالة إتفاق الطّرفين على اللّجوء إلى التّحكيم طبقاً لأحكام مجلّة التّحكيم التّونسية أو تطبيقاً للإتفاقيات الثنائية لحماية الإستثمارات المبرمة بين الدّولة التّونسية والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو الإتفاقية الدولية الخاصّة بتسوية الخلافات المتعلّقة بالرّصود الماليّة الناشئة بين الدّول وتابعي دول أخرى المصادق عليها بالقانون عدد 33 لسنة 1966 المؤرّخ في 3 ماي 1966، أو الإتفاقية المتعلّقة بإنشاء المؤسّسة العربيّة لضمان الإستثمار المصادق عليها بالمرسوم عدد 4 لسنة 1972 المؤرّخ في 17 أكتوبر 1972 والمصادق عليه بالقانون عدد 71 لسنة 1972 المؤرّخ في 11 نوفمبر 1972، أو أيّ إتفاقية دولية أخرى تبرمها حكومة الجمهورية التّونسية والمصادق عليها.

16- أمادة 177 من القانون الفيدرالي للقانون الدولي الخاص لسنة 1987.

17- راجع في هذا أحمد الورفلي - التّحكيم والجبائية - ص23.

فقه القضاء الأمريكي فتح باب التّحكيم في منازعات المنافسة منذ صدور قرار ميتسو بيتشي سنة 1985، كما أنّ القانون التّونسي يقرّ مبدأ جواز التّحكيم في منازعات الملكيّة الفكرية.

- ألتشريع الأمريكي يجعل التّحكيم هو الخيار الأول والأوحد لفضّ المنازعة الجبائيّة.
- ألمشرّع الصّيني إنطلاقاً من القواعد التي وضعتها اللّجنة الصّينية للتّحكيم الإقتصادي والتّجاري الدّولي والتي دخلت حيّز التّنفيذ سنة 2012 تمّ الإعتراف بشكل واسع بالتّحكيم كوسيلة لفضّ المنازعات الضّريبية.¹⁸
- أقرّ المشرّع الأسترالي ألتّحكيم في المنازعة الضّريبية عن طريق تبني هذه الفكرة في معاهدات الإزدواج الضّريبي.

الإتفاقيات الدّولية للإستثمار:

شهد التّحكيم الإستثماري الفترة الأخيرة تطوّراً كبيراً، من خلال إبرام معاهدات الإستثمار لتشجيع وحماية الإستثمار، والتي تنصّ بشكل عام على إمكانية لجوء أي مستثمر أجنبي إلى التّحكيم ضدّ الدّولة المضيفة¹⁹. ويمكن للمستثمر إختيار أيّ آليّة بين آليات التّحكيم المختلفة، ولا سيّما ألتّحكيم بموجب الإتفاقيه أو المرفق الإضافي للـ ICSID، أو التّحكيم بموجب قواعد اليونسترال. أو المعاهدات متعدّدة الأطراف التي تدرج بند التّحكيم فيها مماثل لبند التّحكيم الواردة في المعاهدات الثّنائية، مثال ذلك، تنصّ إتفاقيه التّجارة الحرّة لأمريكا الشماليّة (NAFTA) بين الولايات المتّحدة وكندا والمكسيك على التّحكيم بموجب إتفاقيه أو مرفق إضافي، أو ICSID، أو قواعد اليونسترال²⁰.

18- ظلّت أمريكا لعدّة سنوات تعارض إدراج شروط تحكيمية في إتفاقيات تقادي الإزدواج الضّريبي، إلاّ إنها تراجعت عن ذلك تدريجياً، وأصبحت تحرص على إدراج شرط التّحكيم في الإتفاقيات.

19- في الوقت الحالي، هناك حوالي 2800 معاهدة ثنائية في العالم وفقاً لتقرير الأمم المتّحدة.

20- L'article 1120 (1) du chapitre 11 ALENA: « 1. Sauf dispositions de l'annexe 1120.1 et à condition que six mois se soient écoulés depuis les événements qui ont donné lieu à la plainte, un investisseur contestant pourra soumettre la plainte à l'arbitrage en vertu :

a) de la Convention CIRDI, à condition que la Partie contestante et la Partie de l'investisseur soient parties à la Convention ;

b) du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI, à condition que la Partie contestante ou la Partie de l'investisseur, mais non les deux, soit partie à la Convention CIRDI ;

Ou c) des Règles d'arbitrage de la CNUDCI. »

ترجمة النّص:

ألمادّة 1120 (1) من الفصل 11. بإستثناء ما هو منصوص عليه في الملحق 1120.1 وشريطة إنقضاء سنّة أشهر منذ قيام الأحداث التي أدت إلى الشكوى، يجوز للمستثمر المنازع تقديم الشكوى إلى التّحكيم وفق:

(أ) إتفاقيه ICSID، شريطة أن يكون الطّرف المنازع أو الطّرف المستثمر طرفاً في الإتفاقيه؛

يوجد حكم مماثل في سياق إتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الوسطى (CAFTA) وفي معاهدة ميثاق الطاقة²¹.

ومع ذلك، إذا كان التحكيم في نزاع بين المستثمر والدولة لا يُثير أي صعوبة خاصة في حد ذاته، فإن اللجوء إلى التحكيم في سياق النزاع الضريبي بين المستثمر والدولة ليس واضحاً. من

(ب) قواعد مرفق ICSID الإضافية، شريطة أن يكون الطرف المنازع أو الطرف المستثمر، وليس كليهما، طرفان في إتفاقية ICSID؛

أو (ج) قواعد اليونسفال للتحكيم.

21- L'article 26 (4) de la charte de l'énergie prévoit que : « Si un investisseur choisit de soumettre le différend en vue de son règlement conformément au paragraphe 2 point c), il donne son consentement par écrit pour que le différend soit porté devant :

a) i) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte pour signature à Washington le 18 mars 1965, ci-après dénommée "convention CIRDI", si la partie contractante de l'investisseur et la partie contractante partie au différend sont toutes deux parties à la convention CIRDI ;

Ou ii) le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, créé en application de la convention visée au point :

a) sur la base du règlement du mécanisme supplémentaire pour l'administration des procédures par le Secrétariat du Centre, ci-après dénommé "règlement du mécanisme supplémentaire", si la partie contractante de l'investisseur ou la partie contractante partie au différend, mais non les deux, est partie à la convention CIRDI ;

b) à un arbitre unique ou à un tribunal d'arbitrage ad hoc constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ;

Ou c) à une procédure d'arbitrage sous l'égide de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

ترجمة النص: تنص المادة 26 (4) من ميثاق الطاقة على الآتي: "إذا اختار المستثمر تقديم النزاع لتسويته وفقاً للفقرة 2 (ج)، فإنه يعطي موافقة خطية على النزاع وفق أحكام الفقرة 2 النقطة 2، يعطي موافقته خطياً كي يتم أحال النزاع أمام:

أ) '1' المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار المنشأ بموجب إتفاقية تسوية المنازعات الإستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى، الذي فتح للتوقيع في واشنطن في 18 آذار/ مارس 1965، - ما يسمّى في ما بعد "إتفاقية" ICSID، إذا كان الطرف المتعاقد المستثمر والطرف المتعاقد الطرفان في النزاع كلاهما طرفان في إتفاقية ICSID.

أو (2) المركز الدولي لتسوية المنازعات الإستثمارية المنشأ عملاً بالإتفاقية المشار إليها في النقطة:

أ) على أساس قواعد الآلية التكميلية لإدارة الإجراءات من قبل أمانة المركز، المشار إليها فيما يلي باسم قواعد التسهيلات الإضافية"، إذا كان الطرف المتعاقد المستثمر أو الطرف المتعاقد في النزاع، لكن ليس كلاهما، هو طرف في إتفاقية ICSID.

ب) محكمٌ وحيد أو محكمة تحكيم مخصصة تنشأ على أساس قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسفال).

أو (ج) إجراء التحكيم تحت رعاية معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة سنوكهولم.

ناحية، كدولة ذات سيادة، حيث تخشى الدولة من أن يقدم النزاع إلى محكمي النزاع الضريبي وهو ما قد يؤثر على سيادتها. وبالتالي، فإن بعض معاهدات الإستثمار أو شروط التحكيم تستبعد المنازعات الضريبية من إختصاص المحكمين. من ناحية أخرى، هناك القليل من اللوائح القانونية التي تجسد كلاً من إمبريالية الدولة والنظام الضريبي، وبالتالي يجب أن تتمتع الدول بهامش تقدير كبير فيما يتعلق بإعتماد التدابير المالية. ولا يجوز إلزام أي دولة بالإمتناع عن تعديل قانونها المالي، بإستثناء الظروف التي يتم فيها إبرام إتفاق تثبيت الضرائب. ومع ذلك، على الرغم من ذلك، عندما تعدل الدولة تشريعاتها الضريبية المطبقة على مستثمر أجنبي، يجب عليها أن تفعل ذلك بطريقة تحترم كلاً من القانون الدولي وقانونها المحلي. هذا التوقع هو الأساس الذي يدفع المستثمر للإستثمار في دولة أجنبية.

قد تنشأ في بعض الأحيان نزاعات بسبب تغيير التشريعات الضريبية، وقد تبين أن التحكيم في مثل هذه النزاعات هو ضرورة حقيقية، فالمحكمون لديهم الفرصة لمواجهة النزاعات المتعلقة بالمسألة الضريبية، التي رفعها المستثمرون الأجانب ضدّ الدول المضيفة. ومع ذلك، هذا النوع من الدعاوى القضائية نادر نسبياً. على سبيل المثال، من بين مائتي نزاع بين المستثمرين والدول التي قررها ICSID، حيث هناك أقل من إثني عشر نزاعاً متعلقاً بالضرائب.

بخصوص إتفاقيات الإستثمار، التي تكون تونس طرفاً فيها، فقد سعت تونس مثل غيرها من الدول الأخرى إلى تقديم ضمانات للمستثمر الأجنبي وتسهيل العديد من المسائل عليه، ووضع آليات تعمل على حماية حقوقه، محاولة تحقيق المساواة بين الطرفين، الدولة المضيفة والمستثمر.²² حيث أدرجت شرط التحكيم وإمكانية اللجوء إليه في حالة نشوب نزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر.

حيث أنه ممّا لا شكّ فيه أنّ الأمر يختلف كثيراً، إذا تعلّقت المسألة بعلاقات إقتصادية دولية في مجال الإستثمار، حيث تسعى الدول، خاصةً النامية، بهدف تحقيق الأهداف الإقتصادية المنشودة، لا سيّما دعم النمو وتسريعه، لتقديم حوافز وتشجيعات جبائية²³، ومزايا ضريبية للمستثمرين الأجانب لجذبهم إلى أراضيها من أجل تشجيع الإستثمارات، مع محاولة خلق آليات

22- Farhat Horchani: Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, Journal de droit International 2004, 2, p367.

23- خولة الزتايقي - الإمتيازات المالية والجبائية في مجال التنمية - نشر سنة 2011، ص 14.

موثوقة لتسوية أي نزاع قد يطرأ، بعيداً عن محاكم الدولة التي يخشاها المستثمر الأجنبي بسبب إمكانية التحيز لحل نزاع بين الدولة المضيفة والمستثمر، وقد كان من الضروري خلق إطار قانوني مثالي، تمثل في إتفاقية واشنطن المبرمة سنة 1965²⁴، والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1966، بإنشاء مركز دولي لتسوية المنازعات الإستثمارية.

ما يمكن الإشارة إليه أنّ جلّ الإتفاقيات الحديثة المتعلقة بالإستثمار أدرجت اللجوء للتحكيم كوسيلة بديلة لفضّ النزاعات المتعلقة بالإستثمار، بما في ذلك النزاعات المتعلقة بالنظام العام كالنزاعات الجبائية، لعلّ من أهمّها إتفاقية واشنطن. وقد أبرمت تونس العديد من الإتفاقيات في هذا المجال²⁵.

ألتحكيم في مجال الضريبة دولياً:

بدأنا اليوم، نشهد قبول الدول تقاسم سيادتها الجبائية من خلال إبرام إتفاقيات التعاون الثنائي بهدف منع الإزدواج الضريبي²⁶، حيث كرّست جلّ الدول مبدأ منع إخضاع نفس الشخص إلى

24- إتفاقية واشنطن الصادرة في 18 مارس 1965 المحدثة للمركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار، والمتعلقة بتسوية نزاعات الإستثمار الناشئة بين الدول ورعايا مواطني الدول الأخرى.

25- إتفاقية لتشجيع وضمان الإستثمار بين دول إتحاد المغرب العربي - الإتفاقية التونسية الأردنية المتعلقة بالحماية المتبادلة للإستثمار وضمانه - الإتفاقية التونسية الليبية - الإتفاقية التونسية الموريتانية - الإتفاقية التونسية المغربية - الإتفاقية التونسية الفرنسية - الإتفاقية التونسية الشيلية - الإتفاقية التونسية الأمريكية - الإتفاقية التونسية البريطانية وغيرها.

26- تحدّد قواعد التوزيع الضريبي، إمّا بمنح حقّ فرض الضريبة على الدخل أو رأس المال لكلتا الدولتين المتعاقبتين مع إلتزام دولة الإقامة بتجنّب الإزدواج الضريبي، (يتمّ تجنّب الإزدواج الضريبي في هذه الآلية عن طريق منح حقّ فرض الضريبة لكلتا الدولتين المتعاقبتين (المصدر والإقامة) كما هو الحال في منح حقّ فرض الضريبة على أرباح الأعمال لكلّ من دولة المصدر وهي الدولة التي توجد بها المنشأة الدائمة ودولة إقامة المشروع مع إلتزام دولة إقامة المشروع بتجنّب الإزدواج الضريبي) أو توزيع حقّ فرض الضريبة على الدخل أو رأس المال بين الدولتين المتعاقبتين (يتمّ تجنّب الإزدواج الضريبي في هذه الآلية عن طريق منح حقّ فرض الضريبة لكلتا الدولتين المتعاقبتين [دولتي المصدر والإقامة] كما هو الحال مع تقييد حقّ دولة المصدر في فرض الضريبة كما هو الحال في المادتين العاشرة بشأن توزيعات الأسهم والحادية عشرة بشأن الفوائد من نموذجي منظمة التعاون الإقتصادي والتنمية والأمم المتحدة بمعدل أقصى لسعر الضريبة).

أو منح حقّ دولة الإقامة (تمنح المادة الخامسة عشرة بشأن الخدمات الشخصية غير المستقلة ألقّ في فرض الضريبة لدولة الإقامة ما لم تتمّ ممارسة العمل في الدولة المتعاقدة الأخرى، أي دولة المصدر، فإذا تمتّ ممارسة العمل في الدولة المتعاقدة الأخرى يكون لها الحقّ في فرض الضريبة إذا توافرت حالة من الحالات الواردة في القائمة الإيجابية) أو دولة المصدر (تمنح المادة الثامنة عشرة بشأن الخدمات الحكومية دولة المصدر فقط الحقّ في فرض الضريبة ما لم تكن الخدمات قد أنيت في الدولة المتعاقدة الأخرى، أي دولة الإقامة، وكان الفرد مقيماً بها وأن يكون (أ) من مواطني تلك الدولة أو (ب) لم يصبح

ضريبة مضاعفة لفائدة دولتين من أجل نفس المداخل، وهو ما أوجب ضرورة إيجاد صيغة لفضّ النزاعات التي قد تنشأ عن تطبيق هذه الإتفاقيات أو عدم تطبيقها. وقد تمّ التوصل لوضع صيغ توافقيّة لفضّ مثل هذه النزاعات من خلال المفاوضات والمشاورات بين الدول المعنيّة وتشكيل لجان متناصفة لمحاولة إنهاء الخصومات²⁷.

تلجأ المعاهدات الجبائيّة أو الضريبيّة الثنائيّة لتجنّب الإزدواج الضريبي في جلّ الأحيان لمحاولة فضّ النزاع القائم المتعلّقة بتطبيقها إلى تطبيق الطّرق الوديّة بواسطة الإدارات الضريبيّة المعنيّة، مثال ذلك أنّ المادة 24 - 3 من الإتفاقيّة الضريبيّة الثنائيّة بشأن الإزدواج الضريبي المؤرّخة في 30 مايو 1984 بين فرنسا والصين تنصّ على أنّ "السلطات المختصة في الدولتين المتعاقبتين تسعى إلى التوصل إلى إتفاق وديّ لحلّ الصعوبات التي قد تنشأ عن تطبيق الإتفاق"، في الواقع، في وقت هذه الإتفاقيّة، لم يكن التّحكيم هو الخيار، حيث أنّ الإتفاقيّة النموذجية لمنظمة التعاون الإقتصادي والتنمية، في تقريرها لسنة 1984 لم تعتبر من المناسب في ذلك الوقت التّوصية بإجراءات التّحكيم، نظراً إلى أنّ إعتقاد مثل هذا الإجراء يُعتبر من قبيل التّخلي عن السيادة الماليّة للدولة. وقد فضّلت بعض الدول اللجوء للوسائل الوديّة لفضّ النزاع الضريبي القائم بينها، دون المساس بسيادتها الماليّة. وبالرغم من وجود العديد من الإتفاقيات الدوليّة²⁸ التي تنصّ على إمكانيّة تدخل لجنة تحكيم لفضّ النزاع، في صورة عدم وصول الدول المتنازعة للوصول لحلّ وديّ لفضّ النزاع، تبقى الإحالة على التّحكيم أمراً إختيارياً. وقد تمّ إقتراح العديد من التّقارير والمقترحات لتحسين منظومة فضّ النزاعات المتعلّقة بالمعاهدات الجبائيّة صلب منظّمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي، وقد إعتبرت العديد منها أنّ التّحكيم من أهمّ الحلول لفضّ النزاعات الجبائيّة عبر الحدود، خاصّة في حالة عدم تمكّن الدول من حلّ هذه النزاعات بالطّرق الوديّة.

مقيماً في تلك الدولة لمجرد تأدية الخدمات) ألحقّ الحصري في فرض الضريبة إلا إذا تمت ممارسة العمل في الدولة المتعاقدة الأخرى فيعطى في ذات الوقت الحقّ في فرض الضريبة للدولة المتعاقدة الأخرى بشروط معيّنة. (يستّم تجنّب الإزدواج الضريبي في هذه الآليّة عن طريق منح حقّ فرض الضريبة فقط لدولة الإقامة إلا إذا تمت ممارسة العمل في الدولة المتعاقدة الأخرى، أي دولة المصدر، كما هو الحال في المادة الخامسة عشرة بشأن دخل الخدمات الشّخصية المستقلّة). - راجع مصطفى عبد القادر - ورقة عمل حول التّحكيم وإجراء الإتفاق المشترك.

27- Ahmed Ouerfelli : Le règlement des différends interétatiques en matière fiscale, in « Etudes en Droit fiscal 2 » à paraître, éd, GLD, Tunis 2007, p15.

28- على سبيل المثال، المعاهدات الضريبيّة الفرنسيّة - الألمانيّة، الفرنسيّة - الكنديّة والأمريكيّة.

سنة 1973، تمّ اعتماد نظام للتحكيم في نزاعات الإزدواج الضريبي، وتمّ وضع "إتفاقية الإتحاد الأوروبي للتحكيم الجبائي"، وهي إتفاقية تقوم على تحويل الشّخص الذي يعتزم التّظلم من قرار يتعلّق بإزدواج ضريبي القيام بذلك خلال أجل تقادم 3 سنوات، ويخضع هذا التّحكيم إلى مبادئ القانون الدوليّ بقطع النّظر عن الطّعون المنصوص عليها بالقوانين الداخليّة²⁹. ورغم أنّ هذه الإتفاقية كانت عرضة للعديد من الإنتقادات والتأييد أيضاً³⁰.

سنة 2008، غيرت منظمة التعاون والتنمية في الميدان الإقتصادي نموذجها للمعاهدة الضريبية من خلال التّصميم على التّحكيم في النزاعات عبر الحدود التي تجاوز النزاع فيها أكثر من سنتين، شرط أن يطال بذلك المطالب بالأداء³¹. ورغم هذا التطور، يظلّ التّحكيم طريقة

29- تتشكّل هيئة التّحكيم من محكم تختاره كلّ واحدة من الدولتين المعنيتين ومحكمين "محايدين" يكون عددهم وترأ، ويجوز لكلّ دولة أخرى أن تتدخل في النزاع التّحكيمي، إن كانت لها فيه مصلحة مشروعة، وتصدر لجنة التّحكيم رأياً في الخلاف خلال 90 يوماً - راجع في ذلك أحمد الورفلي - التّحكيم والجبائية، ص 39.

30- نفس المصدر السابق:

31- L'article 25- 5 de la Modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit que : « Lorsque, a) en vertu du paragraphe 1, une personne a soumis un cas à l'autorité compétente d'un État contractant en se fondant sur le fait que les mesures prises par un État contractant ou par les deux États contractants ont entraîné pour cette personne une imposition non conforme aux dispositions de cette Convention, et que ; b) les autorités compétentes ne parviennent pas à un accord permettant de résoudre ce cas en vertu du paragraphe 2 dans un délai de deux ans à compter de la présentation du cas à l'autorité compétente de l'autre État contractant, les questions non résolues soulevées par ce cas doivent être soumises à arbitrage si la personne en fait la demande. Ces questions non résolues ne doivent toutefois pas être soumises à arbitrage si une décision sur ces questions a déjà été rendue par un tribunal judiciaire ou administratif de l'un des États. À moins qu'une personne directement concernée par le cas n'accepte pas l'accord amiable par lequel la décision d'arbitrage est appliquée, cette décision lie les deux États contractants et doit être appliquée quels que soient les délais prévus par le droit interne de ces États. Les autorités compétentes des États contractants règlent par accord amiable les modalités d'application de ce paragraphe ».

ترجمة النص:

تنصّ المادة 25-5 من الإتفاقية الضريبية النموذجية لمنظمة التعاون الإقتصادي والتنمية على الآتي: "إذا، (أ) بموجب الفقرة 1، قدّم شخص القضية إلى السلطة المختصة في دولة متعاقدة على أساس حقيقة أنّ التدابير التي إتخذتها الدولة المتعاقدة أو كلتا الدولتين المتعاقبتين تسببت في توجيه إتهام إلى ذلك الشّخص بعقوبة لا تتفق مع أحكام تلك الإتفاقية؛ (ب) فشل السلطات المختصة في التّوصل إلى إتفاق لحلّ القضية بموجب الفقرة 2 في غضون عامين من تقديم القضية إلى السلطة المختصة في الدولة المتعاقدة الأخرى، تُعرض المسائل التي لم تحلّ بعد والتي تثيرها هذه القضية على التّحكيم إذا طلب ذلك الشّخص. ومع ذلك، لا ينبغي إحالة هذه المسائل التي لم تحلّ بعد إلى التّحكيم إذا كان قد إتخذ بالفعل قرار بشأن هذه المسائل من قبل محكمة أو هيئة قضائية في إحدى الدول. ما لم يقبل الشّخص المعني مباشرة بالقضية الإتفاق الودي الذي يتمّ بموجبه تطبيق قرار التّحكيم، فإنّ هذا

فرعية لتسوية المنازعات في المعاهدات الضريبية، ولا يتم اللجوء إليه إلا إذا استمرت حالة عدم الوصول لحل ودي بين الأطراف.

لقد أصبحت الدول اليوم أكثر قبولاً لفكرة إجازة التحكيم في كل المجالات، بعد أن عاش تدرجاً للوصول لهذه المرحلة، إنطلقت من الإباحة مع عدم وضوح في بعض المسائل المتعلقة بالحظر، إلى المنع في المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي فيها مساس بسيادتها، لتتراجع تدريجياً وتتقبل إمكانية جواز التحكيم في بعض المسائل التي تهم النظام العام على غرار مادة الجباية، وجواز إمكانية اللجوء للتحكيم لفض بعض النزاعات الجبائية، حيث تسمح للمستثمر أن يقاضي البلد المضيف له أمام هيئة تحكيمية تعامله بطريقة مساوية للدولة المضيفه له، خاصة إن كانت إتفاقية التحكيم تنص على اللجوء في حالة وجود نزاع للمركز الدولي لتسوية نزاعات الإستثمار بواشنطن، كذلك الإتفاقية متعددة الأطراف أدرجت قسماً خاصاً إختيارياً يتعلّق بالتحكيم في هذه المسائل في القسم السادس من المواد من الثامنة عشرة إلى السادسة والعشرين من الإتفاقية متعددة الأطراف. وغيرها، ليتغلغل التحكيم في عالم الجباية تدريجياً.

القرار يربط الدولتين المتعاقبتين ويجب تطبيقه أيّاً كانت المهل الزمنية المنصوص عليها في القانون المحلي لهذه الدول. السلطات المختصة في الدول المتعاقدة تسوّي بالإتفاق المتبادل طريقة تطبيق هذه الفقرة".

تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي: المفهوم والمميزات والإعتراضات عليه وتحدياته العملية¹

الدكتور محمد سالم أبو الفرج² (مصر)

ملخص البحث:

لم تنظم معظم القوانين الوطنية وبعض مؤسسات التحكيم الدولية موضوع تمويل أشخاص القانون الخاص لبعض قضايا التحكيم، على الرغم من أن هذه الظاهرة، والتي زادت بطريقة ملحوظة في الآونة الأخيرة، تُثير الكثير من المسائل القانونية والأخلاقية.

وقد ساهم إرتفاع تكلفة التحكيم إلى إنصراف أطرافه عن مواصلة إجراءاته؛ ولذلك فإن دخول شخص من الغير يُسمح له بتمويل التحكيم قد يؤدي إلى إيجاد فرص متكافئة بين أطراف المنازعة. وغالبًا ما يمكن هذا التمويل المقدم من قبل هذا الغير، المستثمرين - وخاصة الشركات ذات الإمكانيات المادية المحدودة- إلى توجيه مطالباتهم ضد الأطراف الأخرى، أو ضد الدول المضيفة في حالة المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولي.

ولتمويل الغير للتحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولي العديد من المزايا، ولكن - في الوقت ذاته - هناك إعتراضات عليه. وسيتناول هذا البحث مقدمة عامة عن أهمية

1- هذا البحث مشتق جزئيًا من دراسة أخرى معمقة للمؤلف بعنوان "تحو الالتزام عام بالإفصاح عن إتفاقات تمويل الغير للتحكيم في إتفاقيات الإستثمار الدولي: دراسة تحليلية مقارنة" مقبول للنشر في مجلة القانون والإقتصاد التي تصدرها كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2019.

2- أستاذ القانون التجاري والقانون البحري المساعد- كلية الحقوق - جامعة القاهرة- كلية القانون - جامعة قطر؛ وسيط معتمد- المركز الفعّال لتسوية المنازعات CEDR - لندن.

هذا الموضوع، بالإضافة إلى توضيح المزايا والإعترضات التي يُثيرها خاصّة في تحكيم الإستثمار الدولي. وسيوضح هذا البحث أيضاً وبصفة عامّة المشكلات التي تُطرح عادة عند تناول هذا الموضوع سواء من حيث علاقته بالشفافية وحياد وإستقلال المحكمين، قبل التّطرق إلى خاتمة البحث.

مقدّمة:

يلجأ بعض المستثمرين إلى جهات أو مؤسسات تمويل بغرض الحصول على تمويل للدّعاوى التّحكيمية التي يخوضونها مع الدّول المضيفة للإستثمار والمتعلّقة بعقود الإستثمار الدولي. ويلجأ هؤلاء إلى هذه الجهات بسبب التّكاليف الباهظة لإجراءات التّحكيم. وعادة لا يكون لجهات التّمول مصلحة في المسائل الموضوعيّة لإجراءات التّحكيم، ولكنّها تقوم بتمويل مثل هذه الدّعاوى بغرض تحقيق ربح عالٍ عند تسوية النزاع، وذلك عن طريق أخذ نسبة معيّنة من إجماليّ التّعويضات التي يحكم بها لمصلحة الطّرف المُمول (المستثمر).

وتجدر الإشارة إلى أنّ عمليّة قيام مؤسسات أو جهات بتمويل الدّعاوى القضائيّة أو التّحكيمية في منازعات الإستثمار تُعتبر عمليّة مُعترف بها في بعض البلدان مثل أستراليا والمملكة المتّحدة. ولكنّها تُعتبر عمليّة حديثة في تحكيم منازعات الإستثمار الدّولي.

ويمكن القول أنّ هناك أسباب معيّنة ساهمت في الأونة الأخيرة في ظهور وزيادة عمليّة قيام الغير بتمويل إجراءات تحكيم منازعات عقود الإستثمار الدّولي، من هذه الأسباب، عدم توافر الموارد الماليّة لدى المستثمر لتحريك الإجراءات التّحكيمية ضدّ الدّولة المعنيّة (الدّولة المضيفة الإستثمار). ومن جهةٍ أخرى، قد تتوافر لدى هذا المستثمر موارد ماليّة كافية ولكن قد لا يرغب في إستخدامها لتمويل إجراءات قد تطول ومن ثمّ قد يترتب عليها زيادة أكيدة في تكاليف الدّعوى. ومن ناحيةٍ ثالثة، قد تكون لدى المستثمر شكوكاً في الحصول على التّعويض الذي قد يحكم به في التّحكيم من النّاحية الفعلية، ومن ثمّ يرغب في تحميل الغير (جهة التّمول) هذه المخاطر المحتملة.

ويُقصد بتمويل الغير للتّحكيم في منازعات الإستثمار الدّولي³، بصفة عامّة، الحالة التي يقوم بها شخص من الغير (شخص طبيعي أو معنوي) بتمويل جميع مصروفات التّحكيم لطرف ما

3- للمزيد من التّفصيل، أنظر لاحقاً.

(المستثمر) مقابل حصول هذا الشخص على نسبة معينة من التعويض المحكوم به عند إنتهاء الإجراءات. وعادة لا تحصل جهة التمويل على أي تعويض في حالة خسارة الدعوى، وتحتمل هذه الجهة أتعاب المحاماة للمدعي (المستثمر)، وقد تتحمل، حسب الإتفاق، أيضاً مصروفات الطرف الآخر. والغالب في العمل أن تتحصل جهة التمويل على نسبة معينة من إجمالي التعويض المحكوم به (نسبة تتراوح ما بين 20% إلى 50%).

وكما سنبين لاحقاً، تقوم جهة التمويل بدراسة متعمقة لجميع وقائع النزاع وفرص المستثمر المحتملة في الحصول على تعويضات مناسبة. وتمثل هذه الدراسة أهمية كبيرة لجهة التمويل وأيضاً للمستثمر حيث تعتبر موافقة جهة التمويل على التمويل عاملاً يدل على أنه يستند في دعواه على أسباب جدية ومقنعة في نزاعه مع الدولة المضيفة للإستثمار.

إعتبارات مهمة قبل إتخاذ قرار التمويل:

هناك إعتبارات مهمة تؤخذ في الإعتبار قبل قيام جهة التمويل بإتخاذ قرارها بالموافقة على تمويل نزاع ما:

- يتوجب عليها دراسة الأسس الموضوعية للإدعاء وحيثيات القضية والوقت اللازم للوصول إلى تسوية مرضية⁴.
- يتعين عليها الأخذ في الإعتبار القيمة المالية المطالب بها والتكاليف المحتملة للنزاع في مجمله⁵، خاصة مصروفات الخصم (الدولة المضيفة) في القضية، وذلك إذا ما قرّر أن جهة التمويل يتعين عليها دفع جزء (أو كل) هذه التكاليف.

4- أنظر:

Jonas von Goeler, 'Litigation Funding in International Arbitration' in Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2016) p.91. [Hereinafter: Jonas von Goeler: Litigation Funding]. See also Hu Haifan, Regulation of Third Party Funding in International Commercial Arbitration - Perspective from Hong Kong (July 1, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3007036> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3007036>, p. 7.

تمّ الإطلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

5- أنظر:

Brabandere and Lepeltak, 'Third Party Funding in International Investment Arbitration' Grotius Center Working Paper No. 2012/1, available at: <http://ssrn.com/abstract=2078358>, p. 5.

تمّ الإطلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

- تقوم جهة التمويل بإختيار الفريق القانوني للطرف الذي تموله وتكاليف هذا الفريق⁶.
- مدى إمكانية إنفاذ حكم التحكيم الصادر في مواجهة الدولة المضيفة للإستثمار، في حالة إمتناعها عن تنفيذه طواعية⁷.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى *the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (وسنشير إليها فيما بعد بـ "إتفاقية المركز" أو "ICSID") تلزم في الفقرة الأولى من المادة 54 جميع الدول الأعضاء في الإتفاقية بإنفاذ قرار تسوية منازعات الإستثمار "كما لو كان حكماً نهائياً لمحكمة داخل تلك الدولة"، مع عدم وجود إمكانية لإعادة النظر في الدعوى من قبل المحاكم الوطنية في الدول التي يطلب فيها تنفيذ الحكم. ويجوز تنفيذ حكم التحكيم في الدولة الطرف في الإجراءات وأيضاً في أي دولة طرف في إتفاقية المركز⁸.

أهمية البحث:

ترجع أهمية الدراسة إلى الأسباب الآتية:

- تزايد إهتمام المشتغلين بالتحكيم بموضوع تمويل الغير؛ نظراً لتزايد إستخدامه لأغراض التقاضي بوصفه وسيلة لتمويل إجراءات التحكيم، خاصة التحكيم المتعلق بإتفاقيات الإستثمار.

6- أنظر المرجع السابق.

7- أنظر: Hu Haifan, *op. cit.*, p. 7.

8- ويجرى نص هذه المادة على النحو:

"(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state. (2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation. (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought."

تمّ الإطلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

- ضرورة تواجد جهة التمويل في بعض الدعاوى التحكيمية التي تتطلب تكاليف باهظة لمساعدة طرف محدود الإمكانيات المالية، وتتعهّد هذه الجهة بدفع كلّ تكاليف العملية التحكيمية أو جزء منها، على أن تحصل على نسبة معيّنة من التسوية النهائية التي سيُحكم بها للطرف الذي حصل على التمويل.
- تزايد المطالبة بمزيد من الشفافية تجاه التمويل المقدم من الغير لأحد طرفي التحكيم.
- لا يوجد تنظيم قانوني متكامل لتمويل الغير للتحكيم في منازعات الإستثمار الدولي.
- لا تتمتع محاكم الإستثمار الدولية بأيّ إختصاص عامّ لتنظيم تمويل الغير للتحكيم.
- لا توجد هيئة عالمية أو نظام مكلف بالإشراف على تمويل الغير للتحكيم الإستثمار.

تقسيم الدراسة:

نقسم هذه الدراسة إلى المبحثين التاليين:

- المبحث الأول: مفهوم تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي.
- المبحث الثاني: مميزات عملية تمويل الغير للتحكيم الإستثماري والإعتراضات عليها والمشكلات التي تُثار بصددها.

المبحث الأول

مفهوم تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي

تقسيم:

- نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:
- المطلب الأول: تحديد مفهوم تمويل الغير للتحكيم.
- المطلب الثاني: من يقوم بتمويل التحكيم في منازعات عقود الإستثمار التجاري الدولي؟

المطلب الأول: تحديد مفهوم تمويل الغير للتحكيم:

يمكن تحديد مفهوم الغير الذي يُقدّم التمويل third-party funder (أو المؤمن insurer) على النحو الآتي:⁹ "... أي شخص أو كيان يُسهم بأموال، أو أي دعم آخر، لإجراءات المحاكمة أو الدفاع في الدعوى، ويكون له مصلحة إقتصادية مباشرة في الحكم الذي يصدر في التحكيم، أو عليه واجب تعويض طرف نتيجة صدور هذا الحكم."¹⁰

ونرى أنّ هذا التعريف يُعدّ تعريفاً عاماً؛ حيث إنّه يشمل كلّ مَنْ يُقدّم المساعدة الماليّة، أو أيّ دعم آخر لطرف التحكيم، طالما أنّ له مصلحة إقتصادية مباشرة في حكم التحكيم، أو قد يقوم بتقديم تعويض لطرف ما وفقاً للحكم التحكيمي.

وقد عرّفه فريق آخر على أنّه: "تمويل الدعاوى ... من قبل طرف ليس له مصلحة سابقة في النّقاضي، ويكون عادة على أساس أنّه: (1) سيتمّ الدّفع للممولّ من عائدات أي مبالغ مستردّة

9- أنظر شرح المبادئ التوجيهية لإتحاد المحامين الدولية بشأن تعارض المصالح في التحكيم الدولي the International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration الصادر في 23 أكتوبر لعام 2014. وتجدر الإشارة إلى أنّه في عام 2012، بدأت لجنة تحكيم IBA في عملية مراجعة لإرشادات IBA لعام 2004 من أجل النّظر في عدد من القضايا التي ظهرت منذ اعتمادها، واعتمدت النسخة المحدّثة من المبادئ التوجيهية في 23 أكتوبر 2014 بموجب قرار مجلس IBA "المبادئ التوجيهية للإعلان رقم 2014 IBA"، وهذه المبادئ التوجيهية متاحة على الموقع الخاص بإتحاد المحامين الدولية على شبكة الإنترنت:

https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx

تمّ الإطّلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

وأنظر أيضاً:

Jonas von Goeler, 'Impartiality and Independence of Arbitrators and Third-Party Funding' in in Jonas von Goeler, *Third-Party Funding in International Arbitration and its Impact on Procedure* (the Netherlands: Kluwer Law International, 2016) p. 257. [hereinafter: Jonas von Goeler: Impartiality and Independence of Arbitrators].

10- أنظر الشرح الخاص بالفقرة (ب) من المادة السادسة، ونصّها باللغة الإنجليزية كما يأتي:

"the terms 'third-party funder' and 'insurer' refer to any person or entity that is contributing funds, or other material support, 15 to the prosecution or defence of the case and that has a direct economic interest in, or a duty to indemnify a party for, the award to be rendered in the arbitration."

للمزيد من التّفصيل أنظر الشرح الكامل لهذه المبادئ على الموقع الآتي على شبكة الإنترنت:

https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx

تمّ الإطّلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019. وأنظر أيضاً:

Sara Pedroso, 'Independence and Impartiality: Third-Party Funding in International Investment Arbitration' (February 28, 2017). Available at SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2964236> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2964236>

تمّ الإطّلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

نتيجة للتقاضي، وتكون في كثير من الأحيان كنسبة مئوية من المبلغ المحكوم به؛ و(2) لا يكون الممول مطالباً بالدفع في حالة عدم نجاح الدعوى.¹¹

ونرى أن هذا التعريف يفقد عنصراً مهماً وهو افتراض واجب تسديد المصروفات القانونية، وفي الممارسة العملية يجوز للغير، الذي قدم التمويل، أن يتكفل بالمصروفات القانونية للمدعي في حالة فشل الدعوى.¹² وإعتاداً على بنود إتفاق التمويل مع الغير، فإن هذا الغير قد يتحمل، أيضاً، كل مصاريف الدعوى، بما في ذلك أتعاب المحكمين.¹³

ويمكن تحديد العناصر الرئيسية لإتفاق تمويل الغير لإجراءات التحكيم على النحو الآتي:¹⁴

- عقد بين المدعي في إجراء تحكيم متعلق بالاستثمار والطرف الذي ليس له مصلحة سابقة في التحكيم.
- بناء على هذا الإتفاق سيتحمل الغير ممول الإجراءات مصاريف المدعي المتعلقة بالتحكيم.
- يتقاسم المدعي مع جهة التمويل جزءاً من عائدات التعويض أو التسوية، ومع ذلك، لا يحق لجهة التمويل الحصول على تعويض في حالة فشل الدعوى.
- حسب بنود الإتفاق، قد توافق جهة التمويل على تعويض المدعي (كلياً أو جزئياً) عن طلبات التكاليف الإجمالية التي يحكم بها.

11- أنظر :

Rupert Jackson, *Review of Civil Litigation Costs - Preliminary Report*, London: 2009. Mentioned in Willem H. Van Boom, 'Third-Party Financing in International Investment Arbitration' (December 31, 2011), p. 25. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2027114> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2027114>

تمّ الإطلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

12- أنظر : Van Boom, *op. cit.*, p. 25.

13- أنظر : المرجع السابق.

14- أنظر :

Van Boom, *op. cit.*, p. 25. Burcu Osmanoglu, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration and Arbitrator Conflict of Interest' (2015) 32 (3) *Journal of International Arbitration*, pp. 329-330.

المطلب الثاني: من يقوم بتمويل التحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي:

لا يعرف الكثيرون من العامة عن ممارسات أو إتفاقات التمويل من الغير في تحكيم الإستثمار، ويحرص هؤلاء على عدم الكشف عن هويتهم بشكل نسبي في بعض الأحيان، ولا يعلنون عن خدماتهم الإستثمارية على نطاق واسع؛ ومع ذلك، فمن الواضح أنّ التمويل المقدم من الغير يعدّ منتجاً إستثمارياً شاملاً، وليس عقداً للخدمات القانونية¹⁵.

وتسيطر حالياً الشركات الإستثمارية المتخصصة الكبيرة على بعض الأسواق، مثل: شركة جورديكا للإستثمارات (Juridica Investments)، وشركة برفورد كابيتال مانجمنت (Burford Capital Management)، وشركة أركا كابيتال بارتنرز (ARCA)، فضلاً عن المؤسسات المالية؛ مثل: شركة كريدي سويس للخدمات المالية Credit Swiss for Financial Services، وشركة هاربور لتمويل الدعاوى القضائية (Harbour Litigation Funding)¹⁶.

أمّا فيما يتعلّق بالتقاضي، فتتواجد الأسواق المزدهرة بالتمويل التجاري من قبل الغير في أستراليا وإنجلترا، وتوجد بدرجة أقلّ في ألمانيا والنمسا وسويسرا؛ وعلاوة على ذلك، يبدو أنّ التمويل التجاري من قبل الغير منتشر إلى حد ما في التحكيم التجاري¹⁷. وبصفة عامة، يجب أن يكون حجم المطالبة الممولة في إطار التمويل التجاري من قبل الغير كبيراً، (وغالباً تتراوح ما بين 50 ألف يورو إلى مبالغ تزيد على 5 ملايين يورو)¹⁸.

ويتشابه التمويل من الغير في التحكيم الإستثماري مع التقاضي في بعض النواحي، ويختلف في غيرها؛ فعلى سبيل المثال، قد يكون من الصّعب مقارنة الحجم الإقتصادي للمطالبة موضوع النزاع في تحكيم الإستثمار مع الحجم المالي للمطالبة في الدعاوى المحلية¹⁹. كما أنّ مقدار المطالبة وحجم المصروفات التي ينطوي عليها التحكيم الإستثماري

15- وفيما يتعلّق بتمييز إتفاق تمويل الغير للتحكيم عن غيره من العقود، وخاصة عقد القرض، أنظر:

Van Boom, *op. cit.*, p.25 *et seq.*

16- أُلْمِج السّابِق، ص 30.

17- أُلْمِج السّابِق. ولكن نظراً لما يميّز به هذا النوع من التحكيم من سرّية، فنرى أنّه من الصّعب الحصول على قرارات تحكيمية يتمّ الإشارة فيها إلى تمويل الغير لأحد طرفي التحكيم.

18- أُلْمِج السّابِق.

19- أُلْمِج السّابِق، ص 30-31.

تتسم بالضخامة، ومن المعتاد أن تصل المصروفات القانونية إلى ملايين الدولارات الأمريكية²⁰.

المبحث الثاني

مزايا عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري والإعترضات عليها والمشكلات التي تُثار بصددها

تمهيد وتقسيم:

تمويل الغير للتحكيم في المنازعات المتعلقة بعقود الإستثمار الدولي له العديد من المزايا، ولكن - في الوقت ذاته - هناك إعترضات عليه²¹. وفيما يلي سنعرض لأهم مميزات تمويل الغير للعملية التحكيمية في المنازعات المتعلقة باتفاقيات الإستثمار الدولي، وأهم الإعترضات على هذا النظام، بالإضافة إلى عرض سريع لأهم المشكلات التي تُثار بصدده، وذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مزايا عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري والإعترضات عليها.

المطلب الثاني: أهم المشكلات التي تُثار بصدد عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري.

المطلب الأول: مزايا عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري والإعترضات عليها:

تقسيم:

نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

20- أمرج السائق.

21- للمزيد من التفصيل، أنظر:

Caroline Dos Santos, 'Third-Party Funding in International Commercial Arbitration: A Wolf in Sheep's Clothing?' (2017) 35 (4) *Association Suisse de l'Arbitrage*, pp.918-936.

الفرع الأول: مزايا عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري.

الفرع الثاني: الإعتراضات على عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري.

الفرع الأول: مزايا عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري:

للتّمول المقدم من الغير في منازعات التحكيم المتعلقة بالإستثمار الدولي مزايا عديدة، وهذه المزايا قد تُفسّر الإهتمام الكبير بهذه الطريقة في أوساط التحكيم المتعلق بهذه المنازعات. ولعلّ أهمّ ميزة لهذا النظام تتمثل في أنه بدون وجود إتفاقات للتّمول، فإنّ إجراءات التحكيم ستكون مكلفة للغاية بالنسبة لبعض المستثمرين، فوجود مثل هذه الوسيلة سيُمكن بعض المستثمرين من اللّجوء إلى التحكيم للمطالبة بحقوقهم حسب ما يتراءى لهم²²؛ وبالتالي تمنح هؤلاء المستثمرين موقفاً متكافئاً ومتوازناً مع الدولة المضيفة²³.

ثانياً- ضف إلى ذلك أنّ توافر تمويل من جانب شخص من الغير يؤديّ حتماً إلى زيادة فرص الوصول إلى العدالة²⁴؛ حيث إنّ المستثمر في حقيقة الأمر قد يتردّد في تحمّل مخاطر إرتفاع تكلفة التحكيم. وقد يخسر المستثمر الأجنبي دعوى التحكيم؛ وبالتالي قد يُصبح عليه إلتزام إضافيّ بدفع مصروفات الدعوى التحكيمية²⁵. هذا من شأنه أن يُؤثر بشكل كبير على الإستقرار الإقتصادي والمالي للمستثمر في المستقبل²⁶.

22- أنظر المرجع السابق، ص 920.

23- أنظر:

Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 7; Van Boom, *op. cit.*, pp.30-31; and Jonas von Goeler, 'Litigation Funding in International Arbitration', *op. cit.*, p. 87.

24- أنظر:

Lisa Bench Nieuwveld, Victoria Shannon Sahani, *Third-Party Funding in International Arbitration* (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2017), Chapter 3: Ethical Consideration for Third-Party Funding, p. 67. [hereinafter: Lisa Nieuwveld and Victoria Sahani: Ethical Consideration for TPF]. Cf. Nadia Darwazeh and Adrien Leleu, 'Disclosure and Security for Costs or How to Address Imbalances Created by Third-Party Funding' (2016) 33(2) *Journal of International Arbitration*, pp. 125-150, at 128.

25- أنظر: .Caroline Dos Santos, *op. cit.*, p. 920.

26- أنظر: .Jonas von Goeler: Litigation Funding, *op. cit.*, pp. 83-84.

ويفرّق الكاتب بين مجموعتين من المستثمرين بالنسبة لتمويل الغير، المجموعة الأولى ليس لديها الإمكانيات المادية للّجوء إلى التحكيم؛ ولذلك فإنّ تمويل الغير يمثّل النجاة لها. والمجموعة الأخرى لديها الإمكانيات المالية، ولكن نظراً لإرتفاع تكلفة التحكيم، وخاصة إذا ما حدث وأمرت هيئة التحكيم بدفع المصروفات التي تكبدها الطرف الآخر، فإنّ هذا قد يؤثّر على خطتها المستقبلية.

ومما لا شك فيه أن قيام الغير بتمويل عملية التحكيم سيحول عبء مسؤولية دفع التكاليف إلى جهة التمويل؛ مما يمنح المزيد من الشركات ألفة لرفع دعاوى تحكيمية إذا كان ذلك الطريق هو الأمثل لهم للحصول على حقوقهم²⁷.

ثالثاً- بما أن تكلفة التحكيم يمكن أن تكون باهظة، فإن جهة التمويل عادة ما تجري بحثاً شاملاً حول استثمارها، ومدى فرص نجاح الدعوى التحكيمية التي ستمولها مع بذل العناية الواجبة في ذلك، على أن يتم ذلك قبل التوقيع على إتفاق التمويل مع المستثمر الأجنبي²⁸، ويمثل هذا البحث الشامل سبباً إضافياً لمعرفة معدل نجاح الدعوى مستقبلياً²⁹.

ومن جانب آخر، فإن قيام الغير (الممول) بتمويل التحكيم يُعدُّ - إلى حدٍّ ما - دليلاً على أن مطالبة المستثمر قائمة على أسباب جدية³⁰، وهذا يقلل من احتمال تقديم مطالبات أو دعاوى غير مهمة إلى المحاكم المختصة بالإستثمار الدولي³¹.

وقد استند جانب من الفقه إلى الأرقام التي تُبين أن عددًا قليلاً جداً من طلبات التمويل المقدمة إلى مؤسسات التمويل يتم تمويلها بالفعل من قبل هذا الممول؛ وذلك لتأييد ما سبق ذكره³². ومن ناحية أخرى، يقترح هذا الفقه وضع عدد من الإجراءات التي تستهدف منع الإستعانة بمؤسسات التمويل لتمويل مطالبات أو دعاوى لا تستند على أساس أو أدلة قوية³³.

وفي جميع الأحوال، يُلاحظ أنه وبسبب الارتباط بين أرباح جهة التمويل الممولة والنتيجة الإيجابية لدعاوى التحكيم، يبدو أنه من المستبعد - نوعاً ما - أن يكون لدى هذه الجهة الرغبة في إنفاق مواردها على مطالبات أو دعاوى يتضح عدم جدواها. ويضاف إلى ذلك، أنه بموجب الفقرة الخامسة من المادة (41) من إتفاقية ICSID لقواعد التحكيم، وُضع إجراء خاص لضمان معالجة تلك الدعاوى ضعيفة الحجة والأساس في مرحلة مبكرة من الإجراءات. وذلك من أجل تجنب

27- أنظر: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 7.

28- أنظر: HU Haifan, *op. cit.*, p. 7.

29- أنظر: Lisa Nieuwveld and Victoria Sahani: Ethical Consideration for TPF, *op. cit.*, p.68.

30- أنظر: HU Haifan, *op. cit.*, p. 7.

31- أنظر: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 7.

32- أُلْمِج السابق.

33- أنظر: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 7; and Van Boom, *op. cit.*, pp.30-31.

الإجراءات الطويلة والمكلفة لتقييم هذه الدعاوى³⁴؛ حيث يمكن لهذا الإجراء أن يمنع استمرار المستثمر في مثل هذه الدعاوى، حتى ولو كانت جهة التمويل مستعدة للإستثمار في هذه الدعاوى بسبب احتمال ارتفاع عوائدها³⁵. وتنص هذه الفقرة على الآتي:

"ما لم يوافق الأطراف على إجراء آخر مُعجل لتقديم إعتراضات أولية، يجوز لطرف، في موعد لا يتجاوز 30 يوماً بعد تكوين الهيئة التحكيمية، وفي أي حال قبل الجلسة الأولى للهيئة – تقديم إعتراض على أن المطالبة تفتقد بشكل واضح الأساس القانوني، ويجب على الطرف أن يحدّد بدقّة، قدر الإمكان، أساس الإعتراض وتقوم الهيئة، بعد إتاحة الفرصة للطرفين لعرض ملاحظاتهم على الإعتراض. بإخطار الأطراف بقرارها الأول بشأن الإعتراض في جلستها الأولى أو على الفور بعد ذلك، ولا يخلُ قرار الهيئة بحق أي طرف في تقديم إعتراض؛ عملاً بالفقرة (1)، أو الإعتراض، أثناء سير الدعوى، على أن المطالبة تفتقر الأساس القانوني"³⁶.

أفرع الثاني: الإعتراضات على تمويل الغير لتحكيم عقود الإستثمار الدولي:

إلى جانب المزايا السابق ذكرها لعملية تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي، توجد عدّة إعتراضات على هذا التمويل. ويتمثّل الإعتراض الأول والمهمّ في أنّ إتفاق

34- أنظر :

Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules. For more on this rule, see Chester Brown and Sergio Puig, *The Power of ICSID Tribunals to Dismiss Proceedings Summarily: An Analysis of Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules*, (2011) 10 (2) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 227-259; and Michele Potestà and Marija Sobat, 'Fivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily', (2012) 3 (1) *Journal of International Dispute Settlement* 137-168.

35- أنظر أيضاً: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 8.

36- ويجري النصّ الإنجليزي الأصلي لهذه الفقرة كما يأتي:

"(5) Unless the parties have agreed to another expedited procedure for making preliminary objections, a party may, no later than 30 days after the constitution of the Tribunal, and in any event before the first session of the Tribunal, file an objection that a claim is manifestly without legal merit. The party shall specify as precisely as possible the basis for the objection. The Tribunal, after giving the parties the opportunity to present their observations on the objection, shall, at its first session or promptly thereafter, notify the parties of its decision on the objection. The decision of the Tribunal shall be without prejudice to the right of a party to file an objection pursuant to paragraph (1) or to object, in the course of the proceeding, that a claim lacks legal merit".

التمويل يؤدي إلى تعدد المصالح وتتوَعها في إجراءات التحكيم³⁷؛ فيلاحظ أنه خلال إجراءات التحكيم يقوم المستثمر بالأخذ في إعتباره مصالح جهة التمويل التي تهدف إلى تحقيق أكبر عائد ممكن من استثمارها، فضلاً عن مصالحه الشخصية³⁸. وهنا يتواجد قلق وخوف حقيقي من أن يثأر محامي المدعي (المستثمر) في الدعوى التحكيمية بجهة التمويل التي تتولّى دفع أتعابه، بدلاً من أن يكون مهتماً فقط بمصلحة المدعي³⁹.

ثانياً- إنّ الإستعانة بمؤسسات التمويل يمكن أن تزيد من عدد قضايا التحكيم في إنفاقيات الإستثمار الدولي⁴⁰؛ حيث يمكن أن تترتب عليه عواقب مالية كبيرة للدول (النامية)، نظراً للتعويضات الكبيرة التي يُحكم بها عادةً في قضايا تحكيم الإستثمار الدولي⁴¹. هذا بالإضافة إلى

37- للمزيد من التفصيل أنظر: Jonas von Goeler: *Litigation Funding, op. cit.*, p. 96. *et seq.*

38- أنظر: المرجع السابق، ص 90.

39- أنظر أيضاً:

Susanna Khouri, Kate Hurford and Clive Bowman, 'Third party funding in international commercial and treaty arbitration – a panacea or a plague? A discussion of the risks and benefits of third party funding', (2011) 8(4) *Transnational Dispute Management*, p. 7; Jonas von Goeler: *Litigation Funding, op. cit.*, pp. 96-98; Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 8; and Van Boom, *op. cit.*, p. 50 *et seq.*

وقد فند المؤلف الأخير هذه الحجة بقوله:

"... ومن الممكن أن تحظر قواعد السلوك المهني للمحامي تعيين الغير له أو قبول المحامي للتوجيهات منه، أو تركه بعض المهام له. وفي الواقع – ومع ذلك – فإن جهة التمويل بحاجة إلى الحصول على معلومات لتقييم قابلية القضية للنجاح، وفي هذا الصدد، قد يشكل الإلتزام المحامي بالسرية "إمتياز السرية" confidentiality privilege" مشكلة. وتقوم جهة التمويل بتقييم قابلية مطالبات المدعي للنجاح، ولكن كيف يمكنهم الحصول على معلومات من المحامي ما لم يتنازل العميل عن هذا الإمتياز؟ ويحتمل وجود تضارب محتمل في المصالح بالنسبة للمحامي، بالنظر إلى واجب الولاء المستحق للعميل؛ ولذلك فإن التنازل عن الإمتياز سيكون ضرورياً إذا كان على المحامي أن يتشارك مستندات العميل مع جهة التمويل."

40- أنظر: Nadia Darwazeh and Adrien Leleu, *op. cit.*, p. 129.

ويذكر الكاتبان أنّ بعض شركات التمويل تتجه إلى تحمل مخاطر بعض القضايا التي قد تبدو من غير أساس قانوني قسوي، ويشيران إلى ما ذكرته إحدى جهات تمويل الغير (Burford company) في تقريرها السنوي لعام 2011 من أنه "إذا تجنبنا المخاطر بسبب الخوف من الخسارة، كما يفعل بعض مستثمري التقاضي، فإننا لن نقوم بتعظيم الأداء المحتمل لهذه المحفظة".

"if we shy away from risk for fear of loss, as some litigation investors do, we will not maximize the potential performance of this portfolio".

41- أنظر:

Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 8; Van Boom, *op. cit.*, pp.7-8; and Jonas Von Goeler: *Litigation Funding, op.cit.* pp. 91-92.

ويقدّم الكاتب الأخير هذه الحجة بالقول: إنّ الدراسات التطبيقية أثبتت أنّ حوالي 90% من المنازعات التي قدّمت إلى جهات التمويل قد رفضت نتيجة التقييم الدقيق الذي تجريه جهة التمويل للمنازعة قبل إتخاذ قرارها بالتمويل.

القلق والخوف المصاحبين لإطلاع جهة التمويل على كلِّ الملفات والمستندات الخاصة بمطالبات الطرف، مما يُثير موضوع سرية المعلومات وما قد ينتج عنه من مخالفات من قبل جهة التمويل⁴².

ويُردُّ على ذلك بأنَّ إتِّفاقاً قد يُبرم بشأن سرية المعلومات الموجودة في هذه المستندات والملفات، وفي حالة المخالفة يتمُّ تعويض الطرف المعني. ويضاف إلى ذلك: أنَّ جهة التمويل عادةً ما يكون لديها فريقٌ مختصُّ بتقييم المطالبات والأدلة على هذه المطالبات، وهم يقومون بذلك التقييم لغرض إتخاذ القرار المناسب، سواء بالتمويل أو رفض طلب المستثمر، وهؤلاء بالطبع ملتزمون بسرية المعلومات التي يتمُّ تقييمها⁴³.

ثالثاً- إنَّ المشكلات التي قد تنتج بسبب العلاقة بين أحد أطراف التحكيم الذي يرغب في الحصول على التمويل وجهة التمويل، أو المشكلات التي تنتج بسبب عدم رغبة جهة التمويل في مواصلة تمويل إجراءات التحكيم، يمكن أن تؤدي إلى إيقاف إجراءات التحكيم⁴⁴. ومن الأمثلة على ذلك: قضية⁴⁵ *S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania case* المرفوعة أمام محكمة تسوية منازعات الاستثمار، وقضية *S & T Oil v. Juridica Investment Limited*⁴⁶، التي رُفعت أمام محكمة محلية في الولايات المتحدة، والتي إهتمت بالعلاقة بين المدعي الأصلي أمام محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار وجهة التمويل لدعوى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار⁴⁷، وتولت جوريدিকা للتمويل *Juridica* تمويل الدعوى ضدَّ رومانيا أمام محكمة تسوية نزاعات الإستثمار، والتي

42- أنظر: Caroline Dos Santos, *op. cit.*, p. 922.

43- أنظر المرجع السابق.

44- لمزيد من التفصيل، أنظر: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 9.

45- أنظر:

S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. v. Romania, ICSID Case No. ARB/07/13.

وتجدر الإشارة إلى أنَّ ملخص الإجراءات والحكم فيها متاحان على موقع المركز ICSID على شبكة الإنترنت:

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/13>

تمَّ الإطلاع على الموقع بتاريخ 10 يناير 2019. وأنظر أيضاً: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 9.

46- U.S. District Court, S.D. Texas, Houston Division, *S & T Oil Equipment & Machinery v. Juridica Investment Limited*, Civil Action No. H-11-0542, April 25, 2011. This case was mentioned in Eric De Brabandere and Julia Lepeltak, *op. cit.*, p. 9.

47- أنظر: Brabandere and Lepeltak, *op. cit.*, p. 9.

بعدها نشأ نزاع بين S&T وجورديكا *Juridica* بشأن إدعاءات سوء الفهم من جانب S&T لبعض الوقائع والإفصاح عن المعلومات.

وفي ضوء العلاقة المتوترة بين جهة التمويل والمستثمر، قام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بإيقاف إجراءاته بسبب عدم دفع الرسوم المقررة⁴⁸.

المطلب الثاني: أهمّ المشكلات التي تُثار بصدد عملية تمويل دعاوى التحكيم الإستثماري⁴⁹:

نقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أشفافية وتمويل الغير للتحكيم الإستثماري الدولي.

الفرع الثاني: إستقلالية وحيدة المحكمين وتمويل الغير.

أفرع الأول: أشفافية وتمويل الغير للتحكيم الإستثماري الدولي:

ليس من السهل تعريف المقصود بالشفافية حيث أنها تحتاج إلى دراسة مستقلة ومستفيضة، ولكن سنكتفي بإيراد المفهوم العام لها. فتشير الشفافية إلى إتاحة المعلومات والمستندات للعمامة والإفصاح والكشف الدائم عنها. وفي هذا الصدد، لا يُمكن القول بوجود إلتزام على أطراف التحكيم بالإفصاح عن إتفاقات التمويل؛ إستناداً على تواجد إلتزام بتحقيق مبدأ الشفافية في تحكيم إتفاقات الإستثمار⁵⁰. ومع تسليمنا بذلك، لا نستطيع إلا أن نقرّ بوجود سلطة لهيئات التحكيم تُمكنها من إلتزام طرف في التحكيم بالإفصاح عن إتفاقات التمويل.

ويمكن أن تستند هذه الأوامر إلى السلطة العمامة *general power* للهيئة التحكيمية للمحافظة على نزاهة عملية التحكيم، وحسن سير إجراءاتها؛ ففي قضية *Muhammet Çap &*

48- أنظر: المرجع السابق.

49- يلاحظ أننا لم نقم بالإشارة إلى أهمّ المشكلات الناتجة عن تمويل الغير للتحكيم في منازعات الإستثمار وهي تحديد الطرف في الدعوى التحكيمية وتقديم ضمانات لدفع تكاليف التحكيم، حيث أننا قد قمنا بدراسة هذه الموضوعات وغيرها في دراستنا المتعمقة عن الإلتزام بالإفصاح عن تمويل الغير للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولي والتي سبق الإشارة إليها في مقدمة الدراسة الحالية.

50- أنظر: . *cit.*, p. 8. Van Boom, *op. cit.*, p. 13; and Brabandere, *op.*

صراحةً على هذا المبدأ من خلال الإشارة بوجه عام إلى "أنّ الهيئة تعتبر أنّ لديها صلاحياتٍ متّصلةً في إصدار أوامر من الطّبيعة المطلوبة، عند الضّرورة، للحفاظ على حقوق الأطراف ونزاهة إجراءات التّحكيم، ولم يطعن المدّعون في هذه السّلطة المتّصلة بموجب قواعد المركز الدّولي لتسوية منازعات الإستثمار".

The Court Stated⁵²:

"6-As stated at § 9 of Procedural Order No. 2 the Tribunal considers that it has inherent powers to make orders of the nature requested where necessary to preserve the rights of the parties and the integrity of the process. Claimants have not challenged this inherent power under the ICSID Rules.

7-Accordingly, there is no reason why Respondent cannot make this application for disclosure and for the Tribunal to consider the application again in light of changed circumstances and new arguments. The question for the Tribunal now is whether the circumstances exist to justify the Tribunal ordering Claimants to make the disclosures sought by Respondent".

ولم يقتصر الأمر في هذه القضية على إصدار أمر بالإفصاح عن جهة التّمول، بل امتدّت إلى المطالبة بالإفصاح عن شروط إتّفاق التّمول.⁵³

"8-The Tribunal has decided that Claimants should disclose whether their claims in this arbitration are being funded by a third-party/parties, and, if so, the names and details of the third-party funder(s) and the terms of that funding".

51- أنظر :

Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3, 12 June 2015.

وكلّ المستندات المتعلّقة بهذه القضية متاحة على الموقع الآتي على شبكة الإنترنت:

<https://www.italaw.com/cases/2036>

تمّ الإطّلاع على الموقع بتاريخ 5 سبتمبر 2019.

52- انظر :

Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3, 12 June 2015. Paras. 6-7.

53- أنظر : المرجع السابق، فقرة رقم 8. وأنظر أيضاً: 9. Sara Pedroso, *op. cit.*, p. 9.

أفرع الثّاني: إستقلالية وحيدة المحكمين وتمويل الغير:

من المتعارف عليه أنّ المبادئ العامّة التي تتعلّق بإستقلالية وحيدة المحكمين الدّوليين تُحترَم ويجب مراعاتها، سواء أكان الأمر يتعلّق بتحكيم تجاريّ دولي أم بتحكيم خاصّ بإتفاقيات الإستثمار⁵⁴.
تكمّن المشكلة الأساسيّة في تمويل الغير لإجراءات التّحكيم في الموضوع المتعلّق بالإفصاح وعلاقته بإستقلال المحكمّ وحياده، وذلك في الحالات التي لا يُفصح فيها الأطراف - عند بداية نظر النزاع - عن وجود ترتيب للتمويل من شخص من الغير لهيئة التّحكيم⁵⁵. في هذه الحالة قد لا يعلم المحكمّ المعنيّ بالفصل في النزاع أنّه قد يكون في وضع تعارض مصالح *conflict of interest*⁵⁶؛ فعلى سبيل المثال: قد لا يكون المحكمّ على دراية بأنّه قد تمّ تعيينه بشكل غير مباشر من قبل جهة تمويل في عدّة قضايا مختلفة، كمحكمّ في تحكيم أوّل يتمّ تمويله من هذه الجهة، وكمستشار قانونيّ في قضية تحكيم مختلفة ممولة - أيضاً - من قبل جهة التّمول نفسها⁵⁷.
ولا شكّ أنّ العواقب المحتمّلة الناتجة عن تعارض المصالح بين محكمّ والغير ممولّ التّحكيم في غاية الأهميّة، ومن شأنها أن تعطلّ عمليّة التّحكيم كلّها⁵⁸. وبعيداً عن شواغل تتعلّق بإستقلال هيئات التّحكيم وحيادها، فإنّ الحاجة إلى نظام للإفصاح عن إتفاقات التّمول من الغير أصبح أمراً ضرورياً⁵⁹.

54- أنظر: Jonas von Goeler: *Impartiality and Independence of Arbitrators*, *op. cit.*, p. 253.

تنصّ الفقرة الثّالثة من المادة (16) من قانون التّحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994، على إلزام المحكمّ بالإفصاح عند قبوله التّحكيم عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول إستقلاله أو حيده. وتنصّ الفقرة الثّالثة من المادة (11) من قانون التّحكيم القطري رقم (2) لسنة 2017 على نفس الإلتزام.

55- أنظر: Burcu Osmanoglu, *op. cit.*, p. 332 *et seq.*

56- أنظر: المرجع السّابق، ص 332.

57- أنظر: Sara Pedroso, *op. cit.*, pp.4-5; and Burcu Osmanoglu, *op. cit.*, p. 334.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المبادئ التّوجيهية لإتحاد المحامين الدّولية لعام 2014 توفّر "قوائم" أو سيناريوهات تضارب المصالح المصنّفة على أنّها "حمراء" أو "برتقالية" أو "خضراء" تبعاً لدرجة شدتها، وما إذا كانت تستدعي الإفصاح عنها؛ على سبيل المثال: الحالات في القائمة البرتقالية تحتوي على سيناريوهات لا تتضمن تعارضاً تلقائياً في المصالح، ولكن مع ذلك تتطلّب الإفصاح.

58- للمزيد من التّفصيل أنظر:

Nadia Darwazeh and Adrien Leleu, *op. cit.*, pp. 132-133; Jonas von Goeler: *Impartiality and Independence of Arbitrators*, *op. cit.*, p. 255 *et seq.*

59- في هذا الصّدّد أنظر دراستنا المعنونة "نحو إلزام عام بالإفصاح عن إتفاقات تمويل الغير للتّحكيم في إتفاقيات الإستثمار الدّولي: دراسة تحليلية مقارنة" بحث مقبول للنشر في مجلّة القانون والإقتصاد التي تصدرها كليّة الحقوق، جامعة القاهرة 2019.

الْخاتمة:

يُعدُّ التَّمويلُ المُقدَّم من الغير "صناعة" سريعة النَّمو، وسيزيد دوره بصورة ملحوظة في المستقبل القريب في تحكيم الإتفاقيات المتعلقة بالإستثمار. والأسباب التي ساعدت على إنتشاره وإزدهاره متعدّدة، أهمّها السَّبب المتعلّق بالمساعدة للوصول إلى العدالة؛ حيث لا يستطيع طرف من أطراف التَّحكيم - غالبًا ما يكون المستثمر في تحكيم الإستثمار - أن يتحمَّل المصاريف المصاحبة للدَّعوى التَّحكيمية، فيلجأ إلى شخص من الغير، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، ليقوم هذا الغير بتمويل التَّحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن تكاليف أو مصاريف الدَّعوى لا تقتصر فقط على الرّسوم التي تُسدّد لمركز التَّحكيم أو غير ذلك من المصاريف العادية، ولكنها تشمل أتعاب المحكّمين ونفقات الخبراء والشهود ونفقات التَّمثيل القانوني.

ويُضاف إلى ذلك أن تمويل الغير للتَّحكيم لا يقتصر فقط على المساعدة الماليّة، ولكنه يمتدّ إلى تقديم الخبرة القانونيّة؛ حيث إنّ جهات التَّمويل يكون لديها فريق يضمّ خبراء من المختصّين في إجراءات التَّقاضي، وخبراء آخرين مختصّين بالتَّحكيم، وغير هؤلاء من الخبراء المعنويين في المجالات الأخرى المتعلقة بالتَّقاضي والتَّحكيم؛ فقبل أن تتخذ جهة التَّمويل قرارها بشأن التَّمويل يقوم هذا الفريق بفحص كلّ المستندات والمعلومات عن موضوع المنازعة من أجل معرفة نسبة كسب هذا النزاع من عدمه، وهذا بالتَّأكيد يساعد الطَّرف الممولّ وفريقه.

ولا يُخفى أنّ لكلّ نظام جديد إعتراضات، فقد ذُكر أنّ جهة التَّمويل تسيطر على إجراءات الدَّعوى التَّحكيمية، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى إساءة استخدام السُّلطة المُتاحة لها، ولكن يمكن القول: "إنّ من يُقدّم تمويلًا قد يرغب في تملك سيطرة معيّنة على الإجراءات بدون إساءة استخدام هذه السيطرة."

وقد قيل أيضًا: إنّ الإستعانة بمؤسّسات التَّمويل قد يزيد من عدد قضايا التَّحكيم في منازعات الإستثمار، وفي الحقيقة هذه الحجّة لا تستند على أساس سليم، فمن المُتعارف عليه أنّ جهات التَّمويل تقوم بعملية فحص دقيق للقضايا التي يقدّمها المستثمرون الرّاعبون في التَّمويل، وتقوم فقط بتمويل القضايا التي تستند على أدلة قويّة.

أمّا عن الإعتراض المهمّ على تمويل الغير للتحكيم فيمكن في مدى تأثير التمويل على إستقلال المحكمّ وحياده، وقد أشرنا من قبل أنّه للتغلب على هذا الأمر يتعيّن أن يتمّ تبني نظام أو إلتزام عامّ للإفصاح عن إتفاقات التمويل المقدّمة من الغير.

التوصيات:

نرى في النهاية ضرورة العمل على تدعيم الإتجاه نحو إعتقاد إلتزام عامّ على كلّ الأطراف بالإفصاح عن التمويل المقدّم من الغير في العمليّة التحكيمية؛ وذلك لضمان تحقيق المساواة والعدالة في الإجراءات.

النزاعات في الشراكة بين القطاعين العام والخاص: التحكيم الآلية المثلى لفضها

المحامي الدكتور عبد الحميد الأحذب
ومشاركة المحامية سمر مغيزل (لبنان)

❖ تعريف موجز لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

عرّف صندوق النقد الدولي عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما يأتي: "هي الإتفاقيات التي يوفر بموجبها القطاع الخاص بنيات تحتية وخدمات كانت عادة من مسؤولية الدولة".

من الناحية القانونية يمكن تعريف عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه عقد محدّد المدّة، يعهد بموجبه شخص عام إلى شريك من القطاع الخاص مسؤولية القيام بمهمة شاملة تتضمّن التصميم والتشييد والتجهيز والتمويل الكلي أو الجزئي والتشغيل، أو إعادة التأهيل وصيانة أو إستغلال منشأة أو بنية تحتية أو تقديم خدمات ضرورية لتوفير مرفق عمومي.

يُنظر إذاً إلى الشراكة بين القطاعين العام والخاص كوسيلة لتأمين إحتياجات المجتمع من السلع والخدمات بأساليب مُستحدثة، لا سيّما عندما يكون الإقتصاد الوطني في وضع يمنعه من العمل بكامل قدراته وطاقاته التشغيلية. تتمثّل هذه الشراكة بعقود طويلة الأجل ما بين القطاعين العام والخاص تهدف إلى تقديم خدمات عامّة وإنشاء البنى التحتية عن طريق الإستفادة من كفاءة القطاع الخاص وإمكانياته المالية وخبراته. تُعدّ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص إحدى الآليات الحديثة لتمويل المشروعات العامة.

❖ فضّ النزاعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص:

كما رأينا إذاً، إنّ عقود الشراكة هي عقود ذات قيمة مالية عالية يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية طويلة تمتدّ على مراحل مختلفة. لذلك، فإنّ النزاعات التعاقدية هي شائعة في عقود الشراكة لعدّة أسباب منها:

▪ أنّ عقود الشراكة هي طويلة الأمد ولا بدّ أن تنشأ خلال تنفيذها على مراحل مختلفة ظروف غير متوقّعة.

▪ إنّ المشاريع المشتركة هي بطبيعتها معقّدة.

وعليه، يجب أن تكون إدارة العلاقة بين الأطراف المعنية فعّالة في المشروع المشترك مما يسهّل حلّ النزاعات في المستقبل. فاللجوء السّريع إلى تسوية النزاعات بطريقة غير ملائمة قد يُلحق الضّرر بهذه العلاقة ما قد ينعكس سلباً على سير المشروع بأكمله. لذلك فمن الأساسي أن يتمّ تحديد عمليّة تسوية النزاعات في عقد الشراكة.

تمثّل الآليّة المُتاحة لحلّ النزاعات عنصراً مهماً في تحديد مخاطر عقود الشراكة من قبل الشريك الخاص. لذلك من الضّروري بناء ثقة الأطراف الخاصّة المعنية بوجود نظام عادل لحلّ النزاعات بهدف حلّها على المشاركة في هذه المشاريع. فمن المستحسن حلّ النزاعات عبر اللّجوء إلى أي من آليات تسوية النزاعات المتوفّرة والمتماشية مع الممارسات الدوليّة ودون اللّجوء إلى الدعاوى القضائيّة التي هي بطبيعتها طويلة وتتطلّب إجراءات وشكليّات معيّنة.

فكان لا بدّ من تحديد الآليات الأنسب لحلّ النزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن عقود الشراكة. ومن بين آليات تسوية النزاعات النموذجية الأكثر ملاءمة التّحكيم. فالإختلاف بين النّظم القانونيّة المقارنة في تكييف عقود الشراكة وتصنيفها ضمن عقود القانون العام أم عقود القانون الخاص لم يعد يقف في وجه اللّجوء إلى التّحكيم لفضّ نزاعات هذه العقود.

❖ آليّة التّحكيم:

التّحكيم هو وسيلة بديلة لحلّ النزاعات إزداد اللّجوء إليه لما يوفّره من مزايا لا يحقّقها قضاء الدّولة المُتعلّق بالقضايا. هو عبارة عن إجراء توافقي خصوصي وخاصّ وهو بذلك يتمتّع بالسريّة التي غالباً ما تسعى الأطراف المتنازعة إلى الحفاظ عليها. ولا بدّ من أن نشير إلى أنّ الأطراف

يجب أن يتفقوا على السرية كي يكون هناك موجب ملزم بهذا الصدد إذ إن معظم القوانين لا تنص على هذا الموجب. إن احتمالات المحافظة على علاقة الشراكة بين الأطراف المتنازعة قد تكون عالية ومرتفعة نتيجة لمحافظة تلك الأطراف على خصوصية نزاعها. لذلك، تُعدّ الشروط المتعلقة بإنهاء العقود وفضّ النزاعات عبر التحكيم بالغة الأهمية في هذا السياق. أيضاً، يتميّز التحكيم بخصوصية عرض نزاعات عديدة على خبراء لتسويتها من قبلهم كل في مجال إختصاصه.

يتمثل السبب الرئيس لإختيار التحكيم في السعي للوصول إلى حلّ النزاعات بطريقة أسرع وبتكلفة أقل نسبياً إذا صحّ القول. والتحكيم لا يساعد الأطراف المتنازعة على تفادي التكاليف أمام المحاكم فحسب وإنما يؤدي أيضاً إلى توفير وسيلة لتجنب الشكليات الإجرائية الرسمية المتبعة أو المتخذة أمام المحاكم التي لا يتمّ اللجوء إليها عادةً في الإجراءات التحكيمية كونه عملية توافقية بين الأطراف. ولعلّ أهمّ ميزة يوفرها التحكيم تكمن في تجنب الأطراف المتنازعة مشكلة عدم الإلمام بالقوانين الموضوعية والاجرائية في القانون الأجنبي وذلك من خلال الإتفاق على القانون المطبق على أساس النزاع والمكان الذي سوف يتمّ فيه التحكيم. ولمكان التحكيم أهمية بالغة في هذا الصدد إذ إنّ من شأنه التأثير على مرحلة ما بعد صدور الحكم، فإختيار مكان التحكيم يجب أن يتناسب مع المحاكم التي توفرّ مناخاً مرناً إيجابياً ومساعداً للتحكيم.

ولمبدأ الإختصاص بالإختصاص Competence - Compétence مكانة مهمة في التحكيم إذ يقفل هذا المبدأ فرضية تعطيل التحكيم عبر الطعن بالشرط التحكيمي ذاته. في هذه الحالة، يبقى للمحكّمين سلطة النظر في إختصاصهم في ما يخصّ عيوب الشرط التحكيمي المزعومة. ويحتلّ مبدأ إستقلالية التحكيم أيضاً حيزاً مهماً. فحتى لو أبطل العقد المتضمن الشرط التحكيمي، يبقى هذا الشرط قائماً بحدّ ذاته دون أن يتأثر ببطلان العقد المدرج فيه.

وتكمن أهمية التحكيم القسوى في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في أنه يحفظ حقوق الدولة والمستثمر في آن عبر إحداث التوازن بين مصالح أطراف العقد وذلك من خلال النصّ على ضمانات معينة، كإشترط الدولة تطبيق قانونها الوطني على النزاع أو إختيار المحكّمين من قبل طرفي عقد التحكيم أو الإتفاق مقدماً على قواعد تسوية النزاعات أو اللجوء إلى مراكز التحكيم المشهود لها بالجديّة والموضوعية والنزاهة وذلك دلالة على تذليل العقبات التي من الممكن أن تواجه العملية التحكيمية. فالمستثمر الأجنبي يعول دائماً على إضافة شرط التحكيم نظراً للمزايا التي توفرّها له هذه الوسيلة البديلة لحلّ النزاعات، فضلاً عن أنّ الحكم التحكيمي

يمكن تنفيذه في أي دولة من العالم بفضل إتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية لعام 1958 والتي وقّعت عليها غالبية الدول، وهذا ما يشكل بحدّ ذاته ضماناً كبيراً لطرفي النزاع، فالمستثمرون الدوليون يحتاجون إلى الشعور بالإرتياح والثقة في الطريقة التي سيُعاملون بها.

نورد أيضاً فكرة فكّ الارتباط بين بلد المنشأ، أيّ البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي، وبين بلد التنفيذ. فالعديد من الإتفاقيات الدولية كإتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية نزاعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى - الإكسيد - تنصّ على اللجوء إلى التحكيم وعلى عدم إمكانية الطعن بإبطال الأحكام التحكيمية إلا أمام مركز الإكسيد نفسه ووفق إجراءات محدّدة ضمن هيكلته.

على صعيد الدول العربية، نذكر الإتفاقية الموحّدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980 التي تنصّ في المادة 2 فقرة 8 من ملحق التوفيق والتحكيم منها على عدم قابلية الحكم التحكيمي الصادر بموجبها للطعن به.

❖ قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص في لبنان:

في لبنان، تنصّ المادة 10 المتعلقة بتسوية النزاعات كما وردت في قانون تنظيم الشراكة بين القطاعين العام والخاص على ما يلي:

"يجب أن يتضمّن عقد الشراكة الأمور التالية:

[...]

15- الأصول المتّبعة لحلّ النزاعات، بما فيها الوساطة والتحكيم الداخلي والدولي".

تتجلى إرادة المشرّع هنا في تحصين وتعزيز دور التحكيم كوسيلة لفضّ النزاعات التي من الممكن أن تنشأ عن عقود الشراكة. يستفيد المستثمر في لبنان، الذي يكون إستثماره خاضعاً لأحكام قانون الشراكة، من فائدة مضافة وهي عدم وجوب إجازة البند التحكيمي أو إتفاق التحكيم بمرسوم في مجلس الوزراء تطبيقاً لنصّ المادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية التي توجب إجازة البند التحكيمي في العقود الإدارية الذي تكون فيها الدولة أو أحد الأشخاص المعنويين طرفاً فيها بمرسوم يصدر عن مجلس الوزراء.

❖ العوائق التي من الممكن أن تعترض التحكيم:

من جهة أخرى، لا بدّ من إلقاء الضوء على بعض العوائق التي تعترض التحكيم كإمتناع المحكم عن السير بالإجراءات وإستقالته والطمّعن بإبطال حكم التحكيم وتنفيذه. ونشير أيضاً إلى النفوذ الموجود لدى الدول للتحكم في قرارات مراكز تحكيم التجارة الدولية وإرتفاع تكاليف خدمات هذه المراكز. يُضاف إلى ذلك الضغوط التي تمارسها الشركة الدولية العملاقة التي غالباً ما تكون الشريك الخاص على الطرف الضعيف في العقد وهو الدولة النامية التي هي الطرف المتعاقد الآخر. فتمارس تلك الشركات المتعدّدة الجنسيات ضغوط على المحكمين من أجل إصدار قرارات لصالحها.

بالنسبة لإمتناع المحكم، أي مقاطعته سير الإجراءات، أجمع الفقه والإجتهد على مساواة المحكم الممتنع الذي يقاطع التحكيم بالمحكم الذي لا يوقع الحكم التحكيمي بشرط أن تتوافر له كلّ الفرص والظروف للمشاركة في إجراءات المحاكمة التحكيمية. فإذا إمتنع رغم ذلك بدون سبب مشروع فإنّ إمتناعه لا يؤثر على سير التحكيم ويعتبر إمتناعه عن المشاركة مثل إمتناعه عن توقيع الحكم التحكيمي أي بدون أثر قانوني.

أما بالنسبة لإستقالة المحكم، فإنّ من شأن تحديد طريقة إستبدال المحكم في حال إستقالته أن تحلّ هذه المشكلة. فهامش الحرية المعطاة لفرقاء النزاع في سيادتهم على إجراءات الخصومة التحكيمية هو سيّد الموقف. منح الفكر القانوني موضوع إستقالة المحكم التعسفية الرامية إلى المماثلة والتسوية في التحكيم، إهتماماً كبيراً، وتصدّى له علماء القانون الكبار، وبدا الفقه القانوني في العالم ميّالاً إلى التسليم بصحة المحكمة التحكيمية المبتورة، في حين أنّ الإجتهد القضائي في دول القانون المدني ولاسيما فرنسا ما زال متردداً يخطو خطوة إلى الأمام ثمّ خطوة إلى الخلف، بينما حسم إجتهد دول أعراف القوانين الأنكلوأميريكية الأمر لصالح تكريس صحة الأحكام التحكيمية الصادرة عن محاكم تحكيمية مبتورة إستقال أحد المحكمين فيها.

يقف العالمان القانونيان البريطانيان *Redfern* و *Hunter* أمام الوقت الذي يقدّم فيه المحكم إستقالته بدون مبرر كاف. فإذا كان التحكيم في مراحله الأولى، يجري إستبدال المحكم المستقيل. أمّا إذا كان التحكيم في مراحل متقدّمة ويتطلّب فصلاً سريعاً في النزاع لحسن سير العدالة، فيجري إستبدال المحكم بصورة مستعجلة. أما إذا كانت الإستقالة في مرحلة متقدّمة من التحكيم فإنّ الحلّ المناسب هو أن يتابع المحكمان إجراءات التحكيم وأن يصدرا حكمهما التحكيمي كما

حصل في دعاوى طبقت نظام اليونسترال أو خضعت لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية. ويضيفان أن الحل الأمثل هو أن يلحظ نظام مركز التحكيم أو إتفاق الطرفين هذه الحالة. وإذ ذاك ليس هناك شك في أن القضاء سيعطي هذا الحكم التحكيمي صيغة التنفيذ.

تُطرح في هذا السياق أيضاً مسألة حصانة الدول ضد التنفيذ. إن الشرط التحكيمي الذي يتناول التنازل عن حصانة الدولة يساعد في تفادي أي جدال حول حق الدولة بالتذرع بحصانتها بعد صدور الحكم وفي مرحلة تنفيذه. فمن المهم التركيز على مسألة تنازل الدولة الطرف عن حصانتها في كل ما يتعلق بتنفيذ الحكم. وهنا يستوقفنا الإجتهد الفرنسي الذي إعتبر أن التنازل عن الحصانة ضد التنفيذ يمكن أن ينتج عن إعتقاد قواعد تحكيمية معينة. ففي قضية Creighton ضد قطر، قضت محكمة التمييز في العام 2000 بأن الإلتزام الذي تعهدت به دولة من خلال التوقيع على إتفاق التحكيم لتنفيذ الحكم التحكيمي وفقاً للمادة 24 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC، يُستدل منه أن الدولة قد تنازلت عن حصانتها ضد التنفيذ¹.

تجدر الإشارة إلى مسألة بالغة الأهمية في هذا الصدد ألا وهي التنفيذ ضد الكيانات المنبثقة عن الدولة عندما تكون الدولة هي المدينة. بهذا الخصوص، أقرت محكمة التمييز الفرنسية أن الذمة المالية لكيانات هذه الدولة، على الرغم من تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن تلك الخاصة بالدولة، تشكل حق الإرتهان لدائني الدولة ما دام أن الأمر يتعلق بكيانات منبثقة عن الدولة - *alter ego of the state* - مجردة من كل إستقلالية وظيفية وذمة مالية حقيقية².

منذ وقت قريب جداً أكثر بعد، علقت مجلة (GAR) Global Arbitration Review على حكم أصدرته محكمة "أمستردام" بتاريخ 5 يناير 2018 يتعلق بالحجز على أصول يملكها الصندوق السيادي لكازاخستان بغية تسديد الديون المتوجبة على دولة كازاخستان. بحسب المجلة، "إعتبرت محكمة "أمستردام" أنه، حتى لو كان "السمروك" (Samruk) - الصندوق السيادي الكازاخستاني - كياناً قانونياً مستقلاً عن كازاخستان، إلا أن غرضه كان معلقاً تماماً على المصلحة القومية لكازاخستان، فالدولة هي المساهم الوحيد في الصندوق ومجلس إدارته تسيطر عليه الحكومة.

1- Court of Cassation, First Civil Chamber, 6 July 2000, challenge No. 98-19068, *Creighton*.

2- Cour de Cassation, 1ère chambre civile, 6 février 2007, n° 04-13107 et n° 04-13108 ; Cour de cassation, 1ère chambre civile, 14 novembre 2007, n° 04-15388.

تميل معظم هيئات التحكيم إلى رفض الدّفع الذي تُثيره الدّول على أساس أنّ حصانتها تحول دون خضوعها لقضاء أجنبي. تستند هذه الهيئات إلى فكرة كون الدّولة أبرمت إتّفاق التّحكيم بإرادتها وكان لها الرّفص من البداية. كما أعطت إتّفاقية نيويورك لسنة 1958 للدّولة أهليّة إبرام إتّفاق تحكيم دولي. وعليه إذا وافقت دولة متعاقدة كتابةً على إخضاع نزاع ما نشأ أو يمكن أن ينشأ عن عقد للتّحكيم، فلا يمكن قبول إدّعاءات الحصانة القضائيّة المستمدّة من كون الدّولة في وضع سيادي، لأنّ ذلك يتعارض مع إتّفاق التّحكيم الذي أبرمته.

❖ الخاتمة:

في الخاتمة، يبقى التّحكيم الوسيلة المثلى لفضّ النزاعات في عقود الشّراكة بين القطاعين العام والخاص لما يؤمّنه من توازن بين الطرفين، ولما يؤمّنه أيضاً للمستثمر من ضمانات تجاه الدّولة الطّرف في هذه العقود.

تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في سورية

المحامي أحمد حداد (دمشق)

درجت الدول قديماً على مفهوم أن تنفيذ حكم صادر عن المحاكم الأجنبية أمر يتعارض - بشكل مبدئي - مع السيادة الوطنية، ذلك لأن التنفيذ الجبري للأحكام يستدعي ضرورة اللجوء إلى السلطة الملزمة على الأرض التي سينفذ فيها الحكم. وهذا يستتبع - بطبيعة الحال - أن الجهات المخولة بالتنفيذ لا يمكنها تنفيذ حكم صادر عن جهة أجنبية.

من هنا، كان من مقتضيات التعاون الدولي الذي فرضته الضرورة، إيجاد صيغة للإعتراف بالحكم الأجنبي وتنفيذه دون المساس بالسيادة الوطنية. ويمكن إعتبار هذا الأمر ليس طارئاً تماماً لأن له أساساً في النظم القديمة (العهد الروماني) حيث أوجد نظام الـ (Pareatis) صيغة تنفذ فيها الأحكام خارج دائرة المحاكم التي أصدرتها، فكيف بنا هذه الأيام، وقد أصبح العالم قرية صغيرة أو كبيرة محاطة بزئار محكم نسجه نظام العولمة (Globalisation)، نفس كل الجسور والحوافز بين الدول بالمعنيين الإيجابي والسلبي.

وقد تم تطوير هذا النظام على نحو إيجابي يقلص عناصر الرقابة على الأحكام، ليقصرها على التثبت، في حال فرض الرقابة، على شروط أساسية يحددها المشرع الوطني قبل إكساء الحكم الصيغة التنفيذية.

كما قنن المبدأ (مبدأ إكساء الأحكام الأجنبية صيغة التنفيذ) في بلادنا منذ عهد الإنتداب الفرنسي بالقرار /1113/ تاريخ 1921/11/29، وأعيدت صياغة هذا ألتقنين بالمرسوم التشريعي رقم /84/ لعام 1953 قانون أصول المحاكمات المدنية (المواد 306-311) منه. وقبل ذلك كانت نشأت مذاهب فقهية ثلاثة بغاية منح الصيغة التنفيذية للأحكام.

المذهب الأول: الذي أخذ بنظام إعادة النظر في الأحكام الأجنبية ومراجعتها شكلاً وموضوعاً قبل إكسائها الصيغة التنفيذية. ويصبح القاضي الوطني بموجب هذا المذهب، مرجعاً أعلى لتدقيق الحكم الأجنبي وربما تعديله أو إلغائه. وتأخذ بهذا النهج عدّة دول كالسويد والنرويج والدنمارك، كما تأخذ به اليونان في حال كون أحد طرفي النزاع من رعاياها.

كما أنّ فرنسا أخذت به منذ عام 1819، حيث تعرّض لإنتقادات كثيرة من قبيل الفقهاء الفرنسيين لما له من آثار على العلاقات الدولية وعلى تنفيذ الأحكام الفرنسية في الخارج، إلى أن صدر قرار شهير في 1964/1/7 (Munzer) وقد تبني هذا القرار نظام المراقبة في حدود حددها المشرع. وأنه وإن يكن التعرض لأسباب هذا القرار وملابساته يخرج عن خطة البحث، إلا أنه يمكن التّويه أن محكمة النقض الفرنسية أرست مبدأ مفاده أنّ على القاضي الفرنسي في مجال الحكم بتنفيذ حكم أجنبي أن يتحقّق من شروط خمسة هي:

- 1- أنّ الحكم صادر عن محكمة ذات ولاية.
- 2- وأنّ المحاكمة قد تمتّ بشكلٍ أصوليٍّ أمام المحكمة مصدرته.
- 3- وأنّ القانون الذي طبّق هو قانون مختصّ وفق أحكام وقواعد تنازع القوانين في فرنسا.
- 4- وأنه لم يخالف النظام العام الدولي.
- 5- كما أنّه لم يخالف القانون.

وقد رُئي أنّ هذه الشروط كافية لحماية المصالح الفرنسية وحماية النظام القضائي، كما أنّها كافية لتأطير حدود الرقابة دون الحاجة إلى مراجعة مضمون القرار المراد تنفيذه.

المذهب الثاني: الذي أخذ بنظام مراقبة الأحكام قبل منحها الصيغة التنفيذية. ويأخذ أصحاب هذا المذهب بمبدأ الرقابة، لكنّ هذه الرقابة، تتأرجح بين حدّ أدنى وحدّ أعلى، فبعض الدّول تكتفي بمراقبة الاختصاص وعدم مخالفة النظام العام، وبعضها يُضيف موضوع التنبّه من تطبيق القانون الواجب تطبيقه على الحكم الأجنبي، وبعضها الآخر يشترط المعاملة بالمثل، وهذا مبدأ تأخذ به سورية ولبنان منذ صدور القرار (1113) تاريخ 1921/11/19 عن المفوض السامي الفرنسي، وكذلك تأخذ به جمهورية مصر العربية.

وقد حلّت محلّ هذا النظام في سورية المواد (306-311) من قانون أصول المحاكمات المدنيّة السوري والمواد (1009-1023) من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبناني، وكلاهما يعمل بنظام الرقابة مع شرط المعاملة بالمثل. وفي حال عدم توافر الشّروط الواجبة فإنّ كلتا

الدولتين تأخذان بنظام إعادة النظر في الأحكام المطلوب إكساؤها صيغة التنفيذ، وكذلك الأمر بالنسبة لمصر (المواد 296 - 301).

المذهب الثالث: وهو مُعتمد في الدول الأنكلوسكسونية، والذي مزج بين كلا النظامين حين أُوجب على صاحب الحق إقامة الدعوى من جديد مع تقديم نسخة الحكم الأجنبي كدليل إثبات لا يقبل العكس، ويُلزم القاضي بما قضى به الحكم الأجنبي. هذا نظام يوجب على حائز الحكم وصاحب الحق وجوب إقامة دعوى جديدة، مُستنداً إلى الحكم الأجنبي كدليل إثبات لا يقبل العكس، ويُلزم القاضي بالحكم وفقاً للحكم الأجنبي. وتأخذ بهذا النظام إنكلترا ومعظم الولايات المتحدة الأمريكية.

وفي كل الأحوال فإنّ هذا النوع من الأحكام يُعدّ وسيلة إثبات لا يمكن للقضاء الوطني تجاهلها، كما أنّها سند صالح لإتخاذ إجراءات تحفظية.

ولا بدّ من الإشارة هنا إلى أنّ أحكام المحكّمين الأجنبية في كلّ من فرنسا ولبنان تحوز قوّة القضيّة المقضيّة منذ صدورهما (م1476، 1500) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي الجديد، وكذلك (815، 794) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وذلك بخلاف الأحكام القانونية في سورية. فإنّ الحكم يبقى أجنبياً، لكنّه يكتسب قوّة القضيّة المقضيّة من تاريخ صدور الحكم الوطني بإكساء الحكم الأجنبي صيغة التنفيذ، إلّا أنّ حقوق الخصوم تتحدّد إعتباراً من الوقت الذي يحدده الحكم الأجنبي.

ولم تكن فرنسا تساوي بين أحكام المحاكم الأجنبية وأحكام التحكيم بتعليل أنّ أحكام المحاكم تصدر عن جهة عامّة لها ولاية قضائية، لذلك يمكن إعتبار أحكام المحكّمين ليست سوى مفاعيل لعقد. وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية 1914/2/8 "إنّ أحكام المحكّمين تتخذ أساسها من عقد التحكيم وتكوّن معه كلاً واحداً تشاركه في صفته العقدية، وتبعاً لذلك لا محلّ لتطبيق القواعد الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية عليها، ويجوز الأمر بتنفيذها في فرنسا ولو كانت غير واجبة التنفيذ في البلد الذي صدرت فيه".

(منشور في مؤلّف "طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع للمستشار الأستاذ نصره منلا حيدر - ص 185" وقد أخذت إتفاقية جنيف المعقودة في 1927/9/26 بشأن تنفيذ أحكام المحكّمين في مادتها الأولى بهذا الرأْي).

ودون دخول في الحوار الذي صاحب ظهور هذه المذاهب، يمكن القول إنّ التشريع في بلادنا تبنى المذهب الثاني، حين أخذ بنظام المراقبة مع أعمال شرط المعاملة بالمثل، ذلك النظام المستند إلى مبدأ أساس مفاده أنّ الحكم الأجنبي الحائز قوة القضية المقضية يمثل حقاً مكتسباً يؤهله لتنفيذ أحكامه على أراضي الدول الأجنبية تيسيراً لأمر التجارة الدولية. ويخضع تنفيذ الأحكام بالأساس إلى قانون الدولة المطلوب منها إجراؤه عملاً بمبدأ إقليميّة قوانين الأصول المقرّر في القانون الدولي الخاص. ذلك المبدأ الذي يطبق بمقتضاه القانون المحلي على تنفيذ الأحكام سواء كانت صادرة عن المحاكم المحليّة أم الأجنبيّة، وسواء كان المحكوم عليهم من المواطنين أم من الأجانب.

"(محكمة النقض الفرنسيّة في 19/7/1938 سيري 1938-1-293) منشور في لمحة عن قواعد التنفيذ الجبري في قانون أصول المحاكمات - للمستشار الأستاذ نصره ملا حيدر".

ولعلّ من منطوق تسلسل البحث قبل مناقشة آليّة تنفيذ الأحكام الأجنبيّة، أن نتعرّض لتعريف الحكم الأجنبي والمعايير التي يمكن تطبيقها لإعتباره أجنبيّاً، من خلال معيارين هما:

1- السّلطة التي يصدر الحكم بإسمها.

2- الموضوع الذي حسمه النزاع.

1- فمن حيث السّلطة التي يصدر الحكم بإسمها: يمكن القول إنّ كلّ حكم يصدر بإسم سيادة أجنبيّة، وعن جهة لها ولاية الحكم في النزاع، يُعدّ أجنبيّاً. وفي حالة يثور فيها تساؤل عن القانون الذي يمكن أن يحدّد وصف الحكم، وهل هو قانون البلد الذي صدر عنه، أم قانون البلد الذي سيمنحه صيغة التنفيذ؟

يمكن الإجابة أنّ المادة (310) من قانون أصول المحاكمات المدنيّة السوري نصّت على ما يأتي:

"لا يجوز الحكم بالتنفيذ إلّا بعد التحقق ممّا يأتي:

أ- أنّ الحكم صادر عن هيئة قضائيّة مختصّة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه، وأنّه حاز قوة القضية المقضيّة، وفقاً لذلك القانون...".

وهذا ما نصّت عليه المادة (1014) من قانون الأصول اللبّاني.

إلا أن المادة (308) من قانون أصول المحاكمات السوري عرفت الحكم الأجنبي تعريفاً ملتبساً حين نصت على ما يأتي:

"الأحكام الصادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام السورية فيه".

ونحن نجد أن المشرع اللبناني، كان في تعريفه للحكم الأجنبي أكثر توفيقاً حين عرف الحكم الأجنبي في المادة (1009) أصول لبناني أنه الحكم الصادر بإسم سيادة غير السيادة اللبنانية. وتظهر أهمية هذا التحديد في حالة تتعقد فيها محكمة أجنبية على أرض الدولة المطلوب إتخاذ الإجراء التنفيذي فيها. كما لو صدر حكم عن محكمة العدل الدولية في لاهاي حيث يعتبر أجنبياً بالنسبة للقضاء الهولندي. وعلى نحو معاكس يمكن إعتبار الحكم وطنياً ولو صدر في بلد أجنبي، كما لو صدر عن قنصل وطني يبيح له قانون دولته إصدار الأحكام.

كما يمكن إعتبار الحكم وطنياً ولو صدر عن قضاة أجنب ما دام قد صدر بإسم الدولة التي يُراد تنفيذ الحكم على أرضها كالأحكام التي كانت تصدر عن المحاكم المختلطة على الأرض السورية بالرغم من صدورها عن هيئة بأغلبية فرنسية مادامت تصدر بإسم الشعب السوري.

وهناك حالة تتسلخ فيها بعض الدول وتكون دولة مستقلة أو تلتحق بدولة أخرى، حيث يُعدّ هذا التوقيت فيصلاً في إعتبار الحكم وطنياً أو أجنبياً. وعلى سبيل المثال: ذهبت محكمة إستئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 1963/12/21 إلى أن القرار الصادر عن محكمة إستئناف الجزائر بعد إستقلالها هو حكم أجنبي بالرغم من سبق صدور حكم بذات الموضوع عن محكمة البداية في الجزائر يوم لم تكن بلداً مستقلاً، وكانت تُعتبر تابعة للدولة الفرنسية.

"المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص - لعام 1964 - منشور في طرق التنفيذ الجبري وإجراءات التوزيع للمستشار نصره منلا حيدر - ص 152 حاشية".

2- أما من حيث الموضوع الذي حسمه النزاع:

فالأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في سورية هي تلك الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية.

أما الأحكام المتعلقة بالقانون العام (جزائي أو إداري) فلا يمكن تنفيذها إلا في حال وجود إتفاقية دولية تسمح بذلك، ولذا يُمكن القول: إن الأحكام الأجنبية القابلة للتنفيذ في سورية هي

الأحكام الصادرة عن مرجع مختصّ حسب قانون بلد الصّدور وبإسم سيادة غير السيادة السّورية وبأمر من الأمور المذكورة أعلاه.

إذا! متى يُمكن إعتبار حكم التّحكيم أجنبيّاً؟

نصّت المادّة /311/ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة السّوري على أنّ أحكام المحكّمين الصّادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها مع مراعاة الشّروط اللاّزمة لتنفيذ الحكم الأجنبي. وكانت المادّة (528) من قانون أصول المحاكمات المدنيّة السّوري قبل التعديل قد نصّت على أنّه يجب أن يصدر حكم المحكّمين في سورية، وإلاّ إتّبع في شأنه القواعد المقرّرة للأحكام الصّادرة في بلد أجنبي.

ومع أنّ هذه المادّة قد ألغيت بنصّ المادّة (64) من قانون التّحكيم السّوري رقم /4/ لعام 2008، إلاّ أنه يفهم من مضمونها أنّ إطلاق النصّ على هذا النّحو يعني أنّ المشرّع ساوى بين الأحكام الصّادرة عن القضاء الأجنبي وأحكام المحكّمين الصّادرة خارج القطر. وفرض على كليهما الشّروط ذاتها، بينما حدّد الشّارع اللّبناني دوليّة التّحكيم بتعلّقها بمصالح التّجارة الدوليّة (م 809) أصول مدنيّة سواء صدر حكم التّحكيم في لبنان أم في الخارج فالعبرة لموضوع التّحكيم. وهذا التّوجّه مأخوذ من قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد.

أمّا في قانون التّحكيم السّوري فقد عرفت المادّة (1) منه، التّحكيم التّجاري الدّولي بأنّه "التّحكيم الذي يكون موضوع النزاع فيه متعلّقاً بالتّجارة الدوليّة - ولو جرى داخل سورية - وذلك في الأحوال الآتية:

1- إذا كان مركز الأعمال الرّئيسي لطرفي إتّفاق التّحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام إتّفاق التّحكيم، فإذا كان لأحد الطّرفين عدّة مراكز للأعمال فالعبرة للمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع إتّفاق التّحكيم، وإذا لم يكن له مركز أعمال فالعبرة لمحلّ إقامته المعتاد.

2- إذا كان مركز الأعمال الرّئيسي لطرفي إتّفاق التّحكيم يقع في الدّولة نفسها وقت إبرام إتّفاق التّحكيم، وكان أحد الأماكن التّالية واقعاً خارج هذه الدّولة:

أ- مكان إجراء التّحكيم كما عيّنه إتّفاق التّحكيم.

- ب- مكان تنفيذ جزء جوهرى من الإلتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الأطراف.
- ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.
- 3- إذا كان موضوع النزاع الذي ينصرف إليه إتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة واحدة، ويُفهم من النص أن المشرع السوري، إعتد معيارين لإعتبار التحكيم تجارياً دولياً.
- المعيار الأول هو تعلقه بمصالح التجارة الدولية، الذي أخذت به المادة (809) أصول مدنيّة لبناني والمادة (1492) مرافعات فرنسي.
- أما المعيار الثاني فهو الذي إعتده القانون النموذج (Model law) لعام 1985 والمعدّل لعام 2006.
- ومن إستقراء نصّ المادة (2) من قانون التحكيم السوري، يتبيّن أنّ أحكامه تسري على أي تحكيم يجري في سورية، كما يسري على أي تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج، إذا إتفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا القانون.

وهذا يعني بطبيعة الحال أنّ القانون السوري يسري على التحكيم التجاري الدولي إذا إتفق الطرفان على ذلك، وكان التحكيم يتمتع بصفتي التجارية والدولية. كما أنّ التحكيم يمكن أن يُعتبر تجارياً دولياً حتى ولو جرى داخل سورية، إذا توافرت الشّروط المنصوص عنها في المادة (1) من القانون.

ودون دخول في ما توصل إليه الفقهاء من تعريف للتجارية والدولية، يمكن القول في ما يخصّ بحثنا وإنسجاماً مع نصّ المادة (56) من قانون التحكيم، والمادة (311) من قانون الأصول اللّتين لا إختلاف، بينهما أنّه في ما يتعلّق بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيّة يطبق نصّ المواد (54-56) من قانون التحكيم في ما يتعلّق بالتحكيم المحلي، والتحكيم التجاري الدولي إذا توافرت الشّروط المنصوص عنها في المادة (311) أصول.

النّهج المطبّق على تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيّة في سورية:

وقد نظّم قانون أصول المحاكمات المدنيّة السوري في الكتاب الثاني - الباب الأول - الفصل الخامس (المواد 306-311) آليّة وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبيّة قبل التعديل، الذي سنستعرضه في ما بعد، وذلك لأهميّة هذا التعديل.

وعلى النهج ذاته سار قانون أصول المحاكمات اللبناني في مواده (1009-1032).

ولا بدّ من التّويه أنّه في حال إنتفاء تحقّق الشّروط التي وضعها المشرّع من أجل مراقبة الأحكام الأجنبيّة قبل إكسائها صيغة التّنفيذ، أو في حال عدم توافر شرط المعاملة بالمثل، يمكن تبني المذهب الأول وهو إعادة النّظر في الحكم الأجنبي بشكل كامل.

إلّا أنّه بصدر القانون رقم /4/ لعام 2008 (قانون التّحكيم السّوري) المأخوذ بمعظمه عن القانون /27/ لعام 1994 (قانون التّحكيم المصري) (المقتبس عن الـ (Uncitral) قامت أحكام جديدة في ما يتعلّق بتنفيذ الأحكام الأجنبيّة، نشأ على أثرها إختلاف في الرّأي بين الفقهاء المصريّين يتعلّق بأيّ من التّشريعين واجب التّطبيق على تنفيذ أحكام التّحكيم الأجنبيّة، وهل تطبّق أحكام المواد (296-301) من قانون المرافعات المصريّ المعادلة تماماً للمواد (306-311) سوري، أم تطبّق أحكام التّنفيذ الواردة في المواد (9-56-57-58) من قانون التّحكيم المصريّ الصّادر عام 1994 المعادلة للمواد (3-54-55-56) من قانون التّحكيم السّوري الصّادر عام 2008.

فهناك فارق لا بدّ من إستعراضه من خلال آراء الفقهاء إغناءً للبحث، على الوجه التّالي: إنضمتّ الجمهوريّة العربيّة المتّحدة إلى إتفاقيّة نيويورك لعام 1958 المتعلّقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام المحكّمين الأجنبيّة، وذلك بالقرار الجمهوري رقم (171) لعام 1959. ودخلت حيّز التّنفيذ من تاريخ 1959/6/8. وبذلك أصبحت الإتفاقيّة المذكورة جزءاً من التّركيب العضوي للنّظام القانوني في الدّولتين (مصر وسورية) بعد إنضمام عرى الوحدة.

(New York convention on recognition and enforcement)

وقد إستقيظت أحكام هذه الإتفاقيّة ومفاعيلها في ما يتعلّق بتنفيذ الأحكام بصدر القانون (27) لعام 1994 (قانون التّحكيم المصري) ولا سيما المواد (55-58) المطابقة للمواد (53-56) من قانون التّحكيم السّوري.

ومع وجود نصوص تتعلّق بتنفيذ الأحكام والقرارات والأسناد الأجنبيّة في قانون المرافعات المصريّ (المواد 296-301) المطابقة للمواد (306-311) أصول سوري (كما أسلفنا) قام الجدل الذي تحدّثنا عنه، والذي يمكن تلخيصه في رأيين:

الأوّل فيهما: يرى أنّ أحكام المادّة (58) من قانون التّحكيم المصري هي التي يتوجّب تطبيقها على تنفيذ أحكام التّحكيم الخارجيّة. ويستند هذا الرّأي إلى الآتي:

1- أن الفقرة الثمانية من المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك، جاء نصّها وفقاً لما يأتي:

"ولا تفرض للإعتراف أو تنفيذ أحكام المحكّمين التي تُطبّق عليها أحكام الإتفاقية الحالية، شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكّمين الوطنيين".

وبالتالي فإنّه يجب تطبيق نصّ المادة (58) التي تحدّد العناصر التي يجب على قاضي التنفيذ التّثبت منها، وهي:

- عدم سبق صدور حكم عن المحاكم المصرية في موضوع النزاع.
- وأنّ الحكم قد تمّ تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً.
- وأنه لا يتضمّن ما يخالف النّظام العام في جمهورية مصر العربية.

هذه الشّروط الثلاثة المُفترضة لمنح الحكم الصّيغة التّفيذية، والواردة في المادة /58/ هي ذاتها الواردة في المادة (56) من قانون التّحكيم السّوري.

بينما يتوجّب في قانون المرافعات المصري (المواد 296) وما بعدها، تقديم الدّعى أمام المحكمة الابتدائية، وبالأوضاع المحدّدة لرفع الدّعى بكلّ ما يتطلّبه ذلك من إعلانات وإستغراق درجات التقاضي وحتى صدور حكم نهائي، شاملاً طرق الطّعن المختلفة، وأخيراً النّققات والرسوم القضائية المتطلّبة للتّفيذ. وهذا مختلف عن الوضع في قانون التّحكيم، حيث يتمّ التّفيذ بأمر على عريضة من رئيس المحكمة المختصة (محكمة الإستئناف) وفي حال الرّفص يتمّ التّظلم من الأمر أمام هذه المحكمة (هذا في التّشريع المصري). ويختلف الأمر بالنّسبة لقانون التّحكيم السّوري الذي نصّ في المادة (54) منه: "أ- يُعطى حكم التّحكيم صيغة التّفيذ بقرار تتّخذه المحكمة المعرّفة في المادة (3) من هذا القانون، وذلك في غرفة المُذاكرة وبعد تمكين الطّرف الآخر من الردّ على الطّلب خلال مدّة /10/ أيّام من تاريخ تبليغه صورة عنه".

بالإضافة إلى ذلك فإنّ أحكام المادة (298) مرافعات مصري تُلقي عبء إثبات توافر الشّروط المطلوبة للأمر بالتّفيذ على عاتق طالب التّفيذ بعكس الإتفاقية التي ترتّب هذا العبء على المطلوب التّفيذ ضده، وبالتالي فإنّ الشّروط التي يفرضها قانون التّحكيم هي الأكثر يسراً والأقلّ شدة.

كما أنّ نصّ المادة (23) من القانون المدني المصري، المُطابِقة للمادة (25) سوري تُرجّح تطبيق أحكام المعاهدة في حال تعارضها مع أي تشريع سابق أو لاحق:

"لا تسري أحكام المواد السّابقة إلّا حيث لا يوجد نصّ على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة دولية نافذة في سورية".

وقد نصّت المادة (1) من قانون التّحكيم المصري، وكذلك (م 2) من القانون السّوري، مع بعض الإختلاف، على أنّ أحكام القانون (قانون التّحكيم) تسري على أي تحكيم يجري في الدّاخل أو الخارج مع عدم الإخلال بالإتفاقيات المعمول بها...

وأكد ذلك نصّ المادة (301) مرافعات مصري المطابقة للمادة (313) محاكمات سوري، بصيغة أنّ العمل بالقواعد المتقدّمة لا يخلّ بأحكام المعاهدات المعقودة بين مصر وغيرها من الدّول بهذا الشّأن.

وهذا يعني - برأي أصحاب الرّأي - أنّ خطاب الإتفاقية موجّه للقاضي شأنه شأن أي تشريع داخلي، لذلك وجب إستبعاد تطبيق إجراءات تنفيذ أحكام التّحكيم الأجنبيّة الواردة في قانون المرافعات بإعتبارها أكثر شدّة من تلك الواردة في قانون التّحكيم.

(د. برهان أمر الله "بحث إتجاهات القضاء المصري بشأن تنفيذ أحكام المحكّمين الأجنبيّة في ضوء إتفاقية نيويورك" - منشور في مجلّة التّحكيم العربي - العدد التّاسع - أغسطس - 2006).

وتأييداً لهذا الرّأي، صدرت عن القضاء قرارات عديدة تصبّ في ذات التوجّه يمكن ذكر بعضها:

- حكم محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة (63) تجاري تاريخ 1999/2/17 - الدّعوى رقم (76) لسنة 115 ق.

- حكم محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة (91) تجاري تاريخ 2003/7/27 - الدّعوى رقم (7) لسنة 120 ق.

- حكم محكمة أنقض المصريّة - جلسة (10) يناير 2005 - الطّعن رقم 966 لسنة 73 ق.

ونظراً لأهمية هذا الحكم الأخير، نوجز المسائل التي جاء عليها:

- فقد جاء في الحكم أنه مادامت مصر قد إنضمت إلى إتفاقيه نيويورك فإنها (الإتفاقية) تكون قانوناً من قوانين الدولة الواجبة التطبيق ولو تعارضت مع قانون المرافعات أو أي قانون آخر في مصر.
- وأنه بصدر قانون التّحكيم (وهو قانون إجرائي)، فإنه يدخل في نطاق عبارة "قواعد المرافعات الواردة في معاهدة نيويورك، وبما أنه يتضمّن أحكاماً أقلّ شدة سواء في الإختصاص أو في شروط التنفيذ لعمومية عبارة النصّ الواردة في المعاهدة، فإنّ قواعد قانون التّحكيم هي الأوجب بالتطبيق بحكم الإتفاقية.
- ويضيف الحكم، أنه لما كانت إجراءات التنفيذ وفقاً للمواد (9-56-58/3) من القانون رقم 27 لعام 1994، هي أكثر يسراً من الإجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنيّة والتجارية التي تجعل الأمر معقوداً للمحكمة الابتدائيّة ويرفع بطريق الدّعى وما تتطلبه من إعلانات ومراحل نظرها، إلى أن يصدر الحكم الذي يخضع لطرق الطّعن المقررة في الأحكام وما يترتب على ذلك من تأخير ونفقات ورسوم قضائيّة أكثر إرتفاعاً، وهي إجراءات أكثر شدة من تلك المقررة في قانون التّحكيم. وإستناداً إلى المادّة (23) من القانون المدني والمادّة (301) من قانون المرافعات المدنيّة، تكون أحكام قانون التّحكيم هي أولى بالتطبيق.
- هذا هو ملخص مرتكزات الرّأي المذكور.

أمّا الرّأي الثّاني: فقد تبناه أغلب الفقهاء المصريّين وبعض دوائر محكمة إستئناف القاهرة.

ومن هؤلاء الفقهاء:

- الأستاذ الدّكتور فتحي والي - في مؤلفه (قانون التّحكيم في النظرية والتطبيق) (ص 523-524).
- وكذلك بحث منشور للدّكتور والي في مجلة التّحكيم العربي - العدد التاسع - أغسطس - 2006 بعنوان (دور القاضي في منح القوّة التّفيذية لأحكام التّحكيم).
- الدّكتور أكثم الخولي - (بحث الإتجاهات العامّة في قانون التّحكيم الجديد) - مقدّم في ندوة عقدها مركز القاهرة الإقليمي بالإشتراك مع لجنة الأمم المتّحدة للقانون التجاري الدولي - ألفتة (12-13 سبتمبر 1994).

- الأستاذ الدكتور محمود سمير الشرفاوي - بحث (الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي) منشور في مجلة التحكيم العربي - العدد التاسع - أغسطس 2006.

- الأستاذ الدكتور مختار بريري (مؤلفه التحكيم التجاري الدولي - ص 219).

- الأستاذان الجمال وعبد العال (مؤلفهما التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ص 103 وما بعدها).

ومن هذا الرأي حكم محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة (8) تجاري - تاريخ 2001/5/23 في الإستئناف رقم (25) لسنة 116ق.

وتلزم هذه الجمهرة من الفقهاء لعلو كعب أشخاصها القانوني، أي باحث أو قارئ بالتوقف عند الرأي الذي تبنيه، وهو أنّ أحكام التحكيم الأجنبية لا تخضع لإجراءات التنفيذ التي ينصّ عليها قانون التحكيم، إلا إذا إتفق الأطراف على تطبيقه على التحكيم الذي صدر فيه الحكم. ويخالف الدكتور خولي جمهور الفقهاء المذكورين، تزيّداً، حين يرى أنّ أحكام التحكيم الصادرة في الخارج يجب أن تخضع للمواد (296-301) من قانون المرافعات حتى لو إتفق الأطراف على إخضاعها لقانون التحكيم.

ويمكن إيجاز مرتكزات هذا الرأي بما يأتي:

1- إنّ ما ورد في المواد (56-58) من قانون التحكيم مقتصر في تطبيقه على نصوص قانون التحكيم المصري (التحكيم المحلي) ودون إخلال بأحكام الإتفاقيات والمعاهدات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، وذلك إستناداً إلى نصّ المادة الأولى من قانون التحكيم المصري التي تقضي بإنفاذ أحكام القانون على كل تحكيم يجري في مصر، أو في الخارج إذا إتفق طرفاه على إخضاعه للقانون المصري، وبشرط كون التحكيم متّسماً بصفتي التجارية والدولية.

2- ويرى أصحاب الرأي، أنّ نصّ المادة (298) مرافعات المنسوب له، أنّه يتضمّن شروطاً أكثر تشدداً في ما يتعلّق بالإعتراف وتنفيذ الأحكام لتطلبها تبليغاً وتمثيلاً صحيحين، وعدم تعارض الحكم التحكيمي مع حكم سبق صدوره عن المحاكم الوطنية، وعدم مخالفته النظام والآداب العامة في بلد التنفيذ. فهذه الشروط هي ذاتها المنصوص

عليها في المادة (3/58) من قانون التحكيم، بل إن قانون التحكيم يحتوي شرطاً إضافياً ليس وارداً في قانون المرافعات، وهو عدم إجازته إستصدار أمر بالتنفيذ إلا بعد إنقضاء المهلة المحددة لرفع دعوى البطلان.

وعلى هذا فإن أحكام قانون التحكيم المصري بالنسبة لتنفيذ حكم المحكمين لا تسري على أحكام المحكمين الأجنبية، إلا إذا كان التحكيم تجارياً دولياً واتفق الأطراف على إخضاعه لقانون التحكيم المصري. أما إذا لم يتفقوا على ذلك، تكون قواعد وإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الواردة في قانون المرافعات المصري، والتي لم يلغها القانون، هي السارية لتنفيذ الأحكام.

ويضيف الدكتور والي، بناءً على هذا التوجه، أن مصر ليست لها سيادة خارج أرضها، وبالتالي فإنه لا يمكنها إخضاع التحكيم الذي يجري في الخارج (التحكيم الأجنبي) لسلطان قانونها، إلا في حال اتفاق الأطراف على ذلك.

3- كما يرى أصحاب هذا الرأي (الدكتور والي)، أن التنفيذ وفقاً لقانون التحكيم يكون بأمر على عريضة، وبالرغم من أن هذا أيسر من سريان الإجراءات المعتادة على ما هو الحال في قانون المرافعات، إلا أن المادة (2/3) من إتفاقية نيويورك لم تتحدث عن إجراءات، وإنما تحدثت عن شروط ورسوم قضائية. وهناك فارق بين الشروط (conditions) والإجراءات (procédures) وبالتالي فإن الإتفاقية لم تفرض أي قيد على الإجراءات. كما ميّزت الفقرة الأولى من المادة (3) بين القواعد الإجرائية للتنفيذ والشروط، حين أوجبت بالنسبة للإجراءات إتباع قواعد المرافعات في الإقليم الذي يطلب إليه التنفيذ. أما بالنسبة للشروط فينبغي أن تكون طبقاً للمادة (4) وما بعدها من الإتفاقية.

4- ويستطرد الدكتور والي بإفتراض يتفرد فيه، أن ما ينصّ عليه قانون المرافعات من إجراءات، مقارنةً مع ما ينصّ عليه قانون التحكيم بما يندرج تحت تعبير "شروط" التي تنصّ عليها (م 2/3) من الإتفاقية، هذا النص بطبيعته موجّه للمشرّع وليس إلى القاضي، بدليل أن تعبير "يفرض" لا يمكن أن يعود إلى القاضي الذي لا يملك أن يفرض، لأنّ المشرّع هو الذي يفرض. كما يرى أن بعض نصوص الإتفاقية موجّه للمشرّع والبعض الآخر موجّه للقاضي.

ويضيف الدكتور شرقاوي في بحثه الذي ذكرناه، أنه وفقاً للفقرة الأولى من المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك، على الدول المتعاقدة أن تأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي طبقاً لقواعد المرافعات المتبّعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، ولاسيما أنه بموجب حكم المحكمة الدستورية العليا بمصر، يجوز التظلم أمام المحكمة ذاتها في حال صدور أمر برفض التنفيذ.

ولعل من المفيد استعراض نصّ الفقرة الأولى من المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك.

"تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبّعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

5- لم تنصّ الإتفاقية على الإعراف والتنفيذ بأمر على عريضة، بل على العكس يجب أن يقدم الطلب بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، بدليل نصّ الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الإتفاقية على ما يمكن أن يقدمه الخصم أمام السلطة القضائية من دفوع لرفض الإعراف والتنفيذ بأسباب محدّدة، وألقت على كاهل المدعى عليه عبء إثبات توافر أي سبب من الأسباب التي تحول دون التنفيذ.

ولا يتصور قيام ذلك إلا في خصومة حقيقية ومواجهة بين الطرفين، ولهذا فإنّ تطبيق نصوص قانون التحكيم يعتبر، بالإضافة إلى مخالفتها المادة الأولى من الإتفاقية، أخذاً بما لم تنصّ عليه.

ويخلص الرأى إلى أنّ أثر تطبيق إتفاقية نيويورك لا يتعلّق بالإجراءات، وإنما بالشروط الموضوعية للأمر بالتنفيذ، كما هي واردة في المادة (4) وما بعدها من الإتفاقية. والمحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ، في دائرتها (م297) مرافعات، وهو إختصاص نوعي متعلّق بالنظام العام.

رأينا عرض هذين الرأيين واستعراض المرتكزات القانونية لكل منهما مع الإنتهاء إلى أنّ قضاء محكمة النقض المصرية الحديث وأحكام محكمة إستئناف القاهرة إستقرت على تطبيق إجراءات تنفيذ أحكام المحكمين وفق ما ورد في قانون التحكيم في التشريع المصري رقم 27 لعام 1994. بمعنى أنّ دعوى الإكساء يجب أن تُقام أمام محكمة الإستئناف المنصوص عنها في المادة

(9) من القانون، حيث يختصّ رئيس المحكمة أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكّمين (م56). ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التّحكيم، أمّا الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التّظلم منه إلى المحكمة المختصة المنصوص عنها في (م9) من القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

أمّا في سوريا فإنّ المادة (54) من قانون التّحكيم السوري أعطت للمحكمة المنصوص عليها في المادة (3) (محكمة الإستئناف مجتمعة) حقّ منح الحكم صيغة التّفيذ، وذلك بقرار تتّخذه في غرفة المذاكرة وبعد تمكين الطّرف الآخر من الردّ على الطّلب خلال (10) أيام من تاريخ تبليغه صورة عنه.

وإن كان من حقنا الإدلاء بدلونا والإنحياز إلى أي من الرأيين المستعرضين فإننا نرى، أنّه مع الأخذ بحرفيّة كلمة شروط الواردة في الإتفاقية (conditions) فإنّ الشّروط التي يفرضها أي قانون لا بدّ من أن تترجم في صورة إجراءات يجب إتباعها وبذلك يتحد المفهوم بأنّ الشّروط التي تفرضها الإتفاقية، لا بدّ من إجراءات تتبّع لإنجازها.

وإذا كان لا بدّ من أخذ إتفاقية نيويورك بعين الإعتبار، فإنّه لا بدّ من التّوقف عند كون تطبيق أحكام قانون المرافعات في تنفيذ الأحكام، يستغرق ثلاث درجات من المحاكمة، بينما يُخضع قانون التّحكيم الحكم بالتنفيذ لدرجة واحدة من التّناضي أمام المحكمة المختصة، مع لحظ أنّ المسائل القانونيّة التي يجري تدقيقها في كلا النهجين واحدة تقريباً.

ومع وجهة كلا الرأيين وإحترام الحجج الواردة والمستند إليها، إلّا أنّه يمكن الإستنباط أنّ المشرّع لو أراد تطبيق نصوص قانون التّحكيم لإكساء الأحكام الأجنبيّة صيغة التّفيذ، لكان ألغى النّصوص الواردة في قانون المرافعات التي تتعلّق بالتنفيذ سداً للذرائع وتجنباً لأي لبس كالذي حدث.

وبما أنّ الحوار المستعرض الذي دار في مصر حول أي من القانونين يتوجّب اللّجوء إليه لإكساء أحكام التّحكيم الأجنبيّة صيغة التّفيذ (قانون المرافعات أم قانون التّحكيم)، هذا الحوار لم يدر في دوائر القانون أو بين الفقهاء السوريين مع أنّ أحكام كلا القانونين واحدة، كما أنّ آراء الفقهاء المصريين يمكن إعتبارها مرجعاً فقهياً بحيث لا بدّ من أن تستقرّ أحكام القضاء حول أي من الرأيين واجب الإلتباع، خاصّة وأنّ النّصوص بهذا الشّأن موحّدة تقريباً بين قانون المرافعات المصري وقانون أصول المحاكمات السوري لذلك، فإنّ القانون السوري إستفاد من هذا الحوار

وأحدث تعديلاً بالقانون رقم (1) لعام 2016، على المادة (309) والتي أصبح رقمها (311) منه بحيث أصبح نصّها كما يأتي:

أ - أحكام المحكّمين الصّادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها إذا كانت نهائية وقابلة للتّنفيد في البلد الذي صدرت فيه، وذلك مع مراعاة القواعد المبيّنة في المواد السّابقة.

ب- أمّا إذا كانت أحكام المحكّمين صادرة في بلد أجنبي وفقاً لأحكام القانون السّوري أو لإتفاقية ثنائية أو إقليمية أو دولية نافذة في سورية يتمّ الحكم بتنفيذها بقرار من محكمة الإستئناف المدنيّة وفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون أو الإتفاقية آنفي الذّكر وتعامل معاملة أحكام التّحكيم الوطنيّة ما لم يرد نصّ في الإتفاقية يقضي بغير ذلك.

ج- يصدر قرار محكمة الإستئناف المنصوص عليه في الفقرة (ب) من هذه المادّة مبرماً.

وهكذا فإنّ نصّ المادّة /311/ الواردة في قانون أصول المحاكمات السّوري بعد التّعديل، يغدو منسجماً مع أحكام قانون التّحكيم في ما يتعلّق بتنفيذ أحكام التّحكيم الأجنبيّة ويكون القضاء السّوري قد حلّ المسألة بنصّ تشريعي بدلاً من تبنيّ الاجتهادات الصّادرة عن المحاكم.

حدود سلطة القاضي في مسألة إكساء حكم المحكّمين الأجنبي صيغة التّنفيد:

يمكن القول بشكل عام أنّ سلطة القاضي مقتصرة على التّثبت من عدم وجود سبب ظاهر للبطلان في ما يتعلّق بالإتفاق أو مخالفة الحكم للنّظام العام.

(د. والي - بحث دور القاضي في منح القوّة التّفيذية لأحكام التّحكيم)

(مقدم في المؤتمر الدّولي عن الدّور الفعّال للقضاء في التّحكيم - شرم الشيخ 19-21

نوفمبر).

وقد تأيّد ذلك بقرارات صادرة عن محكمة النّقض المصريّة من مؤدّاه:

"لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذ أحكام المحكّمين التّحقّق من عدالتها أو صحّة قضائها في الموضوع، لأنّه لا يُعدّ هيئة إستئنافية في هذا الصّدّد".

(نقض مدني 16 يوليو 1990 في الطّعن رقم 2994 لسنة 57 ق)

وعشرات الاجتهادات الأخرى الصادرة عن محكمة النقض ومحاكم الاستئناف.

ووفقاً لما ورد فقد أوجبت المادة (310) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، توافر شروط أربعة لإكساء حكم التحكيم الأجنبي الصيغة التنفيذية، وهي:

1- أن الحكم صادر عن هيئة قضائية مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه، وأنه حاز قوة القضية المقضية وفقاً لذلك القانون. وهذا منسجم مع أحكام القانون كما هو متعارف عليها دولياً ومع اتفاقية نيويورك لعام 1958.

2- أن الخصوم كلفوا للحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً، وهذا أمر متعلق بطبيعته بالنظام العام. وقد ورد بالصيغة السلبية في المادة (1/5ب) من إتفاقية نيويورك حين نصت في معرض أنه لا يجوز رفض الاعتراف أو التنفيذ إلا إذا تبين:

"ب- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه".

3- أن الحكم لا يتعارض مع حكم أو قرار سبق صدوره عن المحاكم السورية. وهنا لا بدّ من التنويه بأن لجوء الطرف الآخر إلى القضاء ومباشرة دعوى في موضوع النزاع ليس له أثر في طلب إكساء الحكم صيغة التنفيذ، ذلك لأن عبارة الشارح كانت واضحة في وجوب سبق صدور حكم بذات الموضوع وليس مباشرة الدعوى. وبما أن الشارح لم يأت على عبارة "حكم مبرم" فإن العبارة تتصرف إلى أي حكم سابق ويستوي في ذلك أن يكون الحكم صادراً عن محكمة البداية أو النقض.

ونظراً لعمومية النص، فلا يمكن الدفع بأن الحكم صادر عن محكمة غير مختصة، لأنّ هذا يعدّ مثار دعوى جديدة، وبالتالي فإنّ من مؤدّى ذلك أنّ الحكم الصادر في ذات النزاع يحول دون تنفيذ الحكم الأجنبي سواء كان صادراً عن محكمة مختصة أو غير مختصة.

ولا يمكن المواجهة بحكم صادر بالموضوع نفسه عن محاكم بيروت أو مصر أو فرنسا، لتقييد النصّ بوجوب صدور الحكم السابق عن المحاكم السورية.

ويورد د. والي أنه إذا ما صدر حكم تحكيم سابق أو حكم أجنبي، وتمّ الاعتراف به في مصر وفقاً للقانون المصري، فإنّ هذا الحكم يحوز حجّة الأمر المقضي به في مصر،

وتلك الحجية متعلّقة بالنظام العام. ولا بدّ للحكم الذي يصدر بعد ذلك من إحترام هذه الحجية كي لا تصدر أحكام متناقضة.

(المحاضرة المذكورة آنفاً) ونحن من هذا الرأى.

4- أنّ الحكم لا يتضمّن ما يخالف الآداب العامّة أو قواعد النظام العام في سورية. ولا بدّ من تذكر أنّ نصّ المادة (310) المذكورة من قانون الأصول تتعلّق بالأحكام القضائية، لكن المادة (311) من القانون عطفّت على المادة المذكورة أحكام المحكّمين الأجنبيّة وأجازت الحكم بتنفيذها إذا كانت نهائية وقابلة للتّفيذ في البلد الذي صدرت فيه مع مراعاة القواعد المبيّنة في المواد السابقة.

ولا يختلف نصّ المادة (56) من قانون التّحكيم عن هذا النصّ سوى أنّه لم يفرض صدور الحكم عن هيئة قضائية مختصة، لأنّ هذا لا ينطبق على أحكام التّحكيم، بالإضافة إلى أنّه يشترط أن لا تباشر دعوى إكساء الحكم صيغة التّفيذ إلاّ بعد إنقضاء ميعاد رفع دعوى البطلان. (م/1/56).

ومن طبيعة الأمور إثارة الدّفوع من الجهة المطلوب التّفيذ ضدّها بمواجهة طالب التّفيذ، إلاّ أنّ القاضي يمكنه إثارة دفعين من لدنه تقيداً بنصّ المادة (5/هـ/2) من إتفاقية نيويورك، وهما:

أ- إذا كان الحكم صادراً في مسألة لا يجوز فيها التّحكيم، وذلك موافق للمادة 311/ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة السّوريّ المقابلة للمادة 299/ مرافعات مصريّ.

ب- إذا كان في الحكم ما يخالف الآداب العامّة أو قواعد النظام العام في سورية (م/310/د) سوريّ المقابلة للمادة (4/498) مصريّ ولا تخرج المادة (2/56/ب) من قانون التّحكيم السّوري، وهي مطابقة للمادة (58) من قانون التّحكيم المصري، عن ذلك.

ويخضع تنفيذ أحكام التّحكيم الأجنبيّة في سورية لإتفاقية نيويورك مادام حكم التّحكيم قد صدر بناءً على إتفاق مكتوب (م/2/2) من الإتفاقية.

وبديهى أنّ نصّ الإتفاقية ينصرف إلى تنفيذ أحكام المحكّمين الصّادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الإعراف والتّفيذ على إقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعيّة أو معنويّة. ويستوي في ذلك أن يكون الحكم التّحكيّمي حرّاً (Ad hoc) أو مؤسّساتياً (institutional) (المادة الأولى - الفقرتان 2,1).

مبدأ المعاملة بالممثل:

وبالإضافة إلى ما نصت عليه إتفاقية نيويورك الواجبة الإعمال، فإنّ نصوصاً وردت في قانون المرافعات لا بدّ من مراعاتها.

فقد نصّت المادّة (308) أصول على ما يأتي:

"الأحكام الصادرة في بلد أجنبي يجوز الحكم بتنفيذها بالشروط نفسها المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام السّورية فيه."

وذلك عملاً بمبدأ "المعاملة بالممثل". وبطبيعة الحال أحكام المحكّمين مشمولة بهذا الشرط إنفاذاً لنصّ المادّة /311/ أصول التي عطفت على ما قبلها. ويخلق مبدأ المعاملة بالممثل هذا حالة إضافية بالنسبة لتطبيق أحكام إتفاقية نيويورك، إذ أنّه لا بدّ من لحظ جميع الشّروط التي يضعها البلد الذي صدر فيه الحكم، لتكون هناك معاملة بالممثل بالنسبة لبلد التنفيذ. وحيال الأمر يمكن القول: أنّ هذا المبدأ لا يثير أية مشكلة بين دولتين منضمتين للإتفاقية. أمّا إذا كان الحكم قد صدر في دولة لم توقع الإتفاقية فيمكن تطبيق المبدأ أو أحكام المادتين 308 و311 وفقاً لطبيعة التعامل القانوني بين الدولتين.

الإجراءات الواجبة الإلتباع لإكساء حكم المحكّمين صيغة التنفيذ:

حدّدت المادّة /54/ من قانون التحكيم السّوري إجراءات إعطاء حكم المحكّمين صيغة التنفيذ بقرار تتّخذه المحكمة المعرفة في المادّة /3/ من القانون، وذلك في غرفة المذاكرة وبعد تمكين الطّرف الآخر من الردّ على الطلب خلال مدة /10/ أيّام من تاريخ تبليغه صورة عنه.

كما حدّدت في الفقرة (ب) من ذات المادّة الوثائق التي يتوجّب إرفاقها لإكساء الحكم صيغة التنفيذ وهي:

1- أصل الحكم أو صورة مصدّقة عنه. وجدير بالذكر أنّ المادّة (5/42) نصّت على وجوب تسليم هيئة التحكيم صورة عن حكم التحكيم موقّعة من جميع أعضائها خلال (15) يوماً من تاريخ صدوره لكلّ من طرفي التحكيم.

2- صورة عن إتفاق التحكيم أو صورة عن العقد المتضمّن شرط التحكيم. ومن المعروف أنّ هذا الشرط وفقاً للمادّة (7) من قانون التحكيم، قد يكون مستقلاً بذاته، وقد يكون على صيغة شرط في عقد، وقد يكون تمّ بصورة لاحقة لقيام النزاع.

كما أنّ الإتّفاق قد يكون وارداً على متن رسائل متبادلة عاديّة أو مُرسلة بوسائل الإتّصال المكتوبة (البريد الإلكتروني، أفاكس، ألتلّكس) إذا كانت تثبت تلاقّي إرادات مُرسلها على إختيار التّحكيم وسيلة لفضّ النزاع. (م 8) من القانون.

ويأتي التّأكيد على إرفاق صورة من إتّفاق التّحكيم بهدف تمكين القاضي من مراقبة مدى تقيّد الهيئة التّحكيمية بالتّفويضات التي حدّدها لها الأطراف بموجب الإتّفاق.

3- ترجمة محلّفة للحكم إلى اللّغة العربيّة، في حال صدوره بلغة أخرى.

4- صورة عن المحضر الدّال على إيداع الحكم وفقاً للمادّة (43) من القانون، وقد نصّت هذه المادّة في الفقرة الثّانية منها على أنّ لطرفي التّحكيم الحق في الحصول على صورة مصدّقة عن هذا المحضر، وعن الحكم بعد إيداعه.

والمحكمة المختصّة في إكساء الحكم صيغة التّنفيذ في حال صدور أحكام المحكّمين في بلد أجنبي وفقاً لأحكام القانون السّوري أو لإتفاقيّة ثنائيّة أو إقليميّة أو دوليّة نافذة في سورية، هي محكمة الإستئناف المدنيّة وفقاً للشّروط المنصوص عليها في القانون أو الإتفاقيّة، وتعامل معاملة الأحكام الوطنيّة ما لم يرد نصّ في الإتفاقيّة يقضي بغير ذلك (م 311/ب) من قانون أصول المحاكمات. ويصدر قرار الإستئناف مبرماً.

أمّا إذا لم يكن البلد الذي صدر فيه الحكم أو بلد تنفيذه منضمّاً لإتفاقيّة نيويورك أو أيّة إتفاقيّة أخرى، فإنّه يجري تطبيق نصوص المواد (308-310) من قانون الأصول. والمحكمة المختصّة هي محكمة البداية المدنيّة التي يُراد التّنفيذ في دائرتها.

وفي ما يتعلّق بالطّعن بالقرارات الصّادرة عن محكمة الإستئناف والمتعلّقة بقضايا الإكساء، سكت المشرّع ولم ينصّ في القانون رقم 4 لعام 2008 على موضوع الطّعن بهذه القرارات، الأمر الذي يقتضي معه الرّجوع إلى القواعد العامّة في قانون أصول المحاكمات المدنيّة، والذي لم يُخضع لرقابة محكمة النّقض الأحكام الصّادرة في الأمور المستعجلة ناهيك عن نظر الدّعوى في غرفة المذاكرة (م 54/أ) من القانون.

(نقض سوري - قرار 890 أساس مدنيّة أولى 923 تاريخ 2010/10/25 - منشور في

مجموعة الألوّسي القاعدة 192 - ص 382)

ويرى بعض الفقهاء أنه سواء صدر الحكم بالأمر بالتنفيذ أو برفضه فإنه يقبل الطعن فيه بالإستئناف بإعتباره صادراً في دعوى غير قابلة للتقدير، وحكم الإستئناف الصادر يقبل الطعن بالنقض وفقاً للقواعد العامة. (د. ولي المرجع السابق).

ونحن أميل لإعتبار أحكام الإكساء الصادرة عن الإستئناف ميرمة لتعلقها بالأمر المستعجلة.

وحين أراد المشرع التحدث عن دعوى البطلان، جاء نصّ المادة /52/ من القانون واضحاً بإمكان وقوع الطعن على حكم محكمة الإستئناف أمام محكمة النقض. ولا نريد التوسع في هذه المسألة لأنّ دعوى البطلان تخرج عن مسار البحث ولا يمكن للقضاء السوري أو قضاء بلد التنفيذ عامةً أن يباشر دعوى البطلان على أحكام التحكيم الأجنبية.

باب الاجتهادات العربية

الاجتهاد القضائي الأروني

تفضّل بتزويدنا هذه الأحكام المحامي أسامة البيطار (الأردن)

رقم 1- حكم تحكيم - دعوى بطلانه ليست طعنا
بالإستئناف - المحكمة لا تعيد النظر بموضوع
النزاع - لا تراقب حسن تقدير المحكمين أو الخطأ في
فهم الواقع أو تفسير القانون - لا تنفذ إلى أصل النزاع -
يشترط عدم مخالفة القانون.

إنّ دعوى بطلان حكم التّحكيم ليست طعناً بالإستئناف فلا تتّسع لإعادة النّظر في موضوع
النّزاع وتعييب قضاء الحكم فيه.

إنّ محكمة الإستئناف لا تملك مراجعة الحكم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير
المحكّمين وصواب أو خطأ إجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه.

إنّ الرّقابة المنصوص عليها في المادّة (49) من قانون التّحكيم، لها صبغة شكلية بحيث لا
تنفذ إلى أصل النّزاع شريطة ألا يكون هناك خرق لقواعد النّظام العامّ.

(محكمة التمييز بصفتها الحقوقية، رقم الفضية 2019/226، تاريخ 2019/3/4)

.....

.....

بتاريخ 2018/11/25 قُدم هذا التمييز للطعن في القرار الصادر عن محكمة إستئناف حقوق عمّان في طلب التحكيم رقم (578/2018) تاريخ 2018/10/30 ألتضمّن إعلان بطلان قرار الحكم فيما يتعلّق بنحمل الشركة التي نفذ بإسمها المشروع المسؤولية العشرية على سلامة البناء بناءً على الملاحظات التي تمّ ذكرها سابقاً فيما يخصّ الأساسات الواردة في البند الثاني من نتيجة قرار الحكم وكذلك فيما يتعلّق بأن تتحمّل المهندسة المشرفة حنان من مكتب المصمّم مسؤولية قبول تنفيذ الأعمال خاصة الهيكل والتشطيبات الواردة في البند الثالث من نتيجة قرار الحكم لعدم شمولها باتفاقية التحكيم وردّ دعوى بطلان التّحكيم فيما عدا ذلك وتأييد قرار الحكم ونأمر بتنفيذه وتضمن المستدعي الرسوم والمصاريف ومبلغ (100) دينار أتعاب محاماة عن هذه المرحلة.

وتتلخّص أسباب التمييز بما يلي:

- 1) جاء قرار المحكمة مخالفاً لقانون التحكيم وعدم إعتادها كمحكمة موضوع وبالتالي تفويت درجة من درجات المحاكمة على المميّز.
- 2) أخطأت المحكمة بقرارها ردّ دعوى بطلان حكم المحكم إذ فيه إجحاف كبير بحق المميّز وإنحياز كامل للمميّز ضدّهما.
- 3) وبالتناوب أخطأت المحكمة بردّ الدعوى على الرّغم من عدم وجود ملفّ تحكيمي أصولي وأنّ المحكم لم يعقد جلسات تحكيم وفقاً للأصول والقانون.
- 4) أخطأت المحكمة بردّ الدعوى على الرّغم من أنه لم يتمّ تبليغ المميّز بمواعيد جلسات التحكيم ولم يحضر أية جلسة تحكيم ولم يقم بالتوقيع على أي من محاضر الجلسات.
- 5) وبالتناوب لم تطّلع هيئة التحكيم على البيّنات المتوافرة كإتفاقية التحكيم وإتفاقية أعمال عظم وتشطيب والموقعة بين طرفي التحكيم ولم يتمّ الأخذ بما ورد فيها.
- 6) أخطأت المحكمة بردّ الدعوى على الرّغم من مخالفة هيئة التحكيم لإتفاقية عظم وتشطيب والموقعة بين الأطراف بالنسبة لسعر طابق التّسوية.
- 7) وبالتناوب إحتساب سعر الطابق الأرضي.

8) أخطأت المحكمة بقرارها ردّ دعوى بطلان حكم المحكّم على الرّغم من مخالفة هيئة التّحكيم.

9) والذي ورد خطأ في اللائحة.

10) أخطأت المحكمة بقرارها ردّ دعوى بطلان حكم المحكّم على الرّغم من عدم قيام هيئة التّحكيم بحساب التّراسّات والحفرة الإمتصاصيّة وخزّان المياه والمّدات والأرصّفة والأسوار ومناهل تصريف المياه.

11) والذي ورد خطأ.

12) إنّ المميّز لم يستلم جميع المبالغ التي أشار إليها المحكّم في قراره ولا يعلم المميّز من أين حصل المحكّم على هذه الأرقام.

لهذه الأسباب طلب وكيل المميّز قبول التميّيز شكلاً ونقض القرار المميّز موضوعاً.

وبتاريخ 2018/12/23 قدّم وكيل المميّز ضدّهما لائحة جوابيّة طلب قبولها شكلاً وردّ القرار المميّز موضوعاً.

القرار

بعد التّدقيق والمداولة قانوناً نجد أنّ أوراق الدّعوى تشير إلى أنّ المستدعي موسى محمّد محمود حمودة / فلسطيني الجنسية/ وكيله المحامي سائد أبو نصير كان بتاريخ 2018/5/13 قد تقدّم بهذا الطّلب رقم (578/2018) لدى محكمة إستئناف عمّان بمواجهة المستدعي ضدّهما:

1. عبد الفتّاح سعيد سليمان الفيومي.

2. نوال أحمد سليمان الفيومي.

وذلك للمطالبة ببطلان حكم التّحكيم الصّادر عن هيئة التّحكيم المشكّلة من المحكّم إسحق عبد العزيز حسين الصوي والمتضمّن تخفيض قيمة البناء من المبلغ المتفق عليه والبالغ (92027) ديناراً إلى (55901) دينار تاريخ 2018/2/7 وقد أسّس هذا الطّلب على سند من القول:

1. لم يتبلّغ المسنّأف قرار التّحكيم ولم يستلم قرار التّحكيم كونه خارج البلاد في زيارة خاصّة للأهل في غزة/فلسطين ولم يستطع العودة لسبب خارج عن إرادته كون المعبر بإتجاه مصر مغلقاً.

2. إنّ القرار المستأنف جاء مخالفاً للأصول والقانون ولا يستند إلى أي أساس من الواقع والقانون من حيث أنّ هيئة التحكيم قد خالفت إجراءات التحكيم وإتفاقية التحكيم حيث أنّ المحكم لم يقيم بلقاء الأطراف إلاّ عند توقيع إتفاق التحكيم ولم يقيم بزيارة موقع البناء إنّما إعتد على علمه الشّخصي وبناءً على ما لديه من معلومات إستمدّها من خارج جلسات التحكيم.
3. إنّ المحكم لم يطلع على البيّنات المتوافرة كتّفاقية أعمال عظم وتشطيب الموقّعة بين طرفي التحكيم ولم يأخذ بما ورد فيها.
4. أخطأت هيئة التحكيم في قرارها موضوع الطّعن وذلك لكونها لم تقم بعقد جلسات أصوليّة للتحكيم ولم تقم بتنظيم محضر إجراءات التحكيم ممّا يعدّ مخالفة صريحة لأحكام المادّة (49) من قانون التحكيم.
5. أخطأت هيئة التحكيم بمخالفة الواقع حيث أنّ المحكم لم يقيم بحساب التّراسّات والحفر الإمتصاصيّة وكذلك خزّان المياه والمدّات والأرصّفة والسور ومناهل تصريف المياه وأعمال أخرى لم يتمّ ذكرها في قرارها.
6. أخطأت هيئة التحكيم عندما لم تراعى إتفاقية أعمال عظم وتشطيب والموقّعة بين الأطراف حيث إعتمدت هيئة التحكيم أنّ سعر طابق التّسوية (60) ديناراً/م² على الرّغم من أنّ سعر طابق التّسوية (80) ديناراً/م² والوارد في إتفاقية أعمال عظم وتشطيب.
7. إنّ إتفاق التحكيم يشوبه الغموض وعدم الوضوح حيث نصّ في البند الخامس منه يتمّ الإنتهاء من التحكيم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخه وبالتّناوب فإنّ هيئة التحكيم قد خالفت القانون كونها لم تكن حياديّة وإنّما كانت منحازة إنحيازاً كاملاً للمستأنف ضدّه وبالتّالي فإنّ قرارها يستوجب البطلان.
8. إنّ هيئة التحكيم تجاوزت حدود إتفاق التحكيم.
9. خالفت هيئة التحكيم إتفاقية التحكيم في شرطها الثّالث حيث لم يتمّ دعوة أطراف النزاع ولم تستمع لأقوالهم ولم تقم بزيارة الموقع، وبالتّناوب فإنّ المستأنف حرم من تقديم دفاعه وبذلك فإنّ هيئة التحكيم خالفت نصّ المادّة (49) بند (3).

10. إن إتفاق التّحكيم المبرمة بتاريخ 2018/1/24 خالفت قانون التّحكيم وإتفاق المشاركة، وبالتّناوب خالفت نصّ المادّة (49) بند (4).

11. إنّ القرار الصّادر من هيئة التّحكيم لم يتضمّن ذكر جلاله الملك عبدالله الثّاني بن الحسين في منته.

12. لهذا ولما تراه عدالة محكمتم من أسباب أخرى.

باشرت محكمة إستئناف عمّان النّظر بالطلب وبعد إستكمال إجراءات التّقاضي أصدرت بتاريخ 2018/10/30 حكمها وجاهياً بحق الطّرفين ويتضمّن:

1. إعلان بطلان حكم المحكّم فيما يتعلّق بتحمّل الشركة التي نفّذ بإسمها المشروع المسؤوليّة العشريّة على سلامة البناء بناءً على الملاحظات التي تمّ ذكرها سابقاً فيما يخصّ الأساسات الواردة في البند الثّاني من قيمة الحكم وكذلك فيما يتعلّق بأن تتحمّل المهندس المشرفة حنان من مكتب المصمّم المسؤوليّة قبول تنفيذ الأعمال خاصّة الهيكل والتّشطيبات الواردة في البند الثّالث من نتيجة حكم المحكّم لعدم شمولها بإتفاقيّة التّحكيم.

2. ردّ دعوى بطلان حكم التّحكيم فيما عدا ذلك وتأييد حكم المحكّم والأمر بتنفيذه وتضمين المستدعي الرّسوم والمصاريف التي تكبّدها المستدعي ضدّهما في هذه المرحلة ومبلغ (100) دينار أتعاب محاماة.

لم يقبل المستدعي بالحكم الإستئنافي المشار الى منطوقه أعلاه قطع فيه تمييز الأسباب الواردة في لائحة التّمييز المقدّمة بتاريخ 2018/11/25 ضمن المهلة القانونيّة.

بتاريخ 2018/12/13 تبّلغ وكيل المستدعي ضدّهما لائحة التّمييز وتقدّم بلائحة جوابيّة بتاريخ 2018/12/23 ضمن المهلة القانونيّة.
ورداً على أسباب الطّعن.

وعن السّببين الأوّل والثّامن اللّذين يخطئ فيهما الطّاعن محكمة الإستئناف حيث جاء حكمها مخالفاً لقانون التّحكيم وعدم إعتادها كمحكمة موضوع ومن ثمّ تفويت درجة من درجات التّقاضي ومن حيث ردّها دعوى البطلان رغم مخالفة هيئة التّحكيم.

لقد جاء هذان السببان على وجه الغموض والإبهام، لم يبيّن فيهما الطّاعن وجه مخالفة الحكم حتى تستطيع محكمتنا من ممارسة سلطتها الرّقابية ممّا يوجب الإلتفات عنهما.

وعن باقي أسباب الطّعن من الثّاني والخامس والسادس والسّابع والتّاسع والعاشر التي تدور حول تخطئة محكمة الإستئناف برّد دعوى البطلان على الرّغم من أنّ المحكّم قام بتنزيل تكاليف البناء من (92027) ديناراً حسب الإتّفاق إلى (55901) دينار وأنّ هيئة التّحكيم لم تطلّع على البيّنات وجاء الحكم مخالفاً لإتّفاقيّة عظم وتشطّيب الموقّعة بين الطّرفين من حيث إحساب سعر المتر المربّع وعدم قيام هيئة التّحكيم بحساب التّراسّات والحفرة الإمتصاصيّة وخزان المياه والأرصّفة والأسوار ومناهل تصريف المياه وأنّ المميّز لم يستلم جميع المبالغ التي أشار إليها المحكّم في حكمه ولا يعلم المميّز من أين حصل المحكّم على هذه الأرقام والبالغة (41150) ديناراً.

إنّ هذه الأسباب بمجملها من المسائل الموضوعيّة التي تختصّ بالفصل فيها هيئة التّحكيم ولا رقابة لمحكمة الإستئناف عليها في هذه المسائل إذ أنّ دعوى بطلان حكم التّحكيم ليست طعنناً بالإستئناف فلا تتّسع لإعادة النّظر في موضوع النّزاع وتعييب قضاء الحكم فيه كما أنّ محكمة الإستئناف لا تملك مراجعة حكم التّحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكّمين وصواب أو خطأ إجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك أنّ الرّقابة المنصوص عليها في المادّة (49) من قانون التّحكيم لها صبغة شكلية بحيث لا تنفذ إلى أصل النّزاع شريطة ألاّ يكون هناك خرق لقواعد النّظام العام ولما كان الأمر كذلك فإنّ مؤدّى ذلك ردّ هذه الأسباب.

وعن السّببين الثّالث والرّابع اللّذين ينعي فيهما الطّاعن على محكمة الإستئناف من حيث عدم ردّها دعوى بطلان حكم التّحكيم على الرّغم من أنّه لم يتمّ تبليغ المميّز بمواعيد جلسات التّحكيم ولم يقدّم بالتّوقيع على أيّ من محاضر الجلسات وعدم وجود ملف تحكيمي.

وفي ذلك نجد أنّ ما ورد في هذين السّببين يخالف الواقع ذلك أنّه يتبيّن من ملف التّحكيم أنّ المحكّم إجتمع مع طرفي النّزاع أكثر من مرّة وتمّ تثبيت ذلك في محضر الاجتماع الأوّل والثّاني والثّالث وتمّ التّباحث مع الطّرفين حول النّزاع القائم كما تمّ الإتّفاق على الدّفعات التي قام المستدعي (التمييز) بإسئلامها ويظهر من ملف التّحكيم أنّ المحكّم إنتقل إلى موقع العقار وتمّ إنقاط صور فوتوغرافية وسجّل ملاحظاته وكل ذلك يؤكّد أنّ المحكّم إنترم بإتّفاق التّحكيم ممّا يستوجب ردّ هذين السّببين.

لهذا وتأسيساً على ما تقدّم نقرّر ردّ الطّعن التّمييزي وإعادة الأوراق إلى مصدرها.
قراراً صدر بتاريخ 27 جمادي الآخرة سنة 1440هـ الموافق 2019/3/4م.

الرئيس
د. فؤاد الدرادكة

الأعضاء
حابس العبدالات
زيد الضمور
مازن القرعان
محمد عبيدات

رقم 2- حكم تحكيمي - طعن بالبطلان لمخالفة النظام العام - محكمة الإستئناف وجدت أن أسباب الإبطال غير متوافرة - إدلاء بأن هيئة التحكيم بتت بطلبات لم تكن مطلوبة - هيئة التحكيم تقيدت بالطلبات ولم تخرج عن المطالبات.

إن طلب بطلان حكم التحكيم أمر مختلف عن طلب تنفيذ حكم التحكيم ذلك أن طلب البطلان وفق أحكام الفقرة (ب) من المادة (49) من قانون التحكيم يوجب على المحكمة مراعاة النظام العام في المملكة ولما وجدت محكمة الإستئناف أن أسباب البطلان الواردة في المادة (49) من قانون التحكيم غير متوافرة في حكم التحكيم فقد أوجب القانون الأمر تنفيذه مما يتعين رد هذا السبب.

إن هيئة التحكيم تقيدت بالطلبات الواردة في لائحة الإدعاء المقدمة من المستدعي ضدها...، وعليه فإن هيئة التحكيم لم تخرج في حكمها عن مطالبات المستدعي ضدها مما يستوجب رد هذا السبب.

(محكمة التمييز الأردنية، بصفتها الحوقية، رقم القضية 2018/3446، تاريخ

2018/6/26)

.....

.....

ورداً على أسباب الطعن:

وعن السبب الأول الذي تنعى فيه الطاعة على محكمة الإستئناف عدم القيام بواجبها القانوني من حيث التّحقّق من مدى مطابقتة الحكم التّحكيمي للنّظام العامّ وفقاً لما تقضي به المادة 54/أ من قانون التّحكيم.

رغم أنّ المادة 54/أ تتعلّق بطلب تنفيذ حكم التّحكيم المقدّم الى المحكمة المختصة وتأمّر بتنفيذه إلاّ إذا تبين لها:

1. أنّ هذا الحكم يتضمّن ما يخالف النّظام العامّ في المملكة...
2. أنّه لم يتمّ تبليغه للمحكوم عليه تبليغاً صحيحاً.

فإنّ طلب بطلان حكم التّحكيم أمر مختلف عن طلب تنفيذ حكم التّحكيم ذلك أنّ طلب البطلان وفق أحكام الفقرة (ب) من المادة (49) من قانون التّحكيم يوجب على المحكمة مراعاة النّظام العامّ في المملكة. ولما وجدت محكمة الإستئناف أنّ أسباب البطلان الواردة في المادة (49) من قانون التّحكيم غير متوافرة في حكم التّحكيم فقد أوجب عليها القانون الأمر بتنفيذه ممّا يتعيّن ردّ هذا السبب.

وعن السبب الثّاني الذي تخطى فيه الطاعة محكمة الإستئناف بعدم تعرّضها لأمر ومساائل كانت قد بنتّ فيها هيئة التّحكيم دون أنّ تطالب بها أساساً المستدعي ضدّها إذ جاءت طلباتها واضحة من خلال لائحة الإدعاء.

وفي ذلك نجد أنّ هيئة التّحكيم تقيدت بالطلبات الواردة في لائحة الإدعاء المقدّمة من المستدعي ضدّها التي تضمّنت المطالبة بالالتزامات التي لم تقم المستدعية بالوفاء بها بموجب العقد من حيث عدم دفع المطالبات الماليّة في ذمتها وعدم الإفراج عن كفالة حسن التنفيذ وكفالة الصيانة ممّا تترتب عليها عمولات وتعويض عن ربح فائت وتعويضات وزارة الأشغال العامّة والإسكان وعليه فإنّ هيئة التّحكيم لم تخرج في حكمها عن مطالبات المستدعي ضدّها ممّا يستوجب ردّ هذا السبب.

وعن الأسباب الثّالث والرّابع والخامس والسادس والسابع والثامن والتاسع التي تدور حول تخطئة الحكم الطّعين لما تضمّن من مخالفات صريحة للأصول والقانون من حيث التعويض عن ذات الأمر لعدّة مرّات وبأوجه مختلفة وخاصة فيما يتعلّق بالدفعات المسدّدة والدفعات المقدّمة لم تكن مستحقّة الأداء الفوري بمجرد تقديمها للمستدعية حيث أنّ بعضها تتضمّن مطالبات غير مُحقّقة والبعض الآخر كان العمل المنجز مخالف لما تمّ الإتّفاق عليه كما هو الحال في المطالبات

ذوات الأرقام (15 و 16 و 17)، أمّا المطالبتين (18 و 19) وفي مطالبات مخالفة بتوقيتها للأصول والقانون وبالرغم من ذلك كلّهُ إلاّ أنّ الحكم الطّعين تضمّن إلزام المستدعية بدفع فوائد قانونيّة على المطالبتين (18 و 19) من تاريخ تقديمها وحتى تاريخ تسديدهما وعندما كانت تتمّ مناقشة تلك المطالبات كانت المستدعية تبادر الى الصّرف دون تأخير ومع ذلك فقد خلت لائحة الإدعاء من المطالبة بالفائدة القانونيّة على الدّفعات التي تمّ تسديدها وتضمّن الحكم إحتساب الفائدة القانونيّة من تاريخ صدور الحكم وحتى السّداد التّام على المبلغ المحكوم به.

إذا كان طلب بطلان حكم التّحكيم ليس طعنًا بالإستئناف فلا يتسع لإعادة النّظر في موضوع النزاع وتعيّب قضاء الحكم فيه كما أنّه ليس لقاضي طلب البطلان مراجعة حكم التّحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكّمين وصواب أو خطأ إجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك أنّ الرّقابة المنصوص عليها في المادّة (49) من قانون التّحكيم الأردني لها صيغة شكلية إلاّ أنّنا مع ذلك نجد أنّ نفقات التّمويل التي قضت بها هيئة التّحكيم عن المطالبات من (15-19) كانت نتيجة عدم صرف المبالغ المستحقّة بهذه المطالبات بتاريخ تقديم الدّعوى.

.....

.....

قراراً صدر بتاريخ 12 شوال سنة 1439هـ الموافق 2018/6/26م.

برئاسة القاضي

نائب الرّئيس

د. فؤاد الدّرادكة

عضو

نائب الرّئيس

مازن القرعان

عضو

نائب الرّئيس

حابس العبدالات

عضو

محمد عبيدات

عضو

زيد الضمور

رئيس الدّيوان

رقم 3- عقد نقل بحري - مشارطة إيجار السفينة تضمنت شرط حل أي نزاع بطريق التحكيم - سندات ووثيقة الشحن أشارت إلى مشارطة إيجار السفينة - شمول ذلك شرط التحكيم - نزاع - دعوى قضائية - دفع بشرط التحكيم - قواعد هامبورغ تشكل الأسس القانونية لهذا الدفع - المدعية تعلم بإحالة سندات الشحن إلى مشارطة إيجار السفينة الوارد فيها شرط التحكيم - اندماج إتفاقية المشارطة في سند الشحن - نصوص المشارطة جزء من عقد النقل - المرسل إليه لا يعتبر من الغير - شرط التحكيم يسري على سندات الشحن - الإحالة إلى عقد نموذجي أو إتفاقية دولية يعد في حكم الإتفاق المكتوب - المشارطة ملزمة للمرسل إليه.

بالنسبة لمشارطة التحكيم التي تتمسك بها المستدعية فإننا نرى أن القواعد القانونية التي تحكمها هي إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بنقل البضائع بحراً (قواعد هامبورغ لسنة 1978) والتي صادقت عليها المملكة الأردنية الهاشمية وانضمت إليها بموجب قرار مجلس الوزراء المنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم 4484 تاريخ 2001/4/16 وقد اعتبرت محكمة التمييز هذه الإتفاقية واجبة التطبيق وتسمو على القانون الوطني.

إن قواعد هامبورغ تشكل الأساس القانوني الذي يقوم عليه الدفع المقدم من المستدعية لردّ الدعوى الأصلية لوجود شرط التحكيم.

إن المرسل إليه/المدعية تعلم يقيناً وقت تلقيها السند بإحالة سندات الشحن إلى مشاركة الإيجار في تطبيق كافة الشروط الواردة بها ومنها شرط التحكيم بين أطراف النقل البحري والمرسل إليه.

في هذه الحالة التي يُحيل فيها سند الشحن إلى مشاركة الإيجار فإن نصوص المشاركة تندمج في سند الشحن بما فيها شرط التحكيم والذي يُحتج به تجاه حامل السند استناداً إلى تلك الإحالة وتغدو نصوص المشاركة جزءاً من عقد النقل ويلتزم بها أطرافه عند الإخلال بتنفيذه تماماً كما لو كان النزاع بين مستأجر السفينة ومالكها.

إن شرط التحكيم وغيره من الشروط التي ترد في مشاركة إيجار السفينة يجب إحترامه وفقاً لمفهوم نفاذ العقد سواء من المتعاقدين الأصليين أو المرسل إليه الذي علم بهذا الشرط وإرتضى به كونه ذو صلة بالشحنة وفي هذه الحالة لا يُعتبر المرسل إليه من الغير ذي النية الحسنة.

هذا الإتجاه يتماشى مع نصّ المادة 10/ب من قانون التحكيم الأردني الذي جاء به: ويُعدّ في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرطاً تحكيمياً إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

إن إحالة سندات إلى تلك المشاركة وإن كانت بصفة عامة بما إشتملت عليه من شروط ومنها شرط التحكيم تغدو ملزمة للمرسل إليه المستأنفة بإعتباره طرفاً ذا شأن وصلة بعملية النقل البحري للشحنة ويتكافأ مع مركز الشاحن لطالما أنّ الشاحن هو مستأجر للسفينة.

(محكمة إستئناف معان، الرقم 2014/1916، بتاريخ 2015/5/3)

.....

.....

بتاريخ 2013/3/31 قُدم هذا الإستئناف للطعن بالقرار الصادر عن محكمة بداية حقوق العقبة بالقضية البدائية الحقوقية في الطلب رقم 2012/52 تاريخ 2012/3/10 المتضمن قبول الطلب المقدم من المستدعية وبذات الوقت ردّ الدعوى البدائية الحقوقية رقم 2012/17 لوجود شرط التحكيم وتضمين المستدعي ضدها الرسوم والمصاريف ومبلغ خمسمائة دينار أتعاب محاماة طالباً قبول الإستئناف شكلاً وفسخ القرار المستأنف موضوعاً للأسباب التالية:

أخطأت محكمة بداية حقوق العقبة الموقرة عندما اعتبرت أنّ عبارات الإحالة العامة الواردة في سندات الشحن والتي تُحيل إلى الشروط الواردة في عقد إيجار السفينة (Lucky Lady) المؤرخ في 2008/3/7 تكفي لإعتبار شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة ملزماً للمستأنفة.

عطفاً على السبب الأول من أسباب الاستئناف فقد أخطأت محكمة بداية حقوق العقبة الموقرة عندما تعاملت مع شرط التحكيم على أنه مجرد شرط من ضمن الشروط الواردة في عقد إيجار السفينة في حين أنّ شرط التحكيم يُعتبر إتفاقاً مستقلاً عن سائر الشروط الأخرى لعقد إيجار السفينة.

أخطأت محكمة بداية حقوق العقبة الموقرة عندما خلطت بين مفهوم سموّ الإتفاقية الدولية على التشريع المحلي من جهة وبين ضرورة البحث في مدى توافر مقتضيات تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية على النزاع.

وعلى سبيل التناوب وبما أنّ قانون التحكيم الأردني لا ينطبق على موضوع النزاع فقد أخطأت محكمة بداية حقوق العقبة الموقرة عندما قرّرت قبول الطلب وردّ دعوى المدّعية.

وعلى سبيل التناوب أخطأت محكمة بداية حقوق العقبة الموقرة عندما قرّرت ردّ الدعوى بالكامل عن كلا المدّعي عليهما رغم أنّ طلب ردّ الدعوى لوجود شرط تحكيم قد تقدّمت به المدّعي عليها الثّانية فقط ولم تُثّر المدّعي عليها الأولى التي تمتّ محاكمتها بمثابة الوجهي.

أقـرار

ألوقائع: بتاريخ 2012/5/14 تقدّمت المستدعية (نافيج 8 بي تي دي ليمنت Navig 8 PTD) بهذا الطلب بمواجهة المستدعي ضدها (شركة الرياض لصناعة الزيوت النباتية) وموضوعه ردّ الدعوى الحقوقية الابتدائية ذات الرقم (2012/17) لعدم الإختصاص لوجود شرط التحكيم وقد أسست المستدعية طلبها والدفع الوارد به على سند من الوقائع التالية:

أولاً- أقامت المستدعي ضدها القضية الحقوقية البدائية رقم (2012/17) تطالب بمبالغ على الوجه المبين في لائحة الدعوى بخصوص شحنة من زيت النخيل / أولين النخيل المصفي التي

نقلت على الباخرة (لاكي ليدي) (Lucky Lady) بموجب وثائق الشّحن كما وردت في البنود 3 و4 و7 من لائحة الدّعى.

ثانياً- إتفق أطراف عقد النّقل والمرسل إليها بالنتيجة (المستدعى ضدّها شركة الرياض لصناعة الزيوت النباتية) وبموجب وثائق الشّحن على تطبيق أحكام مشاركة إيجار السفينة (عقد الإستئجار) المؤرّخ في 2008/3/7 والموقع بين المستدعية / نافيج 8 بي تي أل والشّاحن البائع والمرسل إليها في نهاية الأمر بإعتبارها المستفيدة الأولى كونها صاحبة البضاعة ومن ضمنها تحديداً شرط التّحكيم حيث أضيف في متن وثائق الشّحن ما يلي:

إنّ البضاعة نُقلت وفقاً لشروط الإستئجار تاريخ 2008/3/7 وأنّ كافّة الشّروط المطبوعة أو المختومة على أي وجه من وثائق الشّحن تعتبر جزءاً لا يتجزأ من وثائق الشّحن وقد ورد هذا النّص والملاحظة على جميع وثائق الشّحن الخمس وقد جاء بحروف كبيرة ومميّزة وبشكل مختلف في الخطّ عن نصوص وثائق الشّحن.

كما نصّت وثائق الشّحن المذكورة على أنّ عقد الإستئجار هو المؤرّخ 2008/3/7 كما نصّت وثائق الشّحن على أن يتمّ إستخدامها مع عقد إستئجار الباخرة، فالإحالة وردت في هذه الوثائق بشكل واضح ومعبر عن إرادة أطراف عقد النّقل، هذه الإضافات تقطع تماماً بنية الأطراف في وثائق الشّحن والمرسل إليها بالنتيجة على تطبيق أحكام مشاركة الإستئجار.

كما نصّت وثائق الشّحن على أنّ كافّة الشّروط، الخيارات والإستثناءات مهما كانت للإستئجار أعلاه تطبق وتشمل حقوق الأطراف ذوي الصّلة بالشّحنة (أنظر لطفاً الترجمة العدليّة لوثائق الشّحن التي قدّمتنا ترجمة لها والتي لم تترجم المدّعية سوى جزءاً صغيراً منها، وإن أقرت ضمن ما قامت بترجمته بإحالة وثائق الشّحن إلى عقد مشاركة الإيجار المؤرّخ في 2008/3/7 في كوالالمبور.

بناءً على ما تقدّم ستجد المحكمة الموقرة أنّ الشّروط الواردة في المادة (22) من إتفاقيّة هامبورغ لسنة 1978 إتفاقيّة الأمم المتّحدة الخاصّة بنقل البضائع بحراً الواجبة النّطبيق تماماً على هذه الدّعى من حيث:

وجود نصّ يقضي بإحالة النزاع الناشئ عن وثائق الشحن موضوع هذه الدّعى إلى التّحكيم.

صدور وثائق الشحن إستناداً إلى مشاركة الإيجار (عقد إستئجار الباخرة).

وجود نصّ خاصّ في وثائق الشحن يقضي بإلزام حاملها بجميع شروط مشاركة الإيجار (عقد إستئجار الباخرة) بما فيها بالطبع شرط التّحكيم الوارد في البند (21) من عقد إستئجار الباخرة. (أنظر لطفاً المرفق 2 ب من بيّنات المستدعية).

إنّ مشاركة إيجار الباخرة لنقل البضاعة تحيل أي نزاع إلى التّحكيم بموجب البند (21) من الشّروط الإضافيّة لعقد الإستئجار وقد ورد في هذا البند ما يلي:

شرط التّحكيم مؤسّسة لندن للمحكّمين البحريّين LMAA= London Maritime Arbitrators Ass.

إنّ كافّة المنازعات والخلافات الناشئة عن أو ضمن هذا العقد والتي لا يمكن حلّها بطريقة وديّة سوف تُحال الى التّحكيم في لندن. إذا إتفق الأطراف على محكمّ منفرد كان به، وإن لم يتفقوا على محكمّ فرد فيتمّ تعيين محكمّ واحد من قبل كلّ فريق، في حالة التّحكيم بما يتعلّق بوثائق إذا توصل كلّ من المحكمّين الإثنين المعيّنين إلى نتيجة واحدة فإنّ قرارهما يكون نهائيّاً. في كافّة القضايا الأخرى يقوم المحكمّين المعيّنين بتعيين محكمّ ثالث ويكون القرار عائداً إلى هيئة التّحكيم الثلاثيّة التي شكّلت.

إذا رفض أي من المحكمّين المختارين العمل أو لم يكن قادراً على العمل فإنّ الطّرف الذي عين هذا المحكمّ يقوم بتعيين محكمّ آخر بدلاً عنه.

إذا لم يعيّن أحد الأطراف محكمّه سواء في الأصل أو وفقاً لقانون التبدّل لمُدّة أسبوعين وتمكّن الطّرف الآخر من تعيين محكمّه فعلى الطّرف الذي عين محكمّه أن يدعو (بواسطة توكس فاكس أو كتاب) الطّرف الذي لم يعيّن محكمّه من أجل القيام بتعيين محكمّ ويقوم الرّئيس الحالي لمؤسّسة لندن للمحكّمين البحريّين بناءً على طلب من الطّرف الآخر بتعيين محكمّ بالنيابة عن الطّرف الذي لم يعيّن محكمّه ويكون لهذا المحكمّ الصّلاحيات نفسها في العمل وإصدار الحكم. وإذا تطلّبت القضية هذا فإنّ مهمّة تعيين محكمّ ثالث تكون وكأنّها قد تمّ تعيينه وفقاً لشروط هذه الإتفاقيّة.

إن القانون الإنجليزي هو الذي يحكم وينظم هذا العقد ويطبّق على كافّة الإجراءات ضمن هذا الشرط من بنود مؤسسة لندن للمحكّمين البحريين الحالي في وقت بدء إجراءات التحكيم. إن كافّة المعيّنين يكونوا أعضاء في هذه المؤسسة بشرط أن لا يتجاوز مبلغ النزاع 50000 دولار أمريكي أو أي مبلغ آخر يتفق عليه أطراف أي نزاع يتمّ الفصل فيه بمقتضى إجراءات القضايا الصّغيرة لمؤسسة لندن للمحكّمين البحريين، وهذه الإحالة في وثائق الشّحن إلى التحكيم هي إحالة صحيحة طبقاً لما أوردته معاهدة هامبورغ من حيث وضوح نيّة الأطراف المتعاقدة في اللّجوء إلى التحكيم مع وجوب تطبيق القانون الإنجليزي على النزاع.

ثالثاً- نصّت المادّة 10 ب من قانون التحكيم الأردني رقم 2001/31 على ما يلي: (يعدّ في حكم الإتفاق المكتوب كلّ إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو أي وثيقة أخرى تتضمّن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة بإعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.

رابعاً- على ضوء إحالة وثائق الشّحن إلى شرط التحكيم في مشاركة الإيجار المُشار إليه وإعتبار هذا الشرط كجزء من شروط وثائق الشّحن تغدو الدّعوى الحقوقية البدائية رقم 2012/17 حريّة بالردّ شكلاً وموضوعاً.

خامساً- إنّ الجهة المستدعية تتمسك بشرط التحكيم وتشير إلى أنّها بدأت بإجراءات التحكيم في لندن وقام جميع أطراف النزاع: مالكي الباخرة مستأجرتها / المستدعية وأشركة المصدرة/ البائعة/ الشّاحنة/ المدّعى عليها الأولى في هذه الدّعوى بتعيين محكميهم، ووافق المحكّمين على هذا التّعيين وهو الأمر الثّابت من خلال البيّنات الخطيّة المُدرجة في حافظة مستندات المستدعية، ولا تزال المستدعية راغبة في تطبيق شرط التحكيم وبهذا الصّدّد فإنّها تتمسك بما يلي:

أ- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

ب- أحكام إتفاقية نيويورك المتعلّقة بالإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبيّة.

ت- إتفاقية هامبورغ لسنة 178 والمصادق عليها من المملكة الأردنيّة الهاشميّة.

ث- ما استقرّ عليه قضاء محكمة التمييز حول حجّيّة شرط التحكيم.

سادساً: إنّ هناك إتفاق باتّ وملزم بين كافّة أطراف الدّعوى (المدّعية والمدّعى عليهما) على أنّ أي نزاع يتوجّب حلّه بطريق التحكيم بمعنى آخر لا مجال لحلّ أي إشكال يتفرّع عن وثيقة الشّحن / عقود الإستئجار أو حتى عقود بيع البضاعة إلّا بواسطة التحكيم كما تدلّ على ذلك الوثائق المُشار إليها أعلاه.

وللتوضيح نشير إلى أنّ حتى عقد بيع البضاعة بين الشركة المصدّرة / البائعة / الشاحنة المّدعى عليها الأولى في الدّعى 2012/17 وبين المستدعى ضدّها / المرسل إليها يحيل أي نزاع يتعلّق بهذه البضاعة إلى التّحكيم في كوالالمبور ويطبّق عليه القانون الماليزي (المرفقان أولاً وثانياً من حافظة مستندات المّدعية في الدّعى رقم 2012/17).

بتاريخ 2013/3/10 وفي أطلب رقم 2012/52 أصدرت محكمة الدّرجة الأولى قرارها المتضمّن قبول الطّلب المقدّم من المستدعية وبذات الوقت ردّ الدّعى البدائية الحقوقية رقم 2012/17 لوجود شرط التّحكيم وتضمين المستدعى ضدّها الرّسوم والمصاريف ومبلغ خمسمائة دينار أتعاب محاماة.

لم ترضَ المستدعى ضدّها بهذا القرار فطعنّت فيه، إستئنافاً. وبتاريخ 2013/12/22 وفي القضيّة رقم 2013/892 أصدرت محكمتنا قرارها المتضمّن ردّ الإستئناف شكلاً.

لم تقبل المستدعى ضدّها (المستأنفة) بهذا القرار فطعنّت فيه تمييزاً، حيث أصدرت محكمة التّمييز قرارها رقم (2014/894) تاريخ 2014/10/12 ألتضمّن نقض القرار المميّز وإعادة الأوراق إلى مصدرها لإجراء مقتضى القانوني.

بالمحاكمة الإستئنافية الجارية علناً بعد النّقض وبحضور الوكيلين وغياب ممثّل المستأنف ضدّها شركة باسيفيك إنترلينك المتبلّغ أصولياً والمقرّر إجراء محاكمتها بمثابة الوجهي تلي قرار محكمة التّمييز المُشار إليه آنفاً وطلب وكيل المستأنفة إتباع قرار النّقض في حين تركّ وكيل المستأنف ضدّها شركة نافيج بي تي إي أمر إتباع النّقض للمحكمة وقرّرت محكمتنا إتباع النّقض وتليت لائحة الطّعن الإستئنافي ولائحة الجواب وطلب وكيل المستأنفة قبول الإستئناف شكلاً وتركّ أمر الجواب للمحكمة كما طلب وكيل المستأنف ضدّها قبول الجواب شكلاً وتركّ أمر الإستئناف للمحكمة وقرّرت محكمتنا قبول الإستئناف والجواب شكلاً لتقديمهما ضمن المدّة القانونية ثم، قدّم وكيل المستأنفة مرافعته الخطيّة والتي تقع على الصّفحات 8 ولغاية 33 من محاضر المحاكمة، كما قدّم وكيل المستأنف ضدّها مرافعته الخطيّة التي تقع على الصّفحتين 36 و37 من محاضر الدّعى.

وفي الردّ على أسباب الإستئناف:

وعن الأسباب الأولى والثّاني والثالث والرّابع ومفادها:

تخطئة محكمة الدرجة الأولى بإعتبار شرط التحكيم ألوارد في عقد إيجار السفينة ملزماً للمستأنفة كون الإحالة الواردة في سندات الشحن إلى هذا العقد هي إحالة عامة ولا تتضمن أي ملاحظة خاصة لشرط التحكيم وكذلك بإعتبارها شرط التحكيم كغيره من الشروط في حين يتوجب أن يكون شرط التحكيم مُتفقاً عليه ومستقلاً عن سائر الشروط الأخرى لعقد إيجار السفينة وتتطلب الإحالة بشأنه نصاً خاصاً وواضحاً يشير إليه وتخطئتها كذلك بالخلط بين مفهوم سمو الإتفاقية الدولية على التشريع المحلي وبين ضرورة البحث في مدى توافر مقتضيات تطبيق أحكام الإتفاقية الدولية على النزاع وكذلك في قبول الطلب وردّ دعوى المدعية دون سند قانوني.

بالتدقيق في ملف هذه القضية وما قُدم فيها من بينات نجد أنّ وقائعها الثابتة تشير إلى أنّ المدعية شركة الرياض لصناعة الزيوت النباتية كانت قد أقامت الدعوى الحقوقية رقم (2012/17) لدى محكمة بداية العقبة بمواجهة المدعى عليهما: شركة باسيفيك انترلينك وشركة نافيج 8 بي تي أي ليمتد، وموضوعها المطالبة بالتعويض عن أضرار مادية ومعنوية وكسب فائت ونقصان ثمن نتيجة الأضرار المزعومة التي لحقت بشحنة زيت نخيل وشحنة أولين النخيل العائدة للمستأنفة أثناء قيام المدعى عليهما بنقلها بحراً من ميناء باسر كودانك في ماليزيا إلى ميناء العقبة في الأردن على متن الباخرة (Lucky Lady) والمستأجرة من قبل البائع الشاحن المدعى عليها الأولى والعائدة للمدعى عليها الثانية.

وقبل الدخول في أساس الدعوى تقدّم وكيل المدعى عليها الثانية بالطلب رقم (2012/52) لردّ الدعوى لوجود شرط التحكيم مؤسساً طلبه على أنّ البضاعة موضوع الشحنة نقلت وفقاً لشروط إستئجار السفينة بتاريخ 2008/3/7 وأنّ وثائق الشحن أحوّلت إلى مشاركة إيجار السفينة والتي جاء فيها أنّ أي نزاع بين أطراف عقد النقل البحري يجري حلّه بطريق التحكيم في لندن وذلك بموجب البند (21) من الشروط الإضافية لعقد الإستئجار وبالتالي، تتمسك المستدعية بشرط التحكيم وتشير إلى أنّها بدأت بإجراءاته في لندن فيما بينها وبين المدعى عليها شركة باسيفيك وأنّ مشاركة التحكيم ملزمة لكافة الأطراف بما في ذلك المدعية (المستدعى ضدها) كونها ذات صلة بالشحنة موضوع النزاع وأنّ بوالص الشحن أحوّلت إلى مشاركة إيجار السفينة في تطبيق كافة الشروط ومنها شرط التحكيم.

وبالرجوع إلى المرفق 2 ب من بيانات المستدعية وهو عقد إستئجار السفينة لآكي ليدي نجد أنه يشير في البند (21) منه أن كافة المنازعات والخلافات الناشئة عن أو ضمن هذا العقد والتي لا يمكن حلها بطريق ودية سوف تُحال إلى التحكيم في لندن.

ونجد أيضاً بأن هذا العقد نُظّم بين طرفيه المدعى عليهما الأولى والثانية في كوالالمبور بتاريخ 2008/3/7.

وبالنظر إلى بوالص الشّحن المقدّمة في هذه الدّعى والتّرجمة المعتمدة المرفقة بها نجد أنّها تضمّنت ما يلي: إنّ البضاعة نُقلت تحت ومرفقاً لشروط الإستئجار تاريخ 2008/3/7 في كوالالمبور بين نافيج 8 Navig 8 PTE سنغافورة كمالكين وبين باسيفيك إنترلينك إس دي إن بي إتش دي كمستأجرين وأنّ كافة الشّروط والخيارات والإستثناءات مهما كانت للإستئجار أعلاه تطبّق وتشمل حقوق الأطراف ذوي الصّلة بالشّحنة، إنّ كافة الشّروط المطبوعة أو المختومة على أي وجه لهذه الوثيقة تُعتبر جزءاً لا يتجزأ من عقد بوليصة الشّحن (كما ورد في متن بوالص الشّحن البالغ عددها خمس) بموجب عقد مشاركة الإيجار المؤرّخ في 2008/3/7 في كوالالمبور بين باسيفيك إنترلينك وبين نافيج 8 بي تي إي سنغافورة.

وفي البند الخامس من لائحة الطّلب نجد أنّ المستدعية تتمسك بشرط التّحكيم إستناداً لأحكام إتفاقيّة هامبورغ وإتفاقيّة نيويورك وقانون التّحكيم الأردني والاجتهاد القضائي لمحكمة التّمييز.

وفيما يتعلّق بقانون التّحكيم الأردني فإننا نقول أنّ أحكامه لا تطبّق على النزاع موضوع الدّعى بصريح المادّة الثّالثة منه والتي نصّت على أنّه يسري على كلّ تحكيم إتفاقي يجري في المملكة ويتعلّق بنزاع مدني أو تجاري وأما بالنسبة لإتفاقيّة نيويورك نجد أنّ قواعدها تنظّم مسألة الإعراف بقرارات التّحكيم الأجنبيّة وتنفيذها وقد صادقت عليها الأردن بموجب الإعلان المنشور في الجريدة الرّسمية رقم 3585 تاريخ 1988/11/16.

وبالنسبة لمشاركة التّحكيم التي تتمسك بها المستدعية فإننا نجد أنّ القواعد القانونيّة التي تحكمها هي إتفاقيّة الأمم المتّحدة الخاصّة بنقل البضائع بحراً (قواعد هامبورغ لسنة 1978) والتي صادقت عليها المملكة الأردنيّة الهاشميّة وإنضمّت إليها بموجب قرار مجلس الوزراء المنشور في الجريدة الرّسمية العدد رقم 4484 تاريخ 2001/4/16 وقد إعتبرت محكمة التّمييز هذه الإتفاقيّة واجبة التّطبيق وتسمو على القانون الوطني وأنّ إنضمام الأردن لها لا يخالف أحكام الدّستور

(تتميز حقوق رقم 2353/2007 تاريخ 2007/4/8 هيئة عامة) وقد أكدت هذا الاجتهاد في قراراتها اللاحقة بشأن وجوب تطبيق قواعد هامبورغ على المنازعات البحرية وإلزامية شرط التحكيم الخارجي الوارد في وثائق الشحن البحري بالنسبة لأطرافه وسلب اختصاص المحاكم الأردنية من نظر هذه المنازعات (تميز حقوق رقم 2011/483 تاريخ 2011/9/22 هيئة عامة).

وبالتالي، فإن قواعد هامبورغ تشكل الأساس القانوني الذي يقوم عليه الدفع المقدم من المستدعية لرد الدعوى الأصلية لوجود شرط تحكيم، وبالرجوع إلى نص المادة (22) من هذه الإتفاقية نجد أنه جاء به ما يلي:

مع مراعاة أحكام هذه المادة يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت بالكتابة على إحالة أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل السلع بموجب هذه الإتفاقية إلى التحكيم إذا تضمنت مشاركة الإيجار نصاً على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلى التحكيم وصدر سند شحن إستناداً إلى مشاركة الإيجار دون أن يتضمن ملاحظة خاصة تنص على إلزام حامل سند الشحن بهذا الشرط، ولا يجوز للناقل الإحتجاج بهذا الشرط على حامل السند الحائز له بحسن نية.

وفي ضوء ما تقدم ذكره نجد أن مناط الفصل في الدفع المقدم من المستدعية يقتضي حتماً الإجابة على السؤال التالي: هل نص الإحالة الوارد في سندات الشحن موضوع الدعوى الأصلية يشمل شرط التحكيم المنصوص عليه في عقد إيجار السفينة وهل الشرط المذكور ملزم للمدعية المستأنفة؟ وفي ذلك نجد أن شرط تطبيق أحكام المادة (22) من قواعد هامبورغ تتمثل فيما يلي:

وجود إتفاق مكتوب بالإحالة إلى شرط التحكيم، وهذا الإتفاق متوافر في واقعة الدعوى من خلال ما ورد بوالص الشحن ومرفقاتها من وجود نص في مشاركة الإيجار يقضي بإحالة المنازعات إلى التحكيم وهذا النص موجود بحكم البند (21) من الشروط الإضافية لمشاركة الإيجار وصدور وثائق الشحن بالإستناد إلى مشاركة التحكيم، وهذا ما تم النص عليه في بوالص الشحن موضوع الدعوى وفق ما سبق بيانه، ووجود ملاحظة خاصة في سند الشحن على إلزام حامل هذا السند بمشاركة التحكيم وهذا الشرط أشير في بوالص الشحن، وأن يكون حامل سند الشحن من الغير حسن النية.

ويتبين لمحکمتنا أن الثابت من أوراق الدعوى يؤكد بأن عملية النقل البحري لشحنة الزيوت النباتية موضوع الدعوى قد تمت بموجب مشاركة إيجار السفينة (لاكي ليدي) وقد حرر لها وثيقة

شحن تضمنت الإحالة إلى مشاركة الإيجار بما فيها شرط التحكيم، وحيث أنّ الشاحن هو مستأجر السفينة (شركة باسيفيك انترلينك) فإنّ توقيعه على المشاركة بما إشتملت عليه من شروط يكون ملزماً للمدعية/ المستأنفة باعتبارها المرسل إليه وطرفاً ذا شأن في عملية النقل البحري.

ومن المستقرّ عليه فقهاً وقضاءً بأنّ حقوق المرسل إليه على البضاعة تتحدّد بسند الشحن ويحتجّ به عليه دون المشاركة، إلاّ إذا تضمّن السند إحالة إلى المشاركة وعلم المرسل إليه بهذه الإحالة أو كان يتوجّب علمه بها وقت تلقّيه السند، وقد ثبت من خلال أوراق ومستندات هذه الدّعوى والمراسلات والشكليات التي تمتّ بين أطرافها وبوالصّ الشحن ومشاركة إيجار السفينة أنّ المرسل إليه/ المدعية تعلم يقيناً وقت تلقّيها السند بإحالة سندات الشحن إلى مشاركة الإيجار في تطبيق كافة الشروط الواردة بها ومنها شرط التحكيم بين أطراف النقل البحري والمرسل إليه.

وفي هذه الحالة التي يحيل فيها سند الشحن إلى مشاركة الإيجار فإنّ نصوص المشاركة تندمج في سند الشحن بما فيها شرط التحكيم والذي يحتجّ به تجاه حامل السند إستناداً إلى تلك الإحالة وتعدو نصوص المشاركة جزءاً من عقد النقل ويلتزم بها أطرافه عند الإخلال بتنفيذه تماماً كما لو كان النزاع بين مستأجر السفينة ومالكها، وأنّ شرط التحكيم وغيره من الشروط التي ترد في مشاركة إيجار السفينة يجب إحترامه وفقاً لمفهوم نفاذ العقد سواء من العاقدين الأصليين أو المرسل إليه الذي علم بهذا الشرط وإرضى به كونه ذو صلة بالشحنة وفي هذه الحالة لا يُعتبر المرسل إليه من الغير ذي النية الحسنة.

ولمّا كانت الإحالة الواردة في سندات الشحن موضوع الدّعوى واضحة وصريحة فإنّ شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة يسري على سندات الشحن وهذا الإتجاه يتماشى مع نصّ المادة 10/ب من قانون التحكيم الأردني الذي جاء به: "ويُعدّ في حكم الإتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمّن شرطاً تحكيمياً إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد" وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد الحميد الأحمد ضمن مؤلفه موسوعة التحكيم/ التحكيم الدولي الطبعة الثالثة ص 152: "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد".

وبالنظر إلى ما أسلفنا بيانه فإننا نستنتج بأنّ سندات الشحن موضوع الدّعوى الأصلية قد حرّرت بالإستناد إلى مشاركة إيجار السفينة وتنفيذاً لها وأنّ تلك المشاركة تضمنت شروط

الإتفاق بما فيها شرط التحكيم وأنّ إحالة سندات الشّحن إلى تلك المشاركة وإن كانت بصيغة عامّة فإنّها بما إشتملت عليه من شروط ومنها شرط التحكيم تغدو ملزمة للمرسل إليه ألمستأنفة بإعتباره طرفاً ذا شأن وصلة بعملية النقل البحري للشّحنة ويتكافأ مع مركز الشّاحن لطالما أنّ الشّاحن هو مستأجر للسّينة.

وعليه وحيث أنّ طلب المستدعية مقدّم وفق أحكام القانون وقد أثبتت دفعها برّد دعوى المدّعية لوجود شرط تحكيم يقضي بحلّ المنازعات حول عقد نقل الشّحنة بحراً في لندن فيما بين المدّعي عليهما الأولى والثّانية، وهذا الشرط يشمل المستأنفة / المدّعية كما أسلفنا فيتوجّب والحالة هذه قبول الطلب وردّ دعوى المدّعية لوجود مشاركة تحكيم. وحيث إنتهت محكمة الدّرجة الأولى بقرارها المستأنف إلى هذه النّتيجة فقد أصابت صحيح القانون وجاء قرارها في محلّه ومستمدّاً من البينة وإنّ أسباب الطّعن هذه لا ترد عليه ممّا يقتضي ردّها.

وعن السّبب الخامس وحاصله:

تخطئة محكمة الدّرجة الأولى برّدّ الدعوى بالكامل عن المدّعي عليه على الرّغم أنّ طلب ردّ الدعوى لوجود شرط تحكيم تقدّمت به المدّعي عليها الثّانية فقط.

وفي ذلك نجد أنّ محكمة الدّرجة الأولى قد قضت في قرارها المستأنف بقبول الطلب المقدّم من المستدعية/ المدّعي عليها الثّانية (شركة نافيج 8 بي تي إي) وردّ دعوى المدّعية عن المستدعية لوجود شرط تحكيم وهذا القرار لم يمسّ المدّعي عليها الأولى شركة باسيفيك أنترلينك كونها ليست طرفاً في الخصومة موضوع الطلب الأمر الذي يستتبع مواصلة محكمة الدّرجة الأولى النّظر في دعوى المدّعية والسير بها في مواجهة المدّعي عليها الأولى شركة باسيفيك أنترلينك ومن ثمّ إصدار قرارها المقتضى. وحيث أنّ محكمة الدّرجة الأولى لم تشر إلى هذه النّقطة في قرارها المستأنف فقد إقتضى التّوبه إليها في هذا المقام وبالنتيجة فإنّ هذا السّبب غير وارد بالمفهوم الذي تقصده المستأنفة ممّا يقتضي ردّه.

وعن اللّائحة الجوابية، فقد جاء ردّنا على جميع أسباب الإستئناف مُغنياً عن الردّ عمّا جاء بها فنحيل إليه تحاشياً للتّكرار.

لهذا، وتأسيساً على ما تقدّم وبالإستناد لما أوضحناه في ردّنا على كافّة أسباب الإستئناف نقرّر ردّ الإستئناف موضوعاً وتأييد القرار المستأنف وإعادة القضيّة إلى محكمة الدّرجة الأولى

لمواصلة السير بإجراءاتها بمواجهة المدعى عليها الأولى شركة باسيفيك أنترلينك وتضمين المستأنفة الرسوم والمصاريف التي تكبدتها المستأنف ضدها ومبلغ خمسمائة دينار أنعاب محاماة عن المرحلة الإستئنافية.

قراراً وجاهياً قابلاً للتمييز بحق المستأنفة والمستأنف ضدها الأولى وبمثابة الوجيهي بحق المستأنف ضدها الثانية صدر وأفهم بتاريخ 2015/5/3م.

رئيس الديوان	العضو	العضو	القاضي المترئس
			الرئيس
		محمد الخطيب	حامد الطراونة
	خالد الطورة		

الاجتهاد القضائي الإماراتي

تفضل بتزويدنا هذه الأحكام المحامي حسن محمد عرب¹ (الإمارات العربية المتحدة)

رقم 1- تحكيم - وثيقة التحكيم تضمنت إتفاق الطرفين
تفويض هيئة التحكيم الفصل في التمثيل القانوني -
عدم مخالفته النظام العام - يحق لها الفصل في أتعاب
المحاماة.

إنّ التّحكيم بإعتباره عقداً بين طرفيه يجوز أن يتفق فيه على أيّ شرط يرياه مناسباً بما لا يخالف النظام العامّ أو الآداب.

الثّابت بالبند (50) من وثيقة التّحكيم موضوع النزاع أنّها تضمّنت إتفاق طرفيها على تفويض هيئة التّحكيم الفصل في التّمثيل القانوني للطرفين ممّا يحقّ لها الفصل في أتعاب المحاماة نفاذاً لهذا الإتفاق والتّفويض.

(محكمة التّمييز، دبي، الطّعن التجاري رقم 205 لسنة 2019، جلسة 2019/6/23)

.....

.....

وحيث أنّ الوقائع - على ما بيّين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصّل في أنّ الطّاعنة (شركة ... أمتنصّصة للتّجارة العامّة والمقاولات) أقامت على المطعون ضدها (...)

1- محام ورئيس قسم المرافعات بمكاتب التّمييز ومشاركوه، دكتوراه في الحقوق.

أمام محكمة الاستئناف الدّعى رقم 1 لسنة 2018 بطلب الحكم ببطلان حكم التّحكيم الصّادر في الدّعى التّحكيميّة 162 لسنة 2014 مركز دبي للتّحكيم الدّولي بتاريخ 22-2-2018 وما يترتّب عليه من آثار وقالت بياناً لذلك أنّ حكم التّحكيم صدر باطلاً للأسباب الآتية: 1- بطلان حكم التّحكيم لإبتناؤه على أقوال شهود سمعتهم هيئة التّحكيم رغم خلوّ الأوراق من محضر موقع عليه من هيئة التّحكيم والشّهود يفيد إدلائهم بشهادتهم بالمخالفة لنصّ المادّة 45 من قانون الإثبات التي أوجبت إثبات إجابة الشّاهد في المحضر ثم تتلي عليه ويوقع عليها ممّا يشوب الإجراءات التّحكيمية بالبطلان لكونها قد أثّرت في الحكم التّحكيمي. 2- بطلان حكم التّحكيم لكون الشّخص الموقع على العقد سند الدّعى ليس مديراً بالشّركة لكونه يختلف عن شخص المديرين اللّذين قاما بتوكيل المحامين الحاضرين عن المدّعى عليها أمام هيئة التّحكيم والثّابت صفتيهما كمديرين بعقد الوكالة الصّادر للمحامين. 3- بطلان حكم التّحكيم لإستناؤه في قضائه إلى إتفاقية تجديد العقد وعقد التّنازل على الرّغم من طعن المدّعية عليهما بالتّزوير. 4- بطلان حكم التّحكيم لعدم تطبيقه أحكام قانون التجارة العادل الإنجليزي الصّادر عام 1977 المُتفق عليه من طرفي الدّعى بمقولة - على خلاف الواقع- أنّ وكيل المدّعية لم يطلب تطبيق أحكام هذا القانون. ومن ثمّ فقد أقامت الدّعى كما أقامت المدّعية التّظلم رقم 9/2018 التي تتحصّل وقائعه في أنّ المتظلمة (شركة ... المتخصّصة للتّجارة العامّة والمقاولات) أقامت ضدّه (...) بطلب الحكم بطلب إلغاء القرار المتظلم منه والقضاء مجدداً ببطلان حكم التّحكيم الصّادر في الدّعى التّحكيميّة رقم 12 لسنة 2014 مركز دبي للتّحكيم الدّولي وما يترتّب عليه من آثار وقالت بياناً لذلك أنّ المتظلم ضدّها بتاريخ 9/10/2018 تقدّمت بطلب على عريضة رقم (48 لسنة 2018 تحكيم) للتّصديق على حكم التّحكيم الصّادر في الدّعى 162 لسنة 2014 فأصدر القاضي المختصّ قراره بالمصادقة على حكم التّحكيم سالف البيان والأمر بتنفيذه. وعليه فإنّها تتظلم منه للأسباب الآتية: 1- إنّ القاضي مُصدر الأمر إنفتت عن طلبها بضمّ ملفّ الأمر على عريضة إلى دعوى البطلان. 2- شاب حكم التّحكيم البطلان لقضائه بمبلغ 90/232.121 دولار أميركي مقابل أتعاب المحاماة برغم عدم إتفاق الأطراف على تفويض هيئة التّحكيم بالفصل في أتعاب المحاماة. 3- إنّ الحكم التّحكيمي قد بُني على شهادة شهود سمعتهم هيئة التّحكيم برغم خلوّ الأوراق من محضر موقع عليه من هيئة التّحكيم والشّهود بالمخالفة لنصّ المادّة 45 من قانون الإثبات. 4- بطلان الحكم التّحكيمي لعدم أهلية الحاضرين عن المتظلم ضدّها لدى هيئة التّحكيم في تمثيلها. 5- إنّ هيئة التّحكيم بنت قضاءها على إتفاقية تجديد العقد وعقد التّنازل على الرّغم من طعن المدّعية عليهما بالتّزوير.

6- إن المنظّمة تمسكت بإعمال أحكام قانون التجارة العادل الإنجليزي الصّادر عام 1977 إلاّ أنّ حكم التّحكيم أفاد بأنّ وكيل المدّعية لم يطلب تطبيق أحكام هذا القانون بالرّغم من تمسّكها بذلك والمحكمة بعد أن ضمّت دعوى البطلان إلى التّظلم حكمت بتاريخ 2019/1/23 بقبول الدّعوى والتّظلم شكلاً وفي الموضوع برفض الدّعوى ببطلان حكم التّحكيم وبرفض التّظلم. طعنت المدّعية في هذا الحكم بالتميّز رقم 205 لسنة 2019 تجاري بموجب صحيفة أودعتها فلم كتّاب هذه المحكمة بتاريخ 2019/2/24 طلبت في ختامها نقض الحكم المطعون فيه ولم تقدّم المطعون ضدها مذكرة، وإذ عُرض الطّعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحدّدت جلسة لنظره.

وحيث أنّ الطّعن أقيم على خمسة أسباب تنعي الطّاعنة بالسبب الأوّل منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التّسبيب وفي بيان ذلك تقول أنّ الحكم رفض دفعها ببطلان حكم التّحكيم لعدم أهليّة وكلاء المطعون ضدها في الحضور أمام هيئة التّحكيم تأسيساً على أنّ علاقة الوكيل بالموكل علاقة خاصّة بهما.

لا يجوز للغير أن يتناولها في حين أنّها لم تقصد من دفعها في هذا الخصوص عندما تمسكت ببطلان حكم التّحكيم مجرد الإعتراض على عدم صحّة تمثيل الحاضرين عن المطعون ضدها أمام هيئة التّحكيم إنّما تقصد أنّ البطلان تمثّل في أنّ الشّخص المفوض من قبل المطعون ضدها والذي وقّع على العقد سند الدّعوى لا يملك أهليّة التصرف والتّوقيع على العقد لإختلاف شخصه عن شخص المديرين بالشركة المطعون ضدهما اللّذين وكّلا المحامين الحاضرين عن المطعون ضدها أمام هيئة التّحكيم والثّابت صفتيهما كمديرين في عقد الوكالة ممّا يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

حيث أنّ هذا النّعي مردود ذلك أنّ من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ الإتّفاق على التّحكيم لا يكون صحيحاً إلاّ ممّن له أهليّة التصرف في الحقّ المتنازع عليه، كما أنّه وفق ما تقضي به المادّة (58) من قانون الإجراءات المدنيّة لا يصحّ بغير تفويض خاصّ الإقرار بالحقّ أو التّحكيم فيه، ومن المقرّر أنّ الإتّفاق الذي يبرمه الوكيل غير المفوض به يكون باطلاً بطلاناً نسبياً للموكل دون خصمه فيكون للموكل وحده حقّ التمسك ببطلان الإتّفاق على التّحكيم، لمّا كان ذلك وكانت الشركة المطعون ضدها قد تمسكت بصحّة الإتّفاق على التّحكيم الذي تضمّنه العقد المبرم بين الطّرفين ومن ثمّ لا يحقّ للطّاعنة أن تتمسك بعدم أهليّة الإتّفاق على التّحكيم فيمن وقّعه

نيابة عن المطعون ضدها صاحبة الصفة والمصلحة في ذلك وإذ انتهى الحكم المطعون فيه الى تلك النتيجة الصحيحة فلا يؤثر في قضائه ما أورده من قرارات قانونية خاطئة إذ لمحكمة التمييز أن تصحح أسبابه من غير أن تنقضه متى كان سليماً في النتيجة التي انتهى إليها.

وحيث أن الطاعة تنعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وفي بيان ذلك نقول أن الحكم رفض دفعها ببطان حكم التحكيم لإستناده في قضائه إلى الشهود رغم من خلو أوراق التحكيم من محضر سماع أقوالهم أو توقيعهم على شهادتهم تأسيساً على أن المادة (28) من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي أجازت عدم إتباع طرق معينة لسماع الشهود في حين أن تلك المادة خاصة بالشهادة الشفهية والمكتوبة وليس خاصة بالشهود التي سمعتهم هيئة التحكيم إذ أن سماع أقوال الشهود دون تدوين أقوالهم بمحضر الجلسة والتوقيع عليها هو إجراء باطل يترتب عليه بطلان الحكم التحكيمي مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أن النص في المادة (53) من القانون رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم قد جرى على "1- لا يقبل الاعتراض على حكم التحكيم إلاّ بموجب رفع دعوى بطلان إلى المحكمة أو أثناء نظر طلب المصادقة على الحكم وعلى طالب البطلان أن يثبت أيًا من الأسباب الآتية أ- عدم وجود إتفاق تحكيم أو أن الإتفاق كان باطلاً أو سقطت مدته وفق القانون الذي أخضعه له الأطراف أو وفقاً لهذا القانون وذلك في حالة عدم وجود إشارة إلى قانون معين. ب- إن أحد الأطراف كان وقت إبرام إتفاق التحكيم فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته. ج- عدم إمتلاك الشخص أهلية التصرف في الحق المتنازع بشأنه وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته والمنصوص عليه في المادة (4) من هذا القانون. د- إذا تعذر على أحد أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو نتيجة إخلال هيئة التحكيم بأسس التقاضي أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته. هـ- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع. و- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين أحد المحكمين على وجه مخالف لأحكام هذا القانون أو لإتفاق الأطراف. ز- إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم أو صدر حكم التحكيم بعد إنتهاء المدة المقررة له. ح- إذا كان حكم التحكيم قد فصل في مسائل لم يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الإتفاق، ومع ذلك إذا كان من الممكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزاءه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلاّ على الأجزاء الأخيرة وحدها.

2- تحكيم المحكمة ببطلان حكم التحكيم من تلقاء نفسها إذا وجدت أيًا مما يأتي:

أ- أن موضوع النزاع يعدّ من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها. ب- مخالفة حكم التحكيم للنظام العامّ والآداب العامّة بالدولة "مفاده أنّ دعوى بطلان حكم المحكمّ إنّما توجّه إلى حكم المحكمّ بوصفه عملاً قانوناً وتتصبّ على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، وأنّ العيوب التي يجوز لمدعى البطلان التمسك بها وكذا العيوب التي تتعلّق بالإتفاق على التحكيم وتكون سبباً في بطلان الحكم تكون وفق الحالات الواردة في المادة المشار إليها على وجه الحصر- بحيث لا يُقاس عليها وهي تتعلّق بالإتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم، أمّا أنّ كل منازعة يثيرها أحد طرفي التحكيم طعنًا في الحكم الصادر من المحكمّ وتكون غير متعلّقة بالحالات السابقة تكون غير مقبولة. وأنّ من المقرّر وفقاً لأحكام المادة (2/7/29) من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي أنّه إذا إتفق الأطراف كتابة على إحالة نزاعاتهم الحاليّة أو المستقبلية إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز يُعتبر ذلك إتفاقاً على إخضاع التحكيم لهذه "القواعد" السارية في تاريخ بدء إجراءات التحكيم أو القواعد المعدّلة التي يتمّ إقرارها فيما بعد، وذلك ما لم يتفق الأطراف على ضرورة إتباع القواعد السارية بتاريخ إتفاقية التحكيم المبرمة بينهما على أن يخضع التحكيم لقواعد المركز التي تعدّ مكتملة لإتفاق الطرفين، وأنّه عند تعارض أيّ من هذه القواعد مع أيّ نصّ من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم، والتي لا يمكن لأطراف التوافق على ما يخالفها، فيسري ذلك النصّ. وأنّ الهيئة تتمتع بسلطة تقديرية لتحديد قواعد الإثبات الواجبة الإتباع ومدى قبول أو ارتباط أو وزن البيّنة التي يقدمها أيّ من الأطراف حول واقعة "أو رأي خبر. ولها كذلك أن تحدّد الوقت والطريقة والصيغة التي يجب أن يتمّ وفقاً لها تبادل مثل هذه البيّنة بين الأطراف وكيفية تقديمها إلى الهيئة. وفي حالة وجود شهود لأيّ من الطرفين فيتوجب أن تطلب الهيئة منهم أداء اليمين أمامها قبل تقديم البيّنة وذلك وفقاً للقواعد الأمرة في القانون الإجرائي الواجب التطبيق، ويجوز أن تقدّم شهادة الشهود كتابة سواء على شكل تصريحات موقّعة أو على شكل إفادات مشفوعة باليمين أو غيرها وذلك بناء على إختيار أيّ من الأطراف وفقاً لما تحدّده الهيئة. وفي هذه الحالة يجوز للهيئة أن تشترط لقبول الشهادة توفير إمكانية حضور الشهود للإدلاء بشهادتهم شفاهة. لمّا كان ذلك وكان الثابت من حكم التحكيم أنّ هيئة التحكيم أثبتت بمدونات حكمها أنّها استمعت لشهود الطرفين على النحو الثابت بالبند أرقام (24-2، 1، 2، 3، 4، 5) بعد تحليفهم اليمين على القرآن الكريم ثمّ أخضعت شهادتهم لتقديرها وفقاً لأحكام قواعد التحكيم بمركز دبي للتحكيم الدولي فإنّها تكون التزمّت صحيح القانون إذ لا إلزام

عليها باتباع ما ورد بقانون الإثبات وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر على ما أورده بمدوناته "... فمن ثم فإنه ليس هناك قانوناً ما يلزم هيئة التحكيم التي تعمل بمقتضى قواعد مركز دبي للتحكيم الدولي باتباع طرقاً معينة لسماع شهود أو يتم إفراغ تلك الشهادات في محضر مستقل..." فإن ما خلص إليه الحكم المطعون فيه برفض ما جاء بوجه النعي قد جاء سائغاً ومستمدّاً مما له أصل ثابت بالأوراق ومتفقاً وتطبيقاً صحيحاً للقانون وكافياً لحمل قضائه ومتضمناً الرد على كل ما أثارته الطاعة بوجه النعي فيكون النعي عليه بما سلف قائماً على غير أساس صحيح متعيناً رده.

وحيث أن الطاعة تنعي بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسيب وفي بيان ذلك نقول أن الحكم رفض دفعها ببطلان حكم التحكيم لإستناده إلى إتفاقية تجديد العقد وعقد التنازل المطعون عليهما بالتزوير من جانبها على توقيع ممثلها من خلال البريد الإلكتروني المرسل لهيئة التحكيم والتي طلبت منها هيئة تحقيقه من خلال تكليف المطعون ضدها بتقديم أصل العقدين وإحالتهم للمختبر الجنائي لإجراء المضاهاة إلا أنها لم تفعل ذلك وأن الحكم رفض دفعها بالبطلان بمقولة أن ذلك النعي إجرائي في حين أنه نعي موضوعي إذ أن الطعن بالتزوير على أي مستند هو دفع جوهري يلزم على المحكمة أن تحققه إذ أن تحقيقه يغير وجه الرأي مما يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أن هذا النعي مردود، ذلك أن النص في المادة (23) من القانون رقم 6 لسنة 2018 بشأن التحكيم 1- مع مراعاة المادة (10/2) من هذا القانون للأطراف الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها للسير في التحكيم بما في ذلك إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أية منظمة أو مؤسسة تحكيم في الدولة أو خارجها. 2- إذا لم يوجد إتفاق على إتباع إجراءات معينة، كان لهيئة التحكيم أن تحدّد الإجراءات التي تراها مناسبة وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون وبما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية في التقاضي والإتفاقيات الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها مفاده أن المحكم لا يتقيد بحسب الأصل بإجراءات المرافعات المتبعة في الدعاوى أمام المحاكم ويلزم باتباع الإجراءات الواردة في باب التحكيم وما يتفق عليه الخصوم من إجراءات معينة، وأن مفاد نص المادة (53) من ذات القانون أن دعوى بطلان حكم المحكم إنما توجه إلى حكم المحكمين بوصفه عملاً قانونياً وتنصب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، وأن العيوب التي أوردتها المادة المشار إليها على سبيل الحصر بحيث لا يقاس عليها

وهي تتعلّق إمّا بالإتّفاق على التّحكيم أو بخصوصية التّحكيم، وأنّ العيوب التي تتعلّق بخصوصية التّحكيم والتي تكون سبباً في بطلان حكم المحكّمين فقد حدّدتها الفقرات (د، هـ، و، ح) من المادة 53 سالفّة البيان، ممّا مفاده أنّ كلّ منازعة يثيرها أحد طرفي التّحكيم طعنًا في الحكم الصّادر من المحكّمين خلاف تلك الحالات تكون غير مقبولة، ومن المقرّر أنّ سلطة فهم وتحصيل الواقع في الدّعوى وتقدير أدلّتها، وتقدير جدية الإّدعاء بالتّزوير وما إذا كان الطّعن بالتّزوير منتجاً من عدمه، هو ممّا تستقلّ به محكمة الموضوع بغير معقّب عليها في ذلك من محكمة التّمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة. لمّا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في رفض ما نعى به الطّاعن من بطلان على حكم المحكّم سيره في إجراءات التّحكيم وإلغائه عن طلبه المتعلّق بتحقيق طعنه بالتّزوير باعتباره نعي على الخطأ في التّقدير والذي يدخل في السّطة الموضوعيّة لمحكمة الموضوع وليس على الخطأ في إجراءات التّحكيم على ما أورده بأسبابه من أنّه ((... وكان الثّابت أنّ حكم التّحكيم قد تعرّض في البنود 3/93 حتى 49 للطّعن بالتّزوير مقرّراً رفضه، وكان المقرّر أنّ تقدير جدية الإّدعاء بالتّزوير والإنكار أدلّتها، وكذلك تقدير إن كان الطّعن بالتّزوير منتجاً في النزاع من عدمه هو من سلطة المحكمة التي تفصل في الموضوع بما لها من سلطة فهم الواقع في الدّعوى وتقدير الأدلّة والمستندات المقدّمة فيها، فمن ثمّ فإنّه لا يجوز لهذه المحكمة أن تعيد تقييم ما إنتهت اليه هيئة التّحكيم من رفضها للطّعن بالتّزوير باعتبار أنّ ذلك نعي موضوعي على حكم التّحكيم...)) وإذ كان هذا الذي خلص اليه الحكم سائغاً بما له أصل ثابت بالأوراق ولا مخالفة فيه للقانون وكافياً لحمل قضائه، ومن ثمّ فإنّ النّعي على الحكم المطعون فيه بما سلف يكون على غير أساس.

وحيث أنّ الطّاعنة تنعي بالسّبب الرّابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التّسبيب وفي بيان ذلك تقول أنّ الحكم رفض دفعها ببطلان حكم التّحكيم لعدم تطبيق هيئة التّحكيم لقانون التجارة العادل الإنجليزي الذي إتفق عليه طرفي التّحكيم تأسيساً على عدم تمسك الطّاعنة بتطبيقه رغم تمسكها بهذا الدّفع بجلّسات التّحكيم ممّا يعيب الحكم ويستوجب نقضه.

وحيث أنّ هذا النّعي مردود ذلك أنّ الثّابت من البند رقم 52/16 من بنود حكم التّحكيم قد نصّ على "تطبيق هيئة التّحكيم مبادئ القانون الإنجليزي على النّحو المطلوب للبتّ في المنازعات قيد التّحكيم..." ومن ثمّ فإنّ حكم التّحكيم يكون قد طبّق مبادئ القانون الإنجليزي وإذ انتهى الحكم

المطعون فيه إلى أن هيئة التحكيم طبقت القانون الإنجليزي في حكمها على ما أورده بمدوناته "... فمن ثم فإنه أيًا ما كان وجه الرأي فيما تمسكت به المدعية بهذا الشأن فإنّ الثابت أنّ هيئة التحكيم قد قرّرت إعمال القانون الإنجليزي وذلك أيًا ما كانت ما انتهت إليه عند تطبيقه بإعتباره فصلاً موضوعياً في النزاع..." فإنّ ما انتهى إليه الحكم المطعون سائغاً ويوافق صحيح القانون ومن ثمّ يضحى النعي عليه بما سلف على غير أساس.

وحيث أنّ الطّاعنة تتعي بالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك تقول أنّ الحكم رفض دفعها ببطلان حكم التحكيم رغم أنّه قضى في شقّ أتعاب المحاماة البالغ قدرها 232.121.90 دولاراً أمريكياً المقضي بها لصالح المطعون ضدها رغم عدم إتفاق طرفي التحكيم على تفويض هيئة التحكيم على الفصل في أتعاب المحاماة إذ أنّ الفقرتين (8، 10) من قواعد التحكيم لدى مركز دبي حدّدت نفقات التحكيم التي يحكم بها المحكم على وجه الحصر والتي لا يدخل ضمنها مقابل الأتعاب القانونية ممّا لا يجوز لهيئة التحكيم الحكم بهذه النفقات لم يُنصّ عليها في شرط التحكيم وأنّ ما ورد بالبند (50) بوثيقة التحكيم من تقسيم تكاليف التحكيم والرّسوم بما في ذلك أتعاب المحاماة لا يُستفاد منه موافقة الطّرفين على تفويض هيئة التحكيم في الفصل في أتعاب المحاماة ممّا يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث أنّ هذا النعي مردود ذلك أنّ من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّ مفاد نصوص المواد 2، 17، 30/9 من قواعد التحكيم لدى مركز دبي للتحكيم الدولي أنّه في التحكيم الذي يتمّ عن طريق المركز تكون نفقات التحكيم التي تحكم بها المحكمة على الحصر هي المتعلقة بالرّسوم الخاصّة بالدّعوى والدّعوى المتقابلة وأتعاب ومصاريف الخبراء الذين تعيّنهم هيئة التحكيم أثناء التحكيم وبالتالي لا يدخل ضمن هذه النفقات، أتعاب القانونية LEGAL COSTS والتي يدفعها الأطراف لممثليهم القانونيين الذين يمثّلونهم في إجراءات التحكيم أو يُعدّون ويحضّرون الدّعوى وينصحون الأطراف قبل بدء إجراءات التحكيم، إلّا إذا نصّ عليها في إتفاق التحكيم بنصّ صريح وواضح بإعتبار أنّ قضاء التحكيم هو قضاء إتفاقي يستمدّ المحكم ولايته فيه من شرط التحكيم الوارد في الإتفاق المبرم بين الطّرفين بإعتبارها مسألة تابعة ومتعلّقة ومتّصلة مباشرة بما يحكم به في موضوع الدّعوى. كما أنّه من المقرّر أنّ التحكيم بإعتباره عقداً بين طرفيه يجوز أن يتّفقا فيه على أيّ شرط يرياه مناسباً بما لا يخالف النّظام العامّ أو الآداب. لمّا كان ذلك وكان الثّابت بالبند 50 من وثيقة التحكيم موضوع النزاع أنّها تضمّنت إتفاق طرفيها على تفويض هيئة التحكيم الفصل في التمثيل القانوني للطّرفين ممّا يحقّ لها الفصل في أتعاب المحاماة نفاذاً لهذا الإتفاق والتّفويض

والذي لا مخالفة فيه للنظام العام أو الآداب، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر على ما أورده بمدوناته "... إنَّ البند 50 من وثيقة التَّحكيم التي لم تُدفع بأيِّ دفع أو دفاع ولم يبدِ أي من الخصوم إعتراضه على من يُمثِّله في التَّوقيع عليها بل إنَّهما أقرَّا بالبند 49 من ذات الوثيقة من أنَّهما مخولَّين بتوقيع الوثيقة (إنَّ هيئة التَّحكيم مخوَّلة بموجبه بتقسيم مصاريف التَّحكيم والأتعاب بما في ذلك أتعاب ومصاريف هيئة التَّحكيم ومصاريف مركز دبي للتَّحكيم الدولي وأتعاب الخبير عند الطَّلب ومصاريف التَّمثيل القانوني للطرفين والمصاريف الأخرى حسبما تراه ملائماً في ضوء كافَّة الحالات المتعلِّقة بالقضيَّة)... فإنَّ ما انتهى إليه الحكم المطعون (واقع في موقعه الصحيح)، وحيث إنَّه ولمَّا تقدَّم يتعيَّن رفض الطَّعن.

لذلك

حكمت المحكمة برفض الطَّعن وبإلزام الطَّاعنة بالمصروفات ومبلغ ألفي درهم مقابل أتعاب المحاماة مع مصادرة مبلغ التَّأمين.

رئيس الدائرة

عضو

عضو

عضو

عضو

رقم 2- هيئة تحكيم - شهود - عدم تحليفهم اليمين - عدم اعتماد وعرض حكم التحكيم أي من أقوال الشهود في أسبابه وقضائه - نعي على حكم التحكيم غير منتج.

ألمقرّر في قضاء هذه المحكمة، أنه لا يقبل من أي من أوجه النعي إلا ما تعلق منها بدعامة الحكم المطعون فيه وأسبابه التي أقام عليها قضاءه، أما تلك الأسباب التي قد ترد فيه ولم يعتمد عليها في قضائه أو استطردها إليها تزييداً لتأييد نظره ويستقيم قضاء الحكم بدونها فإنّ النعي عليها يكون أيّاً كان وجه الرأى فيه، غير منتج.

(محكمة التمييز، دبي، الطعن التجاري رقم 364 لسنة 2019، جلسة 2019/5/19)

.....

.....

حيث أنّ حاصل النعي بأسباب الطعن على الحكم المطعون فيه مخالفة للقانون والخطأ في تطبيقه ومخالفة الثابت بالأوراق والقصور في التسيب والفساد في الاستدلال والإخلال بحقّ الدفاع إذ قضى بالتصديق على حكم التحكيم رقم 2018/28 رغم إنتفاء صفة المطعون ضدها (شركة زوريخ باي هولدينجز بي تي وا ليمتد) إذ الثابت بحكم التحكيم المذكور وخطاب القبول المؤرّخ 2018/4/2 سند التحكيم أنّ العلاقة محصورة بين شركة باين سايت لخدمات الإنشاء وشركة ليمتلس ذ.م.م. بلا صفة للمطعون ضدها في التحكيم المذكور، يضاف إلى ذلك خطأ الحكم حين قضى بالتصديق على حكم التحكيم رغم بطلانه لعدم قيام المحكّمين بتحليف الشهود الذين عوّل على شهادتهم بالمخالفة لنصّ المادة 211 من قانون الإجراءات المدنيّة التي أوجبت

تحليف الشهود اليمين على ما هو ثابت بالفقرة 43 من حكم التحكيم أن المحكمة (شركة باين سايت) قدمت بتاريخ 12-11-2017 إفادة الشاهد الحاضر معها ناصر إبراهيم المؤرخة 1-11-2017 إفادة الشاهد مارك كاروسو المؤرخة 6-11-2017 إلا أن هيئة المحكمة لم تقم بتحليف الشهود اليمين وفقاً للقانون بما يصح الحكم بالبطلان ويعيبه بما يوجب نقضه.

وحيث أن النعي في شقه الأول مردود، ذلك أن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن مناط الدفع بعدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة هو أن يكون في الأحوال التي ينكر الخصم صفة خصمه أو ينفي هو صفته وأن إستخلاص توافر الصفة من عدمه هو من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت في الأوراق ويكفي لحمل قضائها في هذا الخصوص وأن توافر أو عدم توافر الصفة في الدعوى كشرط بقبولها - وكذا تفسير العقود والشروط المختلف عليها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق وإلتزمت عند تفسيرها العقود والشروط عباراتها الواضحة وما قصده أصحاب الشأن فيها وظروف وملابسات تحريرها وطبيعة المعاملة المتعلقة بها. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم القواعد الواردة في المساق المتقدم وأقام قضاءه على ما أورده بأسبابه من أن (وحيث أنه عن الموضوع - كان الثابت أن طرفي الخصومة أمام المحكم هما - شركة باين سايت لخدمات الإنشاء (محكم) ليمتلس ش.ذ.م.م. (محكم ضدها) إلا أن حكم التحكيم قد بين أن التحكيم شركة باين سايت لخدمات الإنشاء أن ذلك هو الاسم التجاري لشركة (زوريخ باي هولدينجز بي تي واي ليمتد) قد حضرت المحكم ضدها أمام التحكيم سواء في الإجتماع التمهيدي أو جلسات التحكيم وقد تناضلت في الدعوى التحكيمية وقد تضمنت مذكرتها التي تضمنت رفض ما إدعته المحكمة بأنه خالف العقد أو أن لها الحق في مطالبتها بسداد الأعمال المنفذة كما طلبت التسوية الودية (البند 73 من حكم التحكيم وما بعده) كما أنها برغم عدم توقيعها على وثيقة التحكيم البين فيها أن شركة ماين سات لخدمات الإنشاء أن ذلك الاسم هو الاسم التجاري لشركة (زوريخ باي هولدينجز بي تي واي ليمتد) إلا أنها قررت وفق البند 39 من حكم التحكيم أنها لا تعترض تحديداً على أي من الاختصاصات والمهام المقترحة فمن ثم فإنه من جماع ما تقدم فإن المحكمة ترى أن شركة ماين سات لخدمات الإنشاء هو الاسم التجاري لشركة (زوريخ باي هولدينجز بي تي واي ليمتد) فمن ثم تكون المتظلمة هي طرف في العقد محل سند التحكيم لاسيما أن المتظلم ضدها قدمت صورة مستخرج من قاعدة بيانات

اللجنة الإستراتيجية للأوراق المالية والاستثمارات تفيد أنّ الإسم باين سايت لخدمات البناء هي إسم تجاري كما أنّ الثّابت أنّ المدّعية قد أرسلت خطاب قبول الإتفاقية سند حكم التّحكيم بتاريخ 2-4-2008 إلى مارك فيكتور كارسو وهو وفق المستندات الرّسمية المقدّمة من المتظلم ضدها عضو مجلس إدارة شركة زوريخ باي هولدينجز بي تي واي ليتمتد إضافة الى أنّ المتظلمة لم تقدّم ما يفيد أنّ باين سايت لخدمات البناء شخصيّة اعتباريّة مستقلّة وفق أقوالها المرسلّة التي أوردتها مذكرتها ممّا يتعيّن معه رفض هذا النّعي، وإذ كان هذا الرّأي خلص إليه الحكم على أسباب سائغة ومستمدّة من أصل ثابت في الأوراق ولا مخالفة للقانون فإنّ النّعي يكون على غير أساس.

والنّعي في شقّه الثّاني مردود، ذلك أنّ المقرّر - في قضاء هذه المحكمة - أنّه لا يقبل من أوجه النّعي إلّا ما تعلّق منها بدعامة الحكم المطعون فيه وأسبابه التي أقام عليها قضاؤه - أمّا تلك الأسباب التي قد ترد فيه ولم يعتمد عليها في قضاؤه أو استنرد إليها تزيّداً لتأييد وجهة نظره ويستقيم قضاء الحكم بدونها فإنّ النّعي عليها أيّاً كان وجه الرّأي فيه - غير منتج. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاؤه في هذا الخصوص، على ما أورده بأسبابه.

وحيث أنّه عن النّعي الثّاني أنّه شاب حكم التّحكيم البطلان لعدم قيام المحكّمين بتحليف الشّهود بالمخالفة للمادّة 211 من قانون الإجراءات المدنيّة الصّادر بالقانون 16 لسنة 2018 أنّه يجب على المحكّم تحليف الشّهود اليمين قبل سماع شهادتهم أمامهم هو نصّ ورد بصفة الإلزام ضمناً لصحّة الأقوال التي تصدر عنه خاصّة بعد أن رتب القانون على الكذب في الشّهادة إعتبار الشّاهد مرتكباً لجريمة شهادة الزور المنصوص عليها في المادّة 252 من قانون العقوبات والتي جعلت المناط في العقاب على جريمة الشّهادة الزور أن يكون الشّاهد قد حلف اليمين أمام هيئة لها صلاحية الإستماع الى الشّهود، وبالتالي فلا يحقّ للمحكّمين التّحلل من واجهم في هذا الخصوص ولو لم يعترض الخصوم أمامهم على مخالفتهم لهذا الإجراء عند سماع أقوال الشّهود ويترتّب على هذه المخالفة بطلان إجراءات التّحكيم الذي أجراه المحكّم ولا يمنع من قبول البطلان تنازل الخصم عن حقّه فيه قبل صدور حكم المحكّمين - إلّا أنّ الثّابت من مطالعة حكم التّحكيم أنّه لم يستند في أسبابه الى شهادة الشّهود فمن ثمّ - فإنّه - أيّاً ما كان وجه الرّأي في الإجراءات التي تتساند إليها المدّعية في سماع الشّهود المثبّته في البند 43 من حكم التّحكيم - فإنّ حكم التّحكيم لم يُقم قضاؤه على أي من أقوال الشّهود بل لم يعرض في أسبابه إلى تلك

الشهادة أو ما ورد فيها من أقوال وفق الثابت من بنوده المرقمة 81 وما بعدها، فمن ثم فإن ذلك النعي يكون غير مقبول وهي أسباب سائغة ولا مخالفة فيها للقانون فيكون النعي على غير أساس.

حيث أنه لما تقدم يتعين رفض الطعن.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: برفض الطعن وبإلزام الشركة الطاعنة بالمصروفات وبمبلغ ألفي درهم مقابل أتعاب المحاماة مع مصادرة التأمين.

رئيس الدائرة

عضو

عضو

رقم 3- عقد - صدر ديباجته إشتهل على ذكر إسم الشخص
الإعتباري فقط - عدم إقتران ذلك بإسم وصفة الممثل
القانوني - تذييل العقد بالتوقيع - العقد تضمن شرط
التحكيم - قرينة قاطعة على أهلية التصرف وأهلية
الإتفاق على التحكيم.

إذا ذكر في صدر ديباجة عقد معين إسم الشخص الإعتباري فقط غير مقرون بإسم وصفة
الممثل القانوني له، وذُيل العقد بتوقيع مقروء أو غير مقروء وتضمن العقد شرط التحكيم تقوم
في هذه الحالة قرينة قاطعة على نسبة هذا التوقيع للممثل القانوني لهذا الشخص الإعتباري
صاحب أهلية التصرف وأهلية الإتفاق على التحكيم ولا تقبل منه المنازعة.

(محكمة التمييز، الطعن العقاري رقم 180 لسنة 2018، جلسة 2018/7/25)

.....

.....

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن
دايال كانيالال بالاني أقام الدعوى رقم 2016/349 عقاري كلي - بعد إحالتها من المحكمة
الجزئية للإختصاص القيمي - أمام محكمة دبي الابتدائية على كل من: 1- شركة
2- بطلب الحكم بالتصديق على حكم التحكيم الصادر في الدعوى التحكيمية رقم
2012/244 مركز دبي للتحكيم الدولي وذلك تأسيساً على أنه بموجب عقد البيع المؤرخ
2008/6/30 إشتري من المدعى عليها الأولى الوحدة العقارية المبينة بالأوراق بثمن مقداره
1.375.015.20 درهماً وقد أخلت المدعى عليها بموعد التسليم ووفقاً للبند رقم 3/19 من العقد

لجأ الى التّحكيم حيث صدر الحكم التّحكيمي بإلزام المدّعى عليها بأن تدفع له مبلغ 266.252.28 درهماً والفائدة ولرغبته في تنفيذ ذلك الحكم ومن ثمّ فقد أقام الدّعى، أدخلت المدّعى عليها المدعو/ ليقدم ما لديه من مستندات تثبت تفويضه من المدّعى عليها بالإتفاق على التّحكيم ودفعت ببطلان حكم التّحكيم لأنّ المدخل ليس مديراً للشركة وليست له أهلية الإتفاق على التّحكيم، حضر المدخل وأقرّ في مذكرته بتوقيعه على العقد المتضمّن شرط التّحكيم بموافقة من إدارة الشركة، وبتاريخ 2016/10/31 حكمت المحكمة بالطلبات، إسأنتفت الشركة المدّعى عليها هذا الحكم بالإستئناف رقم 2016/658 عقاري وبتاريخ 2018/1/30 قضت محكمة الإستئناف بتأييد الحكم المستأنف طعنت الشركة المدّعى عليها في هذا الحكم بالتميز المائل بموجب صحيفة أودعت في 2018/3/29 بطلب نقضه، لم يقدم المطعون ضده أيّة مذكرات بالردّ، وإذ عرض الطّعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة ورأت أنّه جدير بالنظر فحدّدت جلسة لنظره.

وحيث أنّ الطّعن أقيم على سببين حاصل ما تتعاه الشركة الطّاعنة الأوّل على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، إذ تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنّ حكم التّحكيم المطلوب الحكم بالتّصديق عليه حكم باطل لإخلاله بمبدأ المواجهة بين الخصوم ولصدوره في غيبتها دون أن تعلن بالدّعى التّحكيمية حتى صدور الحكم فيها بالمخالفة لنصّ المادتين 3، 17 من قواعد مركز دبي للتّحكيم الدوليّ إلّا أنّ الحكم المطعون فيه أقام قضاءه برفض هذا الدّفاع بما لا يواجهه بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أنّ هذا النّعي مردود، ذلك أنّ مفاد الفقرات 3، 4، 5، 6 من المادّة الثالثة من المرسوم رقم 11 لسنة 2007 بالمصادفة على قواعد التّحكيم لدى مركز دبي للتّحكيم الدوليّ أنّ المركز بعد قيد الدّعى التّحكيمية لديه يقوم بإخطار الخصوم بذلك وعلى الآخرين تزويد المركز بعنوانهم التي يرغبون في أن تتمّ عليها المراسلات وبعد أن تتسلّم هيئة التّحكيم الملفّ تتولّى مباشرة إجراءات التّحكيم بإعلان الخصوم على تلك العناوين ويعتبر التّبليغ تاماً إذا تمّ التّسليم الى المرسل إليه بالذات أو إلى ممثله في محلّ إقامته المعتاد أو مكان عمله أو عنوانه البريدي وفي حال عدم التّوصل الى أي من هذه العناوين تسلّم إلى آخر عنوان أو مكان إقامة أو مكان عمل معروف للمطلوب تبليغه ويتمّ التّبليغ بالبريد المسجّل أو خدمة البريد الخاص أو بالفاكس أو التّلكس أو البرق أو البريد الإلكترونيّ أو الإتصالات السلكية واللاسلكية أو أي وسيلة إتصال أخرى، ومن المقرّر أنّ الأصل في الإجراءات أنّها قد إتّبعت وعلى من يدّعي خلاف هذا الأصل

يقع عليه عبء الإثبات، لما كان ذلك وكانت الطاعنة لم تدع أن المركز لم يخطرها بقيد الدعوى التحكيمية لديه أو أنها لم تخطرها بعنوانها وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء برفض الدّفع الوارد بوجه النّعي على ما أورده بمدوّنته من أنّه ((لما كان ذلك وكان الثّابت من حكم التّحكيم أنّه بموجب الخطاب المرسل بتاريخ 9 أغسطس 2012 أخطر مركز دبي للتّحكيم الدّولي المسنّأفة بالطلب المقدم من المسنّأف ضدّه الأوّل دايال بالتّحكيم ودعاها للرّد وفقاً للمادّة 5/1 من قواعد مركز دبي للتّحكيم الدّولي إلاّ أنّها أخفقت بالرّد خلال 30 يوم على الشّكل المطلوب وفقاً للمادّة 1/5 من قواعد مركز دبي للتّحكيم كما أنّ الهيئة المعنّية للتّحكيم قامت بإرسال خطاب بتاريخ 13 يناير 2013 دعت فيه الأطراف لحضور الإجتماع التّمهيدي بموجب المادّة 22 من قواعد مركز دبي للتّحكيم الدّولي وبعد ثلاث محاولات لم تنجح من دعوة المسنّأفة بالفاكس والبريد الإلكتروني وخدمة النّقل وفي نفس يوم الإجتماع تمكّنت الهيئة من التّواصل مع الشّركة المسنّأفة بواسطة ممثّلها المسنّأف ضدّه الثّاني بواسطة الهاتف وقد أكّد إستلامه مسودّة بنود المراجعة والأمر الإجرائي رقم 1 عبر خدمة النّاقّل كما أنّه زوّد هيئة التّحكيم بعنواني بريد إلكتروني للتّواصل معه وتمّ إرسال كافّة المراسلات اللاحقة بواسطة هيئة التّحكيم على كلا العنوانين المذكورين الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أنّ المسنّأفة قد تمّ إعلانها بالدّعوى التّحكيمية ويكون المحكمّ قد إتبع الإجراءات الواجب عليه إتباعها إزاء ما تقدّم فإنّ الإستئناف يكون في غير محلّه ولم يقيم على سند صحيح من الواقع أو القانون منعيّاً رفضه)) وإذ كان هذا الذي خلص إليه الحكم سائغاً ومما له أصله الثّابت في الأوراق ولا مخالفة فيه للقانون ويكفي قضائه ويتضمّن الرّد المسقط لما تثيره الطّاعنة في سبب الطّعن طالما أنّها لم تطعن بثمّة طعن قانوني على ما ورد.

حيث أنّ الطّاعنة تنعي بالسبب الثّاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الإستدلال، ذلك لأنّها تمسّكت في دفاعها أمام محكمة الموضوع ببطلان شرط التّحكيم الوارد في العقد سند الدعوى إذ أنّ المدعو..... الذي وقّع على العقد ليس مدير الشّركة وليس مفوضاً بالإتفاق على التّحكيم، إلاّ أنّ الحكم رفض هذا الدّفع لأسباب غير سائغة بما يعيبه ويستوجب نقضه.

وحيث أنّ هذا النّعي مردود، بما هو مستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنّه إذا ذكر في صدر ديباجة عقد معيّن إسم الشّخص الاعتباري فقط غير مقرون بإسم وصفة الممثل القانوني له، وذيل العقد بتوقيع مقروء أو غير مقروء وتضمّن العقد شرط التّحكيم تقوم في هذه الحالة قرينة

قاطعة على نسبة هذا التوقيع للمثل القانوني لهذا الشخص الاعتباري صاحب أهلية التصرف وأهلية الإتفاق على التحكيم ولا تقبل منه المناعة في ذلك إعمالاً للقاعدة القانونية التي تقضي بأن من سعى في نقض ما تمّ من جهته فسعيه مردود عليه، لما كان ذلك وكان الثابت من مطالعة العقد سند الدعوى أنّ ديباجته تضمّنت إسم الشركة الطّاعنة فقط غير مقترن بإسم ممثّلها القانوني وذيل بتوقيع مقروء بإسم، ومن ثمّ تقوم القرينة على أنّ من وقع هذا العقد هو صاحب الأهلية في الإتفاق على التحكيم وإذ خلص الحكم المطعون فيه الى هذه النتيجة الصّحيحة لأسباب مغايرة فإنّ هذه المحكمة تصحّح هذه الأسباب وتردّها الى أساسها السليم دون أن تنقضه ومن ثمّ فإنّ النّعي على الحكم بهذا السبب يكون على غير أساس.

وحيث أنّه ولما تقدّم يتعيّن رفض الطّعن.

لذلك

حكمت المحكمة: برفض الطّعن وبإلزام الطّاعنة بالمصروفات مع مصادرة التّأمين.

الاجتهاد القضائي البحريني

تفضل بتزويدنا هذا الحكم المحامي صلاح المدفع (البحرين)

– إتفاق التحكيم – الفرقاء يتفقون على الإجراءات التي تتبع –
عدم إتفاقهم على تعيين المحكم – عدم تعيينه من طرف
ثالث أوكلوا إليه هذا التعيين – المحكمة الكبرى تختص
بتعيينه بحكم غير قابل للطعن.

من المقرر أنّ إتفاق التّحكيم الذي يُقيد به حسبما عرّفته المادّة السّابعة من القانون رقم 9 لسنة 2015 هو الإتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التّحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونيّة محدّدة.

يتعيّن أن يكون هذا الإتفاق مكتوباً في شكل بند تحكيم يرد في عقد أو في شكل إتفاق منفصل.

متى تمّ الإتفاق بين الطرفين بهذا الشكل فإنّه يكون إتفاقاً صحيحاً يعتدّ به ويجري بعد ذلك تعيين هيئة التّحكيم وفقاً للإجراءات التي حدّدها القانون.

إذا لم يكن الطّرفان قد إتفقا على إجراءات معيّنة لتعيين المحكم تختصّ المحكمة الكبرى بتعيينه كما تختصّ المحكمة أيضاً بتعيينه إذا كان الطّرفان قد إتفقا على إجراءات معيّنة ولم يتصرف أحد الطّرفين وفقاً لما تقتضيه هذه الإجراءات أو لم يتمكّن الطّرفان من ذلك أو كانت هذه الإجراءات موكولة إلى طرف ثالث ولم يقدّم بها ويكون ذلك بناءً على طلب أي من الطّرفين بحكم نهائي غير قابل للطّعن.

(محكمة النّقض، الطّعن رقم 596 لسنة 2017، جلسة 24 ديسمبر 2018)

.....

وحيث أنّ الوقائع - على ما يبيّن من الأوراق - نتحصّل في أنّ الطّاعنة رفعت الدّعى رقم 12093 لسنة 2015 على المطعون ضدها باللّائحة المقدّمة إلى المحكمة الكبرى المدنيّة بتاريخ 2015/7/2 قائلة إنّّه بموجب عقد المقاولّة المؤرّخ 2010/5/6 إتّفقت مع المدّعى عليها المقاول الرّئيسي لمشروع مدينة ... الرّياضيّة على أنّ تقوم بعمل غطاء من الفايبر جلاس للإستناد الرّئيسي في هذه المدينة بتوريد المواد اللّازمة وتصنيعها وتثبيتها وفقاً للمواصفات والرّسومات المتفق عليها. وإذ تمّ الإنتهاء من المشروع وتبقّى لها في ذمّة المدّعى عليها مبلغ 92779,311 ديناراً بحرينيّاً لم تستجب إلى مطالبتها الوديّة بسداده كما لم تستجب إلى دعوتها بالخطاب المؤرّخ 2005/5/22 للإتّفاق على محكم للفصل في النزاع القائم بينهما وفقاً لبند التّحكيم المتفق عليه في العقد فأقامت الدّعى بطلب تعيين محكم للفصل في هذا النزاع. تمسّكت المدّعى عليها ببطلان إتّفاق التّحكيم لإستحالة تنفيذ ما تضمّنه أن يكون التّحكيم وفقاً لقواعد المصالحة والتّحكيم بغرفة تجارة وصناعة البحرين بمحكم واحد أو أكثر يتمّ تعيينهم وفقاً لهذه القواعد، في حين أنّه لا توجد بالغرفة هيئة مختصة بالتّحكيم ممّا يستحيل معه تنفيذ الإتّفاق ويؤدّي إلى بطلانه. حكمت المحكمة برفض الدّعى، فإستأنفت المدّعية الحكم بالإستئناف رقم 1922 لسنة 2016 وقدمت المدّعى عليها المستأنف ضدها كتاباً صادراً من مدير الإدارة القانونيّة والتّحكيم بغرفة تجارة وصناعة البحرين للإفادة أنّه وإن كان قانون الغرفة ينصّ على أن تتولّى الغرفة التّسوية والتّوفيق في المنازعات التجاريّة بين أعضائها فإنّه ليس لديها في الوقت الحالي مركز للتّحكيم أو محكمون مختصّون أو أي إجراءات معتمدة لتسوية المنازعات عن طريق التّحكيم. فحكمت المحكمة الكبرى الإستئنافية بتأييد الحكم المستأنف. طعنّت المستأنفة في هذا الحكم بطريق التّمييز وأودع المكتب الفنّي مذكرة برأيه.

وحيث أنّ الطّاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه القصور في التّسبيب والفساد في الإستدلال ومخالفة القانون والخطأ في تطبيقه إذ أيّد الحكم الابتدائيّ فيما قضى برفض طلبها تعيين محكم للفصل في النزاع القائم بينها وبين المطعون ضدها وفقاً لبند التّحكيم المتفق عليه في العقد المبرم بينهما بناءً على ما ذهب إليه من إستحالة تنفيذ هذا الإتّفاق لعدم وجود هيئة تحكيم لدى غرفة تجارة وصناعة البحرين التي إشتراطاً أن يتمّ التّحكيم وفق قواعد التّحكيم فيها من قبل محكم واحد أو أكثر يعيّنون وفقاً لهذه القواعد، في حين أنّ بند التّحكيم مكوّن من فقرتين: الأولى خاصّة

بالإتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم وقد تمسكت بهذا الإتفاق وهو إتفاق صحيح لا مطعن عليه ويتعين إعماله، والفقرة الثانية خاصة بإجراءات التحكيم وتعيين المحكم وهو ما لم تتمسك به وطلبت من المحكمة المختصة تعيين محكم للفصل في النزاع فإنه يتعين عليها تعيينه وفقاً لأحكام قانون التحكيم. وإذ رفض الحكم المطعون فيه إجابتها إلى طلبها فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي في محله، ذلك أنه لئن كان الإتفاق على التحكيم قد تمّ بالبند الخامس عشر من العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 2010/5/6 فإنه لم يبدأ في تنفيذه حتى 2015/8/11 تاريخ العمل بالقانون رقم 9 لسنة 2015 بإصدار قانون التحكيم الذي ألغى المواد الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات كما ألغى قانون التحكيم التجاري الدولي الصادر بالمرسوم رقم 9 لسنة 1994 ونصّ على سريان أحكام قانون التحكيم المرافق على كل تحكيم يجري في المملكة يبدأ بعد نفاذه ولو إستند إلى إتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل ذلك أيّاً كانت طبيعة العلاقة القانونيّة التي يدور حولها النزاع. وكان إتفاق التحكيم الذي يعتدّ به حسبما عرفته المادة السّابع من هذا القانون هو الإتفاق بين طرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونيّة محدّدة، ويتعين أن يكون هذا الإتفاق مكتوباً في شكل بند تحكيم يرد في عقد أو في شكل إتفاق منفصل، فمتى تمّ الإتفاق بين الطرفين بهذا الشكل فإنه يكون إتفاقاً صحيحاً يعتدّ به ويجرى بعد ذلك تشكيل هيئة التحكيم وفقاً للإجراءات التي حدّدها القانون بالفصل الثالث، فإذا لم يكن الطرفان قد إتفقا على إجراءات معيّنة لتعيين المحكم تختصّ المحكمة الكبرى بتعيينه كما تختصّ أيضاً بتعيينه إذا كان الطرفان قد إتفقا على إجراءات معيّنة ولم يتصرّف أحد الطرفين وفقاً لما تقتضيه هذه الإجراءات أو لم يتمكّن الطرفان من ذلك أو كانت هذه الإجراءات موكولة إلى طرف ثالث ولم يقدّم بها ويكون ذلك بناءً على طلب أي من الطرفين بحكم نهائي غير قابل للطعن فإذا كان ذلك، وكان الطرفان: الطاعنة والمطعون ضدها قد إتفقتا بالبند الخامس عشر من العقد المكتوب المبرم بينهما بتاريخ 2010/5/6 على تسوية أي نزاع بينهما بمقتضى قواعد المصالحة والتحكيم في غرفة تجارة البحرين من قبل محكم واحد أو أكثر يتمّ تعيينهم وفقاً لهذه القواعد، وكان الثابت بإفادة مدير التحكيم بالغرفة أنه لا يوجد لدى الغرفة في الوقت الحالي مركز للتحكيم أو محكمون مختصّون أو أي إجراءات معتمدة لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم فإنّ المحكمة الكبرى المدنيّة تكون هي المختصة بتعيين محكم للفصل في النزاع القائم بين الطرفين

وفقاً للقانون، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى غير ذلك وأيد الحكم الابتدائي فيما قضى برفض طلب الطاعة تعيين محكم للفصل في هذا النزاع فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه فيتعين نقضه مع الإحالة، وإلزام المطعون ضدها بالمصاريف.

الاجتهاد القضائي التونسي

تفضل بتزويدنا هذه الأحكام المحامي أحمد الورفلي¹ (تونس)

رقم 1- قرار تحكيمي - صدوره مطابقا لمقتضيات إتفاقية التحكيم - صحيح - عدم وصف القرار التحكيمي بداخلي أو دولي - إعتباره باطلاً فيه سوء تطبيق لقانون التحكيم.

مع تعليق للمحامي أحمد الورفلي (تونس)

إنّ مطابقة إجراءات التحكيم لمقتضيات إتفاقية تحكيم بصفة عامّة يجعل من غير الضروري مطابقتها لقواعد أحكام الباب الثالث من مجلة التحكيم المتعلق بتشكيل هيئة التحكيم.

إنّ إعتبار القرار التحكيمي باطلاً لعدم وصفه التحكيم بداخلي أو دولي فيه سوء تطبيق لمقتضيات ألفصل 58 من مجلة التحكيم الذي حدّد موجبات ألبطلان وخرق لمقتضيات الفصل 75 من ذات المجلة التي لم تورد من بين التّنصيصات الوجوبية واجبة الإحترام في قرار التحكيم وصفه بداخلي أو دولي.

(محكمة التعقيب، رقم القضية 2016/37803، تاريخ 2017/2/15)

1- المحامي لدى التعقيب- محكم دولي- تونس.

.....

.....

المحكمة

عن جملة المطاعن لتداخلها ووحدة القول فيها:

حيث أنّ محكمة القرار المطعون فيه وإن سايرت التمشّي الذي إرتأته محكمة التعقيب في ضرورة وصف القرار التّحكيمي (بأنّه تحكيم داخلي أم دولي) فإنّ حكمها يتّسم بضعف تعليل فادح مواز لإنعدامه إضافةً إلى تحريف الوقائع لمّا لم يبيّن أوجه الخلل التي أسّس عليها بطلان قرار هيئة التّحكيم (والذي وصفته عن صواب بأنّه تحكيم دولي) خاصّة وأنّ إعتبارها أنّ هذا القرار يتّسم بخلل موجب للإبطال بحكم مخالفته للفقرة الفرعيّة "د" من العدد 2 من الفصل 78 من مجلّة التّحكيم قد تمّ دون تحديد لممكن الخلل.

وحيث وأنّ النّقطة "د" من العدد 2 الفصل 78 المذكور تجعل من قرار هيئة التّحكيم صحيحاً إذا صدر مطابقاً ومقتضيات إتفاقية تحكيم بصفة عامة إذ أنّ صياغتها بإستعمال المشرّع لعبارة "أو" عند تعداده لصور الإخلالات في إجراءات التّحكيم يدلّ على الخيار والتّفاضل بينهما بحيث أنّ مطابقة إجراءات التّحكيم لمقتضيات إتفاقية تحكيم بصفة عامّة يجعل من غير الضّروري مطابقتها لقواعد أحكام الباب الثالث من مجلّة التّحكيم المتعلقة بتشكيل هيئة التّحكيم.

وحيث أنّه وفيما يتعلّق بتحريف الوقائع فقد تبينّ بتمحصّ مستندات القرار المنقّد، أنّ المحكمة مصدرته قد إعتبرت أنّ التّحكيم تسلّط على الإلتزام يستوجب تطبيق قواعد قانونيّة أمرّة تتملّ في التّصيص على الحصول على الرّخصة الإداريّة المستوجبة في بيع العقارات للأجانب ممّا يجعل الشرط التّحكيمي في شأنها باطلاً هو تسبب مناف للواقع من جهة لأنّ الإتّفاق تضمّن بصريح عباراته التّقيّد عند البيع بالحصول على الرّخصة الإداريّة المستوجبة ومن جهة أخرى لأنّ التّحكيم لم يتسلّط في موضوعه على هذه النّقطة.

وحيث أنّ إعتبار القرار التّحكيمي باطلاً لعدم وصفه بداخلي أو دولي فيه سوء تطبيق لمقتضيات الفصل 78 من مجلّة التّحكيم الذي حدّد موجبات البطلان وخرق لمقتضيات الفصل 75 من ذات المجلّة التي لم تورد من بين التّنصيصات الوجوبيّة واجبة الإحترام في قرار التّحكيم وصفه بداخلي أو دولي.

وحيث تبين من القرار المنتقد كذلك أنّ المحكمة قد إعتبرت دفع المعقّبة أمامها القائل بأنّ خصمها قد تنازل عن حقّه فيما كان له من الدّفوع التي يجوز له التّمسك بها بقوة الفصل 50 م ت لا يمكن الأخذ به في صورة بطلان حكم التّحكيم إذا كان مخالفاً للنّظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاصّ وذلك دون بيان أوجه إختلال قرار الهيئة ومخالفته للنّظام العام المُشار إليه أو حتى بيان مفهوم النّظام العام المذكور حتى يتسنى لهذه المحكمة إجراء رقابتها لسند حكمها والتّثبت من صحّته من عدمها.

وحيث أنّه وإعتباراً لكلّ ما تقدّم من أسباب، فإنّه يتّجه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

لهذه الأسباب

قرّرت المحكمة قبول مطلب التّعقيب شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس للنظر فيها مجدّداً بهيئة أخرى وإعفاء الطّاعة من الخطيّة وإرجاع معلومها المؤمّن إليها.

صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الأربعاء 15 فيفري 2017 عن الدائرة السابعة برئاسة السيّدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيّدتين عفاف الشّيخ وهالة البجار وبمحضر المدّعي العام السيّد محرز الزّواوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيّدة سنيّة عبداوي.

وحرّر في تاريخه

تعليق المحامي أحمد الورفلي (تونس)

1. أبطلت محكمة الإستئناف بتونس حكم التّحكيم محلّ النزاع على أساس أنه (أ) أخطأ في تكييف التّحكيم بأنّه دولي مع أنّه تحكيم داخلي و(ب) أنّ هيئة التّحكيم خالفت أحكام الباب الثالث من مجلة التّحكيم رغم أنّ التّحكيم أجري بالبلاد التونسية و(ج) أنّ حكم التّحكيم باطل لمخالفته النظام العام وبالتالي لا يصحّ أن يتمسك المحكوم لفائدته تحكيمياً بسقوط حقّ الاعتراض بعدم إثارة الاعتراضات في الإبان طبق الفصل 50 من مجلة التّحكيم. غير أنّ محكمة التّعقيب نقضت هذا الحكم وأحالت القضية إلى محكمة الإستئناف بتونس للنظر فيها من جديد بهيئة أخرى، فقضت محكمة الإستئناف هذه المجرّد برفض طلب الإبطال، فطعن الطّرف السّويسري في الحكم الإستئنافي بالتّعقيب للمرّة الثانية، فصدر القرار موضوع التعليق الذي إنتهى إلى النّقض للمرّة الثانية مع الإحالة إلى محكمة الإستئناف بتونس.
2. وقد قضت محكمة التّعقيب بنقض حكم محكمة الإستئناف بتونس القاضي برفض طلب الإبطال بناءً على عدم وجاهة هذه الحجج الثّلاث، وأصابت فيها جميعاً.
3. ففي ما يتعلّق بتكييف التّحكيم من كونه داخلياً أو دولياً فإنّه من الثّابت أنّ أسباب الإبطال وردت في نصّ القانون على وجه الحصر ولا مجال للتّوسع فيها، فإن أخطأت هيئة التّحكيم في وصف التّحكيم بأنّه دولي مع أنّه داخلي أو العكس فلا يترتّب عن ذلك بطلان حكم التّحكيم، سواء كان تكييفها صحيحاً أم غير صحيح.
4. وزادت محكمة التّعقيب على ذلك بقولها إنّ هيئة التّحكيم أصابت في الواقع بوصف التّحكيم بأنّه دولي، لكنّها لم تبيّن المعيار الذي يجعل التّحكيم دولياً طبق الفصل 48 من مجلة التّحكيم وجاء حكمها مقتضياً ومبتوراً في هذه المسألة.
5. وبمراجعة الحكم، يتبيّن أنّ الأمر يتعلّق بنزاع بين طرف تونسي وطرف سويسري يوجد خلاف حول مكان إقامته زمن إبرام إتفاقية التّحكيم وبأنّ حكم التّحكيم لم يتضمّن أيّ تكييف للتّحكيم، سواء بكونه داخلياً أو دولياً. وقد تمسكت الواعدة بالبيع بأنّ التّحكيم داخلي لأنّ خصمها تسلّم العقار وسكن به فأصبح مقرّه بالبلاد التونسية. وللتذكير فإنّ معيار وجود مقرّات الأطراف في بلدان مختلفة كافٍ بنفسه لمنح التّحكيم صبغة الدّولية، بخلاف معيار

الجنسية الذي لا أهمية له في التكييف إلا في صورة إستثنائية جداً وهي صورة عدم توافر معطيات حول مقرّات الأطراف، حيث وضعت محكمة الإستئناف بتونس مجرد قرينة بسيطة قابلة للدحض على أن الأجنبي مقرّه خارج البلاد التونسية والتونسي مقرّه بالبلاد التونسية، حتى يثبت خلافه². وفي قضية الحال يكفي معيار وجود مقرّات الطرفين في بلدين مختلفين في زمن إبرام الشرط التحكيمي للإقرار للتحكيم بالصيغة الدولية كما جاء في حكم محكمة التّعقيب.

6. وللإشارة فإنّ قرار محكمة التّعقيب الصادر في هذه القضية تحت عدد 13928/2014 بتاريخ 2014/10/09 ألقاضي بالنقض والإحالة لمخالفة القرار المطعون فيه لأحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم في خصوص تكييف صيغة التحكيم الداخلية من خلال مسائل إجرائية وإمتناع المحكمة من التّدخل لتكييف التحكيم وتطبيق نظامه على النزاع رغم تعلق الأمر بمسألة إجرائية تهمّ النظام العام هو ثاني قرار تعتبر فيه محكمة التّعقيب أنه إذا أخطأت هيئة التحكيم في تكييف حكمها بأنه دولي أو داخلي فإنّ الصواب هو أن يبطل حكمها، بعد قرارها الأول الصادر تحت عدد 3549 بتاريخ 19 جوان 2001،³ وهو موقف إنتقدناه ونعيد نقده لأنّ خطأ المحكمة في وصف حكمها لا يترتب عنه نقضه، بل يترتب عنه فقط تصحيح الوصف⁴. فمجلة المرافعات المدنية والتجارية تنص صراحة على أن محاكم الإستئناف تنظر في الطعن بالإستئناف ضدّ الأحكام الابتدائية ولو تمّ وصفها غلطاً بأنها نهائية، فلم تنصّ على نقض الحكم بسبب هذا الخطأ في الوصف (التكييف)، بل كلّ ما إقتضته هو أن المحكمة تصحّح التكييف حتى تمارس صلاحياتها كمحكمة درجة ثانية وتفتح باب الطعن الذي كان مفروضاً أن يكون موصداً لو كان تكييف الحكم من قبل المحكمة التي أصدرته صحيحاً.

7. والواضح أن تكييف الحكم يهمّ النظام العام لأنه تترتب عنه آثار مباشرة تتعلق بتحديد نظام الطعن وطرقه والمحكمة المختصة حكماً (نوعياً)، لكن ذلك لا يبرّر إبطال الحكم، لأنّ التكييف ليس بإجراء بل هو مجرد وصف تسبغه هيئة التحكيم على حكمها عند صياغته،

2- محكمة الإستئناف بتونس، قرار عدد 31-32 بتاريخ 12 جانفي 1999، مجلة القضاء والتشريع، ماي 1999، ص. 292. وقد إعتقد البعض بمن فيهم محكمة التّعقيب أن محكمة الإستئناف إعتبرت الجنسية من معايير دولية التحكيم خلافاً لمقتضيات الفصل 48 من مجلة التحكيم وهو إعتقاد خاطئ ويكفي مراجعة الحكم حتى يتضح خطأه.

3- حكم منشور بمجلة القضاء والتشريع، أبريل 2002، عدد خاص بالتحكيم، ص. 167.

4- Ahmed OUERFELLI : «L'arbitrage dans la jurisprudence tunisienne», éd. LGDJ-GLD, Paris – Tunis 2010, p. 61 et ss.

دون أن يؤثر ذلك على سير الإجراءات أو على مضمون حكم التحكيم. كما أن الإشارة بالفصلين 42 و78 من مجلة التحكيم إلى مخالفة النظام العام كسبب لإبطال حكم التحكيم لا تهم سوى النظام العام الموضوعي، لأن ما يتعلق بالإجراءات وردت به فقرة خاصة به وليس من المنطقي أن يكرّر المشرع نفسه. كما أن النظام العام الإجرائي الذي تؤدي مخالفته إلى البطلان يتمثل في المبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية.

8. أما في ما يتعلق بسير إجراءات التحكيم فإن الواضح هو أن مجلة التحكيم وضعت عدّة فرضيات ومنها أن تكون إتفاقية التحكيم تتضمن قواعد إجرائية، فيكون إتباعها واجباً، وفرضية أن تكون الإتفاقية قد سكتت عن ضبط إجراءات التحكيم وعن إختيار قواعد إجرائية معينة، فعندها تنطبق أحكام الباب الثالث من مجلة التحكيم على التحكيم المجرى بالبلاد التونسية. ولا شيء يمنع من التطبيق الجمعي، إذ أنه من الغريب أن تتضمن إتفاقية التحكيم ضبطاً مدقّقاً لكل المسائل الإجرائية، وإنما توجد إتفاقيات تتضمن عدداً من القواعد الإجرائية فيكون تطبيقها واجباً، لكن المسائل التي لا تغطيها إتفاقية التحكيم يتم فيها الرجوع إلى القانون التونسي. وفي النزاع الحالي، تمّ الإتفاق على التحكيم الحرّ، فلم يتفق الطرفان على الرجوع إلى قواعد مؤسّسة تحكيم، ومن ثمة يكون من واجب هيئة التحكيم إتباع القواعد الإجرائية الواردة في الشرط التحكيمي وتطبيق أحكام الباب الثالث من مجلة التحكيم في الباقي. فإن ادعى المحكوم ضده أنه تمّت مخالفة القواعد الإجرائية المنطبقة فإن محكمة الإبطال مطالبة بتحديد القاعدة التعاقدية أو القانونية التي تمّ خرقها بحسب الحالة.

9. غير أنه من الجدير التنبيه إلى أن الفصل 78 من مجلة التحكيم على الرّغم من أنه مستمدّ من القانون النموذجي لليونسترال جاء أقلّ إحكاماً من الفصل 42 من مجلة التحكيم المتعلّق بإبطال حكم التحكيم الداخلي. فالفصل 42 لا يجيز إبطال حكم التحكيم إلاّ إذا تمّت مخالفة أحد المبادئ الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية. وهو يختلف في ذلك عن الفصل 78 من ناحيتين: الأولى هي أنه يسلّط جزءاً على مخالفة المبادئ الإجرائية، لا على مخالفة قواعد الإجراءات، والثانية هي أن الإبطال يقتصر على صورة مخالفة المبادئ الأساسية للإجراءات، بحيث إنه من الواضح أن مخالفة المبادئ غير الأساسية لا يترتب عنه البطلان، في حين أن صيغة الفصل 78 تدلّ على أنه يمكن إبطال حكم التحكيم حتى إذا خالف القواعد المنطبقة على الإجراءات حتى في مسألة إجرائية جزئية ولو لم يكن في تلك المخالفة مساس

بالمبادئ الأساسية للإجراءات، والتي تشكل النظام العام الإجرائي، والتي حصرتها محكمة الإستئناف بتونس في أربعة مبادئ لا غير هي عماد المحاكمة العادلة، وهي: مبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة بين الخصوم (وأيضاً بين هيئة التحكيم والخصوم) ومبدأ إحترام حقّ الدفاع ومبدأ النزاهة والأمانة.

10. ومع أنّ الفصل 78 يضمن هكذا إحترام المحكّمين لإرادة الطّرفين وذلك بإبطال حكم التحكيم كلّما خالف أي قاعدة إجرائية متفق عليها، أو حتى أحكام الباب الثالث من مجلّة التحكيم المتعلقة بإجراءات التحكيم الدولي، فإنّ التّوسع في الإبطال فيه خطورة كبيرة، خاصّة أنّ طرق إدارة الإجراءات من قبيل المحكّمين متباينة، ويمكن لمحكمة الإبطال أن ترى في إدارة الإجراءات بطريقة مغايرة لما هو مألوف في قانون التحكيم مخالفة لقواعد الإجراءات أو لقواعد/نظام التحكيم أو لأحكام الباب الثالث من المجلّة، في حين أنّ الميزة الأساسية لإجراءات التحكيم هي المرونة والتّأقلم مع الطّروف وعدم التّقيّد المطلق بالقواعد الإجرائية العامّة والجامدة.

11. والرأي لدينا أنّ صياغة الفصل 42 من مجلّة التحكيم في خصوص إدارة الإجراءات أفضل وأكثر حماية للتحكيم ولأحكام التحكيم وأكثر تحكماً في السّلطة التي يتمتّع بها قاضي الإبطال في هذا المجال.

12. وفي خصوص مخالفة النظام العام فإنّ محكمة الإستئناف وضعت المبدأ الصّحيح وهو أنّ عدم إثارة الدّفوع في الإبان يترتّب عنه سقوط الحقّ في إثارتها لاحقاً، في ما عدا صورة مخالفة النظام العام. لكن تطبيق إستثناء الفصل 50 من مجلّة التحكيم يتطلّب أولاً التّثبت من وجود مخالفة للنظام العام. وفي هذا الصّدّد يلاحظ أنّ الأمر يتعلّق حسب الفصل 78 من مجلّة التحكيم بالنظام العام الدولي، لا بالنظام العام الداخلي. ويتطلّب التّحقّق من مخالفة النظام العام من عدم ذلك الإطّلاع على دقائق القضيّة التحكيمية وموضوع النزاع وحجج الخصمين وأدلتّهما، وذلك للتّوصل إلى وجود ما يخالف النظام العام من عدمه.

13. وفي قضيّة الحال يتعلّق النزاع بوعد ببيع عقار من المالكة التّونسية إلى معاقدها الأجنبي، حيث أبرمت معه وعدا ببيعه عقاراً موجوداً بالبلاد التّونسية. ومعلوم أنّ بيع العقار من تونسي لأجنبي يتطلّب الحصول على رخصة من والي الجهة إلّا بالنسبة لصفة محدّد من العقارات وهي عموماً العقارات الكائنة في المناطق السّياحية. والعقار موضوع القضيّة

الحالّة فيما يبدو موجود خارج المناطق السّياحية فيبيعه مرتّهن بالحصول على رخصة الوالي وقد جدّ خلاف بين الطّرفين وطالب الموعود له إتمام البيع فأجابته الواعده بأنّه ينبغي عليه الإستظهار لها برخصة الوالي.

14. ومن ميزات القضيّة أنّ الواعده سلّمت العقار إلى الموعود له بالبيع بمجرد التّوقيع على عقد الوعد بالبيع، وهو ما أدّى أيضاً إلى إثارة هذه المسألة في خصومة التّحكيم. ففي حين طلب المدّعي الحكم بإلزام الواعده بأن توفّع لفائدته على عقد بيع نهائيّ مع إعتبار الحكم التّحكيّمي قائماً مقام العقد النهائيّ في صورة عدم إمتثالها، طلبت الواعده (المدّعي عليها في التّحكيم) الحكم بفسخ الوعد بالبيع بسبب عجز الموعود له عن تقديم رخصة الوالي في الأجل المتّفق عليه، مع الحكم بإخراجه من العقار بالقوّة. وقد إنتهت هيئة التّحكيم إلى الحكم برفض الدّعوى الأصليّة وقبول طلب الحكم بالفسخ الصّادر عن المدّعي عليها مع رفض إخراج المدّعي من العقار بالقوّة من المدّعي لعدم الإختصاص على أساس أنّ الأمر يتعلّق بالتّنفيد والذي يخرج عن ولاية هيئة التّحكيم. كما قضت للمدّعي بتعويض ماليّ عن إمتناع المدّعي عليها عن تنفيذ إلتزامها، مع إلزامها بإرجاع مبلغ التّسبقة من الثّمّن التي قبضتها منه عند إبرام الوعد بالبيع. وقد تمسّك المدّعي في الأصل (الطّرف الأجنبيّ الموعود له بالبيع) بمخالفة حكم التّحكيم للنّظام العام، فأعتبرت محكمة الإستئناف بتونس أنّه تمّت مخالفة النّظام العام ومن ثمّة فإنّ أحكام الفصل 50 من مجلّة التّحكيم (المتعلّق بسقوط حقّ الإعتراض في صورة القيام به فوراً) وقضت بالتّالي بإبطال حكم التّحكيم لهذا السّبب فضلاً عن الأسباب السّابق التّعرض إليها. وبالمقابل إعتبرت محكمة التعقيب أنّ مخالفة النّظام العام لا وجود لها وبالتّالي فإنّ الفصل 50 من مجلّة التّحكيم ينطبق على قضيّة الحال.

رقم 2- حكم تحكيم أجنبي - طلب إكسائه بالصيغة التنفيذية - آثار الإبطال الجزئي في باريس على إمكانية إعطاء الصيغة التنفيذية في تونس - خرق المبادئ الأساسية للإجراءات المدنية - فراغ في إتفاقية نيويورك لا يخول المحكمين تطبيق أعراف التجارة دون عرض المسألة على الأطراف.

إن حكم التحكيم الدولي بطبيعته خارج عن النظام القانوني الوطني بما يقتضي أن اندماجه في النظام الوطني يقتضي توافر شروط تعينها السلطة القضائية المخولة لها بالإعتراف بحكم التحكيم الدولي والإذن بتنفيذه لمنحه تأشيرة الإذن بتنفيذه.

محكمة الاستئناف بباريس أبطلت الحكم التحكيمي وجزءاً منه ورفضت الإبطال في جزء آخر منه، لا يقول ذلك إلى تقييد قاضي مكان التنفيذ إذ يمكنه أن يرفض الإعتراف بحكم التحكيم فيما لم يقع إبطاله للأسباب التي يراها تنال من الإجراءات الأساسية وبالنظام العام.

من الثابت أن الإبطال سواء كان جزئياً أو كلياً فإنه يؤدي إلى محو الحكم التحكيمي فيما صدر فيه الإبطال وهو الأمر الأثر الأساسي في ذلك فالمعدوم لا يمكن تصحيحه والإعتراف به والإذن بتنفيذه ولذلك لا وجهة لطلب الطاعة شركة (ألمانية) نقض القرار المطعون فيه لأنه رفض إكساء الحكم التحكيمي الصبغة التنفيذية في كامل فروعها وإعتمده ما إنتهى إليه حكم الإبطال الجزئي فحكم الإبطال له الحجية المعتمدة أمام محكمة الإكساء وأنه زيادة عن إمكانية الإعتراف بباقي أجزاء الحكم التحكيمي من عدمه وذلك في نطاق الفقرة (5) من الفصل 81 لأن الحكم هو في الحقيقة وحدة إجرائية ولا تقبل التجزئة في خصوصها خلافاً للطلبات الموضوعية التي يمكن أن تنجزاً.

ولئن إختار الطرفان تطبيق إتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإنّ عدم تناول هذه الأخيرة مسألة تحديد الفوائد فإنّ ذلك لا يخول للمحكّمين اللّجوء من تلقاء أنفسهم إلى تطبيق الأعراف التجاريّة إذ يقتضي الفراغ عرض المسألة على الأطراف.

(محكمة التعقيب في تونس، القضية عدد 81825/2014، تاريخ 2015/5/7)

.....

المحكمة:

عن جملة المطاعن الواردة ضمن المطلب عدد 31904 وعدد 81852 لوحدة القول فيها:

أولاً- إبطال الحكم التّحكيمي وأثره على الإعتراف والإذن بتنفيذه:

حيث يعتبر الحكم النهائي الطّبيعية التي تُختم بها الخصومة فهو القرار الذي تُصدره المحكمة في الخصومة كقضاء وطني أو ما تُصدره الهيئة التّحكيمية وفقاً للقواعد المقرّرة قانوناً في نهايتها أو أثناء سيرها.

وحيث يظلّ الحكم متى صدر قائماً ويرتّب آثاره وأهمّها حجّية الأمر المقضي ما لم يتم إلغاؤه بأحد الطّرق المقرّرة قانوناً ومع هذا فمن الحاصل أن تشوب الحكم القضائي أو التّحكيمي بعض العيوب التي تمنع من إعتباره والتي يجوز التمسك بها سواء في وهو العيب الذي يفقد الحكم مقوماته وأركانه الأساسيّة التي ترمي أساساً لردّ الحقوق لأصحابها بما يجعله غير نافذ ولا مفعول له.

وحيث إقتضى الفصل 81 من مجلّة التّحكيم أنّ الأصل أن يكتسب حكم التّحكيم قوّة تنفيذيّة بمجرد صدوره طبقاً للفصل 32 من مجلّة التّحكيم وله قوّة الأمر المقضي به مهما كان البلد الذي صدر فيه وفقاً للفصول 32 و80 و81 من م ت ح ولا يجوز ردّ مطلب تنفيذه من طرف الجهة القضائيّة المختصة (رئيس المحكمة الابتدائيّة أو محكمة الإستئناف بتونس) إلاّ في إطار الإستثناءات التي حصرها المشرّع بالفصل 81 وعدد حالاتها ومنها الصّورة "5" التي تقتضي "أنّ الحكم التّحكيمي قد أبطلته..." أو أنّه خرق قواعد النّظام العام، كل ذلك لأنّ حكم التّحكيم الدّولي

بطبيعته خارج عن النظام القانوني الوطني بما يقتضي أن إدماجه في النظام الوطني يقتضي توافر شروط تعابنها السلطة القضائية المخول لها الاعتراف بحكم التحكيم الدولي والإذن بتنفيذه لمنحه تأشيرة الإذن بتنفيذه كبقية الأحكام القضائية مع مراعاة الفرق بين الاعتراف بالقرار التحكيمي وبين تنفيذه فقد يتم الاعتراف بالحكم التحكيمي ولا يتم تنفيذه فالاعتراف يعني أن الحكم التحكيمي قد صدر بين طرفيه ويلزمهما، أما التنفيذ فيعني خضوع من صدر ضده إلى تجسيم ما جاء بالقرار التحكيمي وعند إمتاعه إجباره على ذلك بموجب الإجراءات التنفيذية المقررة ببلد التنفيذ.

وحيث صرحت محكمة الاستئناف بباريس بقرارها 414 بإبطال حكم التحكيم الصادر عن الهيئة التحكيمية في 2011/9/14 جزئياً واعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أن المشرع التونسي لم يخصص صوراً مخصوصة للبطلان الكلي أو الجزئي فيكون تقديرها تبعاً لذلك من إجتهد المحكمة وإن التفرقة في الإبطال يكون بمدى قابلية الحكم التحكيمي للتجزئة، وبما أن النزاع يشمل فرعين تجعل من حكم التحكيم قابلاً للتجزئة وبما أنه لم يتبين خرق مبدأ المواجهة في الفرع من حكم التحكيم المتعلق بالآلة نوع "فاركس" فإن الإخلال بمبدأ المواجهة في فرع منه لا تأثير له على الفرع الثاني وأن لحكم الإبطال حجية أمام قاضي الإكساء في النظام القانوني التونسي وهو موقف صريح وسليم منها قانوناً لأنه خلافاً لما ورد بالمطعن المقدم من طرف الشركة الألمانية -المعقب في المطالب عدد 1882- القائل أنه يجوز إعتداد الحكم القاضي بالإبطال الجزئي لحكم التحكيم لأن له صفة الحكم ويعتمد كحجة رسمية على معنى الفصل 443 من م أ ع وأن المحكمة مقيدة بحكم الإبطال إستناداً إلى الفصل 443 المذكور وإلى إتفاقية نيويورك لسنة 1985 (يراجع الحجج الرسمية) مثلما ينصّ عليه طلب تنفيذه الذي هو تجسيم له في الواقع والذي يخضع عندما يكون صادراً عن بلاد أجنبية إلى الإختيار الوطني المنصوص عليه بالفصل 11 من ق د خ بإستثناء الأحكام موضوع الإتفاقيات القضائية التي تسمح بالتنفيذ بصفة مباشرة وبذلك فإن محكمة القرار المنتقد تكون قد أحسنت تطبيق القانون لما إعتمدت حكم الإبطال الجزئي الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس في ردّ طلب الإكساء الكلي للحكم التحكيمي الصبغة التنفيذية وذلك لثبوت خرق مبدأ المواجهة من طرف الهيئة التحكيمية كما لم تخرق الفصل 79 حول المعاملة بالمثل في ذلك لأن الفصل 79 من م ت ج لا يمكن إثارته إلا لإثبات أن محاكم بلد المنشأ أي المحاكم الفرنسية ترفض الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية

والأحكام الصادرة في مجال التحكيم الدولي الصادرة بتونس ولا يتجاوز ذلك إلى الاعتراف بأحكام إبطال التحكيم إذ إنّ مبدأ المعاملة بالمثل ينحصر مجال تطبيقه في إكساء الأحكام بالصبغة التنفيذية والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

وحيث وإن كان لمحكمة طلب الإكساء أن تعتمد حكم الإبطال الصادر في بلد الإصدار (المنشأ) فيما إنتهى إليه فهل يجوز لها أن تصرّح من جهتها برفض طلب الإكساء لخرق الحكم التحكيمي مبادئ المحاكمة العادلة كمبدأ المواجهة وحقّ الدفاع ولغة التحكيم وغيره من الصّور المنصوص عليها بالفصل 81 من مجلّة التحكيم الذي أجاز لمحكمة الإكساء رفض كلّ طلب كلّما تبيّنت لها إحدى الصّور المانعة للإعتراف بالحكم التحكيمي ومنها الصّورة "هـ" كما هو النزاع الحالي وما يطرح هو التساؤل إن كانت تملك هذا الحقّ لصدور حكم قضائي سابق يُقرّ الإبطال الجزئي فقط للحكم التحكيمي فهل أنّها تكون مقيدة بذلك الإبطال أم أنّها تحافظ على كامل صلاحياتها في رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي برمته؟ وما هو أثر الإبطال الجزئي على مطلب الإعتراف؟

وحيث يمكن أن يكون الحكم التحكيمي موضوع طلب مباشر في طلب الإبطال كما يمكن أن يقع الدّفع بعدم إحترامه للشروط القانونيّة التي نخول الإعتراف به والإذن بتنفيذه وذلك عندما يتقدّم المحكوم له بطلب إكسائه بالصيغة التنفيذية لأنّه لا مانع من ازدواجيّة الرقابة برقابة الإبطال من طرف البلد الذي صدر فيه ورقابة الإكساء من طرف البلد مكان التنفيذ.

وحيث ولئن كان صدور حكم في الإبطال ببلد المصدر يحوّل كل أثر للحكم التحكيمي وفق ما تبناه المشرّع التونسي ونصّ عليه بالفصل 81 الذي أوجب رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي وبرّد طلب الإذن بتنفيذه على أساس فكّ إرتباط حكم التحكيم عن البلد الذي صدر فيه بما يجوز معه لقاضي التنفيذ أن يتجاهل ما قد يكون قضى به القاضي الرّسمي في بلد المصدر بخصوص رفض طلب الإبطال فإن كان قاضي التنفيذ يتقيّد بالإبطال الكلّي وفقاً للفصل 81 من فقرة 5هـ فإنّه لا يتقيّد من جهة الأولى برفض طلب الإبطال إن كان كلياً أو جزئياً كما في النزاع الحالي فمحكمة الإستئناف بباريس أبطلت الحكم التحكيمي في جزء منه ورفضت الإبطال في جزء آخر منه، لا يؤول ذلك إلى تقييد قاضي مكان التنفيذ إذ يمكنه أن يرفض الاعتراف بحكم التحكيم فيما لم يقع إبطاله للأسباب التي يراها تتال من الإجراءات الأساسيّة وبالنظام العام وهي مسألة منطقيّة لإختلاف الصّلاحيات والأدوار بين قاضي مكان التحكيم وقاضي مكان التنفيذ

فالتنفيذ بهم السلطة العامة بـمكان التنفيذ وفقاً للفصل 253 من م م م ت وهو حق يؤكد الإرتباط بين تنفيذ الأحكام والنظام العام وصلاحيات قاضي الإكساء في التثبيت إن كان الحكم التحكيمي موضوع طلب الإعراف والإذن بالتنفيذ يتطابق مع مقتضيات النظام العام وهي مهمة لا يمكن أن توكل لغير القاضي الموكل إليه الإعراف بحكم التحكيم والإذن بتنفيذه.

حيث أنه من الثابت أن الإبطال سواء كان جزئياً أو كلياً فإنه يؤدي إلى محو الحكم التحكيمي فيما صدر فيه الإبطال وهو الأثر الأساسي في ذلك فالمعذور لا يمكن تصحيحه والإعراف به والإذن بتنفيذه وذلك لا وجاهة بطلب الطاعة شركة (ألمانية) نقض القرار المطعون فيه لأنه رفض إكساء الحكم التحكيمي الصبغة التنفيذية في كامل فروعه وإعتمد ما إنتهى إليه حكم الإبطال الجزئي فحكم الإبطال له الحجية المعتمدة أمام محكمة الإكساء وأنه زيادة عن إمكانية الإعراف بباقي أجزاء الحكم التحكيمي من عدمه وذلك في نطاق الفقرة 5 من الفصل 81 لأن الحكم هو في الحقيقة وحدة إجرائية ولا تقبل التجزئة في خصوصها خلافاً للطلبات الموضوعية التي يمكن أن تجزأ وتفرع كما لها أن تعين الإضطراب الذي شاب الحكم التحكيمي في التعامل مع الإجراءات إذ لم تتبين محكمة القرار المطعون فيه الطلبات المقدمة من شركة "بلوباك" الطاعة في القضية عدد 1904 فقد طعنت هذه الأخيرة في أعمال إختيار آلة "فاركس" وغيرها من المآخذ حول ممارسة حق الرد على مستندات خصيمتها شركة ويندمولر الألمانية مؤكدة على حقها في إحترام حق الدفاع الذي هو مبدأ جوهرى ضمن المبادئ الأساسية للإجراءات وأن إحترامه يقتضي أنه لكل طرف الحق في الإطلاع على أوراق القضية بلغة التحكيم المتفق عليها سواء المدلى بها من الأطراف أو تلك التي وعلى هذا الأساس لا يمكن التسامح بمحاوور هذا المبدأ وبأية علة كانت.

حيث يطرح التساؤل هل أن وجود شكاية في التحقيق يؤول إلى إيقاف النظر في طلب إكساء الحكم التحكيمي بالصبغة التنفيذية؟ وهل يجوز تعطيل النظر لوجود قضية جزائية جارية وهل ينجح بذلك في التحكيم على معنى الفصل 81 من التحكيم بدعوى أن له إتصلاً بالنظام العام أمام المحكمة المتعهدة بمطلب الإعراف بالحكم الأجنبي لأنه لا يمثل خصومة أصلية.

حيث يقتضي الفصل 240 من م م م ت أنه في صورة القيام بدعوى الزور الجنائي يُعطّل الحكم في النزلة إلا إذا رأت المحكمة أن النزلة لا يمكن الحكم فيها بقطع النظر عن الكتب المخدوش بما يعني أنه للمحكمة بنزاع معين أن تتحقق من دعوى الزور إذ يتعين على المحكمة

إذا تمّ الدفَعُ لديها وفقاً للفصل 234 من م م م ت أن تأذن بالتحقيق في الزور إن كان من طرفها وتتخذ موقفاً في صبغتها الجديّة من عدمها وتعلّل رأيها في ردّها وقبولها دون أن تتجاوزها سيّما وأنّه تمّ الإدلاء لديها بشهادة نشر في قضية جزائية منشورة أمام قاضي التحقيق بما يدعوها إلى تقييم جديّة التتبع من عدمه وقد تعلّق ذلك بجديّة الوثائق المعتمدة من طرف الهيئة التّحكيميّة وسلامتها من الناحية الموضوعيّة ومدى تطابقها مع عقد الصّفقة وهو ما يستدعي من المحكمة البحث والإستقراء أولاً وثانياً مدى الترابط إن كان بين النزاع الجزائي والنظام وموضوع الدّعوى الحاليّة لأنّ لذلك تأثير على قاعدة تنفيذ إلتزامات بكلّ أمانة وعلى أحقيّة المطالبة بالإعتراف بحكم تحكيميّ إبنى على وثائق محلّ طعن بالتزوير وإن كان من الواجب تعليق وتعطيل النّظر في طلب الإعتراف بالحكم التّحكيميّ إلى حيث البتّ في المسألة الجزائيّة المطروحة وترتيب النّتائج القانونيّة والواقعيّة عن ذلك وعليه فإنّ الإسراع في الإعتراف بالحكم التّحكيميّ دون إنتظار نتيجة النزاع يمثّل خرقاً لحقّ الدّفاع.

وقد قصّرت المحكمة في تناول هذه المسائل رغم أهمّيّتها على مبدأ إكساء الحكم التّحكيميّ بالصّبغة التّفيذيّة خاصّة وأنّ العلاقة تبدو مباشرة بين النوع الجزائي وتحديد مسؤوليّة الأطراف في حُسن تنفيذ إلتزاماتهم وهو ما يشكّل في جانبها خرقاً لحقّ الدّفاع كمبدأ إجرائي أساسي لتحقيق محاكمة تحكيميّة تسوّى بين أطرافها.

حيث أنّ المقصود بقانون التّحكيم هي القواعد القانونيّة التي تطبّق على التّحكيم منذ حصول الإتفاق عليه وإلى حين صدور الحكم وتنفيذه ومن واجب المحكّم أن يطبّق القانون الذي إختاره الأطراف إحتراماً لإرادتهم وقد يكون صريحاً بإتفاقية التّحكيم وقد لا يفصح الأطراف صراحة عن إرادتهم في تحديد القانون أو القواعد الواجبة التّطبيق للأطراف.

وحيث وبخصوص المظن حول عدم إحترام مبدأ المواجهة في خصوص القانون المنطبق بشأن الفوائض فقد فضّلت هيئة التّحكيم تطبيق الفصل 7/1 من نظام غرفة التّجارة التّولية الذي يؤوّل إلى تطبيق القانون الذي تراه الهيئة مناسباً. وأنّ الهيئة لمّا طبّقت العرف التّجاري الدّولي تكون قد طبّقت الشّرط التّحكيمي الذي منحها سلطة تطبيق القانون الأنسب عند وجود إختلاف وأنّها طبّقت القانون الأرفق عندما طبّقت نسبة الفوائض بـ 4.5 وليس 6 المضبوطة بالقانون الوطني.

حيث ولئن كانت المناقشة في القانون المنطبق تؤوّل بالضرورة إلى مراجعة الحكم التّحكيمي وهي مسألة غير منظورة لأنّ الطّعن بالإبطال في القرار التّحكيمي لا يتسلّط إلاّ على الشّروط

الشكلية وأنّ التّظلم في نسبة الفوائض هي من المسائل التي لا تكتسي طابعاً إجرائياً وإنما مسألة أصلية تتصل بالتّغريم والتّعويض ولا ينعقد إختصاص النّظر فيها بالبطلان من طرف القضاء بصفة أصلية أو من طرف المحكمة المتعدهة بالإكساء عند البت في سلامة الحكم التّحكيمي من النّاحية الإجرائية لغياب الرّقابة القضائيّة من هذه النّاحية إلاّ إذا حرّف القرار التّحكيمي القانون المنطبق بشكل واضح فإذا إختار الأطراف القانون المنطبق وخرق المحكّمون إتفاقية التّحكيم بتطبيق قانون آخر أو بتفعيل قواعد لم يقع التّطرق إليها سواء كانت منصفة أم لا فإنّها تكون قد خرقت قانون الإرادة وخرقت بالتّالي مبدأ تطبيق القانون المختار من طرف الأطراف الذي يهّم النّظام العام وقد تبين أنّ محكمة القرار المطعون فيه ورغم التمسك لديها بخرق قانون التّحكيم في إحتساب نسبة الفوائض فإنّها إعتبرت أنّ الشرط التّحكيمي منح للهيئة التّحكيمية سلطة تطبيق القانون الأنسب عند وجود إختلاف بين طرفي النزاع وأنّه طالما لا يوجد إتفاق حول قانون معيّن بخصوص الفوائض فإنّه للهيئة تطبيق الأعراف التجاريّة في حين أنّ لجوءها لتطبيق العرف التجاري الدولي يجعلها قد حادت عن تطبيق القانون المختار وبالتالي تكون قد خرقت قاعدة تهّم النّظام العام توجب تطبيق الفقرة الأخيرة من الفصل 81 من مجلة التّحكيم القاضيّة بأنّه يجوز رفض الإعتراف بحكم التّحكيم إذا رأت المحكمة أنّ الإعتراف به وتنفيذه يخالف النّظام العام.

وحيث ولئن إختار الطّرفان تطبيق إتفاقية نيويورك لسنة 1958 فإنّ عدم تناول هذه الأخيرة مسألة تحديد الفوائض فإنّ ذلك لا يخول للمحكّمين اللّجوء من تلقاء أنفسهم، إلى تطبيق الأعراف التجاريّة إذ يقتضي الفراغ عرض المسألة على الأطراف لتطبيق إمّا القانون الوطني (تونسي أو ألماني) أو القانون الفرنسي بإعتباره يمثّل لغة قاعدة إجرائية...

.....

.....

... إنّ محكمة الحكم المطعون فيه لمّا حادت عن ذلك تكون قد خرقت الفصلين 81 و82 من مجلة التّحكيم خاصّة وأنّه لا يمكن القول بقاعدة القانون الأنسب في هذه الحالة لأنّ خرق الإجراءات الأساسيّة يؤدّي إلى الإبطال الكلّي للحكم بقطع النّظر عن إمكانيّة تجزئته وقد إنتهج شراح القانون هذا المنحى (أحمد الورفلي "التّحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن ص 711) وحيث يكون الدّفع على هذا الأساس يكون الطّعن بأنّ إعتداد نسبة الفوائض من طرف هيئة التّحكيم لم يخضع إلى مبدأ المواجهة وقد خرق المنهج التّنازعي وبعدم الرّد على الدّفع

مخالفة إجراءات التحكيم لأن هيئة التحكيم إتمدت لغة غير اللغة المتفق عليها مطعناً وجيهاً يتجه قبوله.

يثير الطعن التساؤل أولاً هل أن الإقرار بالأحكام الأجنبية من المشرع التونسي حسب الفصل 81 من مجلة التحكيم يقبل إدماج الأحكام الأجنبية بصورة آلية في المنظومة القانونية التونسية؟ ودون إكسائه بالصيغة التنفيذية؟ أم أنه يعتمد حجة رسمية؟ إعتبرت محكمة القرار المطعون فيه أنه يجوز إعتداع الحكم القاضي بالإبطال الجزئي لحكم التحكيم دون حاجة إلى إكساء الصيغة التنفيذية لأنه له صفة الحكم ويعتمد كحجة رسمية على معنى الفصل 443 من م أ ع وأنه في خصوص مبدأ المعاملة بالمثل في الإقرار بالحكم القاضي بالإبطال فقد إعتبرت أن الفصل 79 من م تح ينطبق بشأن أحكام التحكيم ولا ينطبق على الأحكام الصادرة في إبطال حكم التحكيم وتعتبر الشركة الطاعنة (شركة ويند مولر) أن في ذلك خرقاً للفصلين 11 و 12 ف 2 من مجلة القانون الدولي الخاص والفصل 443 من م أ ع لأن عدم التتصيص على ذلك بالفقرة هـ من الفصل 81 من مجلة تح لا يفهم منه أن المشرع التونسي يقبل إدماج الحكم الأجنبي مباشرة في المنظومة القانونية ولا يعدّ تخلياً من المشرع عن إجراء من شأنه أن يكفل سيادة الدولة وقد خصص المشرع عنواناً ثالثاً بمجلة القانون الدولي الخاص لتنفيذ الأحكام والقرارات الأجنبية قبل إدماجها بالمنظومة القانونية التونسية.

وحيث ينصّ الفصل 81 هـ "أن حكم التحكيم قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم أو أنه وقع إبطاله وإيقاف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلد. وينصّ الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص أنه لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية... إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة ولو قبل إكتسابه صيغة التنفيذ". وهو ما يطرح التساؤل بين الإقرار بالحكم الأجنبي كوسيلة إثبات وبين الإذن بتنفيذه فهو يعتمد كحجة في الإثبات دون إخضاعه للفصل 11 من م ق د خ ويصحّ العمل به كحجة أم يجوز الإكتفاء بما صدر به ويصير حجة رسمية بين مسألة التنفيذ على معنى الفصل 253 من م م ت التي تقتضي إكساء الحكم بالصيغة التنفيذية وفقاً للفصل 11 وبين الحكم كحجة وفقاً للفصل 443 من م أ ع.

حيث أن مطاعن شركة "ويندمولر" غير وجيهة لأنها تقوم على دمج بين القوة التنفيذية والقوة الثبوتية للأحكام الأجنبية في حين أن التفرقة بينهما أقرها فقه القضاء وفقه القانون ونذكر على

سبيل المثال القرار التعقيبي عدد 7543 بتاريخ 6 جويلية 1982 الذي إعتبر أن الحكم الأجنبي الصادر بتفليس شركة أجنبية له أثر في إثبات صفة أمين الفلسة دون حاجة لطلب إكسائه بالصبغة التنفيذية وقد ساير الفقه نفس المنهج إذ أكد الأستاذ علي المزغني في مؤلفه "Commentaire du Code de Droit International Privé" ص 188 أن هناك بعض الأحكام التي لا تستدعي التنفيذ الجبري ولا تخضع بالتالي لإجراءات الإكساء بالصبغة التنفيذية ونقتصر فاعليتها على الجانب الموضوعي منها.

وحيث خلافاً لما ورد بمطاعن شركة "ويندمولر" فإن إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتمسك بها تتعلق بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية أي لا علاقة لها بالأحكام القضائية بالإبطال وأن الإستناد إلى فقه القضاء الفرنسي الذي يمكن من تنفيذ حكم تحكيمي رغم إبطاله في بلد المنشأ لا يمكن أن يطبق بالنظر لوضوح الفصل 81 (هـ) من م ت الذي يفرض على قاضي بلد التنفيذ أن يرتب الآثار على الأحكام الأجنبية القاضية بإبطال الأحكام التحكيمية إذ يجيز صراحة رفض تنفيذ حكم التحكيم بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه إذا ثبت أن "حكم التحكيم قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم أو أنه وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلد. فيما يتعين ردّ المطاعن الواردة ضمن المطالب عدد 1852 وقبول المطاعن الواردة ضمن المطالب عدد 1904 ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب عدد 1852 شكلاً ورفضه أصلاً وتخطئة الطاعة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها لقبول المطالب عدد 1904 شكلاً وأصلاً ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعة من القضية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 7 ماي 2015 عن الدائرة الرابعة مدنية برئاسة السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين شادية الصافي ونجلاء المصمودي بحضور المدعي العام السيد محمد بن حميدة ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة أمال بن نصر.

وحرر في تاريخه

الاجتهاد القضائي (الجزائري)

تفضل بتزويدنا هذا الحكم الدكتور محمد قبايلي (الجزائر)

– قرار تحكيمي دولي – أمر صادر عن رئيس المحكمة
رخص بتسليم نسخة رسمية عنه – الأمر لا يعد ولائياً –
يمكن إستئنافه أمام المجلس القضائي.

مع تعليق للدكتور محمد قبايلي (الجزائر)

طبقاً للمادة 458 مكرّر 23 من ق.أ.م. (المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/4/25) أنه يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالاعتراف أو التّنفيد للقرار التحكيمي الدولي في ثمانية أوجه محدّدة على سبيل الحصر.

المقرّر طبقاً للمادة 458 مكرّر 24 من نفس القانون المذكور أعلاه أنه إذا توفّرت حالة من هذه الحالات فإنّ الإستئناف يرفع أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع وذلك في خلال شهر من تبليغ قرار القاضي.

إنّ قضاة المجلس حين قضاوا بعدم قبول الإستئناف شكلاً على أساس أنّ الأمر المستأنف فيه ولائي يتمّ التّظلم منه أمام نفس الجهة القضائية فإنّهم خالفوا القانون لاسيّما أحكام المادتين المشار إليهما أعلاه، لذا تعيّن نقض القرار.

(المحكمة العليا، الملفّ رقم 543309، قرار بتاريخ 2010/3/18)

.....

بعد الإستماع إلى السيدة حبار حليلة المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى السيد صحراوي عبد القادر المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث طعنت بالنقض مؤسسة (ع.ص) ممثلة في شخص مديرها بتاريخ 2008/2/27 بواسطة وكيلها الأستاذ رمضان زرقين، محامٍ معتمد لدى المحكمة العليا، في القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2007/12/29 ألقاضي بعدم قبول الإستئناف شكلاً.

وحيث أودعت المدعى عليها في الطعن مذكرة جوابية بتاريخ 2009/9/17 بواسطة وكيلها الأستاذ بشير حاج حمو إلتمست من خلالها رفض الطعن، وحيث إن ملف القضية أحيل إلى النيابة العامة للإطلاع، فقدم السيد المحامي العام مذكرة ترمي إلى نقض القرار، وحيث إن الطعن بالنقض إستوفى الأوضاع والشروط المقررة قانوناً، لذا تعين قبوله شكلاً.

وحيث إن الطاعنة وتدعيماً لطعنها أودعت بواسطة محاميها عريضة تتضمن وجهين للنقض.

أوجه الأول: المأخوذ من مخالفة أو إغفال قواعد جوهرية:

مفاده أنه ورد في الأمر المستأنف فيه الصادر بتاريخ 2006/11/28، أنه تمّ تبليغ الطاعن بالقرار التحكيمي بتاريخ 2006/10/11، أي قبل مهره بالصيغة التنفيذية، مع أنه لا يمكن تبليغ القرار التحكيمي إلا بعد مهره بالصيغة التنفيذية.

أوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه:

بدعوى أن القرار المطعون فيه خالف أحكام المادة 458 مكرّر 23 من قانون الإجراءات المدنية التي تنصّ على إمكانية رفع الإستئناف ضدّ الأمر بمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، وكذا أحكام المادة 458 مكرّر 24 التي تنصّ على أن الإستئناف يُرفع أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع خلال شهر من تاريخ تبليغ قرار القاضي فضلاً عن أنه سبق للمحكمة العليا أن فصلت في هذه النقطة بموجب القرار الصادر بتاريخ 2004/12/29 رقم الملفّ 326706.

وعليه فإن المحكمة العليا،

عن الوجه الثاني بالأسبقية: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، حيث يستخلص من وقائع القضية أنه نشأ نزاع بين الطرفين عند تنفيذ عقد بيع السكر، يتعلّق بتسديد الأتعاب الإضافية للنقل البحري ومصاريف أخرى وفوائد.

وحيث أنه بتاريخ 1999/05/27 صدر قرار تحكيمي عن جمعية مصفي السكر بلندن ألزم الطاعة بدفع مبلغ 281.253,94 دولاراً أمريكياً والفوائد المترتبة عنه ومصاريف التحكيم.

وحيث إنه بتاريخ 2001/10/28 صدر أمر إستعجالي قضى بالإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي المذكور أعلاه، وبعد استئنافه من طرف الطاعة صدر قرار عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2002/06/22 قضى بتأييد الأمر المستأنف فيه، فطعن فيه بالنقض فصدر قرار عن المحكمة العليا بتاريخ 2004/12/29 قضى بنقض القرار المطعون فيه، والإحالة على أساس خرق قواعد الإختصاص الوظيفي.

وحيث إنه بعد إعادة السير في الدعوى بعد النقص صدر قرار بتاريخ 2005/12/24 قضى بعدم قبول التراجع شكلاً لفساد الإجراءات.

وحيث لجأت المطعون ضدها من جديد إلى طلب تنفيذ القرار التحكيمي المنوه عنه أعلاه وقدمت طلباً إلى رئيس محكمة باتنة نتج عنه صدور الأمر على عريضة بتاريخ 2006/11/28 الذي أذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي المؤرخ في 1999/05/27، وبعد الطعن فيه بالاستئناف من طرف المدعية في الطعن صدر القرار المطعون فيه القاضي بعدم قبول الإستئناف شكلاً.

وحيث إن ما تعييه الطاعة على القرار المطعون فيه صحيح، ذلك أن المقرر طبقاً للمادة 458 مكرّر 23 من ق.أ.م. (المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25) أنه يجوز إستئناف القرار الذي يسمح بالإعتراف أو التنفيذ للقرار التحكيمي الدولي في ثمانية أوجه محددة على سبيل الحصر، وأن المقرر طبقاً للمادة 458 مكرّر 24 من نفس القانون المذكور أعلاه أنه إذا توفرت حالة من هذه الحالات فإن الإستئناف يرفع أمام المجلس الذي يتبعه القاضي الذي فصل في النزاع، وذلك خلال شهر من تبليغ قرار القاضي.

وحيث إنّ الثّابت في الملف أنّ الطّاعنة أسّست إستئنافها هذا على بعض الحالات الواردة على سبيل الحصر في المادّة 458 مكرّر 23 المنوّه عنها أعلاه، ومن ثمّ فإنّ قضاة المجلس حين قضاوا بعدم قبول الإستئناف شكلاً على أساس أنّ الأمر المستأنف فيه أمر ولائي يتمّ التّظلم منه أمام نفس الجهة القضائيّة فإنهم خالفوا فعلاً القانون لاسيما أحكام المادتين المشار إليهما أعلاه، لذا تعيّن نقض القرار دون حاجة لمناقشة الوجه الأوّل المثار.

وحيث أنّ المصاريف القضائيّة يتحمّلها من خسر الدّعوى طبقاً للمادّة 378 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة.

فلهذه الأسباب

تقرّر المحكمة العليا:

في الشّكل: قبول الطّعن.

في الموضوع: نقض وإبطال القرار المطعون فيه الصّادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 2007/12/29 وإحالة القضيّة والأطراف على نفس المجلس شكلاً من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقاً للقانون. تحميل المطعون ضدّها المصاريف القضائيّة.

بذا صدر القرار ووقّع التّصريف به في الجلسة العلنيّة المنعقدة بتاريخ الثّامن عشر من شهر مارس سنة ألفين وعشرة من قبل المحكمة العليا - الغرفة المدنيّة - القسم الثّاني والمتركّبة من السّادة:

رامول محمد	رئيس القسم رئيساً
حبار حلّيمة	مستشارة مقرّرة
زاووي عبد الرحمان	مستشاراً
زيتوني محمد	مستشاراً
بحضور السيّد: صحراوي عبد القادر - أمحامي العام	
وبمساعدة السيّدة: بسة نصيرة - أمين الضبط.	

تعليق الدكتور محمد قبايلي (الجزائر)

يُستخلص من خلال هذا القرار التحكيمي ومن خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية: أن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يعدّ عملاً صادراً عن الجهة القضائية المختصة في الدولة المطلوب فيها التنفيذ، ويمكن القول بأنه إجراء الذي يتخذه القاضي الوطني المختصّ ويأمر بمقتضاه بمنح الصيغة التنفيذية للحكم.

والأمر بالتنفيذ يعدّ عملاً ذو طبيعة خاصة من حيث خضوعه لشكليات الأمر الولائي من جهة وإجراءات العمل القضائي عند الطعن فيه من جهة أخرى، أمّا الرأي الغالب في الفقه فيرى بأنّ الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي يعدّ من الأعمال الولائية لا يأخذ طابع الخصومة القضائية، فهو يعدّ من قبيل الأوامر على العرائض لأنّه يهدف فقط إلى إسباغ الحكم بالصيغة التنفيذية، ويصدر طبقاً للقواعد العامة في إصدار الأوامر الولائية.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري للتحكيم ومن خلال استقراء نصوصه وتحليلها يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري أخذ بنظام الأمر بالتنفيذ وهو من الأوامر الولائية المنصوص عليها في المواد 310 وما بعدها وينتهج نظرية المراقبة التي تتميز بالعديد من المزايا كسرعة التنفيذ، التي تعطي المحكمة مصداقية أكثر لأحكام التحكيم الأجنبية وتدعم فاعلية التحكيم واستقلاليتّه.

أمّا القضاء الجزائري فلا يعتبر الأمر بالتنفيذ للأحكام التحكيمية من الأعمال الولائية وهذا ما لمسناه من خلال الكثير من القرارات التي قضت بها المحكمة العليا ويمكن الطعن (التظلم).

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل بإمكان الخصوم التظلم من القرار الفاصل في طلب التنفيذ سواء كان ذلك في حالة القبول أو في حالة الرفض؟

التظلم من الأمر بتنفيذ الحكم الدولي أو برفضه:

لقد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة في المواد 1055 و1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وسوف نتناول أولاً الحالة التي يرفض فيها القاضي طلب التنفيذ ثم نعرّج على الحالة التي يقبل فيها القاضي طلب التنفيذ.

أ- التّظلم من الأمر القاضي برفض التّنفيد:

لقد جاء في صلب المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنّه "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التّنفيد قابلاً للإستئناف".

ويستشفّ من نصّ هذه المادة أنّ القانون الجزائري للتّحكيم أجاز للطرف طالب التّنفيد والذي رفض القاضي المختصّ طلبه أن يتظلم من هذا الرّفض عن طريق الإستئناف، حيث أعطى للطرف المعترض حرية واسعة ولم يقيدّه بحالات أو شروط معيّنة يجب تحقّقها لقبول الإستئناف.

أمّا المشرّع المصري فقد أجاز بدوره التّظلم من الأمر القاضي برفض التّنفيد وذلك لأنّ هذا التّظلم ليس من شأنه تعطيل إجراءات التّحكيم، بل إنّه يسعى على العكس من ذلك إلى تسريع تنفيذ الحكم، وقد نظم القانون المصري مسألة التّظلم من قرار القاضي الفاصل في طلب التّنفيد في نصّ الفقرة الثالثة من المادة 58 منه والتي جاءت كما يلي: "ولا يجوز التّظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التّحكيم أمّا الأمر الصادر برفض التّنفيد فيجوز التّظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

ب- التّظلم من الأمر القاضي بالتّنفيد:

تنصّ المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "لا يجوز إستئناف الأمر القاضي بالإعتراف أو التّنفيد إلّا في الحالات الآتية:

- إذا فصلت محكمة التّحكيم بدون إتفاقية تحكيم أو بناءً على إتفاقية باطلة أو إنقضاء مدّة الإتفاقية.
- إذا كان تشكيل محكمة التّحكيم أو تعيين المحكّم الوحيد مخالفاً للقانون.
- إذا فصلت محكمة التّحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يُراعَ مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبّب محكمة التّحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- إذا كان حكم التّحكيم مخالف للنظام العامّ الدولي.

باستقراء نصّ هذه المادة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري منع مبدئياً التّظلم بإستئناف الأمر القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي ولم يُجزه إلّا في حالات إستثنائية جاءت على سبيل الحصر، وهي تقريباً نفس الحالات التي تضمّنتها المادة 1520 ق.أ.م.ف.

مع إضافة المشرّع الجزائري لشرط تسبب الحكم، والذي قد يثير بعض الصعوبات في تنفيذ الأحكام الأجنبية التي لا تشترط في نظامها القانوني هذا المبدأ، ومن بين هذه النظم، النظام الأنجلوسكسوني وعلى رأسه القانون الإنجليزي، وحتى القانون الفرنسي لم يأخذ بهذا المبدأ مسaireً للنظام الأنجلوسكسوني، أما بقية الأسباب فقد أثرت في غالبية التشريعات الوطنية للتحكيم والمستمدة أصلاً من الإتفاقيات الدولية وعلى رأسها إتفاقية نيويورك لسنة 1958م.

والملاحظ على هذه الحالات أنها هي نفسها يمكن أن تكون موضوع طعن بالبطلان للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر.

أما المشرّع المصري وفق المادة 58 السالفة الذكر فإنه لا يجيز إطلاقاً التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي رغبةً منه في اختصار إجراءات التحكيم، وحتى يوتي التحكيم ثماره المرجوة في سرعة فضّ النزاع.

ونحن نوافق المشرّع المصري في ما ذهب إليه لأنه بإمكان الطرف المتضرر أن يطعن بالبطلان مباشرةً في الحكم التحكيمي وهو بذلك أيضاً يوقف تنفيذ الحكم، هذا من جهة ومن جهة ثانية ووفقاً للأستاذ تركي نور الدين الذي يرى أنّ هذا النوع من الاستئناف لا يكون له حظوظ كثيرة لاستعماله، بالنظر للسلطة الممنوحة للقاضي والتي تنحصر في المراقبة الشكلية للحكم من حيث وجوده وعدم تعارضه مع النظام العام الدولي.

أما فيما يخصّ الجهة التي يرفع إليها التظلم بالاستئناف في التظلم من الأمر بتنفيذ الحكم الدولي أو برفضه فهي المجلس القضائي وفق ما حدّته المادة 1057 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك خلال مدة شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر الفاصل في الطلب من قبل رئيس المحكمة.

ولم يوضح المشرّع الجزائري المجلس القضائي المختصّ الذي يُرفع أمامه الاستئناف من حيث الاختصاص الإقليمي، والأرجح أنه المجلس القضائي الذي تتبعه المحكمة التي فصلت في طلب التنفيذ، ولا من حيث الاختصاص النوعي، أي أنه لم يحدّد أيّ غرفة من غرف المجلس يُقام أمامها الاستئناف هل هي الغرفة التجارية أو العقارية أو المدنية، والأرجح كذلك أنه يتمّ تحديدها حسب طبيعة الخصومة التحكيمية.

ومن آثار رفع التّظلم بالإستئناف أمام المجلس القضائي أنه يوقف تنفيذ الأحكام التّحكيمية الدّولية وفق المادّة 1060 من ق.أ.م.إ.، ويكون ذلك فقط في حالة الأمر القاضي بالتنفيذ للحكم، أمّا في حالة الأمر القاضي برفض التنفيذ فلا محلّ للوقف هنا.

وتكون القرارات الصّادرة في الإستئناف من قضاة المجلس قابلة للطّعن بالنّقض على مستوى المحكمة العليا، لكن ما هي الأوجه التي يتمّ على أساسها النّقض، هل هي تلك التي أشارت إليها المادّة 358 من قانون الإجراءات المدنيّة والإداريّة، أم هي الأوجه التي جاءت في المادّة 1056 من نفس القانون والمتعلّقة بالأحكام الخاصّة بالتّحكيم التجاري؟

ونحن نرى أنّ الأوجه التي ينبغي الإستناد عليها في الطّعن بالنّقض هي تلك المنصوص عليها في المادّة 1056 من ق.أ.م.إ.، لأنّ الطّعن ينصبّ على الأمر الفاصل في التنفيذ وليس على الحكم في حدّ ذاته هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى حتى يُعطى لنظام التّحكيم مصداقيّة أكثر.

الاجتهاد القضائي السوداني

تفضل بتزويدنا هذه الأحكام الدكتور تاج السر محمد حامد¹ (السودان)

رقم 1- ألدفع بشطب الدعوى يكون في الجلسة الأولى يستنتج منه تنازل المدعى عليه عن حقه - في حالة هذه الدعوى حرم المدعى عليه من تقديم دفاعه عند أول فرصة لإبداء رأيه حول الدفع بشطب الدعوى تعلم المحكمة بأنه لم يتنازل عن حقه - العبرة في التنازل عن الحق بالدفع وليست في الذهاب لبحث مفهوم الجلسة الأولى.

المحكمة تستنتج تنازل المدعى عليه عن حقه إذا لم يُضمّن الدفع في عريضة رده على الدعوى ولكن في هذه الحالة حُرم المدعى عليه من تقديم دفاعه... وهذا لا يعني تنازله لأنه لم يدر أصلاً.

العبرة هنا بالتنازل عن الحق وليس للذهاب للبحث عن الجلسة الأولى فقط وإنما عن تنازل المدعى عليه عن حقه أيضاً.

(المحكمة القومية العليا، الدائرة المدنية، الدعوى رقم 2014/1525)

1- مستشار في إدارة التفتيش القضائي في ديوان سمو حاكم دبي.

.....

أحكام

أثناء سير إجراءات الدّعى المدنيّة رقم 2013/1520م. تقدّم محامى المطعون ضدها بطلب إحالة النزاع للتّحكيم لوجود شرط تحكيم ورفضت محكمة الخرطوم الجزئية التي تنظر الدّعى الطّلب.

فتقدّمت المطعون ضدها بإستئناف أمام محكمة إستئناف الخرطوم التي قضت بإلغاء قرار محكمة الموضوع وشطبّت الدّعى فكان الطّعن أمام هذه المحكمة بتاريخ 2014/5/28م بعد أن علمت الطّاعنة بالحكم بتاريخ 2014/5/15م أي أنّ الطّعن قُدّم خلال فترة القيد المحدّدة قانوناً وأرى قبوله شكلاً.

ترى الطّاعنة أنّ محكمة الإستئناف إنسأقت إلى إعادة النّظر والفصل في قرار حجب الدّفاع عن المطعون ضدها وذهبت تبحث عن الجلسة الأولى لإبداء الإعتراض على الدّعى ودفعها بالمطالبة لشطبها بموجب المادّة 9 من قانون التّحكيم لسنة 2005م وإعتبرت أنّ الطّلب قُدّم في الجلسة الأولى لأنها لم تكن محدّدة للرّد على الدّعى وترى خلاف ذلك وأنّ الجلسة هي الرّابعة وليست الأولى وأنّ ما جاء للبحث عن هذه الجلسة لا مبرر له فالدّعى وصلت مرحلة السّماع ممّا يعني إنتفاء الحاجة للبحث في إمكانيّة إعمال نصّ المادّة (9) من قانون التّحكيم لسنة 2005م .. وترى أنّه كان على المطعون ضدها تضمين طلبها بالإحالة للتّحكيم في ردها على الدّعى كدفع قانوني وما جاء حول ما ذكرته محكمة الإستئناف عن البند رقم (4) من الشّروط العامّة نصّ على إحالة أيّ نزاع بين الطّرفين حسب عريضة الدّعى يرى محامي الطّاعنة أنّه إستند لهذا البند في عريضة الدّعى وقد أشارت الفقرة رابعاً من عريضة الدّعى لهذا الإتّفاق المذكور في الفقرة (أولاً) من العريضة.

إنّ المادّة (9) من قانون التّحكيم لسنة 2005م تنصّ على أنّ الدّفع بشطب الدّعى يكون في الجلسة الأولى وإلّا يُعتبر المدّعى عليه متنازلاً عن حقّه في الدّفع بشرط التّحكيم وهذا يعني أنّ المحكمة تستنتج تنازل المدّعى عليه عن حقّه إذا لم يُضمنّ الدّفع في عريضة رده على الدّعى ولكن في هذه الحالة حُرّم المدّعى عليه من تقديم دفاعه... وهذا لا يعني تنازله لأنّه لم يردّ أصلاً. لهذا فإنّه وعند أوّل فرصة تُتاح له لإبداء رأيه حول الدّفع بشطب الدّعى ويطلب ذلك فإنّ

المحكمة تعلم أنه لم يتنازل عن حقه فالعبرة هنا بالتنازل عن الحق وليس الذهاب للبحث عن الجلسة الأولى فقط وإنما عن تنازل المدعى عليه عن حقه أيضاً، هذا وإنه وفقاً للمادة 303(2) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م فإنه وفقاً لما ذكرت فإن المحكمة تمارس سلطاتها الطبيعية في إصدار الأوامر التي تراها ضرورية لتحقيق العدالة أو منع سوء إستغلال إجراءات المحاكمة. لذا وإستعمالاً لهذه السلطة وتحقيق العدالة فإنني أرى أن المطعون ضدها لم تتج لها الفرصة في تقديم دفعها وأنها قدّمت الدّفع في أول فرصة أُتيحت لها وأرى وفقاً للمادة المذكورة أن نُصدر أمرنا بشطب الطعن إيجازياً برسومه ونؤيد الحكم المطعون فيه للأسباب الواردة في هذه المذكرة.

ميرغنى حامد إسماعيل

قاضي المحكمة القومية العليا

2014/7/13م

///

//

د. ستنا عبد الجليل محمد

قاضي المحكمة العليا

2014/7/22م

بكر محمد بكر عبد اللطيف

قاضي المحكمة العليا

2014/7/19م

الأمر النهائي:

- يشطب الطعن إيجازياً برسومه.

د. ستنا عبد الجليل محمد

قاضي المحكمة العليا

ورئيس الدائرة

2014/7/22م

رقم 2- قرار تنفيذ - طعن بإلغاء التنفيذ لوجود إتفاق لفصل النزاع عن طريق التحكيم وليس القضاء - طلب كان يجب الدفع به أمام المحكمة المختصة - تنازل عن الحق بالدفع بشرط التحكيم.

مقدم الطعن هو المدين ويطالب في ذيل الطعن بإلغاء التنفيذ أعلاه لأن هناك إتفاقاً بينه والمطعون ضده الدائن في حالة نشوء نزاع بينهما يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم وليس القضاء.

إذا كان هناك إتفاق على إحالة النزاع للتحكيم وعدم إبداء هذا الدفع أمام المحكمة المختصة يُعتبر تنازلاً عن الحق بالدفع بشرط التحكيم.

(المحكمة القومية العليا، الطعن المدني رقم 1768/2013)

.....

موضوعاً هذا الطعن يتعين شطبه إيجابياً، ذلك لأن مقدم الطعن هو المدين ويطالب في ذيل الطعن بإلغاء التنفيذ أعلاه لأن هناك إتفاقاً بينه والمطعون ضده الدائن في حالة نشوء نزاع بينهما يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم وليس القضاء. وبالطبع مثل هذا الطلب كان يتعين أن يدفع به الطاعن أمام المحكمة المختصة إذا كان هناك إتفاق على إحالة النزاع للتحكيم وعدم إبداء هذا الدفع أمام المحكمة المختصة يُعتبر تنازلاً عن الحق بالدفع بشرط التحكيم على نحو ما تنص عليه المادة (9) من قانون التحكيم لسنة 2005م. وعلى ذلك على إفتراض صحة أن هناك إتفاق بين الدائن والمدين على إحالة أي نزاع ينشأ بينهما حول الشراكة وعدم الدفع بالإتفاق أمام المحكمة المختصة يكون ذلك بمثابة تنازل عن الحق بالدفع بشرط التحكيم.

وعلى نحو آخر أسباب الطّعن لا تخرج عن كونها نعيّاً على الحكم محلّ التّفنيز ولم تتضمّن عريضة الطّعن أوجه إعتراض الطّاعن على أي إجراء قامت به محكمة التّفنيز في مواجهته. وممّا ينبغي التّنويه إليه أنّ الأمر الصّادر من محكمة التّفنيز بالحجز على العقار المسجّل على إسم الطّاعن المدين فإنّه صدر بموجب سلطات محكمة التّفنيز المنصوص عليها في المادّة (255) من قانون الإجراءات المدنيّة لسنة 1983م. لم يطعن طالب الإستشكال في قضاء محكمة التّفنيز في الشّق المتعلّق برفض فكّ الحجز. مؤدّي ما تقدّم أنّ الحكم المطعون فيه لا ينطوي على مخالفة القانون ممّا يتعيّن تأييده وشطب الطّعن بالرّسوم.

عابدين صلاح حسن
قاضي المحكمة العليا
2013/7/11م

آمنة عبد المجيد محمد الطيّب
قاضي المحكمة العليا
2013/7/16م

محمد زمرأوي ناصر
قاضي المحكمة العليا
2013/7/11م

الأمر النهائي:

- تأييد الحكم المطعون فيه.
- شطب الطّعن ايجازياً.

عابدين صلاح حسن
قاضي المحكمة العليا
رئيس الدائرة
2013/7/18م

رقم 3- عقد - تضمن تنازل الفريقين عن اللجوء الى القضاء -
 قررا بموجبه اللجوء الى وسيلة أخرى تفصل في أي نزاع
 وحددا عدد أعضائها بثلاثة. وسيلة لا يمكن
 توصيفها إلا على وصف مدلول التحكيم - المشرع لم
 يشترط لتحريره إلا الكتابة.

الشَّرط الوارد بالعقد راعى طرفاه التنازل عن حَقَّهما الطَّبِيعي في اللّجوء للقضاء الطَّبِيعي
 ولحكمة إرتضاهاها قررا الإحتكام إلى وسيلة خاصة تفصل في أيّ نزاع ينشأ مستقبلاً لا يمكن
 تكيف وضعها إلا على وصف مدلول التحكيم.
 الصيغ المتفق عليه فيما بينهما ينطبق على التحكيم الذي هو من العقود الرضائية التي
 تتم بالإيجاب والقبول ولم يشترط المشرع لتحريره شكلاً معيناً.
 إن القانون إشتراط له شرطاً شكلياً واحداً هو أن يكون مكتوباً.

(المحكمة القومية العليا، الطعن المدني رقم 2013/661)

.....

أقامت الشركة المطعون ضدها الدعوى المدنية بالرقم /2012/564م لدى محكمة الخرطوم
 الجزئية في مواجهة الشركة الطاعنة تأسيساً على أنه قدّم الإتفاق بين الطرفين وبموجبه إستأجرت
 المدعية من المدعى عليها درداقة خشنة للعمل بها بطريق (البرام - انقولو - الأبيض) ولاية
 جنوب كردفان لمدة أربعة أشهر (مارس - يوليو لسنة 2011م) بمقابل قدره واحد وعشرون ألف
 جنيه يدفع شهرياً. سلّمت المدعية المدعى عليها شيكاً بالنمرة (135) مسحوباً على بنك أمدرمان
 الوطني بدون كتابة المبلغ وبدون تاريخ وذلك ضماناً لأجرة الدرداقة.

إستعملت الدرداقة مدّة إثنين وخمسين ساعة كان مقابل ذلك العمل مبلغاً وقدره خمسة وثلاثون ألفاً وسبعمائة جنيه إستلمت منه المدّعى عليها مبلغاً قدره عشرون ألفاً وأربعمائة جنيهه وتبقّى لها لدى المدّعية مبلغاً وقدره خمسة عشر ألفاً وثلاثمائة جنيه.

لم تكمل المدّعية نفاذ العقد بحسب الإتفاق وذلك بسبب نشوب الحرب بولاية جنوب كردفان ولإستيلاء جيش الحركة الشعبية على جميع أليات المدّعية بما فيها درداقة المدعى عليها.

خلصت الشركة المدّعية من عرض دعواها إلى المطالبة بفسخ العقد وإسترداد شيك الضمان بالرقم (135).

بعد إكتمال المذكرات بين الطرفين أصدرت محكمة الموضوع حكمها الذي قضى بشطب الدعوى برسومها نتيجة للقرار في الدّفع القانوني الذي صدرت به الشركة المدّعى عليها مذكّرة ردّها على الدّعى ذلك الدّفع القائم على شرط التحكيم وفقاً لنصّ المادّة 9 من قانون التحكيم لسنة 2005م.

إستأنفت الطّاعنة الحكم المذكور أعلاه ولأنّه صادر من قاضي جزئي درجة ثانية لدى المحكمة العامّة بصفتها الإستئنافية فكان حكمها بالنّمرة/ا س م/167/2012م الذي قضى بتأييد الحكم المستأنف منه بشطب الإستئناف إيجازياً برسومه لم تنفع الطّاعنة بإستأنفت الحكم لدى محكمة الإستئناف فكان حكم الأخيرة الذي أبناه بصدور هذه المذكّرة وهو موضوع هذا الطّعن.

بنى الأستاذ مشعل الزين محامي الشركة الطّاعنة أسباب الطّعن على خطأ محكمة الإستئناف وإفتقار قرارها للتّسبب المنطقي والمعقول ولأخذها بظاهر النّصوص وعدم التّمعن فيها.

هذا ولأنّ مذكّرة الطّعن صيغت بطريقة غير مرتّبة تداخلت فيها العبارات المنقولة حيث يختلط الأمر في تحديد هل هي منسوبة لمحكمة الموضوع أم لمحكمة الإستئناف ولكنّ الذي فهمناه أنّ مأخذ كاتب الطّعن كان على محكمة الإستئناف في فهمها لصيغة شرط التحكيم الواردة بالعقد المنشئ للرّابطة بين الطرفين لأنّ محكمة الإستئناف قرّرت أنّ قانون التحكيم لا ينطبق على الوقائع وحجتها أنّ بالإتفاق على الشّروط تحدّدت ماهية اللّجنة الثلاثية هل هي هيئة تحكيم أم هيئة حلّ وديّ وأنّ الصّيغة لم يرد فيها نصّ صريح بإحالة النزاع إلى التحكيم.

ردّت الأستاذة نهال هاشم محامي المطعون ضدها على مذكّرة الطّعن مؤمناً على صحّة ما توصلت إليه محكمة الإستئناف ومطالباً بشطب الطّعن.

بالرجوع للإتفاق المبرم بين طرفي هذا الطعن وعلى صفحته الأخيرة (الثانية) جاء بالفقرة قبل الأخيرة من بنود الإتفاق ما يلي: (إذا نشب خلاف لا قدر الله يحلّ ودياً أو تكون لجنة ثلاثية ممثّل فيها الطرفين وطرف ثالث على أن يكون قرار اللجنة ملزماً للطرفين).

نحن بدورنا نتساءل مع الأستاذ مقدّم الطعن ما هي طبيعة الإتفاق المذكورة أعلاه إن لم يكن مقصوداً منها التحكيم.

عرّف المشرّع التحكيم بما يلي ((يقصد به إتفاق الأطراف في المنازعات ذات الطبيعة المدنية على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معيّن أو على إحالة أيّ نزاع قائم بينهم ليحلّ عن طريق هيئات أو أفراد يتمّ اختيارهم بإرادتهم وإتفاقهم)).

بالرجوع لما إتفق عليه الطرفان نجد أنّ ما جاء به هو ذاته المعنيّ بالنصّ المعروف به مصطلح التحكيم وإن لم يذكر لفظ التحكيم.

فبالشرط الوارد بالعقد والذي سبقت الإشارة إليه رأى طرفاه - (طرفا هذا الطعن) - التنازل عن حقهما الطبيعي في اللجوء للقضاء الطبيعي ولحكمة إرضياها قرراً بالإحتكام إلى وسيلة خاصة تفصل في أيّ نزاع ينشأ مستقبلاً عند تنفيذ العقد حدداً عدد أعضائها بثلاثة أعضاء يمثّل كلّ طرف بعضو وعضو ثالث محايد لم ينسبوا لأحدهما فتلك الوسيلة التي إتفقا على اللجوء إليها في حالة نشوء أيّ نزاع مستقبلاً لا يمكن تكيف وضعها إلاّ على وصف مدلول التحكيم لأنّ الصياغ المتفق عليه فيما بينهما ينطبق على وصف التحكيم الذي هو من العقود الرضائية التي تتمّ بالإيجاب والقبول ولم يشترط المشرّع لتحريره شكلاً معيّنًا فترك لطرفيه أن يحرّراه بأيّ شكل أراداه شأنه شأن سائر العقود الرضائية الأخرى دون التقيّد بأيّة ألفاظ معيّنة غير أنّ القانون يشترط له شرطاً شكلياً واحداً هو أن يكون مكتوباً - المادة 8 من قانون التحكيم لسنة 2005م - وإلاّ كان الإتفاق باطلاً والإتفاق بين طرفي هذا الطعن جاء مكتوباً تضمّن العقد المنشئ للعلاقة القانونية فيما بينهما ولكنّه لم يشترط أن تُكتب عبارة اللجوء للتحكيم صراحة كما أرادت أن تبرر محكمة الإستئناف لحكمها مع أنّنا نرى أنّ عدم ذكر كلمة التحكيم تحديداً لا تنفي اللجوء للتحكم لأنّ الصياغ الوارد بالنصّ يعني ذلك بحسب المقصود من تعريف مصطلح التحكيم الذي ذكر آنفاً.

أرى أنّ الشرط الوارد بالعقد ينطبق عليه حكم شرط التحكيم لأنّه جاء مكتوباً ومتفقاً فيه على عدد المحكمين بثلاثة أعضاء وبعضو واحد يمثّل كلّ طرف وعضو ثالث يمكن أن تختاره

المحكمة وفقاً لحكم المادة 14 من قانون التحكيم لسنة 2005م في حالة فشل المحكمين في إختياره.

عليه أرى وقد صحَّ الشرط بالإحالة إلى التحكيم وقد دفع بوجوده الطاعن في الجلسة الأولى للإجراءات لدى محكمة الموضوع أن نقبل الطعن وبالتالي نقرّر نقض الحكم المطعون فيه والإبقاء على حكم محكمة الموضوع المؤيد بقضاء المحكمة العامة.

تاج السرّ سيّد أحمد حسن

قاضي المحكمة العليا

2013/6/17م

الطيبّ الفكي موسى

قاضي المحكمة العليا

2013/6/24م

نجم الدين حامد بشير

قاضي المحكمة العليا

2013/6/23م

الأمر النهائي:

أمر:

- يُقبل الطعن ويُنقض الحكم المطعون فيه.
- يبقى العمل وفقاً لقضاء محكمة الموضوع المؤيد من المحكمة العامة.

تاج السرّ سيّد أحمد حسن

قاضي المحكمة العليا

ورئيس الدائرة

2013/6/25م

الاجتهاد القضائي السوري

تفضل بتزويدنا هذه الأحكام المحامي أحمد حداد (سوريا)

رقم 1- عقد تعهد أعمال مدنيّة - شرط حل الخلاف وديا وفي حالة الفشل يحل عن طريق التحكيم - خلاف - عقد مخالصة تغطي الأشغال المنقذة مباشرة ومن الشركة الممولة يدل على فشل الحل الودي - مقدمة عقد المخالصة تنص على أنه إطار شامل للعقود الجزئية - تطبيق شرط التحكيم على عقد المخالصة - دفع بأن المخالصة جاءت دون شرط تحكيم - رد الدفع - طلب تدخل الشركة الممولة في دعوى التحكيم - موضوع الدعوى هو عقد المخالصة - عقد التعهد الشامل ينسحب على العقود الجزئية - شرعية التدخل - قبوله.

مع تعليق للمحامي أحمد حداد (سوريا)

إنّ عقد المخالصة الموقع فيما بين الجهة طالبة التحكيم والجهة المطلوب التحكيم بمواجهتها والمبرز في الملف والمطابق مع الأصل، قد نصّت على أنّ جميع الخلافات التي قد تنشأ ما بين الفريقين حول هذا العقد أو في معرض تنفيذه، أو تفسيره تحل بالطرق الودية فإذا لم ينجح الحلّ الودي فيتم حلّ هذه الخلافات عن طريق التحكيم وفق الإجراءات المحددة في العقد.

إنّ عقد المخالصة الموقّع بين طرفي التّحكيم هو إحدى محاولات الحلّ الوُدّي التي جاءت على ذكرها المادة (18) من عقد التّعهد الموقّع فيما بينهما والمتضمّنة مشاركة التّحكيم، والتي نصّت على أنه في حال فشل الحلّ الوُدّي فإنّه يتمّ اللّجوء إلى التّحكيم.

إنّ مقدّمة عقد المخالصة نصّت على أنّ عقد التّعهد الشّامل يعتبر إطاراً جامعاً لكلّ العقود الجزئية الخاصة بالعمل بالمشروع والتي يقوم بها الفريق الأوّل والفريق الثّاني لصالح الفريق الأوّل وأنّ جميع بنود العقد الشّامل تسري على العقود الجزئية.

إنّ موضوع التّحكيم هو عقد المخالصة التي لجأ إليها طرفا التّحكيم لإنهاء الخلاف فيما بينهما ولم ينجح في ذلك فكان هذا التّحكيم، وأنّ المتدخّل هو طرف في هذه المخالصة التي رتبت له حقوقاً والتزامات بمواجهة المتحاكم معه، فقام بالتدخّل في هذا التّحكيم راضخاً له. الأمر الذي يعطي الشّرعية القانونية لتدخّله في هذا التّحكيم، ذلك أنّه طالما سلّمنا أنّ الشّروط التّحكيمة الوارد في عقد التّعهد الشّامل قد انسحب إلى عقد المخالصة، فإنّ المتدخّل أصبح والحالة هذه طرفاً في هذا الشّروط الأمر الذي يستوجب معه قبول طلب التدخّل شكلاً وردّ دفع الجهة المتحاكم معها لهذه النّاحية.

(هيئة تحكيم ثلاثية، قرار صادر بتاريخ 2016/6/9)¹

....

....

ثالثاً- في الخلاف وتسمية المحكّمين وإجراءات التّحكيم:

بتاريخ 2015/2/15 تقدّم وكيل الجهة طالبة التّحكيم بدعواه أمام محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى بريف دمشق والمتضمّنة أنّه ونتيجة للخلافات النّاجمة فيما بين طرفي العقد حول المستحقّات والمطالبات المادية ولعدم توصل الطّرفين لحلّ ودّي فإنّه لجأ إلى التّحكيم مسمياً محكّمه المحامي محمّد قصّار وملتمساً تسمية محكّم عن الجهة المدّعى عليها وتسمية محكّم مرّجّح.

1- هذا الحكم رفضت محكمة الإستئناف دعوى إبطاله بالحكم المنشور بعده.

وبتاريخ 2016/3/2 صدر عن محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى بريف دمشق أقرار رقم 2/ في الدّعى رقم أساس 1/ تحكيم والمتضمّن تشكيل هيئة التّحكيم أصولاً.

وبتاريخ 2016/3/16 اجتمعت هيئة التّحكيم إجتماعاً أولياً وقرّرت قبول مهمّة التّحكيم أصولاً وتعيين مقرّ التّحكيم ومكانه وموعد الجلسة الأولى وتبلغ أطراف التّحكيم وفق الأصول.

رابعاً- في إدعاء التّحكيم:

بتاريخ 2016/4/3 تقدّم وكيل الجهة طالبة التّحكيم أمام هذه الهيئة أنّ كلاً من وائل عقيل وعمّار الخطيب يملكان بصفة شخصيّة العقارات ذوات الأرقام 1175 و 1176 و 1182 و 1183 و 1151 و 903 و 904 و 905 و 906 و 907 و 910 من منطقة 1/70 معربا العقاريّة. وأنّ كلاً منهما قد حصلتا بصفتيهما الشّخصية على ترخيص سياحي على العقارات المذكورة بإسم "مدينة الدّوحة السّياحية". كما حصلتا على قرض إستثماري من المصرف العقاري بقيمة مليار ومائتا مليوناً وعشرة ملايين ومائة وثلاثة وعشرون ألف ليرة سورية لتمويل أعمال إنشاء وتنفيذ المشروع السّياحي. وبناءً عليه فقد قاما بتأسيس شركة محدودة المسؤوليّة بإسم شركة البراء للتّطوير العقاري المحدودة المسؤوليّة.

وفي عام 2010 قامت شركة البراء بالتّعاقد مع الجهة طالبة التّحكيم شركة الشّطة للتّطوير والإستثمار المحدودة المسؤوليّة على تعهّد لإتمام إنشاء المجمع التجاري التابع لمدينة الدّوحة. وبناءً عليه فقد قام كل من وائل عقيل وعمّار الخطيب بصفتيهما الشّخصية بتوقيع حوالة حق بما نسبته 90% من قيمة القرض لصالح الجهة طالبة التّحكيم لقاء الحقوق والمستحقّات الماليّة لشركة الشّطة وحقوق المتعهّدين الثّانويين.

وقد قامت شركة الشّطة بتوقيع عقد مشاركة مع شركة المجموعة التّقنيّة ممثّلة بمديرها عبد الفتّاح كحالة لتمويل هذا المشروع وتقاسم الأرباح من كشوفات المصرف وتحصيل المبالغ من القرض المذكور. وتمّ إفتتاح إعتقاد مصرفي من قبل شركة المجموعة التّقنيّة لإستيراد الأجهزة الكهربائيّة والميكانيكيّة من الشركة التركيّة لصالح شركة البراء بصفتها الإعتباريّة على أن يتمّ سداد قيمته من القرض أصولاً.

وبتاريخ 2011/9/27 اجتمع ماهر الشّطة مع كلّ من عمار الخطيب ووائل عقيل وتمّ توقيع مخالصة ماليّة تمّ بموجبها حصر جميع مستحقّات شركة الشّطة كمتعهّد رئيسي للمشروع وشركة

المجموعة التقنيّة كمتعهد ثانوي للمشروع، وقد تَضَمَّت هذه المخالصة حصر المبالغ النهائيّة المترتبة بدمّة شركة البراء بعد إدراج أوامر الدّفع المسحوبة على المصرف فيها.

وحيث أنه لم يتمّ تسديد حقوق الجهة الموكلة من قِبَل الجهة المتحاكم معها فقد جرى إتّفاق شفهي بين أطراف التّحكيم على حلّ الإشكال المالي موضوع المخالصة رضائياً بحيث يتمّ تقييم المشروع مالياً وفراغ أسهم من المشروع إلى إسم ماهر الشطة وعبد الفتاح كحالة تعادل قيمة مبالغ المخالصة.

وحيث أنّ الجهة طالبة التّحكيم قد حصلت على قرار قضائي بإلقاء الحجز الإحتياطي على أموال الجهة المتحاكم معها وخاصة عقارات المشروع موضوع التّحكيم مكتسب الدرّجة القطعيّة. لذلك فإننا نلتمس:

1- تثبيت المخالصة الماليّة موضوع التّحكيم وإلزام المتحاكم معها بدفع مبالغ المخالصة إلى الجهة طالبة التّحكيم.

2- إعتبار الجهة المتحاكم معها بصفتهم الشخصيّة والإعتباريّة مسؤولين بالتكافل والتّضامن عن إلتزامات شركة البراء للتطوير العقاري المحدودة المسؤولية وقلب الحجز الإحتياطي إلى حجز تنفيذي بكامل المبالغ التي ستحکم بها هيئة التّحكيم ضماناً لأموال الجهة طالبة التّحكيم.

3- إلزام الجهة المتحاكم معها على وجه التّكافل والتّضامن بالتّعويض على الجهة طالبة التّحكيم عن الضّرر الماديّ والمعنوي الذي لحق بها مقدّرة بنسبة 9% سنوياً من تاريخ 2012/9/26 حتى الوفاء.

4- تنفيذ الإتّفاق الشفهي وفراغ أسهم من المشروع إلى إسم الجهة الموكلة تعادل قيمة المبالغ المترتبة بدمّة الجهة المتحاكم معها.

5- إلزام الجهة المتحاكم معها على وجه التّكافل والتّضامن بدفع الرّسوم والمصاريف والنّفقات.

خامساً- في طلب التّدخل المقدّم من عبد الفتاح كحالة:

في جلسة 2016/5/8 تقدّم عبد الفتاح كحالة أصالة عن نفسه وبصفته مديراً عاماً مفوضاً بالتّوقيع عن شركة كحالة تكنكيل كروب المحدودة المسؤولية بموجب السّجل التجاري رقم

16360/ تاريخ 2010/7/27 ممثلاً بوكيله المحامي حسين خضور، بطلب تدخّل في هذا الملف التحكيمي بمواجهة أطراف التحكيم يعرض فيه ما يلي: أنّه بعد تعاقداً كلاً من شركتي الشطة والبراء على إدارة أعمال عقد التنفيذ على المشروع وبعد أن حصل كلّ من عمار الخطيب ووائل عقيل على قرض من المصرف العقاري لتمويل أعمال الإنشاء والتنفيذ، إلا أنّ المبلغ لم يكف حاجة المشروع لإتمامه مما دفع شركة الشطة المسؤولة عن إدارة المشروع لتوقيع إتفاق مع الجهة الموكّلة المتدخّلة لتمويل أجزاء من المشروع حيث ستقوم بتمويل أعمال الميكانيك وأعمال الكهرباء للمشروع. كما ستقوم بتسديد قيمة باقي الأعمال لحساب شركة الشطة للإستثمار والتطوير العقاري.

في المقابل حصلت شركة الشطة على تنازل من مالكي المشروع عمار الخطيب ووائل عقيل عن حقهم بقبض كشوفات القرض الممنوح لهم من قبل المصرف العقاري وفق حوالة لكلّ مستحقّات القرض.

كما قامت الجهة المتدخّلة بفتح إعتقاد مستندي لإستيراد التجهيزات الميكانيكية والكهربائية لصالح الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها وائل عقيل وعمار الخطيب.

وحيث أنّ المبالغ التي طالبت بها الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها الأولى هي من حقّ الجهة المتدخّلة شركة كحالة وهذا ثابت من عقد المخالصة الموقع بتاريخ 2011/9/27 بين كلّ من طرفي التحكيم، حيث تمّ الإتفاق على أن تقوم شركة البراء بتغطية المبلغ الخاص بالأعمال الميكانيكية بمبلغ 1610596 يورو مليون وستمائة وعشرة آلاف وخمسمائة وستة وتسعين يورو بأوامر دفع موضوعة لدى المصرف العقاري لصالح شركة الشطة أو لصالح طالب التدخّل شركة كحالة. كما تعهّدت شركة البراء بتسديد أوامر الذّفق قيمتها ثلاثة وستين مليوناً وستمائة ألف ليرة سورية ومبلغ ستة وثلاثون مليوناً وستمائة وثلاثة وخمسين ألفاً وأربع وستين ليرة لصالح شركة الشطة وشركة كحالة طالبة التدخّل.

وحيث أنّ حقّ طالب التدخّل في المبالغ التي يطالب بها ثابت في عقد المخالصة.

لذلك تقدّم بطلب تدخّله والمصحّح بموجب مذكرته المؤرّخة في 2016/5/11 والمتضمنة تصحيح الخطأ المادي الوارد في طلب التدخّل ملتصقاً من حيث النتيجة:

1- قبول طلب التدخّل شكلاً.

- 2- قبوله موضوعاً وإلزام الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها شركة البراء للتطوير العقاري وورثة عمار الخطيب إضافة لتركّة مؤرثهم بالتكافل والتضامن بدفع المبالغ المستحقّة للجهة طالبة التدخّل الواردة في عقد المخالصة وأوامر الدفع والبالغة 1610596 يورو مليون وستمائة وعشرة آلاف وخمسمائة وستّة وتسعين يورو أو ما يعادلها باللّيرات السّورية بتاريخ السّداد و63600000 ثلاثة وستين مليوناً وستمائة ألف ليرة سورية و36653064 ستّة وثلاثين مليوناً وستمائة وثلاثة وخمسين ألفاً وأربع وستين ليرة.
- 3- إلزام الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها الثّانية والثالثة بالتكافل والتضامن بدفع فائدة تجاريّة تسري من تاريخ المطالبة وحتى الوفاء التام وإلزامها بدفع تعويض العطل والضّرر الذي لحق بالجهة الموكلة نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات المترتّبة لها بذمتها.
- 4- إلزام الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها بالتكافل والتضامن بدفع الرّسوم والمصاريف وبدل الأتعاب وتكاليف التّحكيم.

سادساً- ملخّص دفوع الجهة المطلوب التدخّل بمواجهتها:

- 1- دفوع المتحاكم معه ورثة عمار الخطيب وكيلهم المحامي محمد زهوة:
- تتلخّص دفوعه وأقواله من خلال مذكراته وأقواله في هذا الملف بالنّقاط التّالية:
- إنّ ورثة عمار الخطيب لا علم لهم بأيّ إلزام مترتّب بذمّة مؤرثهم ولم يعثروا ضمن أوراقه على أيّ شيء يشير إلى ترتّب هذا الإلتزام بذمّته.
 - لا تاريخ ثابت لعقد المخالصة إلّا وفاة مؤرث الجهة المدخلة.
 - لم تبرز الجهة طالبة التّحكيم أصل العقود ولم تستوف رسم الطّابع عليها.
 - إنّ الجهة طالبة التّحكيم لم تُشر إلى السّبب الرّئيسي الذي ترتّب بموجبه هذا الإلتزام.
 - لم تُشر الجهة طالبة التّحكيم إلى أنّ الإلتزام مترتّب بذمّة المورث أم بذمّة شركة البراء.
 - نعارض تدخّل الجهة المتدخّلة كونها ليست طرفاً في العقد الأصلي أو في شرط التّحكيم.
 - لا علاقة للذمّة الماليّة الخاصّة بمدراء الشركة بالذمّة الماليّة للشركة.
 - المخالصة مخالفة للنّظام العام لجهة الإلتزامات بغير اللّيرة السّورية.

- بما أنّ عقد المخالصة أصبح من أساس التّحكيم ولا يوجد مشاركة تحكيم فيه وهو عقد معلق على شرط تسديد إلتزامات كلا الفريقين وبما أنّ شركة الشّطة محدودة المسؤوليةّ لديها سجلّات نظاميّة لذلك نلتمس إجراء الخبرة الحسابيّة على سجلّاتها النظاميّة؟

2- دُفوع المتحاكم معها شركة البراء للتّطوير العقاريّ المحدودة المسؤوليةّ يمثّلها وائل عقيل وكيله المحامي فادي عبد الكريم:

تتلخّص دُفوعه وأقواله من خلال مذكراته وأقواله في هذا الملف بالنّقاط التّالية:

- الموكّل لا علم له بهذه المخالصة ولم يوقّع عليها ولا يقربها.
- إنّ الوكالة التي قام عمار الخطيب بالتّوقيع بموجبها على المخالصة قد تمّ عزلها.
- إنّ المخالصة المبرزة ليس لها تاريخ ثابت ممّا يجعلها بلا أية قيمة قانونيّة سيّما أنّ النّظام الداخليّ لشركة البراء يلزم الشّريكين بالتّوقيع مجتمعين على أيّ إلتزام.
- لا يوجد شرط تحكيميّ في عقد المخالصة ولا يشير بأيّ بند من بنوده إلى وجود مشاركة تحكيم.
- إنّ عقد المخالصة مخالف للنّظام العام وهو موضوع بالعملة الأجنبيّة.
- إنّ جميع العقود المبرزة من طالب التّحكيم هي صور ضويّة وغير مستوفية أصل الطّابع.
- نعارض في طلب الجهة طالبة التّدخل لعدم الجواز القانوني.
- ألمخالصة غير نافذة وهي معلقة على شرط.

سابعاً- في الموضوع والمناقشة القانونيّة والحكم:

لمّا كانت الجهة طالبة التّحكيم شركة الشّطة للإستثمار والتّطوير ممثّلة بمديرها العام محمد ماهر الشّطة قد تقدّمت بدعواها أمام هذه الهيئة بمواجهة كل من وائل عقيل وورثة عمار الخطيب بصفتيهما أعضاء مجلس إدارة شركة البراء للتّطوير العقاريّ، ملتزمة من حيث النّتيجة إلزامهم بعقد المخالصة المؤرّخ في 2011/9/27 وذلك نتيجة وقوع خلاف فيما بينهم حول تنفيذ بنود هذه المخالصة.

وحيث أنه من الثابت أن الجهة طالبة التحكيم شركة الشطة للإستثمار والتطوير قد أبرمت فيما بينها وبين الجهة المطلوب التحكيم بمواجهتها شركة البراء للتطوير العقاري يُمثّلها كل من وائل عقيل ومؤثر المتحاكم معهم عمار الخطيب عقد تعهد أعمال مدنيّة وتركيبات لأعمال الإكساء للمجمّع التجاري التابع لمشروع "مدينة الدوحة".

وحيث أن المادة /18/ من العقد المبرم فيما بين الجهة طالبة التحكيم والجهة المطلوب التحكيم بمواجهتها والمبرز في الملف والمطابق مع الأصل، قد نصت على أن جميع الخلافات التي قد تنشأ ما بين الفريقين حول هذا العقد أو في معرض تنفيذه، أو تفسيره تحلّ بالطرق الوديّة، فإذا لم ينجح الحلّ الوديّ فيتمّ حلّ هذه الخلافات عن طريق التحكيم وفق الإجراءات المحددة في العقد.

وحيث أن طرفي التحكيم نظراً لنشوب خلاف فيما بينهما حول العقد فقد وقعا بتاريخ 2011/9/27 عقد مخالصة وذلك لتسوية وإنهاء الحسابات القائمة فيما بينهما والتي تغطي الأعمال المدنيّة المنفذة من قبل الجهة طالبة التحكيم شركة الشطة والجهة الممولة لها شركة كحالة تكنيكل كروب على أن تقوم الجهة المطلوب التحكيم بمواجهتها شركة البراء للتطوير العقاري بتغطية المبالغ الخاصة بالأعمال الميكانيكيّة لصالح شركة الشطة أو شريكها الممول شركة كحالة.

وحيث أن عقد المخالصة الموقع بين طرفي التحكيم هو إحدى محاولات الحلّ الوديّ التي جاءت على ذكرها المادة /18/ من عقد التعهد الموقع فيما بينهما والمتضمنة مشاركة التحكيم، والتي نصت على أنه في حال فشل الحلّ الوديّ فإنه يتمّ اللجوء إلى التحكيم.

وحيث أن مقدّمة عقد المخالصة نصت على أن عقد التعهد الشامل يعتبر إقراراً جامعاً لكلّ العقود الجزئيّة الخاصة بالعمل بالمشروع والتي يقوم بها الفريق الأول والفريق الثاني أو التي يقوم بها الفريق الثاني لصالح الفريق الأول وأنّ جميع بنود العقد الشامل تسري على العقود الجزئيّة ما لم يتمّ ذكره في العقود الجزئيّة.

وحيث أن الفقرة /2/ من المادة /7/ من قانون التحكيم رقم /4/ لعام 2008 قد نصت على أنه يعتبر إتفاقاً على التحكيم كلّ إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة بإعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد. الأمر الذي يستوجب معه تطبيق شرط التحكيم على عقد المخالصة بكافة بنودها، على إعتبار أن عقد المخالصة هو عقد جزئيّ أصبح جزءاً لا يتجزأ من عقد التعهد الموقع فيما بين طرفي العقد، سيّما وأنّ الفريقان قد إتفقا في

مقدمة عقد المخالصة على أن جميع بنود العقد الشامل تسري على كافة العقود الجزئية وأنّ الصّفحة الثّانية من عقد المخالصة قد رُوّست بعبارة "مخالصة تعاقّد جزئية خاصّة بالعقد الشّامل" الأمر الذي يجعل من الدّفع المثار من قِبَل الجهة المتحاكم معها لجهة أنّ عقد المخالصة خالية من أي شرط تحكيمي هو في غير محلّه القانوني ومستوجباً للرّد.

أمّا لجهة قبول طلب التّدخل شكلاً...

وحيث أنّ وكيل الجهة المتدخّلة عبد الفتاح كحالة أصالة عن نفسه وبصفته مدير عام مفوض بالتوقيع عن شركة كحالة تكنيك كروب المحدودة المسؤولة قد تقدّم بطلب تدخّله في هذا الملفّ بجلسة 2016/5/8 على أساس أنّ عقد المخالصة الموقع فيما بين طرفي التّحكيم قد رتب له حقوقاً، بحيث إلّتم المطلوب التّحكيم بمواجهته بموجبها بتسديد مبالغ للمتدخّل على إعتباره أنّه الشّريك الممول لطالب التّحكيم.

وحيث أنّ المشرّع عندما جعل التّحكيم طريقاً إستثنائياً في فضّ الخصومات، وإن كان قد منع المحكّمين من التّجاوز في حكمهم إلى من لم يكن طرفاً في إتفاق التّحكيم بإجبار شخص ثالث قد تكون له علاقة محتلمة في النزاع على اللّجوء للتّحكيم. إلّا أنّ ذلك لا يعني أنّ المشرّع قد منع من له مصلحة في النزاع موضوع التّحكيم أن يتقدّم بملء إرادته بطلب تدخّل أمام المحكّمين كطرف منضم لأحد الخصوم، طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بموضوع النزاع، على أنّ المشرّع عندما أجاز التّدخل في الدّعوى إنّما أجاز ذلك حفاظاً على حقوق المتدخّل الذي قد تكون له مصلحة مباشرة بموضوع النزاع الأصلي، وحمايةً لحقوقه ومصالحه من الهدر والضياع نتيجة لما قد يقع من تواطؤ بين أطراف النزاع الأصليين.

وحيث أنّ الجهة المتحاكم معها قد دفعت بأنّ المتدخّل ليس طرفاً في شرط التّحكيم. وحيث أنّ هذا الدّفع كان من الممكن أن يكون له وجه قانوني فيما إذا كان الخلاف بين طرفي التّحكيم "شركتي البراء والشّطة" حول تنفيذ عقد التّعهد الشّامل المبرم فيما بينهما. أمّا وأنّ موضوع التّحكيم هو عقد المخالصة التي لجأ إليها طرفا التّحكيم لإنهاء الخلاف فيما بينهما ولم ينجح في ذلك فكان هذا التّحكيم، وأنّ المتدخّل هو طرف في هذه المخالصة التي رتبّت له حقوقاً والتّزامات بمواجهة المتحاكم معه، فقام بالتّدخل في هذا التّحكيم راضخاً له، الأمر الذي يعطي الشّريعة القانونيّة لتدخّله في هذا التّحكيم، ذلك أنّه طالما سلّمنا أنّ الشّروط التّكيمي الوارد في

عقد التّعهد الشّامل قد انسحب إلى عقد المخالصة، فإنّ المتدخّل أصبح والحالة هذه طرفاً في هذا الشّروط، الأمر الذي يستوجب معه قبول طلب التدخّل شكلاً وردّ دفع الجهة المتحاكم معها لهذه النّاحية.

وحيث أنّ الجهة المتحاكم معها ورثة عمار الخطيب قد أنكرت علمها بعقد المخالصة موضوع التّحكيم وأن لا علم لها فيما إذا كان التّوقيع الوارد عليها هو توقيع مورثها.

وحيث أنّ هيئة التّحكيم قد قرّرت في جلسة 2016/5/26 إجراء الخبرة الفنيّة والمضاهاة على التّوقيع الموجود على عقد المخالصة والعائد لمورث الجهة المتحاكم معها عمار الخطيب مع توقيعه على عقد التّعهد وتوقيعه على إقرار التنازل رقم 369/5261/31 المنظم لدى الكاتب بالعدل في التل بتاريخ 2010/3/29 والمبرزين في الملف، وذلك بمعرفة ثلاثة خبراء مختصين وهم نضال نصار وهادي محفوض وفواز العلي الذين تمّ تسميتهم من قبل الهيئة بنفويض من قبل كافة الأطراف أصولاً.

وحيث أنّ الخبراء قد إتفقوا بتقريرهم في جلسة 2016/5/31 والذي خلصوا من خلاله إلى أنّ التّواقيع الثلاثة المحرّرة بواسطة قلم أزرق والموجودة على مخالصة التّعاقد موضوع التّحكيم والمنسوب تحريرها إلى عمار الخطيب هي عائدة للسيد عمار الخطيب ومحرّرة من قبله وبخطّ يده بالذات وذلك لإتفاق المميّزات الفرديّة الخاصّة بالكاتب.

وحيث إنّ الخبرة جرت وفق الأصول والقانون وجاءت مستجمة لكافة شرائطها الشّكلية والموضوعيّة، الأمر الذي يستوجب معه إعتماها كدليل على ثبوت توقيع مورث الجهة المتحاكم معها عمار الخطيب عليها.

وحيث أنّ تصرّفات الوكيل تنصرف إلى الأصيل. وحيث أنّ مورث الجهة المتحاكم معها عمار الخطيب قد قام بالتّوقيع على مخالصة التّعاقد أصالة عن نفسه وبصفته وكيلاً عن المتحاكم معه وائل عقيل بصفتيهما أعضاء مجلس إدارة شركة البراء للتّطوير العقاري والمفوضين بالتّوقيع عنها وذلك بموجب الوكالة العامّة رقم 414/18770/74 المنظمة لدى الكاتب بالعدل بتاريخ 2010/10/20.

وحيث أنّ دفع الجهة المتحاكم معها أنّ هذه الوكالة قد تمّ عزلها بتاريخ 2013/4/24 وذلك بموجب العزل رقم 527/1883/88 مستوجب للرّد كون تاريخ العزل لاحق لتاريخ توقيع المخالصة في 2011/9/27 وأنّ التّوقيع على المخالصة تمّ بموجب وكالة سارية المفعول.

أمّا لجهة دفع الجهة المتحاكم معها بأنّ عقد المخالصة ليس له تاريخ ثابت، فإنّ هذا الدّفع هو في غير محلّه القانوني، ذلك أنّ المشرّع جعل هذا الدّفع حقّاً للغير. وعلى إعتبار أنّ المخالصة تعتبر حجةً ضدّ موقعيها، فبالتّالي لا يحقّ لهم ولا لخلفائهم من الورثة أن يتذرّعوا بعدم وجود تاريخ ثابت لها إستناداً إلى أحكام المادّة /11/ من قانون البيّنات. ذلك أنّ هذه المادّة قد وضعت من أجل حماية الغير ومصالحهم من تواطؤ المتعاقدين والحيلولة دون قيامهم بوضع تاريخ على عقودهم مخالف للتّاريخ الحقيقي. ولا يحقّ للمتعاقدين ولا لخلفهم العامّ التّمسك بمبدأ ثبوت التّاريخ. الأمر الذي يستوجب معه ردّ دفع الجهة المتحاكم معها لهذه النّاحية.

وحيث أنّ وكيل المتحاكم معه شركة البراء قد إلتمس من خلال مذكّراته إجراء الخبرة على الدّفاتر والسّجلات التجاريّة النظاميّة العائدة لشركة الشّطة طالبة التّحكيم للوقوف على ما تمّ تنفيذه من عقد التّعهد الموقع فيما بينهما، كما أنّه إلتمس إجراء الخبرة الفنيّة على المشروع موضوع العقد لبيان مدى ما نفذ من أعمال وتطابقها مع شروط العقد. وحيث أنّ النزاع موضوع التّحكيم لا يتعلّق بعقد التّعهد الموقع فيما بين شركتي البراء والشّطة ومدى الأعمال المنفّذة بموجب هذا العقد. إنّما يتعلّق بالمخالصة التي توصل إليها طرفا التّحكيم وإستحقاقات كلّ واحد منهما نتيجة للتوقّف عن متابعة الأعمال بالمشروع. الأمر الذي يجعل من إجراء هذه الخبرة غير مجد. فضلاً عن أنّه كان بإمكان المتحاكم معه شركة البراء التمسك بالدّفاتر التجاريّة النظاميّة العائدة له وإيرازها لبيان فيما إذا كانت تحتوي على ما يخالف وثائق الدّعوى. وحيث أنّ الجهة المتحاكم معها شركة البراء قد دفعت بأنّها بريئة الذّمة تجاه الجهة طالبة التّحكيم مدّعية أنّ أطراف مشاركة التّحكيم قد أقرّوا بأنهم قد قاموا بتوقيع حوالة حقّ لدى المصرف العقاري بتاريخ 2010/9/21 تتضمّن إحالة كامل مبلغ القرض لصالح الجهة طالبة التّحكيم، ملتزمة من حيث النتيجة إجراء الخبرة الحسابيّة على ما تمّ قبضه من قبّل المتحاكم معه من قيمة هذا القرض ومطابقتها لما تمّ إنجازه وفق عقد التّعهد، فإنّ هذا الدّفع لا يعدو عن كونه جدلاً قانونيّاً يهدف إلى إطالة أمد التّحكيم، وهو يستوجب الردّ كون تاريخ حوالة الحق المدّعى بها سابقة لتاريخ المخالصة موضوع التّحكيم بأكثر من سنة كاملة.

....

....

قراراً وجاهياً صدر بتاريخ 2016/6/9 بجلّسات سرّية في مكتب المحكّم المرجّح في غرفة
مستشاري محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى بريف دمشق والكائنة: في دمشق - مرجّة - مبنى
محافظة ريف دمشق، وأفهم حسب الأصول.

ألمحكّم المرجّح
حسام ألدالاتي

ألمحكّم
ألمحامي محمد قصّار

ألمحكّم
ألمحامي سامي زراد

رقم 2- حكم تحكيم - طلب بطلانه - ادلاء بأن مهمّة التحكيم محصورة بين طرفي التحكيم فقط ولا يجوز تدخل أو إدخال من لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم - الإدخال أمام هيئة التحكيم جاء موافقاً للأصول والقانون - عدم توافر أسباب الإبطال.

مع تعليق للمحامي أحمد حداد (سوريا)

إن حالات دعوى بطلان حكم التحكيم محدّدة في المادة /50/ من قانون التحكيم.

إن الإدخال أمام هيئة التحكيم جاء موافقاً للأصول والقانون ولا يوجد ما يمنع ذلك قانوناً سيما وأن صكّ التحكيم قد رتب حقوقاً للجهة المتدخّلة.

لا يتوافر أيّ سبب من أسباب الإبطال التي جاء على ذكرها بالمادة /50/ من قانون التحكيم رقم /4/ لعام 2008م وبالتالي فأسباب الإبطال لا تنال من القرار التحكيمي.

(محكمة الإستئناف المدني الأولى في ريف دمشق، قرار رقم /8/، تاريخ

1(2017/7/26)

1- هذا الحكم أصدرت محكمة الإستئناف حكماً بإنعدامه وهو منشور بعده.

.....

.....

الدعوى: بطلان حكم محكّمين.

أسباب الإستئناف:

أسباب البطلان:

- أخطأ في صحّة الخصومة إذ أنّ مهمّة التّحكيم محصورة بين طرفي التّحكيم فقط وبالتالي لا يجوز تدخّل أو إدخال من لم يكن طرفاً في إتفاق التّحكيم وعدم إعتراض أيّاً من أطراف التّحكيم يعتبر بمثابة موافقة ويصبح طرفاً بالتّحكيم.

وحيث أنّ الجهة المدّعية عارضت بالإدخال الأمر الذي يجعل من قرار هيئة التّحكيم حريّاً بالإبطال.

- أقرّار التّحكيمي قام بمخاصمة ورثة عمار الخطيب بصفتهم الشّخصية.

- أصدرت هيئة التّحكيم حكمها بالعملة الأجنبيّة مخالفة بذلك قواعد النّظام العام.

- خالفت أحكام قانون التّحكيم رقم /4/ لعام 2008م.

- المحكمة المختصة بالإكساء وإيداع الحكم التّحكيمي هي محكمة الإستئناف المدني بدمشق وليس بريف دمشق.

- تمّ إصدار قرار التّحكيم خارج المدة ملتزمين من حيث النّتيجة إعلان بطلان حكم التّحكيم المودع لدى ديوان محكمة الإستئناف بريف دمشق برقم /9/ لعام 2016م.

في الشّكل:

- حيث أنّ دعوى البطلان مستوفية لكافة شروطها القانونيّة فهي مقبولة شكلاً.

في المناقشة والتّطبيق القانوني والحكم:

حيث أنّ الجهة المدّعية تهدف من دعواها إلى طلب إعلان بطلان قرار التّحكيم الصّادر عن الهيئة المؤلّفة من القاضي حسام الدالاتي محكّماً مرجّحاً والمحامي محمد قصّار محكّماً والمحامي

سامي زراد محكماً بتاريخ 2016/6/9 م والمودع ديوان محكمة الإستئناف بريف دمشق برقم 9/ تاريخ 2016/8/23م لمخالفة أحكام قانون التحكيم رقم 4/ لعام 2008م.

وحيث أنه تقرر ضمّ الملفّ التحكيمي للإطلاع عليه.

وحيث أنّ حالات دعوى بطلان حكم التحكيم محدّدة في المادّة 50/ من قانون التحكيم رقم 4/ لعام 2008م.

وحيث أنّ الجهة المدّعية تؤسّس دعواها بطلب البطلان حكم التحكيم على أنّ المحكّمين قد خالفوا أحكام هذا القانون.

وحيث أنّ أسباب الإبطال الواردة بالمادّة 50/ حدّدت حالات البطلان على سبيل الحصر.

وحيث أنّ أسباب الإبطال الواردة في إستدعاء الدّعوى ليست ضمن الأسباب التي عدّتها المادّة المذكورة آنفاً.

وحيث أنّ هذه المحكمة قد سبق لها وأن أصدرت قرارها بإكساء حكم المحكّمين موضوع هذه الدّعوى صيغة التّفيز لعدم وجود أي مخالفة للنظام العام بموجب قرارها رقم 2/ أساس 7/ تاريخ 2017/2/12م.

وحيث أنّ الإدخال أمام هيئة التحكيم جاء موافقاً للأصول والقانون ولا يوجد ما يمنع ذلك قانوناً سيّما وأنّ صلّك التحكيم قد رتبّ حقوقاً للجهة المتدخّلة.

وحيث أنّ عقد المخالصة هو جزء لا يتجزأ من العقد الأساسي وفق ما إتفق عليه أطراف العقد.

وحيث أنّ إلزام المتحاكم معه بالمبالغ جاء تحديدها بالعملة الأجنبيّة وفق سعر الصّرف بتاريخ السّداد وبالتالي فليس في ذلك مخالفة كون السّداد سيتمّ بالليرة السّورية.

وحيث أنّ ورثة عمّار الخطيب قد مثّلوا تمثيلاً صحيحاً بواسطة وكيلهم المحامي محمد زهوة وتمّ إختصاصهم أصالة وإضافة لتركة مؤرثهم أصولاً.

وحيث أنّ قرار التحكيم صدر ضمن المدة القانونيّة المنصوص عليها بموجب المادّة 37/ من قانون التحكيم.

وحيث أنّ الإتفاق على إنشاء مدينة سياحيّة بمنطقة النل وهي ضمن إختصاص محكمة الإستئناف المدني بريف دمشق وليس بدمشق.

وحيث أنّ ما ذكر أعلاه يشكّل ردّاً على كافّة أسباب البطلان المدرجة في إستدعاء الدّعى وبالتالي فإنّه لا يتوافر أي سبب من أسباب الإبطال التي جاء على ذكرها بالمادّة 50/ من قانون التّحكيم رقم 4/ لعام 2008م وبالتالي فأسباب الإبطال لا تنال من القرار التّحكيّمي الصّادر بتاريخ 2016/6/9م عن هيئة التّحكيم المؤلّفة من القاضي حسام الدالّاتي محكّماً مرجّحاً والمحامي محمّد قصار محكّماً والمحامي سامي زراد محكّماً والمودع ديوان محكمة الإستئناف المدنيّة بريف دمشق رقم 9/ تاريخ 2016/8/23م.

لذلك تقرّر بالإتفاق

- 1- قبول دعوى البطلان شكلاً.
- 2- ردّ الدّعى موضوعاً وإعادة الملف لمرجعه أصولاً.
- 3- تضمين الجهة المدّعية الرّسوم والمصاريف وألفي ليرة أتعاب محاماة.

قراراً صدر بتاريخ 1438-11-02هـ الموافق ل 2017-07-26م مبرماً صدر وأفهم علناً.

الرئيس	المستشار	المستشار	المساعد
سوزان الحمصي	عثمان سودان	أنس الشامي	محمد خير الزعبي

رقم 3- حكم تحكيم إكسائه صيغة التنفيذ - طلب إنعدامه وبطلانه لعدم تحقق محكمة الإستئناف وحكم التحكيم من صحة التمثيل - نظام عام لوجود قصر لم يمثلوا صحيحا - صفة الوصي عنه لا علاقة لها بدعوى البطلان - فقدان الخصومة الصحيحة - إعتبار الحكم المستأنف معدوما - تصدي المحكمة لدعوى البطلان - المحامي في دعوى البطلان لا تشملها وكالته - إنعدام الحكم ودعوى بطلان حكم التحكيم شكلا.

مع تعليق للمحامي أحمد حداد (سوريا)

إن صدور الحكم في الدعوى بحق قاصرين دون تمثيلهم من قبل وصي مأذون من المحكمة يجعل الخصومة غير صحيحة في الدعوى.

إن خليل الخطيب هو من قبل التبليغ عن القاصرين بصفته عمهم وبموجب وصاية شرعية رقم /332/ للعام 2015 عن المحكمة الشرعية.

بالعودة الى وثيقة الوصاية المذكورة والمرفقة بالملف تبين أنها تتضمن الإذن للوصي خليل لتوكيل أي شخص أو محام للدفاع عن حقوق القاصرين فيما يخص ويتعلق بالشركة وكل ما ينشأ أو يتفرع عن ذلك.

إن هذه الصفة لا علاقة لها بدعوى البطلان ولا بموضوع التحكيم لعدم علاقة الشركة بالتحكيم موضوع طلب الإبطال.

تَبْلَغُ العَمَّ الوَصِي باطل ولا يَرْتَبُ آثاراً لعدم الصِّقَّة لَدَى المَبْلَغِ عن القاصرين وبالتالي فإِنَّ الحكم الصَّادِرَ على من لم يُعَلِنَ إطلاقاً بصحيفة الدَّعوى يعتبر معدوماً.

ألمدعي طالب الإندعام وكَلَّ المحامي ليكون وكيلاً ينوب عنه بالخصومة والمحكمة مع الحق العام والسيد محمد ماهر الشطة بالدعوى رقم أساس /399/ مستعجل وبكل ما ينشأ أو يتفرع عن ذلك من دعاوى وخصومات وهي تتعلق بحجز احتياطي ولا علاقة لها بموضوع دعوى بطلان حكم التحكيم مما يجعل من هذه الدعوى مقدّمة من غير ذي صفة وبالتالي مستوجبة للرد شكلاً.

(محكمة الاستئناف المدني الأولى في ريف دمشق، قرار رقم /7/ تاريخ 2018/2/21)¹

.....

أقرار المطلوب إندعامه:

أقرار رقم /8/ تاريخ 2017/7/26 الصّادر بالدعوى أساس /9/ تحكيم عن محكمة الإستئناف المدنية الأولى بريف دمشق والمتضمّن من حيث النتيجة: قبول دعوى البطلان شكلاً وردّها موضوعاً.....

الدَّعوى: إندعام قرار:

أسباب الإستئناف:

أسباب البطلان:

1- التمثيل غير صحيح وعلى المحكمة التّحقّق من صحّة الخصومة والتمثيل وهي من النظام العام، فالخصومة كانت بمواجهة الموكّلين بالصّقة الشّخصية وهم فُصّر لم يتسنّ لهم الدّفاع عن أنفسهم....

2- هيئه التحكيم أصدرت قرارها خارج المهل المحدّدة قانوناً.

3- هيئة الإستئناف وقبلها التحكيم لم تحلّف يمين الإستظهار لتعلّق النزاع بالتركة.

1- هذا الحكم مكنّ تقديم دعوى إبطال حكم التحكيم مجدّداً أمام محكمة الإستئناف، وحكمها منشور بعده.

4- عقد المخالصة لم يخضع للتسوية الماليّة.

5- يجب إيداع القرار والملف محكمة دمشق وهي المختصة بدعوى الإكساء والبطلان.

في المناقشة والتطبيق القانوني والحكم:

لوجود مشاركة تحكيم بين الأطراف فقد تمّ إستصدار القرار 1/2 تحكيم تاريخ 2016/3/2 عن محكمة الإستئناف بريف دمشق متضمناً تسمية المحكّمين حيث باشرت الهيئة مهامها وأصدرت قرارها بتاريخ 2016/6/9 وتمّ الإيداع لدى ديوان المحكمة تحت رقم 9/ للعام 2016.

تقدّم المتحاكم معه وائل عقيل بصفته بدعوى بطلان حكم التّحكيم حيث صدر القرار 9/8 تحكيم تاريخ 2017/7/26 عن الغرفة الإستئنافية الأولى بريف دمشق متضمناً قبول دعوى البطلان شكلاً وردّها موضوعاً.....

وحيث أنّ القرار صدر مبرماً إستناداً لأحكام القانون 2008/4 فقد تقدّمت الجهة المدّعية بهذه الدّعى بدعواها بموضوع إنعدام القرار الإستئنافي 9/8 للعام 2017 للأسباب المذكورة أعلاه ...

وحيث أنّه على المحكمة التّحقق من صحّة التّمثيل والتي هي من النظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، وحيث أنّ الجهة المدّعية علاوة على ذلك أثارت هذه النقطة، وحيث أنّ صدور الحكم في الدّعى بحقّ قاصرين دون تمثيلهم من قبل وصي مأذون من المحكمة يجعل الخصومة غير صحيحة في الدّعى ((نقض رابعة 2636/2501 للعام 2000)) وهو ما استقرّ عليه الكثير من الإجتهدات.

وحيث أنّ القاصرين طالبي الإنعدام تمّ دعوتهم وإخطارهم أمام محكمة الإستئناف في دعوى البطلان وتثبيت غيابهم والسير بحقّهم بمثابة الوجاهي وذلك بعد أن وردت مذكّرات دعوتهم عن جلسة 2017/3/27 ومذكّرات إخطارهم عن جلسة 2017/4/24 مبلّغة بواسطة عمّهم وبموجب الوصاية الشرّعية، وبالعودة إلى المذكّرات المنوّه عنها فإنّ المدعو خليل الخطيب هو من قبل التبلّغ عن القاصرين بصفته عمّهم وبموجب وصاية شرعية رقم 332/ للعام 2015 عن المحكمة الشرّعية في التل، وبالعودة لوثيقة الوصاية المذكورة والمرققة بالملف تبين أنّها تتضمّن الإذن للوصي خليل لتوكيل أي شخص أو محامٍ للدّفاع عن حقوق القاصرين فيما يخصّ ويتعلّق بالشركة

العالمية للإنشاء والتعمير وكلّ ما ينشأ أو يتفرّع عن ذلك مع مراعاة أحكام المادة /182/ أحوال شخصية ...

وحيث أنّ الإذن المذكور تضمّن الإذن بالتوكيل وليس الإذن بالتبليغ والخصومة والمحاكمة، علاوة على حصر الإذن بكلّ ما يخصّ أو يتعلّق بالشركة العالمية للإنشاء والتعمير، وحيث أنّ هذه الصفة لا علاقة لها بدعوى البطلان ولا بموضوع التحكيم لعدم علاقة الشركة المذكورة بالتحكيم موضوع طلب الإبطال ممّا يجعل من تبليغ العمّ الوصي باطلاً ولا يرتب آثار التبليغ لعدم الصفة لدى المبلّغ عن القاصرين، وبالتالي فإنّ الحكم الصادر على من لم يُعلن إطلاقاً بصحيفة الدّعى يُعتبر معدوماً وكذا الحكم الصادر على من تمّ إعلانه بإجراء معدوم
 (ألقاعدة 2506 ص 889 مجموعة الحسيني - مدنية أولى 685/605 للعام 1998) ...

وحيث أنّ الخصومة غير صحيحة وبالتالي فالحكم الصادر في خصومة غير صحيحة يُعتبر معدوماً وغير منتج لأيّ أثر لفقدانه ركناً أساسياً وهو الخصومة الصحيحة، ممّا يقتضي قبول دعوى الإنعدام وإعتبار الحكم الإستئنافي موضوعاً معدوماً

وحيث أنّ على المحكمة وبعد إعلان إنعدام الحكم أن تتصدّى مجدداً للموضوع وتبتّ بالنزاع على إعتبار أنّ الدّعى بعد إقرار الإنعدام تبقى قائمة وكذلك النزاع موضوعها لأنّ الحكم الصادر هو والعدم سواء، وبالتالي فإنّ هيئة هذه المحكمة هي التي تتصدّى للبتّ بدعوى البطلان

في دعوى البطلان الموضوعية:

وحيث أنّ الجهة المدّعية وائل عقيل بصفته تقدّم بدعواه طالباً بطلان حكم التحكيم المودع برقم /9/ تاريخ 2016/8/23 ديوان الإستئناف المدني بريف دمشق، وقد تقدّم بهذه الدّعى وكيلاً عنه المحامي الأستاذ فادي عبد الكريم بموجب سند توكيل خاص 1/173 أبيض عن فرع نقابة المحامين بدمشق - أتلل تاريخ 2015/2/18 وفق السند المرفق بالملف والجاري تلاوته في جلسة المحاكمة الأولى بتاريخ 2016/12/4 أمام محكمة الإستئناف المدنية الأولى تحكيم، وبالعودة للسند المذكور فإنّ المدّعي طالب الإنعدام وائل عقيل قد وكّل المحامي ليكون وكيلاً ينوب عنه بالخصومة والمحاكمة مع الحقّ العام والسيد محمّد ماهر الشطة بالدّعى رقم أساس /399/ مستعجل بداية مدنية الثالثة عشر بدمشق وكلّ ما ينشأ أو يتفرّع عن ذلك من دعاوى

وخصومات. وحيث أنّ سند التوكيل المذكور تمّ حصره فقط بموضوع الدّعى /399/ مستعجل وهي تتعلّق بحجز إحتياطي ولا علاقة لها بموضوع دعوى بطلان التّحكيم وأطرافها سيّما وأنها محصورة بالخصومة مع محمّد ماهر الشّطة والحقّ العامّ وإنّ دعوى البطلان قدّمت بمواجهة العديد من الخصوم وليس بمواجهة محمّد ماهر الشّطة فقط وفق ما عليه التّوكيل، ممّا يجعل من هذه الدّعى مقدّمة من غير ذي صفة وبالتالي مستوجبة الرّد شكلاً.

في الحكم:

وحيث أنّ محكمتنا سبق لها وأصدرت القرار /3/ منفردة أساس 36 تحكيم تاريخ 2017/12/20 بموضوع وقف تنفيذ الملفّ التّقيدي 2017/236 وحيث أنّ الدّعى أضحت جاهزة للحكم.

لذلك

تقرّر

بالإتفاق:

1. قبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً.
2. إعلان إنعدام القرار الإستئنافي 9/8 تحكيم ريف دمشق تاريخ 2017/7/26 والحكم بما يلي:
- أ- ردّ دعوى بطلان التّحكيم شكلاً.
- ب- مصادرة بدل التّأمين.

....

....

قراراً صدر بتاريخ 05-06-1439هـ الموافق 21-02-2018 م مبرم علناً.

الرئيس - ندباً	المستشار - ندباً	المستشار - ندباً	المساعد
طه منصور	أمين القسطلاتي	حسان الحلاق	محمد خير الزعبي

رقم 4- دعوى إبطال قرار تحكيمي بعد إنعدام الحكم الذي رد دعوى إبطاله - تقضي المحكمة من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تبين لها مخالفته النظام العام - الحكم المعدوم لا يصحح - صحة الخصومة من النظام العام - عدم صحة التمثيل في الإجراءات والخصومة تبقى مدة دعوى الإبطال مفتوحة لأن ذلك من النظام العام وحكم التحكيم جدير بالإبطال - تدخل الغير المرتبط بموضوع النزاع لا يقبل إلا بموافقة أطراف النزاع والى يكون قرار التحكيم باطلا - المحكم المفوض بالصلاح معفى من التقيد بالأصول والقانون والقواعد غير الإلزامية وليس المتعلقة بالنظام العام.

مع تعليق للمحامي أحمد حداد (سوريا)

إن المحكمة التي تمارس الرقابة على حكم التحكيم ليس لها حدود بحيث يمتد حكمها إلى الواقع والقانون المرتبط بسبب الطعن، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تبين لها أنه خالف النظام العام في سورية.

إن الحكم المعدوم لا يصحح مهما طال عليه الأمر وهو والعدم سواء ولا يترتب عنه أي أثر قانوني ويكفي التمسك بعدم وجوده حتى لا يكون له أثر.

إن دعوى الجهة المدعية في هذه الدعوى تعتبر مقدمة ضمن المدة القانونية كونه لم يتم تبليغها أي سند للحكم أو مذكرة دعوى أصلاً على اعتبار أن الدعاوى الثلاث آنفة الذكر لا يعتد

بها قانونياً وفقاً لما تقدّم وتبقى المدّة بالنسبة إليها مفتوحة لحين تبليغها أصولاً من خلال دعوى مقامة وفقاً للأصول والقانون.

إنّ صحة التمثيل والخصومة من النظام العام وتثيرها المحكمة المعرفة بالمادة 3/ من قانون التحكيم من تلقاء نفسها ممّا يجعل حكم المحكّمين قد يغدو في ظلّ خصومة غير صحيحة وبالتالي فإنّه قابل للبطان.

إذا كان للمتدخّل طلبات مستقلة لا علاقة لها بموضوع النزاع فإنّ تدخّله مرفوضاً رفضاً باتاً لأنّه يخرج عن موضوع النزاع المحدّد بين طرفي النزاع، وأمّا إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع فلا بدّ لقبول تدخّله من موافقة أطراف النزاع جميعاً لأنّ التحكيم قاصر في البدء على أطراف النزاع فقط ولا يجوز توسيعه بحيث يشمل الغير إلاّ إذا قبل أطراف النزاع الأصليين ذلك.

ثابت أنّ المتدخّل يهدف من تدخّله الحكم لنفسه ممّا يجعل طلب تدخّله مرفوضاً وفق ما تقدّم، وحيث أنّ هيئة التحكيم قرّرت قبول طلب التدخّل بالرغم من المعارضة الشديدة في ذلك، ممّا يجعل قرارها مخالفاً للأصول والقانون وجديراً بالإبطال.

إنّ المشرّع عندما أجاز للمتعاقد اللجوء إلى التحكيم وأناط بالمحكّمين أمر القضاء بين الناس إنّما قيدهم عند إصدار حكمهم بأصول بينها لهم وأوجب عليهم مراعاتها بعد أن أعطى لأحكامهم قوّة مماثلة للأحكام الصادرة عن المحاكم العادية وأنّ تلك الواجبات التي حرص عليها المشرّع ترتدي طابع النظام العام وعليه فإنّه يجب ألاّ يفهم من الإعفاء الذي نصّ عليه المشرّع لجهة أنّهم معفون من التقيد بالأصول والقانون كونهم مفوضون بالصّلح من أنّ المحكّم بات مطلق التصرف وغير مقيد بأيّ قيد وإلاّ أصبح الحكم بأهواء المحكّم نفسه ورغباته لا بقواعد العدالة والإنصاف حيث أنّ حقّ المفوض بالصّلح والإعفاء قاصر على القواعد غير الإلزامية، أمّا تلك المتعلقة بالنظام العامّ فهي تُفرض على الخصوم كما تُفرض على المحكّم نفسه الذي يتوجّب عليه التقيد بها ولا يجوز له مخالفتها مطلقاً.

(محكمة الاستئناف المدني في ريف دمشق، قرار رقم 39، تاريخ 2018/12/17)¹

1- هذا الحكم ردّت محكمة النقض دعوى نقضه وحكمها منشور بعده.

.....

أقرار المطلوب إبطاله:

هو القرار المودع لدى ديوان محكمة الإستئناف المدنيّة بريف دمشق برقم /9/ تاريخ 2016/8/23 والصادر عن هيئة التحكيم بتاريخ 2016/6/9 والمؤلفة من القاضي حسام دالاتي - محكم مرجح - والمحامي محمود قصّار - محكم - والمحامي سامي زراد - محكم - والمتضمّن قبول طلب التّدخل شكلاً وقبوله موضوعاً والمتضمّن بإلزام المتحاكم معهما عقيل والخطيب أصالة وإضافة بأن يدفعاً لطالب التحكيم شركة الشطة مبلغ /143218,66/ يورو باللّيرات السّورية وفق سعر الصّرف بتاريخ السّداد مع فائدة تجاريّة وإلزامهما بأن يدفعاً للمتدخّل شركة كحالة مبلغ /1.288.967,97/ يورو باللّيرات السّورية وفق سعر الصّرف بتاريخ السّداد مع فائدة تجاريّة وفق ما هو وارد في حكم المحكمين.

الدّعى: بطلان حكم التحكيم.

أسباب الإستئناف:

في أسباب إبطال حكم المحكمين:

أولاً- الخطأ في الخصومة:

إنّ مهمّة المحكمين محصورة في فصل الخلاف بين طرفي التحكيم فقط وبالتالي فإنّه لا بدّ من موافقة هيئة التحكيم وأطراف التحكيم على التّدخل والإدخال لأنّ المدخل أو المتدخّل ليس طرفاً في إتفاق التحكيم، وأنّ الجهة المدّعية بالبطلان قد أثارت هذه الناحية وعارضت بالإدخال ممّا يجعل قرار هيئة التحكيم حريّ بالإبطال... وباعتبار أنّ صحّة الخصومة من النّظام العام وعلى المحكمة إثارتها عفواً من تلقاء ذاتها وأنّ التّمثيل القانوني هو الذي فرضه القانون وجوباً والوصاية تكون بعد وفاة الولي الجبري ويتمّ تعيينه من قبل القاضي ما لم يكن الأب قبل وفاته قد عينه، وعليه كان على المحكمة أن تتحقّق من صحّة التّمثيل بدون طلب، فالقرار التحكيمي قام بمخاصمة ورثة عمار الخطيب بصفتهم الشّخصية علماً بأنّ المادّة 5/66 شركات إعتبرت الورثة شركاء بحكم المالك الواحد. كما أنّ هيئة المحكمين لم تراعى وجود قصّر بين الورثة ولم يتسنّ لهم

الدفاع عن أنفسهم بصفة شخصية الأمر الذي يتطلب إشراف القاضي الشرعي على ذلك ومنح الإذن اللازم وهذا ما يجعل القرار المطلوب إبطاله ينحدر لدرجة الإنعدام.

ثانياً- المسؤولية على عاتق من وما مقدارها:

إن مسؤولية الشريك في الشركة المحدودة المسؤولية بمقدار حصصه التي يملكها من رأس المال والقرار المطلوب إبطاله قد حمل الجهة الموكلة أكثر مما تملك ودون وجه حق، كما أن المادة /75/ شركات حصرت المسؤولية بالتضامن بين مديري الشركة، إلا أن هيئة التحكيم خالفت القانون عندما إعتبرت ورثة عمار الخطيب الموكلين هم المديرون، كما أن ما نص عليه القرار المطلوب إبطاله لجهة قصر المسؤولية الشخصية والتضامنية على الإلتزامات تجاه الغير هو مخالف للقانون وقواعد العدالة لأن القانون كان صريحاً بإعتباره مسؤولية الشركاء هي بحدود رأس المال.

ثالثاً- في عقد المخالصة:

هيئة التحكيم لم تتأكد من نفاذ المخالصة بواسطة الخبرة الفنية للتأكيد فيما إذا كان الفرقاء قد قاموا بتنفيذ إلتزاماتهم أم لا، خاصة وأن عقد المخالصة المزعوم ليس له تاريخ ثابت ولا يسري بحق الجهة الموكلة وهم هنا من الغير وأن الوكالة الموقع بموجبها على العقد المزعوم ليس له صفة ولا تخول من نسب له التوقيع حق إبرام هذا العقد خاصة وأن الإدارة للفريقين مجتمعين ولا يجوز استخدام الوكالة هنا لأنه لا يجوز للوكيل أن يبيع نفسه.

رابعاً- في الحكم بعملة أجنبية:

هيئة التحكيم حكمت بسداد المبلغ باليورو وهذا غير جائز ويخالف النظام العام.

خامساً- في مخالفات أحكام قانون التحكيم:

هيئة التحكيم لم تذكر جنسية المتدخل عبد الفتاح كحالة وأن عقد المخالصة المزعوم لم تجر عليه التسوية المالية ولم تطلب تحليف طالب التحكيم ولا المتدخل يمين الإستظهار القانونية على إعتبار أن الحقوق المترتبة لهم تتعلق بشركة وبتركة مورث الجهة الموكلة وفق الإجتهد القضائي

المتضمن أنه إذا ادعى أحد على شركة حقاً وأثبتته بالطرق المقررة له يجب على المحكمة أن تحلفه يمين الإستظهار، كما أنّ هيئة التحكيم حكمت على الشريك وائل عقيل بصفة شخصية لمصلحة المتدخل وبطلبات لم يطلبها.

سادساً- في الجهة التي يجب إيداع القرار لديها:

قرار هيئة التحكيم صدر في دمشق ممّا يجعل المحكمة المختصة بنظر دعوى الإكساء وإيداع حكم المحكمين هي محكمة الإستئناف بدمشق.

سابعاً- في مدة التحكيم:

هيئة التحكيم أصدرت قرارها خارج مدة التحكيم المتفق عليها في المادة 18/ من إتفاق التحكيم فالمحكّمين إستلموا المهمة في 2016/3/16 وقبلوا المهمة ومضى شهر ولم يصدر قرار ولم تمدد المدة وإنما تمّ التمهيد بتاريخ 2016/4/20 أي خارج مدة الشهر، والجدير بالتنويه أنّ طلب التّدخل قدّم بتاريخ 2016/5/8 أي خارج مدة التحكيم...

في المناقشة والتطبيق القانوني والحكم:

- حيث أنه وبعد أن تبادل أطراف الدعوى دفوعهما، فقد تمّ الإقرار بصحة الدعوى جملةً وتفصيلاً من قبل المتحاكم معه وائل عقيل، وكان المتحاكم معه عبد الفتاح كحالة قد دفع الدعوى من أنها مستوجبة للردّ شكلاً كونها مقدّمة بعد مضي مهلة السقوط المقررة لرفعها وفق المادة 51 من قانون التحكيم وأنّ الجهة المدّعية تتعمّد تكرار تقديم الدعاوى بذات المطلب من أجل عرقلة وتعطيل تنفيذ القرار التحكيمي حيث أنه سبق لها وأن تقدّمت بدعوى بطلان حكم التحكيم بتاريخ 2016/11/15 والتي إنتهت إلى ردّ دعوى البطلان موضوعاً بالقرار رقم 8 تاريخ 2016/7/26 في الدعوى رقم أساس 9 تحكيم وسبق وأن تقدّمت بدعوى إنعدام القرار السابق والتي إنتهت إلى ردّ دعوى البطلان شكلاً بالقرار رقم 7/13 تحكيم تاريخ 2018/2/21....

- وحيث أنّ الجهة المتحاكم معها قد أنكرت الدعوى التحكيمية ودفعت بأنّ وريثة المرحوم عمار الخطيب لا علم لهم بأيّ إلزام مترتب بزمّة مؤرثهم وأنه لا يوجد تاريخ ثابت لعقد

المخالصة وأنه لا يوجد سبب رئيسي لترتب أي إلتزام وعارضت في طلب التّدخل لعدم الجواز القانوني لأنّ المتدخّل ليس طرفاً في عقد مشاركة التّحكيم وأنه لا علاقة للذمّة الماليّة الخاصّة بمدراء الشّركة بالذمّة الماليّة للشّركة وأنها طلبت إجراء الخبرة الحسابيّة على السجّلات النظاميّة لشركة الشّطة كونها شركة محدودة المسؤوليّة ولديها سجّلات نظاميّة وأنّ المخالصة غير نافذة وهي معلّقة على شرط. وبنتيجه المحاكمة التّحكيميّة أصدرت هيئة التّحكيم قرارها المطلوب إبطاله والمذكور آنفاً.

- وحيث أنّ الجهة المتدخّلة كانت قد أقامت دعوى إكساء حكم المحكّمين صيغة التّفويض وتمّ تبليغ الوكلاء المذكورين الذين كانوا يمثّلون أطراف الدّعوى في دعوى حكم المحكّمين وتمنع الوكلاء عن التبليغ بسبب أنّهم غير وكلاء في هذه الدّعوى الجديدة وكانت الجهة المتدخّلة طالبة الإكساء قد تقدّمت آنذاك بطلب إلى المحكمة لإعتبار التبليغات بحقّ الوكلاء صحيحة وسارية المفعول وعلى ضوء ذلك أصدرت المحكمة قرارها برقم 2/7 تاريخ 2017/2/12 بإعطاء حكم المحكّمين صيغة التّفويض.

وبتاريخ 2016/11/15 أقامت الجهة المتحاكم معها وائل عقيل دعوى بطلان حكم المحكّمين وكانت المحكمة قد قرّرت ردّ دعوى البطلان موضوعاً إستناداً إلى أنّ أسباب البطلان ليست ضمن الأسباب التي عدتها المادة 50/ تحكيم وأنّ هيئة المحكمة سبق لها وأن أصدرت قرارها بإكساء حكم المحكّمين صيغة التّفويض لعدم وجود أيّ مخالفة للنّظام العامّ (قرارها رقم 2/7 تاريخ 2017/2/12) وفق ما هو وارد في قرارها رقم 8/9 تاريخ 2017/7/26.

وبتاريخ 2017/11/8 أقامت الجهة المتحاكم معها كلّ من دعاء وفداء وتيم وربيال ولمار الخطيب دعوى إنعدام بطلان حكم المحكّمين أي إنعدام القرار رقم 8/9 تاريخ 2017/7/26 إستناداً إلى أنّ التّمثيل والخصومة غير صحيحين وأنّ هيئة التّحكيم أصدرت قرارها خارج المهلة المحدّدة قانوناً وأنّ هيئة محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى بريف دمشق وقبلها هيئة التّحكيم لم تحلّف يمين الإستظهار للورثة لتعلّق النزاع بالتركة ولكون عقد المخالصة لم يخضع للتّسوية الماليّة..... وكانت محكمة الإستئناف النّاطرة بدعوى الإنعدام قد أصدرت قرارها بقبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً وإعلان إنعدام القرار الإستئنافي برقم 8/9 تحكيم تاريخ 2017/7/26 والحكم من حيث النّتيجة برّد دعوى بطلان حكم المحكّمين شكلاً، وذلك إستناداً إلى أنّه للمحكمة التّحقّق من صحّة التّمثيل والتي هي من النّظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها علاوة على

أنّ الجهة المدّعية أثارت هذه النقطة لجهة صدور الحكم في الدّعى بحق قاصرين دون تمثيلهم من قبل وصي مأذون من المحكمة فإنّ ذلك يجعل الخصومة غير صحيحة وفق ما إستقرّ عليه إجتهااد محكمة النّقض رقم 2636/2501 غرفة مدنيّة رابعة لعام 2000 وأنّ القاصرين طالبي الإندعام قد تمّت دعوتهم أمام محكمة الإستئناف في دعوى البطلان وتمّ تثبيت غيابهم والسير بحقهم بمثابة الوجاهي على إعتبار أنّ عمّهم خليل الخطيب هو من تقبل التّبلغ عنهم بموجب وصاية تبيّن أنّها فقط فيما يخصّ الشّركة العالميّة للإنشاء والتّعمير وأنّ الإذن الممنوح له هو للتوكيل وليس للتّبلغ والخصومة والمحاكمة وأنّ هذه الصّفة لا علاقة لها بدعوى البطلان ولا بموضوع التّحكيم لعدم علاقة الشّركة المذكورة بالتّحكيم موضوع طلب الإبطال وبالتالي فإنّ تبليغ العمّ الوصيّ باطل ويعتبر بالتالي الحكم معدوماً وغير منتج لأيّ أثر لفقدانه ركناً أساسياً وهو الخصومة الصّحيحة وهذا ما يؤدّي إلى إعتبار الحكم الإستئنافي معدوماً، وبعد ذلك فإنّه يحقّ للمحكمة أن تتصدّى للموضوع وتبتّ بالنزاع على إعتبار أنّ الدّعى بعد إقرار الإندعام تبقى قائمة ولها أن تتصدّى لدعوى البطلان وبإعتبار أنّ مدّعي البطلان وائل عقيل قد تقدّم بدعواه من قبل المحامي فادي عبد الكريم بموجب الوكالة رقم 1/173 أبيض تاريخ 2015/2/18 وهذا التوكيل محصور مع الحقّ العام وماهر الشّطة بالدّعى رقم أساس 399 مستعجل وأمام محكمة البداية المدنيّة الثالثة عشرة بدمشق أي أنّ التوكيل المذكور محصور بالدّعى المذكورة وأنّ الدّعى قدّمت بمواجهة العديد من الخصوم وليس بمواجهة ماهر الشّطة ممّا يجعل هذه الدّعى مقدّمة من غير ذي صفة ومستوجبة للردّ شكلاً....

وبناءً على ما تقدّم أقامت الجهة المدّعية في هذه الدّعى طالبة إبطال حكم المحكّمين للأسباب المذكورة آنفاً.

وحيث أنّه وفقاً للمعطيات المذكورة آنفاً لا بدّ من إعطاء الوصف والتّكييف القانوني لحقوق الجهة المدّعية في أحقيّتها بإقامة هذه الدّعى.

وحيث أنّه يتمتع على محكمة الإستئناف المدنيّة عند النّظر في دعوى بطلان حكم التّحكيم مراجعة الحكم من حيث موضوعه، ولا يدخل ضمن سلطتها أيضاً بحث الخطأ في تطبيق القانون والخطأ في تفسير الوقائع والأدلة المنسوبة إلى المحكّمين. وإنّما لها من أجل التوصل إلى الفصل في دعوى البطلان أن تفحص مجموعة العناصر الواقعيّة والقانونيّة التي يمكن أن تتشكّل سبباً من أسباب البطلان، ولها أيضاً في ضوء أسباب الطّعن أن تفسّر إتفاق التّحكيم لمعرفة مدى خروج

هيئة التحكيم عنه أو فصلها في مسألة لا يشملها إتفاق التحكيم، أو عدم شمول إتفاق التحكيم لموضوع النزاع لأن المحكمة التي تمارس الرقابة على حكم التحكيم ليس لها حدود بحيث يمتد حكمها إلى الواقع والقانون المرتبط بسبب الطعن، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تبين لها أنه خالف النظام العام في سورية، حتى ولو كان المدعي قد إستند في دعواه إلى سبب آخر لا يؤدي إلى بطلان الحكم....

(أشّرح الكامل لقانون التحكيم للقاضي المستشار أنس الكيلاني - ألكتاب الأول - صفحة 1089 طبعة عام 2013)

وحيث أنه ثابت من خلال الملفات القضائية المضمومة لهذه الدعوى أنّ دعوة إكساء حكم المحكّمين صيغة التنفيذ المُقامة من المتدخّل في حكم المحكّمين أمدعو عبد الفتاح كحالة قد أُقيمت بمواجهة بقية أطراف تلك الدعوى بواسطة وكلائهم القانونيين في دعوى حكم المحكّمين المطلوب إكساء حكمهم، وحيث أنّ دعوى إكساء حكم المحكّمين هي بمثابة دعوى جديدة أي أنه لا بدّ من تبليغ المدعى عليهم بالإكساء بصفتهم الشخصية وإضافة.... وهذا لم يتمّ قانوناً، حيث تمّ تبليغ الوكلاء الذين بدورهم رفضوا التبليغ كونهم غير وكلاء في دعوى الإكساء، وعندما تبين لمدعي الإكساء هذا الخطأ القانوني فقد تقدّم بطلب إلى المحكمة لإعتبار أنّ تبليغ الوكلاء صحيح ولم يبتّ بطلبه، وبالرغم من ذلك فإنّ محكمة الإكساء أصدرت قرارها برقم 2/7 تاريخ 2017/2/12 وإعتبرت المحكمة وبشكل ضمني أنّ التبليغات للوكلاء صحيحة مخالفة بذلك الأصول والقانون وهذا ما يجعل حكم الإكساء يغدو قد صدر في ظلّ خصومة غير صحيحة وبالتالي فإنّه يغدو باطلاً بطلاناً مطلقاً ويُعتبر بحكم المعدم كونه لم يتمّ دعوة بقية أطراف المدعى عليهم بدعوى الإكساء كون ذلك من النظام العام وهو حقّ رعاه الدستور وصانه القانون. وحيث أنّ الحكم المعدم لا يُصحّ مهما طال عليه الأمر وهو والعدم سواء ولا يترتّب أي أثر قانوني وكفي التمسك بعدم وجوده حتى لا يكون له أثر..... وعليه ووفق ما تقدّم فإنّ حكم إكساء حكم المحكّمين يغدو غير موجود قانونياً وبالتالي فإنّ حكم المحكّمين يغدو في هذه الحالة لم يتمّ إكساؤه صيغة التنفيذ على الوضع الراهن.

وحيث أنه وبتاريخ 2016/11/15 أقام المتحاكم معه وائل عقيل أصالة وإضافة دعوى بطلان حكم المحكّمين وبمواجهة بقية أطراف حكم المحكّمين وإستناداً إلى أنّ مهمّة المحكّمين محصورة في فصل الخلاف بين طرفي التحكيم فقط ولا يجوز أن يتعدّها لغير ذلك، وأنّ قبول

طلب التدخّل غير موافق للأصول والقانون، وأنّه يوجد قُصّر من ورثة عمار الخطيب وأنّه كان يستوجب أن تكون خصومتهم تحت إشراف القاضي الشرعي و... و... وبعد المحاكمة في هذه الدّعى (دعوى بطلان حكم المحكّمين) أصدرت المحكمة قراراً برقم 8/9 تاريخ 2017/7/26 برّد دعوى البطلان موضوعاً لعدم وجود أي مخالفة للنظام العام ولكون أنّه سبق لها أن أصدرت قرارها برقم 2/7 تاريخ 2017/2/12 المتضمّن إكساء حكم المحكّمين صيغة التنفيذ.

وحيث أنّ اعتماد المحكمة المذكورة في قرارها على أنّه يوجد قرار بإكساء حكم المحكّمين صيغة التنفيذ هو في غير محلّه القانوني كون قرار الإكساء صدر دون دعوة الخصوم أصولاً وفق ما تمّ بيانه آنفاً.... ممّا يجعل القرار المذكور من حيث المبدأ يغدو قد صدر في غير محلّه القانوني ومخالفاً للأصول والقانون، ولقاء ذلك أقامت الجهة المتحاكم معها (بعض ورثة المرحوم عمار الخطيب وهم دعاء وفداء وتيم وريبال ولمار الخطيب) دعوى إنعدام حكم المحكّمين والمنصبّ على القرار آنف الذكر 8/9 تاريخ 2017/7/26 وذلك إستناداً للأسباب المذكورة آنفاً....

وبنتيجة المحاكمة أصدرت المحكمة قراراً برقم 7/13 تاريخ 2018/2/21 بقبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً وإعلان إنعدام القرار 9/8 تاريخ 2017/7/26 (المتعلّق بدعوى بطلان حكم المحكّمين) والحكم برّد دعوى بطلان حكم المحكّمين شكلاً غير موجود إستناداً إلى أنّ وكالة المحامي فادي عبد الكريم لا تخوّله إقامة دعوى البطلان كون الخصومة فيها محصورة في دعوى كانت منظورة أمام محكمة البداية المدنيّة الثالثة عشرة بدمشق برقم 399... الخ، وفق ما ورد في القرار رقم 7/13 تاريخ 2018/2/21.... وهذا ما يفيد أنّ الخصومة في هذه الدّعى (دعوى بطلان حكم المحكّمين) غير صحيحة إستناداً لما سبق.

وحيث أنّه من الرّجوع إلى سند التوكيل برقم 1/173 أبيض تاريخ 2015/2/18 والتي إعتبرت المحكمة أنّ التمثيل والخصومة بموجبه غير صحيح، فإننا نجده هو نفسه سند التوكيل المبرز في دعوى التّحكيم وكانت هيئة التّحكيم قد إعتدته في حكمها وكان عليها أن لا تعتمد ممّا يجعل قرارها مخالفاً للأصول والقانون على إعتبار أنّ صحّة التّمثيل من النظام العام وتثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

كما أنّ محكمة الإستئناف النّاطرة في دعوى إنعدام بطلان حكم المحكّمين قد إعتدت في حكمها على بطلان دعوة القاصرين وتبليغهم كون الإذن الممنوح للوصي عنهم عمّهم خليل

الخطيب هو للتوكيل وليس للتبليغ والخصومة والمحاكمة، وهذا يفيد أيضاً أن اعتماد حكم المحكمين على وكالة العم المذكور بموجب الوكالة رقم 1/174 أبيض تاريخ 2015/2/18 يغدو في غير محلّه القانوني وبالتالي فإنّ قبول تلك الوكالة يغدو مخالفاً للأصول والقانون وبالتالي فإنّ الحكم المذكور يغدو في هذه الحالة قد صدر في ظلّ خصومة غير صحيحة... وحيث أنّ صحّة التمثيل والخصومة من النظام العام وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها، ممّا يجعل حكم المحكمين في هذه الحالة يغدو جديراً بالإبطال، خاصّة وأنّ الدّفع بهذا البطلان تمّ ممّن شرّع لمصلحته وهم الورثة القُصّر في هذه الدّعى وحيث أنّه بإعلان إنعدام القرار رقم 8/9 تاريخ 2017/7/26 وباعتبار أنّ قرار إكساء حكم المحكمين كان قد صدر بشكل مخالف للأصول والقانون ومن ثمّ الحكم بردّ دعوى بطلان حكم المحكمين شكلاً بسبب أنّ سند التوكيل عن الورثة القُصّر للمرحوم عمار الخطيب فإنّ ذلك يفيد أنّ كافّة الإجراءات الجارية في الدّعى المذكورة باطلة ولا يعتدّ بها، وعليه فإنّ دعوى الجهة المدّعية في هذه الدّعى تعتبر مقدّمة ضمن المدّة القانونيّة كونه لم يتمّ تبليغها أيّ سند للحكم أو مذكرة دعوى أصلاً على اعتبار أنّ الدعاوى الثلاث آتفة الذكر لا يعتد بها قانونياً وفقاً لما تقدّم وتبقي المدة بالنسبة إليها مفتوحة لحين تبليغها أصولاً من خلال دعوى مقامة وفقاً للأصول والقانون وإضافة لما تقدّم أيضاً فإنّ القرار رقم 7/13 تاريخ 2018/2/21 والذي قضى من حيث النتيجة ردّ دعوى بطلان حكم المحكمين شكلاً وفق لما تقدم، فإنّ هذه الدعوى أيضاً تمت وفق إجراءات باطلة وغير صحيحة بسبب أنّ أحد أطراف الدعوى هو موفق الخطيب (والد المؤرث عمار الخطيب فإنّه توفي في 2017/12/24، في حين أنّ القرار المذكور 7/13 صدر بتاريخ 2018/2/21 أي في ظلّ كان أحد أطرافها متوفياً وبالتالي فإنّه كان يستوجب دعوة ورثته أصولاً، وهذا ما لم يتمّ ممّا يجعل القرار المذكور 7/13 يغدو قد صدر في ظلّ خصومة غير صحيحة وبالتالي فإنّ كافّة الإجراءات الجارية بموجبه تعتبر باطلة ولا يعتدّ بها.

وحيث أنّه من الرّجوع إلى إضبارة حكم المحكمين فإنّنا نجد أنّ خصومة ورثة المرحوم عمار الخطيب قد تمّت دون وجود أيّة وثيقة حصر إرث شرعي للمذكور، وعليه فإنّ هيئة هذه المحكمة كلّفت الجهة المدّعية بجلسة 2018/11/11 لإبراز حصر إرث شرعي للمرحوم عمار الخطيب وبعد أن أبرز حصر إرث المذكور فقد تبين من خلاله أنّ المرحوم عمار توفي في 2014/7/10 الساعة 2:10 وأنه وبنفس اليوم توفي ابنه المرحوم إسراء في الساعة 2:30 وهذا يفيد أنّ الدّعى التّحكيمية على ورثة عمار الخطيب كان يستوجب أن تقام أصالة وإضافة لتركه

المرحومين عمار وإسراء وليس عمار فقط، ممّا يجعل صحّة التمثيل والخصومة غير صحيحة في دعوى حكم المحكّمين وحيث أنّ صحّة التمثيل والخصومة من النّظام العام وتثيرها المحكمة المعرفة بالمادّة 3/ من قانون التّحكيم من تلقاء نفسها ممّا يجعل حكم المحكّمين قد يغدو في ظلّ خصومة غير صحيحة وبالتالي فإنّه قابل للبطلان لهذا السّبب أيضاً.

وحيث أنّ طالب التّدخل في دعوى المحكّمين يطلب الحكم له وليس منضماً لأحد أطراف دعوى المحكّمين.

وحيث أنّ الفقه القضائي أكّد أنّه إذا طلب الغير التّدخل في النزاع أمام هيئة التّحكيم لوجود علاقة له في موضوع النزاع فإنّه يجب أن يتمّ التّمييز بين حالتين: حالة ما إذا كان يطلب فيه التّدخل لجانب أحد أطراف النزاع أو أنّه يطالب بحقوق خاصّة له، ففي الحالة الأولى لا يوجد ما يمنع ذلك لأنّه يستفيد من الحكم الذي يصدر لصالح الطّرف الذي ينضمّ إليه دون أن تتضرّر مصالح الطّرف الآخر وتبقى العلاقة التي بينه وبين من تّدخل بجانبه خاصّة بهما ولا علاقة للتّحكيم بها.

أمّا إذا كان للمتدخّل طلبات مستقلّة لا علاقة لها بموضوع النزاع فإنّ تّدخله مرفوض رفضاً باتاً لأنّه يخرج عن موضوع النزاع المحدّد بين طرفي النزاع، وأمّا إذا كان مرتبطاً بموضوع النزاع فلا بدّ لقبول تّدخله من موافقة أطراف النزاع جميعاً لأنّ التّحكيم قاصر في البدء على أطراف النزاع فقط ولا يجوز توسيعه بحيث يشمل الغير إلّا إذا قبل أطراف النزاع الأصليين ذلك (يراجع الشّرح الكامل لقانون التّحكيم للقاضي المستشار أنس الكيلاني صفحة 429 تحت عنوان الإدخال والمتدخّل في خصومة التّحكيم).

وحيث أنّه ثابت أنّ المتدخّل يهدف من تّدخله الحكم لنفسه ممّا يجعل طلب تّدخله مرفوضاً وفق ما تقدّم، وحيث أنّ هيئة التّحكيم قرّرت قبول طلب التّدخل بالرغم من المعارضة الشّديدة في ذلك، ممّا يجعل قرارها مخالفاً للأصول والقانون وجديراً بالإبطال لهذا السّبب أيضاً.

وحيث أنّه ووفق ما تقدّم يتّضح وجود عدّة حالات بطلان في حكم المحكّمين ومنها ما يتعلّق بالنّظام العام وبالتالي فإنّه يجوز لكلّ ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. وأمّا بالنسبة لموضوع النزاع فلا يجوز البحث فيه من خلال هذه الدّعوى...

وحيث أنّ المادة/50/ فقرة/ز/ من قانون التّحكيم رقم/2008/4/ قد حدّدت من أسباب البطلان ومنها: إذا وقع البطلان في حكم المحكّمين أي إذا كانت إجراءات التّحكيم باطلة بطلاناً أثر بالتّحكيم أو إذا تضمّن ما يخالف النّظام العام في سورية. وحيث أنّ هذه الحالة الأخيرة تقضي بها المحكمة من تلقاء نفسها،

وحيث أنّ المشرّع عندما أجاز للمتعاقد اللّجوء إلى التّحكيم وأناط بالمحكّمين أمر القضاء بين النّاس إنّما قيدهم عند إصدار حكمهم بأصول بيّنها لهم وأوجب عليهم مراعاتها بعد أن أعطى لأحكامهم قوّة مماثلة للأحكام الصّادرة عن المحاكم العاديّة وأنّ تلك الواجبات التي حرص عليها المشرّع ترتدي طابع النّظام العام وعليه فإنّه يجب ألاّ يفهم من الإعفاء الذي نصّ عليه المشرّع لجهة أنّهم معفون من التّقيد بالأصول والقانون كونهم مفوضون بالصّح من أنّ المحكّم بات مطلق التصرّف وغير مقيد بأي قيد وإلاّ أصبح الحكم بأهواء المحكّم نفسه ورغباته لا بقواعد العدالة والإنصاف حيث أنّ حقّ المفوض بالصّح والإعفاء قاصر على القواعد غير الإلزاميّة، أمّا تلك المتعلقة بالنّظام العام فهي تُفرض على الخصوم كما تُفرض على المحكّم نفسه الذي يتوجّب عليه التّقيد بها ولا يجوز له مخالفتها مطلقاً.

في الردّ على المخالفة:

إنّ دعوى بطلان حكم المحكّمين تعتبر مقدّمة ضمن المدّة القانونيّة وذلك بإعتبار أنّ حكم المحكّمين لم يتمّ تبليغه إلى المطلوب المتحاكم معهم وأنّ صدوره وجاهياً لا يغني عن وجوب التّبليغ وفق المادة 286 أصول محاكمات، كما أنّ دعوى الإكساء لم يتمّ تبليغها إلى المتحاكم معهم بإعتبارها دعوى مبتدأة وقد تمّ بحث ذلك في حيثيات القرار، كما أنّ إقامة دعوى الإكساء تمّت بعد أن تمّ تقرير إنعدام الدّعاوى السّابقة لها خاصّة بعد أن ثبت وجود أطراف قُصر في الدّعى إضافة إلى أنّه يوجد طرف غير مخاصم لا في دعوى التّحكيم ولا في دعوى الإكساء كما هو موضوع في حيثيات القرار، وهذا ردّاً على ما جاء في مخالفة الرّميل.

وحيث أنّ أطراف الدّعى كرّروا أقوالهم وختموها وأصبحت الدّعى جاهزة للفصل.

لذلك**تقرّر**

تقرّر بالأكثرية ما يلي:

إعلان بطلان الحكم التحكيمي موضوع هذه الدعوى الصادرة عن هيئة التحكيم بتاريخ 2016/6/9 والمؤلفة من القاضي حسام الدالاتي والمحامين محمد قصار وسامي زراد المودع لدى ديوان محكمة إستئناف المدينة بريف دمشق برقم /9/ تاريخ 2018/8/23 وإعتبره كأن لم يكن.

تضمنين المدعى عليهم الرسوم والمصاريف والأتعاب.

قراراً صدر بتاريخ 1440-04-08 هـ الموافق 2018-12-17م قابلاً للطعن حسب الأصول.

المساعد	المستشار	المستشار	الرئيس - ندباً
محمد خير الزعبي	أنس الشامي	عثمان سودان	محمد ماهر العلبي

الرأي المخالف

إنني أخالف الأكثرية الفاضلة فيما وصلت إليه من قرار وأرى ردّ دعوى بطلان حكم المحكمين المودع ديوان محكمة الإستئناف المدينة بريف دمشق برقم 9 تاريخ 2016/8/23 والصادر عن هيئة التحكيم بتاريخ 2016/6/9 والمؤلفة من القاضي حسام الدالاتي محكماً مرجحاً والمحامي محمود قصار محكماً والمحامي سامي زراد محكماً للأسباب التالية:

1. إنّ دعوى البطلان المقامة من الجهة المدّعية طالبة الإبطال مقدّمة خارج المدّة القانونيّة لأنّ حكم المحكمين صدر وجاهياً بحقّ طرفيه وبالتالي تفهّم الطرفين مضمونه أصولاً وتبدأ مدّة إقامة دعوى البطلان من اليوم الذي يلي صدور القرار، ودعوى البطلان مقدّمة بتاريخ 2016/11/15 أي خارج المدّة القانونيّة المنصوص عنها بالمادّة 52 من القانون رقم 4 لعام 2008.

2. من حيث الموضوع فإنّ حكم المحكّمين قام بتثبيت مخالصة (مخالصة) جرت بين طرفي إتفاق التحكيم المبرم بينهما بعام 2010 وهذه المخالصة حصلت بتاريخ 2011/9/27 ورضي طرفي العقد به وليس الأساسي المبرم بين الطرفين المؤرّخ في 2010 بأن تكون شركة عبد الفتاح كحالة طرفاً فيه، وبالتالي رتبت حقوقاً لشركة كحالة وبالتالي فإنّ تدخلها بالتحكيم صحيح باعتبار أنّ عقد المخالصة رتب حقوقاً لها وتدخلها كان أصولياً وأسباب البطلان المثارة لا تنال من قرار حكم المحكّمين أعلاه.

وهذه مخالفتي بكلّ تواضع

2018/12/17

المستشار

أنس الشامي

رقم 5- طلب نقض - وكالة لا تجيز التحكيم - عدم صحة التمثيل في الدعوى التحكيمية - بعض الأطراف غير ممثلين في الدعوى - عدم صحة التمثيل والحقوق - دعوى الإنعدام تكون مقبولة لأن التمثيل كان في غير محله - نظام عام - عدم جواز التدخل الهجومي في دعوى التحكيم إلا بموافقة أطراف النزاع - حكم التحكيم باطل - رفض الطعن بالنقض.

مع تعليق للمحامي أحمد حداد (سوريا)

عدم التوكيل عن الورثة إنما يجعل القرار معتلاً في شكلياته ومما تجدر الإشارة إليه فإن كافة الإجراءات الجارية في الدعوى تعتبر باطلة ولا يعتد بها لأن ما بُني على باطل فالبطلان هو الواجب التطبيق عليه.

إن القرار الإستئنافي رقم 7/13 تاريخ 2018/2/21 وما تطرق إليه القرار المطعون فيه من أسباب تجانب الصواب، يكون قراره في غير محله القانوني بإعتبار أن موفق الخطيب كان قد توفي في 2017/11/24 وأن القرار المذكور قد صدر في 2018/2/21 وهذا يجعل القرار صادراً في خصومة غير صحيحة ومعتلة إذ كان يجب على مُصدرة القرار المذكور دعوة الورثة أصولاً حتى يتم التصحيح والسير في إجراءات متوافقة مع الأصول.

إن قبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً والحكم برّد البطلان إستناداً إلى أن وكالة فادي عبد الكريم لا تخوله إقامة دعوى البطلان كون الخصومة فيها محصورة في دعوى القضاء المستعجل رقم 399 المنظورة أمام محكمة البداية المدنية الثالثة عشرة بدمشق، فهذا يعني وتبعاً لذلك بأن الخصومة في الدعوى التحكيمية غير صحيحة، أضف إلى ذلك أن سند التوكيل

رقم 1/173 تاريخ 2015/2/18 والذي إعتبرت المحكمة وعلى أثره بأن التمثيل والخصومة غير صحيح... فهو نفسه سند التوكيل في دعوى التحكيم وهذا يعني أيضاً بأن التمثيل آنذاك كان في غير محله.

إنّ مُصدرة القرار الطعين كانت قد فرقت بين التدخّل الإيضامّي والتدخّل الخصامي الهجومي، وحيث أنّ الأوّل يتعلّق بالطلب إلى جانب أحد أطراف النزاع في حين أنّ التدخّل الثاني متعلّق بطلب الحكم لنفسه وبمواجهة الطرفين كتدخّل صاحب اليد في دعوى إسترداد الحيازة أو المشتري في دعوى إستحقاق العين، وحيث أنّه وبإعتبار أنّ التدخّل واقع في قضية تحكيمية، وحيث أنّ ذلك يبقى قاصراً في البدء على أطراف النزاع ولا يجوز توسيعه بحيث يشمل الغير إلاّ إذا قبل أطراف النزاع.

(محكمة النقض، قرار رقم 134، تاريخ 2019/4/24)

.....

.....

أقرار المطعون فيه:

صادر عن محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى بريف دمشق رقم /39/ تحكيم أساس /31/ تاريخ 2018/12/17 والمتضمّن إعلان بطلان الحكم التحكيمي... الخ.

أسباب الطعن:

1) طعن عبد الفتاح كحالة أصالة عن نفسه وبصفته مديراً مفوضاً بالتوقيع عن شركة كحالة المحدودة المسؤولية:

1- إنّ القرار المطعون فيه كان قد أعدم ثلاثة قرارات إستئنافية صادرة عن نفس المحكمة من أجل تبرير قبول دعوى البطلان المقدّمة خارج المدة القانونيّة.

2- إنّ دعوى البطلان مقدّمة خارج المدة القانونيّة وأنّ مقولة المحكمة بأنّ المدة أصبحت مفتوحة فإنّ هذا القول في غير محله لأنّه مخالف لتبليغ محامي الجهة

المدعية طالبة البطلان وحكم المحكمين مع إستدعاء الإكساء صيغة التنفيذ، وهل أصبح تبليغ الوصي يحتاج إلى إذن خاص بالتبليغ وإن ردّ دعوى البطلان شكلاً إنّما يثبت بما لا يدعو مجالاً للشك بأن واقعة التبليغ قد وقعت صحيحة منذ تاريخ تقديم الدعوى.

3- من خلال قراءة وتحليل القرار المطعون فيه يُتوصّل إلى صحّة تدخل شركة كحالة لأنها لم تُطالب بمبالغ خاصّة بها علماً بأنّ شركة الشطة كانت قد طالبت بكامل المبالغ موضوع المخالصة وأقرت بأنّ جزءاً من المبلغ هو لشركة الكحالة.

4- إنّ مخالفة المستشار الشامي جاءت واضحة وأكّدت على أنّ الدعوى مبتدئة مقدّمة خارج المدّة القانونيّة وفق التعليل المبيّن فيها.

5- إنّ المحكوم عليه خليل الخطيب كان قد تلاعب بالمحكمة وجنح إلى تضليلها لأنّ الوصي والولي والوكيل والقيم مع كافّة ورثة عمار وموفق الخطيب يقيمون في نفس المنزل علماً بأنّ خليل هو الذي نظم كافّة الوكالات بالنيابة عن ورثة شقيقه عمار الخطيب.

6- إنّ الوكالات صحيحة وكذلك التمثيل خاصّة وأنّ التوكيل قد تمّ بموجب الوصاية وقد تحققت هيئة التحكيم من ذلك ومضت في إجراءاتها، أمّا وأن يكون التوكيل قد إستند إلى إذن غير دقيق فهذا أمر يقع على مسؤوليّة من حرّر الوكالة ويمكن للورثة وفي هذه الحالة إقامة دعوى التنصل من دفوع الوكيل وتمثيله له.

7- إنّ جنوح القرار المطعون فيه وإصداره وفق الصيغة المبيّنة إنّما يعطي السّلطة المطلقة لأي هيئة قضائيّة بالتعدي على قرار التحكيم والذي لا يجوز لتلك السّلطة أمسّ بموضوعه وإلغائه وهذا بحدّ ذاته إنّما يشكّل سابقة تجاه مؤسسة العدل والإنصاف.

2) طعن سوزان حسن الجدوع أصالة عن نفسها وإضافة لتركه مورثها عمار موفق الخطيب وبصفته مفوضاً بالتوقيع عن شركة البراء للتطوير العقاري المحدودة المسؤولية:

1- إنّ القرار المطعون فيه لم يناقش كافة أسباب الدّعى وكان عليه أن يُبطل حكم المحكّمين لكافة الأسباب وليس لبعضها لأنّ الجهة المتحاكم معها كانت قد أنكرت الدّعى التّحكيمية ولا علم لها بأيّ إلزام مترتّب بدمّة مورثها إضافة إلى أنّه لا يجوز قبول طلب التدخّل لأنّه غير موافق للأصول والقانون حيال وجود قُصّر من ورثة عمار الخطيب لأنّ خصومتهم يجب أن تكون تحت إشراف القاضي الشرعي إضافة إلى أنّ الخبرة الفنيّة حول توقيع عمار الخطيب قد جرت على صورة وليس على الأصل وأيضاً أنّ الوكالة العامّة المنظّمة من وائل عقيل إلى عمار الخطيب والمؤرّخة في 2010/10/20 والتي هي صورة طبق الأصل والمبرزة لدى هيئة التّحكيم بجلسة 2016/4/18 فقد كان على الهيئة رفض هذه الوكالة إلّا بعد أن تكون مصدّقة حديثاً لأنّه تبين فيما بعد بأنّ الوكالة قد جرى عليها العزل بتاريخ 2013/4/24 وفق ما هو ثابت بالأوراق المبرزة.

في القانون:

حيث تبين بأنّ طعون الطرفين وفق ما هو مبين في الأسباب المذكورة آنفاً إنّما تهدف إلى نقض القرار الصّادر عن محكمة الإستئناف المدنيّة الأولى في ريف دمشق والذي قضى من حيث النّتيجة بإعلان بطلان القرار التّحكيمي الصّادر عن هيئة التّحكيم بتاريخ 2016/6/9 والمؤلّفة من القاضي حسام الدالاتي والمحامين محمد قصار وسامي زراد وذلك نظراً للمثالب الواقعة على القرار المطعون فيه وفق ما هو مبين بالأسباب المذكورة أعلاه.

وحيث أنّ الجهة الطّاعنة ممثّلة بسوزان جدوع أصالة وإضافة كانت قد طالبت بوجوب الحكم بالبطلان.

وحيث أنّ مُصدّرة القرار الطّعين كانت قد قضت بذلك إلّا إنّها دفعت بوجوب أن يكون البطلان معتمداً على كافة الأسباب المثارة من قبلها، وحيث أنّه وباعتبار أنّ مناط تقديم الطّعن وجوب توافر الصّفة والمصلحة وحيث إنّ كانت الصّفة متوافرة لدى المذكورة إلّا أنّ المصلحة

تغدو بعيدة عن متناول الطَّلب بإعتبار أنّ الحكم ومن حيث النَّتيجة قد صدر لصالحها وفق مطلوبها ولا يسعها إن كان الحكم بناءً على سبب مبطل واحد أو عدّة أسباب طالما أنّ النَّتيجة والغاية التي ترجوها قد تحقّقت مثله في ذلك مثل النّقض للسبب الواحد ممّا يدعو المحكمة إلى عدم الجدوى في البحث بباقي الأسباب وإتاحة المجال للطرفين بالبحث بها أمام محكمة الموضوع وهذا إن دلّ على شيء فإنّما يدلّ على أنّ الطّعن المذكور هو من قبيل الجدل البيزنطي والبعيد عن المنطق القانوني المُعتمد، الأمر الذي يجعل أسباب الطّعن لا ترد على القرار الطّعين لما سبق بيانه.

وحيث أنّ الجهة الطّاعنة ممثلة بالمدعو عبد الفتاح كحالة أصالة وإضافة.. كانت قد أثارَت عدّة أسباب للطّعن بالقرار موضوع الملف، وحيث أنّه ومن الرّجوع إليه فقد تبين بأنّ القرار المطعون فيه كان قد بحث وتطرّق إلى عدد من القرارات القضائيّة إلى أن أصدر قراره الملمّح إليه، وحيث أنّه وعندما بحث في وقائع دعوى الإكساء وجنح إلى بطلانها فإنّ عدم دعوة باقي المدعى عليهم والحكم بدونهم إنّما يجعل القرار المذكور وبمواجهة من لم تتمّ دعوته.. معدوماً وهذا ما يُعتبر ذلك من متعلقات النّظام العام لأنّه والعدم سواء ولا يصحّ مهما طال الزّمن عليه.

وحيث إنّهُ وعندما تطرّق إلى القرار رقم 8/9 تاريخ 2017/7/26 فإنّ عللّ البطلان التي إعتدتها تكون متوافقة مع حكم القانون لأنّ عدم التّوكيل عن الورثة إنّما يجعل القرار معتلاً في شكليّاته وممّا تجدر الإشارة إليه فإنّ كافّة الإجراءات الجارية في الدّعوى تُعتبر باطلة ولا يعتدّ بها لأنّ ما بُني على باطل فالبطلان هو الواجب التّطبيق عليه من حيث النَّتيجة.

وحيث أنّ القرار الإستئنافي رقم 7/13 تاريخ 2018/2/21 وما تطرّق إليه القرار المطعون فيه من أسباب تجانب الصّواب، يكون قراره في محلّه القانوني بإعتبار أنّ موفق الخطيب كان قد توفّي في 2017/11/24 إنّ القرار المذكور قد صدر في 2018/2/21 وهذا يجعل القرار صادراً في خصومة غير صحيحة ومعتلة إذ كان على مُصدّرة القرار المذكور دعوة الورثة أصولاً حتى يتمّ التّصحيح والسّير في إجراءات متوافقة مع الأصول إضافةً إلى أنّه قد تمّ تكليف صاحب المصلحة بإبراز حصر إرث شرعي للمرحوم عمار الخطيب والذي تبين أنّه متوفّي في 2014/7/10 السّاعة 2.10 وبنفس اليوم توفّي المرحوم إثرأء في السّاعة 2.30 وهذا يعني أنّ الدّعوى التّحكيمية يجب أن تُقام أصالة وإضافة لتركّة عمار وإثراء وليس عمار

وحده فقط وبالتالي فإنّ التصويب على ذلك البطلان في صحّة الخصومة من قبَل مُصدرة القرار الطّعين وعلى القرار السّالف الذّكر يكون في محلّه القانوني ولا تثريب على ما قرّرتّه بهذا الشّأن.

وعود على بدء فإنّ قبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً والحكم بردّ البطلان إستناداً إلى أنّ وكالة فادي عبد الكريم لا تحوّله إقامة دعوى البطلان كون الخصومة فيها محصورة في دعوى القضاء المستعجل رقم 399 المنظورة أمام محكمة البداية المدنيّة الثالثة عشرة بدمشق، فهذا يعني وتبعاً لذلك بأنّ الخصومة في الدّعوى التّحكيمية غير صحيحة، أضف إلى ذلك أنّ سند التّوكيل رقم 1/173 تاريخ 2015/2/18 والذي إعتبرت المحكمة وعلى إثره بأنّ التّمثيل والخصومة غير صحيح.. فهو نفسه سند التّوكيل في دعوى التّحكيم وهذا يعني أيضاً بأنّ التّمثيل آنذاك كان في غير محلّه.

وحيث أنّ مُصدرة القرار الطّعين كانت قد فرقت بين التّدخل الإنضمامي والتّدخل الخصامي الهجومي، وحيث أنّ واقع الأوّل يتعلّق بالطلب إلى جانب أحد أطراف النزاع في حين أنّ التّدخل الثّاني متعلّق بطلب الحكم لنفسه وبمواجهة الطّرفين كتّدخل صاحب اليد في دعوى إسترداد الحيازة أو المشتري في دعوى إستحقاق العين، وحيث أنّه وبإعتبار أنّ التّدخل واقع في قضية تحكيمية، وحيث أنّ ذلك يبقى قاصراً في البدء على أطراف النزاع ولا يجوز توسيعه بحيث يشمل الغير إلّا إذا قبل أطراف النزاع وحيث أنّه قد ثبت بأنّ المتدخّل إنّما يهدف من تدخّله، الحكم لنفسه ممّا يجعل طلبه مرفوض وفي غير محلّه لأنّ ذلك مقامه دعوى مبتدئة إذ يجب أن تقدّم على حدة وبالتالي فإنّ قبول التّدخل بالرّغم من الممانعة إنّما يضيف إلى الإبطال سبباً آخر. وحيث أنّه وحيال ما سبق بيانه فإنّ طعن عبد الفتاح كحالة وبالصفة التي تقدّم بها إنّما يوجب رفضه أيضاً إلى جانب طعن سوزان الجدوع نظراً لحسن الإستدلال وسلامة التّقدير فيما خلص إليه القرار المطعون فيه.

لذلك

تقرّر بالإجماع

- 1- رفض الطّعين موضوعاً.
- 2- مصادرة التّأمينات لصالح الخزينة العامّة.

3- تضمين كلّ طاعن رسوم ومصاريف طعنه.

4- إعادة الملف إلى مرجعه أصولاً.

قراراً صدر في 1440/8/19 هجري الموافق 2019/4/24 ميلادي.

الرئيس
مروان الأسود

المستشار
هند رزق سلوم

المستشار
بشار عربي

تعليق المحامي أحمد حدّاد على الأحكام الخمسة

أولاً- ملخص الأحكام:

رقم 1- حكم تحكيم:

- لا يجوز مباشرة دعوى إنعدام بعد دعوى البطلان.
- إنّ أسباب الإنعدام مختلفة عن أسباب البطلان.
- لا شيء يمنع من قبول تدخل طرف ثالث في الدّعوى إذ كانت هناك مصلحة حقيقية.
- الخصومة والتّمثيل من النّظام العام ولا بدّ من إثارة ما يتعلّق بهما أمام الهيئة التّحكيمية ليتسنى إستئناف الأحكام في حال عدم الأخذ بالدّفع.

مقدّمة:

إستغرقت القضية موضوع هذه المناقشة خمسة أحكام تحكيمية، ولأنّها إحتلت هذا الحيّز أمام المحاكم، ولتناقض الأحكام التي صدرت بشأنها، رأينا قبل الدّخول في الموضوع إستعراضاً موجزاً للأحكام التي صدرت.

- فقد صدر حكم تحكيمي في القضية بتاريخ 2016/6/9.
- جرى طعن بالبطلان على هذا الحكم (وتسميته طعن تجاوزاً) وصدر حكم محكمة البطلان بردّ الدّعوى بتاريخ 2017/7/26 فأصبح الحكم التّحكيمي مُبرماً.
- تقدّم أحد الأطراف بطلب إنعدام القرار السّابق الصّادر بتاريخ 2017/7/26 عن محكمة الإستئناف فصدر قرار بتاريخ 2018/2/21 بإعدام القرار الإستئنافي الذي قضى بردّ دعوى البطلان.
- باشر ذات الطّرف دعوى (أيضاً أمام محكمة الإستئناف) بطلب إبطال الحكم التّحكيمي الصّادر بتاريخ 2016/6/9 فصدر قرار بإبطال هذا الحكم بتاريخ 2018/12/17.

- طعن طرفان في الدَعوى بهذا الحكم الأخير الصّادر بالإبطال أمام محكمة النّقض، فصدر عن محكمة النّقض بتاريخ 2019/4/24 قرار برفض الطّعين واستقرّ الأمر من حيث النتيجة على إبطال الحكم التّحكيمي ذاته.

فتناولنا بدورنا هذه القضية التي سنوجزها رغم أنّ الأحكام الخمسة منشورة لأننا بذلك نتغيّباً تذكير القارئ بمضمونها.

وقائع القضية موضوع النزاع التّحكيمي:

تتلخّص وقائع هذه القضية بأنّ عقداً أبرم في عام 2010 بين:

- شركة البراء للتطوير العقاري - شركة محدودة المسؤولية كفريق أول.
 - ومجموعة الشطة للإستثمار والتّطوير (A S G) شركة محدودة المسؤولية - فريقاً ثانياً.
- بموضوع تعهّد أعمال مدنية وتركيبات لمشروع تنمّة أعمال الإكساء لمجمّع تجاري في مدينة سياحية، وقد قام الفريق الأول (البراء) بالإستحصال على التّراخيص اللاّزمة لإنشاء المدينة السياحية، كما إستحصل على قرض من المصرف العقاري لتمويل أعمال بناء وإكساء المجمع التجاري.
- بعد بناء الكتلة الإسمنتيّة ومباشرة بعض أعمال الإكساء كلّف الفريق الأول الفريق الثّاني إكمال أعمال الإكساء تجهيزاً للمجمع مقابل نسبة أرباح على التّنفيد إضافةً إلى 12,5% تُضاف على الكشوف وفواتير التّوريدات.
- مدّة تنفيذ العقد /11/ شهراً منذ تاريخ أمر المباشرة.

- نُظّم بين الطّرفين بتاريخ 2011/9/27 عقد مخالصة (وهو موضوع التّحكيم) وموضوع عقد المخالصة أنّه بحكم ظروف فرضت على الطّرفين التّوقف عن متابعة أعمال المشروع حسب ما هو متفق عليه على أن يقوم الفريق الأول بتغطية الأعمال الميكانيكيّة بأوامر دفع مودعة لدى المصرف العقاري لصالح الفريق الثّاني أو لشريكه الممول (شركة كحالة).

- وقد دُفعت مُسبقاً عدد من أوامر الدّفع لصالح الشّريك الممول للفريق الثّاني، ويغطّي الرّصيد بأوامر دفع جديدة يحرّرها الفريق الأول لصالح الفريق الثّاني ومموله (شركة كحالة) وفي المادّة /7/ من المخالصة:

"يعتبر الفريقان أنهما أنهيا تعاقدهما الجزئي الخاص بالأعمال المختلفة وبشكل ودي بموجب هذه المخالصة ولا تعتبر المخالصة نافذة بالكامل إلا بعد إستكمال كل إستحقاقات الفريقين بالكامل".

نشأ نزاع بين الطرفين فلجأ إلى تطبيق نصّ المادة (18) من العقد الأساسي المبرم بينهما والذي يحيل كل نزاع إلى التّحكيم وفقاً لما يلي:

جميع الخلافات التي قد تنشأ بين الفريقين حول هذا العقد أو في معرض تنفيذه أو تفسيره تُحلّ بالطرق الودية، وتعتبر محاولات الحلّ الوديّ بحكم الفاشلة عندما يقوم أحد أطراف العقد بإشعار الآخر خطياً برغبته بتحويل الخلاف إلى جهة التّحكيم. فإذا لم ينجح الحلّ الوديّ يتمّ حلّها عن طريق التّحكيم فيختار كل فريق محكماً عنه، والمحكمين يختاران المحكم المرّجّح، وعلى أن يتمّ حلّ أيّ خلاف بين الفريقين خلال مدة شهر واحد من تاريخ إستلام المحكمين لمهمة التّحكيم أصولاً. ولهم الحقّ بتمديد فترة التّحكيم إذا اقتضى الأمر وذلك مدة ماثلة ولمرة واحدة فقط. والمحكمون معفون من إتباع الأصول والقانون وهم مفوضون بالصلح، وحكم المحكمين ملزم للفريقين وغير قابل لأيّ طريق من طرق الطعن العادية والإستثنائية وطلب إعادة المحاكمة أو المراجعة. وقرارهم يصدر بصفة النفاذ المعجل، ويصدر حكم المحكمين بالإجماع أو بالأكثرية.

وفي حال الخلاف على تسمية أي من المحكمين أو المحكم المرّجّح تكون محكمة الإستئناف المدني المختصة هي صاحبة الصّلاحية في تعيينه وهي المختصة في إكساء حكم المحكمين صيغة التّنفيد ويصدر قرار التّحكيم بشكل خطّي، ويقوم قاضي التّحكيم بتحديد بدل مهمة التّحكيم ومن المسؤول عن دفعها.

- في 2015/12/15 تقدّمت الجهة طالبة التّحكيم (شركة الشطة) بطلب تحكيم أمام محكمة الإستئناف.

- في 2016/3/2 أصدرت محكمة الإستئناف قرارها بتشكيل الهيئة.

- وبتاريخ 2016/3/16 إجتمعت الهيئة وقبلت المهمة.

فتقدّمت الجهة طالبة التّحكيم (شركة الشطة) بإدعاء أمام الهيئة تقول فيه:

أنّ السيّدين وائل عقيل - وعمار الخطيب يملكان بالصّفة الشّخصية العقارات (1175 - 1176 - 1182 - 1183 - 1151 - 903 - 905 - 906 - 907 - 910) من منطقة

1/70- معربا العقارية. وقد حصلنا على قرض إستثماري من المصرف العقاري لتمويل أعمال إنشاء وتنفيذ المشروع السياحي. وبناءً على ذلك قاما بتأسيس شركة محدودة المسؤولية بإسم (شركة البراء للتطوير العقاري المحدودة المسؤولية) وتعاقدت هذه الشركة في عام 2010 مع الجهة طالبة التحكيم (شركة الشطة للتطوير والإستثمار المحدودة المسؤولية) على تعهد إتمام إكساء المجمع التجاري. وبناءً على ذلك:

قام وائل عقيل وعمار الخطيب بصفتهم الشخصية بتوقيع حوالة حقّ بما نسبته 90% من قيمة القرض لصالح الجهة طالبة التحكيم لقاء المستحقات المالية لشركة الشطة وحقوق المتعهدين القانونيين.

وبدورها أبرمت شركة الشطة عقد مشاركة مع (شركة المجموعة التقنية) ممثلة بمديرها عبد الفتاح كحالة لتمويل هذا المشروع وتقاسم الأرباح.

وقد تمّ فتح إعتقاد مصرفي من قبل شركة المجموعة التقنية لإستيراد الأجهزة الكهربائية والميكانيكية من الشركة التركية لصالح شركة البراء بصفتها الإعتبارية.

وبتاريخ 2011/9/27 اجتمع السيد ماهر الشطة مع كل من عمار وائل وتمّ توقيع مخالصة مالية تمّ بموجبها حصر مستحقات شركة (الشطة) كمتعهد رئيسي للمشروع وشركة (المجموعة التقنية) كمتعهد ثانوي وتحديد المبالغ النهائية المترتبة بذمة شركة البراء. (وذلك بالصقة الشخصية).

وحيث أنه لم يتمّ تسديد حقوق الجهة المحتكمة فقد جرى إتفاق شفهي بحلّ النزاع ودياً بحيث يتمّ تقييم المشروع مالياً وفراغ أسهم منه على إسم ماهر الشطة وعبد الفتاح كحالة بما يعادل قيمة المخالصة المتفق عليها.

كما أنّ الجهة طالبة التحكيم لجأت إلى القضاء وإستحصلت على قرار حجز إحتياطي على أموال الجهة المتحاكم معها وخاصة عقارات المشروع.

وفي جلسة 2016/5/8 تقدّم السيد عبد الفتاح كحالة أصالة عن نفسه وبوصفه مديراً عاماً مفوضاً بالتوقيع عن شركة كحالة تكنيك كروب ألمحدودة المسؤولية بطلب تدخل يطلب فيه:

- قبول تدخله موضوعاً وإلزام الجهة المطلوب التدخل بمواجهتها (شركة البراء للتطوير العقاري) وورثة عمار الخطيب إضافة للشركة بدفع المبالغ المستحقة لها وأوامر الدفع

والبالغة 1,610,596 يورو، مليون وستمائة وعشرة آلاف وخمسمائة وستة وتسعين يورو أو ما يعادلها بالليرات السورية بتاريخ السداد بالإضافة إلى 63,600,000 ل.س. ثلاثة وستين مليوناً وستمائة ألف ليرة سورية وكذلك إلزامها بدفع مبلغ 36,653,064 ستة وثلاثين مليوناً وستمائة وثلاثة وخمسين ألف ليرة سورية وأربع وستين ليرة سورية.

- إلزام الجهة المطلوب التدخل بمواجهتها بدفع فائدة تجارية من تاريخ المطالبة وحتى الوفاء والحكم عليها بالتعويض. وإلزامها بالتكافل والتضامن بالرّسوم والمصاريف وبدل الأتعاب وتكاليف التحكيم.

وبانتهاء إجراءات التحكيم أصدرت الهيئة قرارها بتاريخ 2016/6/9:

- بقبول طلب التدخل شكلاً وموضوعاً.

- وتثبيت المذكورة المشتركة المقدّمة من الجهة طالبة التحكيم والجهة المتدخلّة.

- إلزام الجهة المتحاكم معها وائل عقيل وورثة عمار الخطيب بصفتهم الشخصية وبوصفهم أعضاء مجلس إدارة في شركة البراء على أن يدفعوا لشركة الشطة للتطوير والإستثمار المحدودة المسؤولية ما يعادل مبلغ 143,218,66 يورو مائة وثلاثة وأربعين ألفاً ومائتان وثمانية عشر يورو وستة وستين سنناً وذلك بالليرات السورية وفق سعر الصرف بتاريخ السداد مع فائدة تجارية 5% من تاريخ 2012/9/27. وإلزامهم بذات الصّفات أن يدفعوا لشركة كحالة المحدودة المسؤولية ما يعادل مبلغ 1,288,967,97 يورو بالليرات السورية مع فائدة 5% اعتباراً من تاريخ 2012/9/27 وحتى الوفاء.

- تثبيت الحجز الإحتياطي وجعله تنفيذياً.

- تضمين الجهة المتحاكم معها الرّسوم والمصاريف وأتعاب التحكيم.

هذا هو الحكم التّحكيمي الأوّل.

أحكام الثاني:

هو الحكم رقم 8/ الصادر عن محكمة الإستئناف بتاريخ 2017/7/26.

في هذا الحكم تقدّم أحد الأطراف بدعوى بطلان أمام محكمة الإستئناف المدني بمواجهة الأطراف الأخرى مثيراً مسائل الآتية:

1. إنَّ التَّحْكِيمَ يجب أن يظلَّ مقتصرًا على أطرافه ولا يجوز إدخال أطراف أخرى.
2. إنَّ ورثة عمار الخطيب تمَّت مخاصمتهم بالصَّفة الشَّخصية وهذا خطأ قانوني.
3. أصدرت الهيئة حكمًا بالعملة الأجنبيَّة وهذا مخالف للنَّظام العام.
4. المحكمة المختصة هي محكمة إستئناف دمشق وليست ريف دمشق.
5. صدر حكم التَّحْكِيم خارج المهلة القانونيَّة.

وفي مناقشة المحكمة لهذه الطَّلَبات والرَّد عليها أوردت ما يأتي:

1. إنَّ ما أثير من نقاط بغاية إبطال الحكم التَّحْكيمي هو خارج دائرة القانون لأنَّ المشرِّع عدد حالات البطلان حصرًا في المادَّة /50/ من قانون التَّحْكِيم رقم /4/ لعام 2008.
2. ليس في القانون ما يمنع إدخال شخص ثالث أمام هيئة التَّحْكِيم (والحقيقة هو تدخَّل وليس إدخالاً) لا سيَّما وأنَّ إتِّفاق التَّحْكِيم رتبَّ حقوقاً للجهة المتدخِّلة.
3. إنَّ المبالغ التي ألزمت الهيئة الجهة المتحاكم معها بها جاء تحديدها بالعملة الأجنبيَّة وفق سعر الصَّرْف بتاريخ التَّسديد وليس في ذلك مخالفة.
4. إنَّ ورثة عمار الخطيب مُثِّلوا تمثيلاً صحيحاً وتمَّ إختصاصهم أصالة وإضافة لتركه مؤرثهم.
5. صدر حكم التَّحْكِيم ضمن المهلة القانونيَّة وفقاً للمادَّة (37) من قانون التَّحْكِيم.
6. إنَّ الإِتِّفاق على إنشاء مدينة سياحيَّة بمنطقة النبل هو ضمن إختصاص محكمة الإستئناف المدني بريف دمشق.

ومن حيث النَّتيجة صدر حكم عن محكمة الإستئناف بتاريخ 2017/7/26:

- بقبول الدَّعوى شكلاً.
- وردّها موضوعاً.

أحكام الثالث:

هو الحكم رقم /7/ الصَّادر عن محكمة الإستئناف بتاريخ 2018/2/21 والذي قرَّر إنعدام الحكم الصَّادر عن محكمة الإستئناف بتاريخ 2017/7/26.

في هذا الحكم طالب بعض ورثة عمار الخطيب بالإضافة للتركة (ولكن ليس بوصفهم شركاء في شركة البراء) محكمة الاستئناف (المحكمة التي أصدرت الحكم برّد دعوى البطلان في 2017/7/26) وبمواجهة الأطراف الأخرى بتقرير إنعدام هذا الحكم الأخير وقد أوردت هذه الجهة المطالب الآتية:

1. ألتّمثيل غير صحيح وفي المسألة يوجد قُصْرٌ لم يُتَح لهم الدّفاع عن أنفسهم.
 2. إنّ هيئة التّحكيم أصدرت حكمها خارج المهلة القانونيّة.
 3. إنّ محكمة الاستئناف وقبلها هيئة التّحكيم لم تحلّف الورثة يمين الإستظهار لتعلّق النزاع بالتركة.
 4. إنّ عقد المخالصة لم يخضع للتّسوية الماليّة.
- ومن حيث النتيجة أصدرت محكمة الاستئناف بتاريخ 2018/2/21 حكمها بتقرير إنعدام القرار الصّادر عن محكمة الاستئناف برقم /8/ في القضيّة رقم /9/ تحكيم بعد قبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً وكان سببها لتقرير الإنعدام:

1. إنّ سند التّوكيل المبرز عن السيّد وائل عقيل في جلسة 2016/12/4 يتضمّن تفويضاً بالخصومة مع الحقّ العام والسيّد ماهر الشّطة بالدّعوى رقم /399/ مستعجل، وهي متعلّقة بطلب حجز إحتياطي ولا تصلح للتّمثيل في دعوى بطلان الحكم التّحكيمي، وهذا النّقص في التّمثيل يؤدّي إلى إعتبار الوكالة مقدّمة من غير ذي صفة، الأمر الذي يستوجب ردّ الدّعوى شكلاً لعدم صحّة التّمثيل.
 2. إنّ وثيقة الوصاية الشرعيّة تتضمّن الإذن للوصي بتوكيل أي شخص أو محامٍ للدّفاع عن حقوق القُصْر. وحيث أنّ الإذن بالتّوكيل وليس بالتّبلغ والخصومة والمحاكمة.
 3. إنّ الإذن مُقتصر على الدّفاع عن حقوق القاصرين فيما يتعلّق بالشّركة العالميّة للإنشاء والتّعير، والمخاصمة بهذه الصّفة لا علاقة لها بدعوى البطلان ولا بموضوع التّحكيم. وبالتالي فإنّ تبليغ الوصي يُعتبر باطلاً ويُعدّ الحكم الصّادر في خصومة غير صحيحة معدوماً.
- ومن حيث النتيجة صدر القرار:

- بقبول دعوى الإنعدام شكلاً وموضوعاً.
- إعلان إنعدام القرار الإستئنافي 9/8 تحكيم ريف دمشق تاريخ 2017/7/26.

أحكام الرابع:

هو الحكم رقم /39/ الصادر عن محكمة الإستئناف بتاريخ 2018/12/17.

تقدّم بعض ورثة عمار الخطيب بمواجهة البعض الآخر من الورثة وكذلك مع السيّد عقيل أصالة وإضافة لتركه البراء وبمواجهة السيّد الشطة أصالة وإضافة لشركة الشطة للتطوير والإستثمار المحدودة وبمواجهة السيّد كحالة أصالة وإضافة للشركة، بطلب إبطال القرار الصادر عن هيئة التحكيم والمودع لدى محكمة إستئناف ريف دمشق برقم /9/ تاريخ 2016/8/23.

وقد أوردت الجهة طالبة الإبطال المثالب الآتية على الحكم التحكيمي:

1. إنّ هناك خللاً في الخصومة يتجلى في أنّه لا يجوز إدخال من لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم.
2. إنّ هناك خللاً في التمثيل تجلّى بأنّ ورثة عمّار الخطيب خوصموا بصفتهم الشخصية خلافاً لنصّ المادة (5/66) شركات التي اعتبرت الورثة شركاء بحكم المالك الواحد.
3. لم تلاحظ هيئة التحكيم وجود قُصّر بين الورثة لم يتسنّ تمثيلهم في الدّعى، الأمر الذي كان يستدعي الرجوع إلى القاضي الشرعي لمنح الإذن بمخاصمتهم.
- 4- إنّ مسؤوليّة الشريك في الشركات محدودة المسؤوليّة تكون بمقدار حصّته، والقرار الصادر عن الهيئة خالف هذا المبدأ.
- 5- ألحّم بالعملة الأجنبية مخالف للنظام العام.
- 6- لم تحلّف الهيئة مُصدّرة القرار طالب التحكيم والمُتدخّل يمين الإستظهار.
- 7- أصدرت الهيئة قرارها خارج مهلة التحكيم القانونيّة.

ومن ثمّ أصدرت المحكمة قرارها بإبطال الحكم التحكيمي معتمدةً الأسباب الآتية لتقرير البطلان:

- 1- إنّ دعوى إكساء حكم المحكّمين صيغة التّنفيذ هي دعوى جديدة لا بدّ فيها من تبليغ المدعى عليهم بصفتهم الشخصية بالإضافة للصفة الإعتباريّة، الأمر الذي لم يتمّ لأنّ الوكلاء رفضوا التبليغ بإعتبار دعوى الإكساء هي دعوى جديدة، وإعتبرت المحكمة أنّ التبليغات للوكلاء صحيحة مخالفة بذلك أحكام القانون وهذا إجراء يُعتبر بحكم المعدوم على إعتبار أنّه لم تتمّ دعوة بقيّة الأطراف المدعى عليهم بدعوى الإكساء.

- 2- إن قبول طلب التدخل مخالف للأصول والقانون.
 - 3- نظراً لوجود قُصْر في القضية فإن خصومتهم يجب أن تكون تحت إشراف القاضي الشرعي.
 - 4- إن سند التوكيل المبرز من أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم يخول صاحبه المخاصمة في الدعوى المستعجلة فقط، وقبوله أمام الهيئة التحكيمية مخالف لأحكام القانون.
 - 5- بطلان دعوة القاصرين وإعتماد وكالة العمّ يُعدّ في غير محله القانوني بإعتبار أنّ صحّة الخصومة والتّمثيل يُعتبران من النّظام العام.
 - 6- إن دعوى البطلان هذه تُعتبر مقدّمة ضمن المهلة القانونيّة كونها لم يتمّ تبليغها أصولاً، ولا بدّ من تبليغها وفقاً للمادّة 286/ أصول.
 - 7- إن دعوى إبطال القرار الأوّل تمّت في ظلّ إجراءات باطلة بسبب أنّ أحد أطراف الدّعوى (عمار الخطيب) توفّي في 2017/11/24 في حين أنّ القرار المذكور صدر في 2018/8/21 وبالتالي كان يجب دعوة ورثته أصولاً. كما أنّ إبنه توفّي بذات اليوم، وكان يجب إقامة الدّعوى أصالة وإضافة لتركة المرحومين.
 - 8- إن طالب التدخل طلب الحكم لنفسه لا منضماً لأحد طرفي الخصومة وهذا يجعل التدخل أمام هيئة التحكيم غير قانوني.
 - 9- إن كون الهيئة معفاة من التقيد بالأصول والقانون كونها مفوضة بالصلح لا يمنحها حقّ التصرف المطلق لأنّ حقّ المفوض بالصلح قاصر على القواعد غير الإلزامية ولا يجوز أن يتعدّى إلى مخالفة النّظام العام.
- وأخيراً صدر الحكم بالأكثرية:
- بإعلان بطلان الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم.
- وكان رأي المحكّم المخالف:

- 1- إن دعوى البطلان هذه مقامة بعد مضي المدّة القانونيّة لأنّ المهلة تبدأ من اليوم التالي لصدور القرار.
- 2- من حيث الموضوع حكم المحكّمين قام بتثبيت مخالصة (مصالحة) جرت بين طرفي إتفاق التحكيم المبرم بعام 2010 وقد أُقرّت المخالصة عام 2011 وقد رضي طرفا العقد

الأساسي أن تكون شركة كحالة طرفاً فيه وبالتالي فإن تدخلها صحيح باعتبار أن العقد رتب حقوقاً لها. وأسباب البطلان لا تنال من قرار المحكمين.

الحكم الخامس:

هو الحكم رقم 134/135 أصدار عن محكمة النقض بتاريخ 2019/4/24.

بسبب الطعن بالقرار رقم 39/ أصدار بتاريخ 2018/12/17 والمتضمن إعلان بطلان الحكم التحكيمي أمام محكمة النقض من قبل أحد ورثة عمار الخطيب والسيد كحالة أصالة وإضافة للشركة ضد الشطة وكحالة وبمواجهة بقية المطعون ضدهم بالدواعي الآتية:

- 1- إن القرار المطعون فيه أعدم ثلاثة قرارات إستئنافية صادرة عن ذات محكمة الإستئناف.
- 2- إن دعوى البطلان مقدّمة خارج المدّة القانونية.
- 3- عدم صحّة تدخل شركة كحالة في الخصومة.
- 4- إنّ المحكوم عليه خليل قام بتضليل المحكمة لأنّ الوصي والولي والوكيل يقيمون مع كافّة الورثة، وهو الذي نظم كافّة الوكالات بالنيابة عن شقيقه.
- 5- إنّ الوكالة صحيحة والتّمثيل صحيح وقد كان يمكن للورثة إقامة دعوى تتصل من دفع الوكيل وتمثيله لهم.
- 6- إنّ جنوح القرار المطعون فيه للإبطال يعطي السلطة المطلقة لأي هيئة قضائية بالتّعدي على قرار التحكيم.

وقد صدر قرار محكمة النقض بالصورة النهائية سائناً للأسباب الآتية:

- 1- إنّ عدم دعوة باقي المدعى عليهم في دعوى الإكساء والحكم بدونهم يجعل القرار المذكور بمواجهة من لم تتمّ دعوتهم معدوماً.
- 2- إنّ عدم التوكيل عن الورثة يجعل القرار معتلاً في شكلياته، وكافّة الإجراءات الجارية في الدعوى تعتبر باطلة، وما بُني على باطل، فالبطلان هو الواجب التطبيق عليه من حيث النتيجة.

3- إن صدور القرار المذكور في 2018/2/21 في حين أنّ وفاة موفق الخطيب كانت في 2017/11/24 يجعل القرار صادراً في خصومة غير صحيحة، وقد كان يجب أن تُقام الدَعوى التَّحكيمية أصالة وإضافة لتركة عمار وإبنة إسراء. ولا تثريب على المحكمة مصدرّة قرار البطلان ما دام هذا القرار لم يتَّخذ.

4- إن وكالة المحامي فادي عبد الكريم لا تخوله إقامة دعوى البطلان لأنها محصورة بدعوى القضاء المستعجل رقم /399/ مما يعني أنّ الخصومة التَّحكيمية غير صحيحة.

5- إن الدَعوى التَّحكيمية يجب أن تظلّ قاصرة على أطراف النزاع ولا يجوز توسيعها إلاّ إذا قبل أطراف النزاع، حيث تبين أنّ المتدخّل لم يتدخّل منضماً وإنما طلب الحكم لنفسه. وقبول التّدخّل بالرغم من الممانعة يضيف سبباً آخر للإبطال.

وبناءً على هذه الأسباب قرّرت محكمة النقض رفض الطّعين موضوعاً وصدّقت الحكم المطعون فيه.

ثانياً - التعلّيق:

لمّا كانت الأحكام الخمسة متناقضة ومنتهية إلى إبطال الحكم التَّحكيمي، فقد استدعى ذلك إستعراضاً ومناقشة لمعظم المسائل القانونيّة المثارة مع ندرة وجود أحكام من هذا النوع. لكننا قبل إستعراض هذه المسائل لا بدّ من لفت الإنتباه إلى ما يأتي:

1- إن تسمية محكم مرجح لا محلّ لها في القانون، لأنّ المشرّع شرّع تسمية (رئيس هيئة تحكيم) وليس مرجحاً، لا سيّما وأنّ نصّ المادة (2/41) من القانون رقم /4/ لعام 2008، أجاز لرئيس الهيئة إصدار حكم لوحده فيما لو تهافتت آراء المحكّمين.

2- إن نصّ المادة (18) من العقد الناظم، جاء على وجوب صدور الحكم التَّحكيمي بالإجماع أو بالأكثرية، في حين أنّ الحكم يمكن صدوره لا بالإجماع ولا بالأكثرية بل من قبل رئيس الهيئة لوحده على ما هو نصّ المادة (2/41) من القانون.

3- أورد الحكم التَّحكيمي أنّ هناك مذكرةً مشتركة بين (شركة الشطة) (وشركة كحاله). وقد قضت الفقرة الثالثة الواردة في منطوق الحكم تثبيت هذه المذكرة المشتركة التي لم يتحدّث عنها في حيثيات القرار.

وفي المناقشة القانونية:

أولاً- ما لا يصح إبطاله لا يصح إعدامه:

فالواضح أنّ أحد أطراف الخصومة قد أقام دعوى بطلان على الحكم التّحكيّمي فرُدّت هذه الدّعوى، وهذا حكم ميرم. ومن المعروف قانوناً أنّ الإنبرام يغطّي كلّ بطلان (أحكام الصّادر بتاريخ 2017/2/6 برقم 8/9) ومع ذلك فإنّ المُلَاحِظ أنّ أشخاصاً من المتحاكم معهم مختلفين عن أشخاص آخرين من ذات الطّرف (فقط لتتغير أسماء الطّاعنين) قد باسروا دعوى إنعدام مثيرين فيها ذات الأسباب المثارة في دعوى البطلان، فصدر حكم بإعدام القرار عن ذات المحكمة، ولكن عن هيئة مختلفة منتدبة بكلّ أشخاصها ندباً.

والملاحظ بالنّسبة للحكم الأوّل المؤرّخ في 2017/7/26 الذي ردّ دعوى البطلان، ذكر في ص/1 منه، العنوان الآتي:

- أسباب الإستئناف.

- أسباب البطلان.

والحقيقة أنّ الأمر ليس إستئنافاً وإن بوشرت إجراءاته أمام محكمة الإستئناف كما أنّ ذات العناوين وردت في دعوى الإنعدام الصّادرة بالقرار المؤرّخ في 2018/2/21.

- أسباب الإستئناف.

- أسباب البطلان. بينما الطّلب ليس إبطالاً بل إعداماً.

وفي قانوننا لم تكن واردة دعوى البطلان على الأحكام لأنّ البطلان يُطفأ بالطّعن على الحكم، إلى أنّ صدر القانون رقم (4) لعام 2008 الذي حدّد في مادّته الخمسين أسباب البطلان.

أمّا الإنعدام فلم يقنّن المشرّع السوري أحكامه، كما أنّ الفقهاء السّوريين قلّموا تطرّقوا إليه.

وفي إجتهاد للهيئة العامّة لمحكمة النّقض الذي ينزل منزلة النّص، إنّ الإنعدام لا حاجة إلى نصّ يقرّره وإنّما يتحقّق متى فقد الإجراء ركناً أساسياً من أركان إنعقاده.

(هيئة عامّة - رقم 3 تاريخ 1992/10/7 - منشور في المحامون لعام 1992 ص 796).

والحكم المعدوم لا وجود ولا أثر له، كما أنه لا يكتسب الدرجة القطعية، ولا حاجة للطعن به لتقرير إنعدامه كما أنه هو والعدم سواء ولكلّ ذي مصلحة المطالبة بإنعدامه دون حاجة للطعن فيه.

(نقض مدني 129/478 تاريخ 1975/5/25 - ألمان ص 607)

يفهم من هذا بإختصار أنّ الحكم المعدوم هو الحكم الذي فقد أحد أركانه الأساسية، وأركانه الأساسية هي:

- أن يكون صادراً عن جهة قضائية مختصة.
- وعن من يملك ولاية القضاء.
- ومن محكمة مشكّلة تشكياً صحيحاً.
- وفي خصومة صحيحة قائمة بين طرفين تتوافر فيهما أهلية التقاضي.
- وأن يكون الحكم مكتوباً كتابة تتضمن بياناته الأساسية.
- (د. أبو الوفا - نظرية الدفوع (ص 508-513)

وكذلك (نقض سوري - ألعرفة المدنية الثالثة رقم 1132/1399 تاريخ 1999/9/26)

وبهذا الصدد يقول بعض فقهاء المصريين:

العيب الجسيم هو العيب الذي يجرّد الحكم من مقوماته وأركانه الأساسية على نحو يفقده كيانه وصفته كحكم وبطّيح بما له من حصانة ويحوّل دون إعتبره موجوداً منذ صدوره.

(نظرية البطلان في قانون المرافعات - الطبعة الثانية - د. فتحي والي ود. أحمد ماهر

زغول - ص 521)

وفي تحديد مقومات الحكم وأركانه الأساسية والتي يكتسب العيب صفة الجسامة إذا تعلّق

بها:

- صدوره من قاض له ولاية القضاء وفي خصومة مستكملة المقومات أطرافاً ومحلاً
- وسبباً وفقاً للقانون، وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأنّ ثبوت دفاع الخصم المحكوم عليه قبل رفع الدعوى يكشف عن تخلف الركن الشّخصي في الدعوى وهو ما يُعدّ عيباً جسيماً.

(نفس المصدر - ص 522)

يتبيّن من هذا السرد أنّ الإندعام يعلو درجة على البطلان، كما أنّه ليس كلّ إجراء مخالف للنظام العامّ يصبّ في خانة الإندعام. فقد نصّت قوانين الأصول والاجتهادات المتواترة وآراء الفقهاء، أنّ أحكام التبليغ، والخصومة والتمثيل كلّها تحتمل البطلان لا الإندعام.

والمتبيّن من السرد الذي ذكرناه أنّ طلب البطلان في الحكم الأوّل الصادر بتاريخ 2017/7/26 كان بسبب عدم صحّة الخصومة والتمثيل فردّت دعوى البطلان موضوعاً.

وأنّ ذات الأسباب أثّرت مرّة أخرى في دعوى الإندعام التي صدر فيها قرار بتاريخ 2018/2/21 وذلك لأنّ المعروف قانوناً أنّ الإنبرام يغطّي البطلان، الأمر الذي استدعى الطّرف بعينه (بأشخاص مختلفين) إلى مباشرة دعوى الإندعام.

وسجّل على الحكم الذي قضى بالإندعام أنّ الخصومة فيه أيضاً مختلّة لأنّه لا بدّ في كلّ مرّة أن يكون الإدعاء:

- بإسم الجهة المدّعية أو عليها بصفتين هما:

- بالإضافة للتركة.

- وبوصفهم أعضاء مجلس إدارة في الشركة.

فالتمثيل هنا مزدوج بكلتا الصّفتين، وبتخلّف أي من هاتين الصّفتين يُعدّ التمثيل مختلاً، ويؤدّي إلى البطلان.

وفي سبيل الردّ على ما ورد في القرار الأوّل القاضي برّد دعوى البطلان لجهة أنّ أسباب البطلان الواردة في المادة /50/ وردت على سبيل الحصر وإن لم تتحدّث عن صحّة التمثيل والخصومة، لكنّ هذا مشمول بنصّ الفقرتين (ج - ز) من المادة (50) ولا سيما الفقرة (ز) التي جعلت من أسباب البطلان ما إذا كانت إجراءات التّحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم. ويُعدّ الخلل في الخصومة والتمثيل مبطلاً للإجراءات ومؤثراً بالحكم.

وفي كلا الحكمين الصّادرين، (برّد دعوى البطلان، ودعوى الإندعام) خلل في الخصومة والتمثيل، إلّا أنّ الحكم الذي ردّ دعوى البطلان بتاريخ 2017/7/26 أصبح مبرماً وحائلاً دون الطّعن به.

ناهيك عن أنّ عدم صحّة الخصومة لم يُثر في الحكم الأوّل إلّا في معرض عدم جواز قبول تدخّل شخص من الأغيار في الخصومة التّحكيمية. وهذا أمر سنتحدّث عنه في حينه.

وفوق ذلك فإن موضوع القُصْر وتمثيلهم لم يُثر في دعوى البطلان بل أثير في دعوى الإنعدام، وما أثاره الطّاعنون في دعوى البطلان هو أنّ الحكم الصّادر قام بمخاصمة الورثة بصفتهنّ الشّخصية.

ثانياً- في مسألة الدّفع بعدم صحّة الخصومة:

لعدم تمثيل القُصْر لم يرد في الحكم التّحكيمي (لا في الحياتيات ولا في المنطوق) أنّ أحداً دفع بوفاة أحد الأطراف وضرورة تبليغ القُصْر. فالقُصْر هم ورثة أحد الأطراف. ومن المفروض:

- 1- حين وفاة أي من الأطراف أو وراثتهم، أن يتمّ الدّفع ممّن له مصلحة في ذلك، أو من قبل أي من الأطراف، لأنّ الأمر متعلّق بالنّظام العام.
 - 2- بمجرد حدوث هذا الدّفع تنقطع الخصومة.
- ويُعرف إنقطاع الخصومة بأنّه عدم السّير فيها بحكم القانون بسبب حدوث أمر يترتّب عليه منع أحد الخصوم من الدّفاع عن مصالحه.

فقد نصّت المادة (35) من قانون التّحكيم على ما يأتي:

"ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التّحكيم في الأحوال ووفقاً للشّروط المقرّرة لذلك في قانون أصول المحاكمات، ويترتّب على إنقطاعها الآثار المقرّرة في القانون المذكور".

وقد نظّمت إنقطاع الخصومة المواد (166-169) من قانون الأصول الذي نصّت المادة (166) منه على ما يأتي:

"ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو بفقده أهليّة الخصومة، أو بزوال صفة من كان يباشر الخصومة من النّائبين إلّا إذا كانت الدّعوى قد تهيّأت للحكم في موضوعها".

وهذا يعني ليقوم التّذرع بعدم صحّة الخصومة:

- 1- أن تحدث وفاة أحد الأطراف.
- 2- أن يتمّ الدّفع بذلك أمام هيئة التّحكيم.
- 3- أن لا تكون الدّعوى قد تهيّأت للحكم.

ولمّا كان قد تبين من حيثيات القرار أنّ أحدًا لم يدفع بوفاة جديدة وورثة جدد، فإنّ أي دفع يتمّ لاحقاً في دعوى الإنعدام، إنّما هو دفع متأخّر وفي غير محلّه القانوني، فليس للهيئة أن تقطع الخصومة ما لم يدفع أحد بوفاة أحد الأطراف، وذلك لأنّه:

- لا يحتاج الإنقطاع لصدور حكم عن هيئة التّحكيم.
- وتترتّب آثار الإنقطاع تلقائيّاً ولا ضرورة لإعلام الخصم بها.
- كما يترتّب على إنقطاعها وقف جميع مواعيد المرافعات وبطلان جميع الإجراءات التي تحدث أثناء الإنقطاع (م 167) أصول.

ومن مقتضى ذلك كلّه أنّه لم يكن يجوز قبول هذا الدّفع لأوّل مرّة أمام محكمة الإستئناف التي أعدمّت القرار. كما لا يجوز إعتداد هذا الدّفع وسيلة لإعدام القرار ما دام لم يُدفع به بدايةً أمام هيئة التّحكيم.

وفوق ذلك فإنّ وصياً شرعيّاً قد مثّل القصرَ أمام هيئة التّحكيم. كما أنّ المحكمة التي قرّرت الإنعدام، علّلت بأنّه بالعودة إلى وثيقة الوصاية تبين أنّها تتضمّن الإذن للوصي خليل لتوكيل أي شخص أو محامٍ للدّفاع في قضية محدّدة وليس بالقضية موضوع الدعوى التّحكيمية. وهذا التعليل يمكن قبوله قانوناً، وقد كان يتوجّب على الهيئة أن تكلف الوصي بإبراز وصاية عامّة، أو وصاية خاصّة في القضية موضوع النزاع.

ثالثاً- في ما يتعلّق بتقرير إنعدام الحكم لعلّة تدخّل من ليس طرفاً في إتفاق التّحكيم:

1- فقد درجنا على إعتبار أنّ التّحكيم طريق إستثنائي لا يجوز التّوسع به إلّا أنّ الحال قد تغيّر وفقاً لمختلف الظروف لمصلحة مؤسسة التّحكيم.

فقد نصّت المادّة (146) من القانون المدني على ما يأتي:

"ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإرث، ما لم يبيّن من العقد أو من طبيعة التّعامل أو من نصّ القانون إنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام."

وبالإضافة لهذا النصّ، فإنّ قراراً صدر عن محكمة النقض المصريّة لا نجد ضيراً من ذكره:

"إنّ العقد يصدّق على كلّ إتّفاق يراد به إحداث أثر قانوني، وإسباغ وصف المتعاقد إنّما ينصرف إلى من يُفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء إلّتزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معيّن يحدّد العقد نظامه دون أن يعتبر بإطلاق كلّ من ورد ذكره بالعقد أنّه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بترتيب الأثر القانوني الذي يدور حول النزاع الناشئ بسبب العقد وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمدّ من حقّه في تفهّم الواقع في الدّعوى ولا معقّب عليه فيه ما دام إسّتخلاصه سائغاً).

(نقض مصري 31 مارس 1985، مجموعة أحكام النّقض - السّنة 36 ص 536)
وقرارات أخرى تصبّ في ذات التّوجه.

2- كما أنّ نصّ المادّة (2/7) من قانون التّحكيم السّوري نصّت على ما يأتي:

"2- ويعتبر إتّفاقاً على التّحكيم كلّ إحالة تردّ في العقد إلى وثيقة تتضمّن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

وقد إعتد الحكم التّحكيمي هذا المبدأ.

3- إعتبرت هيئة التّحكيم المتدخل طرفاً أساسياً على إعتبار أنّه ممولّ للمشروع بالإضافة إلى أنّه ورد في (ص 13) من الحكم أنّ عقد التّعهد الشّامل يُعدّ إطاراً جامعاً لكلّ العقود الجزئية الخاصة للعمل بالمشروع.. وأنّ جميع بنود العقد الشّامل تسري على العقود الجزئية في ما لم يتمّ ذكره في العقود الجزئية....

4- إنّ المتدخل هو طرف في المخالصة التي رتبت له حقوقاً وإلّتزامات حيال الأطراف وهي موضوع التّحكيم.

5- وبصرف النّظر، فإنّ القانون في بعض الأحيان وطبيعة التّعامل التجاري بين الأطراف فرضاً أن تكون هنالك جهات يمكن أن تكون طرفاً في العقد من غير المتعاقدين:

- كالخلف العام.

- والخلف الخاص.

- وأصحاب حوالة الحق في بعض الأحيان.

- وأصحاب حوالة الدين في بعض الحالات.

كما أنّ المواد (152 - 157) أصول تحدّثت عن سلطة المحكمة في إدخال من ترى أنّ إدخاله مناسباً، كمن تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو إلتزام لا يقبل التّجزئة وكذلك الورثة والشركاء على الشّيوخ في حال كون الدّعى متعلّقة بالتركة قبل قسمتها أو بعدها بالشّيوخ....

وظلّ ذلك محظوراً على التّحكيم بإعتباره طريقاً إستثنائياً لا يجوز التوسّع به إلى أن كانت الطّفرة الإقتصاديّة في النّصف الثّاني من القرن المنصرم فأوجدت حالات يمتدّ فيها الإلتفاق إلى غير أطرافه، كما في:

- حالة الدّائنين المتضامنين.
- حالة المدينين المتضامنين.
- حالة شركات التّضامن.
- حالة الكفلاء.

كما أنّ تاريخ دوائر التّحكيم التجاريّ الدّولي يدلّ أنّها توسّعت في الأمر بحيث أبحاث للغير الذي ليس طرفاً في إلتفاق التّحكيم أن ينازع وهناك أمثلة.

على مثل ذلك:

- قضيّة (Dow chemical) الأمريكيّة.

(مجلة التّحكيم لعام 1984- ص 137) منشور في مؤلف د. حفيظة السيّد الحدّاد (الموجز في النظريّة العامّة في التّحكيم التجاريّ التّولي - ص 246)

- وكذلك عقود الكونسرتيوم (Consortium).

- وهناك قضيّة تحكيمية عرضت تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتّحكيم التجاريّ الدّولي أطرافها وكيل تجاريّ مصريّ إرتبط بعقد مع شركة فرعية قبرصية، لكنّ الوكيل التجاريّ المصريّ خاصم الشركة الأمّ حين نشأ النزاع وطالب بإلزام الشركتين الأمّ والفرعية بالتكافل والتّضامن بدفع التّعويض. وأخذت هيئة التّحكيم بمبدأ تشميل الشركة الأمّ بالدّعى لثبوت أنّها شاركت في تكوين العقد وتنفيذه من خلال وثائق، بالإضافة إلى أنّها هي نفسها أنهت العقد.

(العدد الثّاني من مجلة التّحكيم العربيّ - ص 224 - الحكم رقم 1009 لعام 1998)

كما أنّ هناك أمثلة شتّى عن إمتداد الشّرط بين الدّول والهيئات التابعة لها يضيق المجال عن التّعريض لها.

بالمحصلة حول هذه النّقطة كان الحكم التّحكيمي - من وجهة نظرنا القانونيّة - على صواب في قبول تدخّل (شركة كحاله) بخلاف ما قرّره الحكم الذي أعدم الحكم التّحكيمي وصدّقت محكمة النّقض عليه، سواء كان تدخّل المتدخّل مستقلاً أو إنضمامياً.

رابعاً- لجهة عدم إعتقاد سند التّوكيل المبرز عن السيّد عقيل في جلسة 2016/12/4:

هذا السند يتضمّن تفويضاً بالخصومة مع الحقّ العام والسيّد (الشطه) بالدّعى رقم 399 مستعجل وهي متعلّقة بطلب حجز إحتياطي، بطبيعة الحال لا تصلح للتمثيل أمام الهيئة ولا في دعوى البطلان. وبالتالي فإنّ تقرير أنّها مقدّمة من غير ذي صفة هو أمر في محلّه القانوني السليم.

خامساً- حول يمين الإستظهار:

كان أحد أسباب طلب إعلان إنعدام القرار أنّ الهيئة لم تحلّف الورثة يمين الإستظهار. وحول هذه اليمين جاءت المادّة (123) من قانون البيّنات الصّادر بتاريخ 10 حزيران 1947 على الوجه الآتي:

"1- إذا ادّعى أحد في التّركة حقّاً وأثبتته، فتحلّفه المحكمة يمين الإستظهار على أنّه لم يستوفِ هذا الحقّ بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الأوجه، ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن".

وبصدد هذا الأمر فإنّ تفاصيل النزاع تحكمه، إلّا أنّ إجتهد محكمة النّقض مستقرّاً على أنّه إذا لم يحصل إدعاء بالوفاء أو إنقضاء الدّين فلا يتوجّب تحليف يمين الإستظهار.

(نقض 267 تاريخ 996/5/21. م 96/208؛ منشور في قانون البيّنات في المواد المدنيّة والتّجارية- جورج كرم - ص 710).

سادساً- لجهة إختصاص محكمة الإستئناف (دمشق أو ريف دمشق):

إنّ القانون حسم هذه المسألة في المادّة (1/3) منه والتي نصّت:

"ينعقد إختصاص النّظر في مسائل التّحكيم التي يشملها هذا القانون إلى محكمة الإستئناف التي يجري ضمن دائرتها التّحكيم، ما لم يتفق الطّرفان على إختصاص محكمة أخرى في سورية".

وبالتّالي ما دام التّحكيم يجري في ريف دمشق دون أن يتفق الأطراف على إختصاص محكمة أخرى فمحكمة إستئناف الرّيف هي المختصّة، خاصّة وأنّ أحداً لم يتقدّم بهذا الدّفع أمام هيئة التّحكيم فيعدّ ذلك قبولاً من الأطراف.

سابعاً- أمّا لجهة تجاوز المهلة:

فقد إتفق الأطراف أن يُنجز التّحكيم خلال مدة شهر، على أن يمدّد حين اللّزوم - شهراً آخر، إلّا أنّهم إستمروا في الإجراءات دون أيّ إعتراض فيعدّ ذلك إتفاقاً جديداً منهم على مدّة المهلة.

وما لم يُدفع به أمام الهيئة لا تجوز إثارته حين الطّعن.

بشكل عام هذه هي معظم المسائل القانونيّة التي أثّرت ويمكننا بالإجمال تلخيص ما إستندت إليه هذه الأحكام الخمسة بأنّها جميعها شابها خلل قانوني وفقاً لما يأتي:

1- فحكم هيئة التّحكيم الأساسي قبل وكالة مخصّصة لقضيّة مستعجلة لتسحب على الخصومة برمتها.

2- وحيث أنّ ما أثّرت أمام محكمة الإبطال هو المسائل الآتية:

- أ - عدم صحّة الخصومة لقبول الهيئة التّدخل من طرف ثالث.
- ب- إصدار الهيئة حكمها بالعملة الأجنبيّة (وهذا غير صحيح)، لأنّ الحكم صدر بالعملة الأجنبيّة (بما يعادل - بالعملة المحليّة).
- ج - موضوع أنّ الإختصاص معقود لمحكمة الإستئناف في دمشق وليس في ريف دمشق.

د - صدور القرار خارج المهلة الممنوحة.

وبالتّالي فإنّ إثارة هذه الأسباب لوحدها لا تنال من الحكم التّحكيمي وكان ردّ دعوى البطلان برأينا - موافقاً للقانون - وفقاً لما أثّرت من أسباب في الدّعى.

- 3- أمّا حكم الإنعدام فإننا نرى أنّه في غير محلّه القانوني لأنّ الجهة طالبة الإنعدام أثارَت في دعوى البطلان ما أثير في دعوى الإنعدام وبما أنّ حكم البطلان أصبح مبرماً فقد باشرت دعوى الإنعدام ثمّة إستدراكاً.
- 4- وعلى هذا بُنيت بقية الأحكام التي أبطلت الحكم الإستئنافي ومن ثمّ الحكم التحكيمي..

الاجتهاد القضائي اللبناني

رقم 1- دعوى أمام محكمة الإستئناف - دفع بعدم القبول لوجود شرط تحكيمي - هو دفع إجرائي - إتجاه يقول أن هذا الدفع هو دفع بعدم الإختصاص النوعي - إتجاه يقول أنه دفع بعدم الإختصاص الوظيفي - هو دفع بعدم القبول - يمكن الإدلاء به لأول مرة أمام محكمة الإستئناف - إختصاص المحكم ينعقد باتفاق صريح بين الفريقين - يتم التنازل عنه صراحة أو ضمنا - التنازل الضمني يستفاد من كل عمل أو حالة يتبين معها جليا بنية التنازل من فريق ونية الفريق الآخر الإستفادة من هذا التنازل - إختصاص المحكمة.

مع تعليق للمحامي الدكتور عبده جميل غصوب¹ (لبنان)

ذهب إتجاه من الفقه للقول بأنّ الدفع بوجود شرط تحكيم هو دفع بعدم الإختصاص النوعي.

ذهب إتجاه ثانٍ إلى أنه دفع بعدم الإختصاص الوظيفي.

التحكيم ليس مؤسسة قضائية تتمتع بإختصاصات محددة وإنما هو إتفاق بين فرقاء متنازعين قرروا أن يفصل في نزاعهم لا القضاء العدلي وإنما محكمون.

1- دكتور في الحقوق، بروفيسور لدى كليّات الحقوق، محام بالإستئناف.

يُعتبر الدّفع بوجود بند تحكيمي دفع بعدم القبول يحقّ للفرقاء الإدلاء به في جميع مراحل المحاكمة ما لم يتنازلوا عن هذا الحق.

إنّ مصدر التّحكيم هو إرادة الفرقاء فينسحب على طبيعته وتلك الطبيعة جعلته مرتبطاً بمصلحة الخصوم ينعقد بتدّرعهم به ويسقط بتنازلهم عنه.

يكون الإتّفاق على التنازل صريحاً أو ضمناً وفي الحالة الأخيرة يُستفاد من كلّ عمل أو كلّ حالة يتبيّن منها جلياً نية الفريق الأوّل التنازل عن الإتّفاق التّحكيمي ونية الفريق الثّاني الإستفادة من هذا التنازل.

إنّ قبول مثل هذا التنازل لا يستنتج من سكوت الخصم وعدم دفعه بوجود بند تحكيمي عند إستحضاره أمام القضاء.

ألمستأنف إستحضر بدوره المستأنف عليها أمام المحكمة عينها (الإبتدائية) لمطالبتها بمبالغ إستحققت له.

أحال هذه يكون كلّ من المستأنف والمستأنف عليه قد تنازل ضمناً عن اللّجوء إلى التّحكيم.

يقتضي عدم قبول الدّفع بوجود بند تحكيمي وإعلان إختصاص المحكمة للنظر بالنّزاع الحاضر.

(محكمة الإستئناف المدنيّة، الغرفة الرّابعة عشرة، قرار رقم 2019/1279، تاريخ 2019/10/3)

.....

.....

ثانياً- في الدّفع بوجود بند تحكيمي:

وحيث يُدلي المستأنف أنّ النّظر بالنّزاع الحالي يخرج عن صلاحية المحاكم العدليّة سنداً لأحكام المواد /52/ و /53/ و /72/ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة وذلك لوجود بند

تحكمي في البند الثالث من المادة 21 من العقد الموقع بين طرفي النزاع في 2008/5/14، معتبراً أنّ الدّفع بوجود بند تحكمي هو دفع بعدم الإختصاص الوظيفي الذي يجوز الإدلاء به في جميع مراحل المحاكمة،

وحيث تدفع المستأنف عليها بأنّ الصّلاحية النّاجمة عن البند التّحكمي هي نسبيّة وليست مطلقة وأنّ الدّفع بوجود البند التّحكمي يجب أن يتمّ في بدء المحاكمة وإلّا سقط حقّ الخصم بالإدلاء به،

وحيث تضيف المستأنف عليها أنّ تقديم المستأنف لدعواه المقابلة يعتبر تنازلاً من قبله على الدّفع بالبند التّحكمي،

وحيث أنّه من مراجعة العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 2008/5/14، يتبيّن أنّ البند الثالث من المادّة الواحدة والعشرين منه قد تضمّنت بنداً تحكيمياً نصّ على ما يلي:

"تتمّ تسوية جميع النزاعات الناشئة أو المرتبطة بهذا العقد أولاً بواسطة السيّد مارون بريدي، وفي حال عدم نجاحها تتمّ تسويتها بموجب التّسوية والتّحكيم المعتمدة في غرفة بيروت للتّجارة والصّناعة من قبل محكمّ واحد يتمّ تعيينه طبقاً لهذه الأنظمة"،

وحيث أنّ الإشكاليّة التي تُطرح هي إمكانيّة الدّفع بوجود بند تحكمي لأولّ مرّة أمام محكمة الإستئناف متى لم يدلّ أي من الخصوم به أثناء المحاكمة الابتدائيّة،

وحيث حدّد قانون أصول المحاكمات المدنيّة أسباب الدّفاع والدّفوع التي يحقّ للخصم التذرع بها بمواجهة خصمه لردّ الدّعوى عنه، ونظّم كميّة الإدلاء بالدّفوع ووقت الإدلاء بها والشّروط اللّازم توافرها لقبولها،

وحيث يقتضي البحث أولاً في طبيعة الدّفع بوجود بند تحكمي في العقد المنظّم بين طرفي النزاع المعروف أمام القضاء العدلي ليُصار الى البحث تالياً بالوقت الذي يتوجّب على الفرقاء الإدلاء به لقبوله،

وحيث إنقسم الإجتهد حول تحديد طبيعة الدّفع بوجود بند تحكمي أمام محكمة الأساس وحول مدى جواز الإدلاء به للمرّة الأولى أمام محكمة الإستئناف،

وحيث ذهب إتجاه أولّ للقول بأنّ الدّفع بوجود بند تحكمي هو دفع إجرائي وقد إنقسم أصحاب هذا المذهب فمنهم من قال أنّ الدّفع المذكور هو بمثابة الدّفع بعدم الإختصاص النّوعي

وذلك إستناداً إلى نصّي المادتين /30/ و/46/ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة، ذلك أنّ المادتين المذكورتين قد ساوتا ما بين الدّفع بعدم الإختصاص النّوعي والوظيفي والتّحكيم في ما يتعلّق بشروط قبول طلب طارئ وشروط قبول دعوى الضّمان على حدّ سواء، (راجع إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنيّة والإثبات والتّنفيد، الجزء العاشر، طبعة العام 1988 ص. 235).

(راجع القرار الصّادر عن محكمة إستئناف بيروت، الغرفة الثّالثة، قرار رقم 540، تاريخ 2015/4/8 منشور في مجلّة العدل الإلكترونيّة).

وحيث أنّ هذا الرّأي لا يستقيم قانوناً إذ أنّ التّحكيم ليس صنفاً ودرجة محكمة تابعة لجهة قضائيّة واحدة بالمعنى المقصود في نصّ المادّة /72/ أ.م.م.،

وحيث ذهب إتجاه ثانٍ للقول بأنّ التّحكيم هو طريق من الطّرق البديلة لحلّ النزاع خارج إطار القضاء التّابع للدولة، وبالتالي فإنّ الإختصاص التّحكيمي يدخل ضمن فئة الإختصاص الوظيفي إذ بمقتضاه تتعيّن الجهة القضائيّة المختصّة للنظر في النزاع ألا وهي قضاء التّحكيم، (راجع قرار محكمة التّمييز، الغرفة العاشرة، أقرار رقم 2013/17 تاريخ 2013/1/29، وقرار محكمة التّمييز، الغرفة الثّانية، أقرار رقم 20 تاريخ 2018/2/6)

وحيث لا يستقيم هذا الرّأي قانوناً أيضاً ذلك أنّ الفقرة الثّانية من المادّة /72/ أ.م.م. عرّفت الإختصاص الوظيفي على أنّه الإختصاص الذي بمقتضاه تتعيّن جهة القضاء المختصّة بنظر الدّعوى، وفصلت المادّة /81/ منه هذا التعريف وحصرت التّعداد بالقضاء المدني والقضاء الإداري والقضاء المذهبي أو الشرعي، ولم يدخل في عداد التعريف ولا تصنيفه قضاء التّحكيم فالتعريف والتصنيف المنصوص عليهما في المواد المشار إليها إنّما يعني قضاء الدّولة: مدنيّاً أو إداريّاً أو مذهبيّاً أو شرعيّاً،

وحيث أنّ التّحكيم ليس مؤسّسة قضائيّة تتمتع بإختصاصات محدّدة وإنّما هو إتفاق بين فرقاء متنازعين قرّروا أن يفصل في نزاعهم لا القضاء العدلي وإنّما محكمون، فلا مجال لإعتباره دعفاً بعدم الإختصاص الوظيفي،

وحيث تبقى المحكمة مختصّة للنظر بالدّعوى على الرّغم من وجود بند تحكيمي إذ أنّ وجود مثل هذا البند يحول دون سلطة المحكمة بسط ولايتها على النزاع دون أن ينزع عنها

الإختصاص، أي يشكّل عائقاً أمام إقامة الدّعى أمام القضاء، فلا يكون بالتّالي الدّفع بوجود بند تحكيمي دافعاً بعدم الإختصاص بشكل عام،

(راجع مروان كركبي، أصول المحاكمات المدنيّة والتّحكيم، الجزء الثّاني، ص. 361)

وحيث من نحو آخر عرّفت المادّة 62 أ.م.م. الدّفع بعدم القبول على أنّه كلّ سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه، دون البحث في موضوعه، لإنتفاء حقّه في الدّعى، وحيث أنّ الدّفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع لا تتعرّض مباشرةً للحقّ المدّعى به إنّما تستهدف ردّ الدّعى لعدم توافر الشّروط اللّازمة لقبولها،

وحيث من دراسة آثار البند التّحكيمي يتبيّن أنّ وجود البند المذكور من شأنه أن يقيّد القضاء العادي ويجعله غير قادر على النّظر في النزاع لوجود مرجع آخر إختاره الفرقاء في العقد لحلّ الخلاف الناشئ عنه في ما بينهم، أي من شأنه أن يمنع قبول الدّعى القضائيّة، وحيث والحال هذه يعتبر الدّفع بوجود بند تحكيمي دفع بعدم القبول يحقّ للفرقاء الإدلاء به في جميع مراحل المحاكمة ما لم يتنازلوا عن هذا الحق،

وحيث من جهة ثانية إنّ مصدر التّحكيم هو إرادة الفرقاء فينسحب على طبيعته وتلك الطّبيعة جعلته مرتبطاً بمصلحة الخصوم المذكورين ينعقد بتدّرعهم به ويسقط بتنازلهم عنه،

وحيث ينعقد إختصاص المحكّم باتّفاق الخصوم الصّريح على التّحكيم فإنّ التنازل عن التّحكيم يجب أن يتمّ عن طريق الإتّفاق أيضاً،

وحيث يكون الإتّفاق على التنازل صريحاً أو ضمناً وفي الحالة الأخيرة يُستفاد من كلّ عمل أو كلّ حالة يتبيّن منها جلياً نيّة الفريق الأوّل التنازل عن الإتّفاق التّحكيمي ونيّة الفريق الثّاني الإستفادة من هذا التنازل،

وحيث أنّ تقديم المتقاضى لدعواه أمام القضاء العادي يُعتبر تنازلاً ضمناً من جانبه عن اللّجوء إلى التّحكيم ذلك أنّه لجأ عن معرفة إلى القضاء مع علمه بوجود البند التّحكيمي، إلّا أنّ قبول مثل هذا التنازل لا يستنتج من سكوت الخصم وعدم دفعه بوجود بند تحكيمي عند إستحضاره أمام القضاء،

وحيث بالعودة إلى وقائع النزاع يتبيّن أنّ المستأنف عليها قد إستحضرت في 2011/10/13 المستأنف أمام الغرفة الابتدائيّة في بيروت النّاطرة في الدّعاوى الماليّة لمطالبته بالمبالغ المستحقّة

لها بدمته نتيجة تنفيذها العقد الموقع بينهما في 2008/5/14 والملحق بتاريخ 2009/7/7، على الرغم من أنّ العقد يتضمّن في البند الثالث من المادة 21 منه بنداً تحكيمياً،

وحيث أنّ المستأنف إستحضر بدوره المستأنف عليها في 2012/1/24 أمام المحكمة عينها لمطالبتها بمبالغ إستحققت له نتيجة الأعمال غير المنجزة أو المنفذة خلافاً للأصول والنتيجة عن العقد والملحق عينهما،

وحيث والحال هذه يكون كلّ من المستأنف والمستأنف عليها قد تنازل ضمناً عن اللجوء إلى التحكيم ذلك أنّهما لجأ إلى القضاء لحلّ النزاعات العالقة بينهما والنتيجة عن العقد الموقع في 2008/5/14 والملحق بتاريخ 2009/7/7،

وحيث والحال هذه يقتضي عدم قبول الدّفع بوجود بند تحكيمي وإعلان إختصاص المحكمة للنظر بالنزاع الحاضر للأسباب المذكورة أعلاه،

.....

قراراً صدر في بيروت في 2019/10/3

الرئيس (مزهر)

المستشار (قاصو)

المستشارة (أبو علوان)

الكاتب

تعليق المحامي الدكتور عبده جميل غصوب (لبنان)

ملاحظات على القرار الصادر عن الغرفة الإستئنافية الرابعة عشرة النّازرة في القضايا الماليّة،
تحت الرقم 2019/1279، تاريخ 3 تشرين الأوّل 2019

1- بتاريخ 2008/5/14 تعاقد السيّد فواز صالح زغل مع شركة أ.ج للمقاولات ش.م.م. لإنجاز أعمال تحسين وتشطيب وإكساء خارجي وأعمال ديكور داخلي للفيللا التي يملكها في منطقة البحيرة في دولة قطر.

2- بتاريخ 2011/10/13 تقدّمت الشركة بإستحضار دعوى أمام المحكمة الابتدائية في بيروت لمطالبة السيّد فواز صالح زغل بمبالغ ماليّة إدعت إستحقاقها بوجهه، عارضة أنّها شركة لبنانية تتعاطى أعمال المقولة والديكور في لبنان ودول الخليج، لا سيّما في قطر، وأنّ المدعى عليه السيّد فواز صالح زغل ونتيجة حسن سمعتها، إتصل بها عام 2008 طالباً منها تنفيذ أعمال الديكور والتشطيب في الفيللا التي يملكها في دولة قطر. وأنّها عينت الموقع وحدّدت الأعمال المطلوب تنفيذها وقدمت للمدعى عليه دراسة شاملة تتضمّن الكلفة المطلوبة، فوافق هذا الأخير عليها، وتمّ توقيع عقد الإتفاق إثر ذلك. وأضافت الشركة أنّها باشرت التنفيذ وتقيّدت بكافّة شروط الإتفاق وأنّ المدعى عليه تخلف عن تنفيذ الموجبات الملقاة على عاتقه بدءاً بالدفعة الأولى. وأنّها رغم ما تقدّم تابعت تنفيذ الأعمال وقامت بتسليم الفيللا وأنّها قامت بجرده مع المدعى عليه لتحديد الرصيد المتوجّب لها بذمته، فبلغ ثلاثماية وعشرين ألفاً وثمانماية وثلاثة عشر دولاراً أميركياً \$ 320.813 وأنّها راجعت المدعى عليه مراراً لتسديد الرصيد، فلم تلق منه جواباً.

3- بتاريخ 2012/1/24 تقدّم المدعى عليه السيّد فواز صالح زغل بإستحضار آخر عارضاً أنّه وقع خلاف بين الفريقين بسبب الأعمال المتفق على إنجازها، فإدعى السيّد فواز صالح زغل بأنّ الشركة المدعى عليها نفذت بعض الأعمال الناتجة عن الإتفاقية أعلاه، ثمّ تقاعست عن تنفيذ بعضها، كما أنّها نفذت بعضاً آخر خلافاً للإتفاق، ما أدّى إلى إستحالة تسليم الأعمال في الوقت المحدّد. وأضاف أنّه أبرم بتاريخ 2009/7/7 مع الشركة المدعى عليها ملحفاً جديداً بنتيجة تقاعس الأخيرة، إتفق بموجبه على تعيين مهندس من قبّله للإشراف على

الأعمال وعلى تسليم الفيلا في 2009/8/20، وسدّد لها المبالغ المتوجّبة عن الأعمال المنفّذة من قبلها، وأنّ الشّركة المدّعى عليها نكست بالتزاماتها وسحبت عمّالها ومعدّاتها خلال شهر آب من العام 2009 دون إنجاز الأعمال وفقاً لما هو متفق عليه، وذكر المدّعي السيّد فواز صالح زغل أنّه دفع ما يقارب خمسمائة وسبعة وعشرين ألفاً وتسعمائة وسبعة ريالات قطريّة 527.907 أي ما يساوي مئة وأربعة وأربعين ألفاً وستماية وإثنين وثلاثين دولاراً أميركياً 144.632 لإستكمال الأعمال غير المنجزة. وانتهى إلى مطالبة الشّركة المدّعى عليها بالأموال المستحقّة بذمتها نتيجة الأعمال غير المنفّذة.

4- بتاريخ 2014/4/3 تمّ ضمّ الدّعويين لبعضهما وعلى إثر الضّم صدر في 2017/10/26 حكم ابتدائي عن الغرفة الثّانية في بيروت، تحت الرقم 2017/959 قضى بإلزام المدّعى عليه، المدّعي مقابلة فواز صالح زغل بأن يدفع إلى المدّعية وعليها شركة أ.ج للمقاولات ش.م.م. مبلغاً وقدره \$ 300.610 ثلاثماية ألفاً وستماية وعشرة دولارات أميركيّة مع الفائدة القانونيّة منذ تاريخ 2011/10/13 وحتى تاريخ الدّفع الفعلي.

5- بتاريخ 2018/10/17 قدّم السيّد فواز صالح زغل إستئنافاً بوجه شركة أ.ج للمقاولات ش.م.م. طعنّاً بالحكم رقم 2017/959 أصدّار في 2017/10/26 عن المحكمة الابتدائيّة في بيروت، ألغرفة الثّانية وأدلى في السّبب الأوّل من إستئنافه بإنتفاء صلاحية المحكمة للفصل في النزاع سنداً لأحكام المواد 72، 52، 53 أ.م.م. وللبنّد الثالث من المادّة 21 من العقد تاريخ 2008/5/14، وذلك لأنّ البنّد الثالث ينصّ صراحة على تسوية النزاعات الناتجة عن العقد عن طريق التّحكيم، وأنّ الإدلاء بإنتفاء إختصاص المحكمة الوظيفي يبقى جائزاً في جميع مراحل المحاكمة.

6- في 2019/2/5 قدّمت المستأنف عليها شركة أ.ج للمقاولات ش.م.م. لائحة جوابيّة، أدلت فيها بوجود تصديق الحكم الابتدائي، من جهة لتوافر صلاحية المحكمة للبتّ بالنزاع ذلك أنّ الصّلاحية النّاجمة عن البنّد التّحكيمي هي نسبيّة وليست مطلقة، وأنّ المستأنف لم يدلّ بإنتفاء الإختصاص أمام محكمة الدرّجة الأولى وفي أوّل لائحة يقدّمها، بل ناقش في الأساس، فيكون قد سقط حقّه في الإدلاء بالدّفع المذكور.

7- بتاريخ 2019/3/7 قدّم المستأنف لائحة جوابيّة كرّر فيها أقواله ومطالبه السّابقة، وأدلى فيها بجواز الإدلاء بعدم الإختصاص الوظيفي أو النوعي في أيّ مرحلة من مراحل المحاكمة

سنداً لأحكام المادة 53 أ.م.م. وأنّ الاجتهادات التي استندت إليها المستأنف عليها كانت مبنية على قانون أصول المحاكمة المدنية القديم، وأنّ هذا الأخير فصل بين الصلاحية المطلقة والصلاحية النسبية، خلافاً للقانون الجديد الذي يعتمد الإختصاص الوظيفي والنوعي. وأنّ اللجوء إلى التحكيم بين طرفي العقد قد جاء إنفاذاً لنصّ المادة 763 أ.م.م.

8- بتاريخ 2019/4/11 قدّمت المستأنف عليها لائحة جوابية كرّرت فيها مآل أقوالها وأضافت أنّ المستأنف بتقدّمه دعوى مقابلة لدعواها أمام المرجع القضائي عينه مناقشاً فيها في أساس النزاع العالق دون الإدلاء بوجود بند تحكيمي، يكون بالتالي قد تنازل عن حقّ الإدلاء بالدفع.

9- بتاريخ 2019/10/3، أصدرت محكمة الإستئناف قرارها موضوع التعليق، الذي لخصت بموجبه إدلاءات الفريقين عارضةً أنّ المستأنف يدلي أنّ النّظر بالنزاع الحالي يخرج عن صلاحية المحاكم العدلية سنداً لأحكام المواد 52 و53 و72 أ.م.م. وذلك لوجود بند تحكيمي في البند الثالث من المادة 21 من العقد الموقع بين طرفي النزاع في 2008/5/14، مُعتبراً أنّ الدفع بوجود بند تحكيمي هو دفع بعدم الإختصاص الوظيفي الذي يجوز الإدلاء فيه في جميع مراحل المحاكمة. وبالمقابل تدفع المستأنف عليها بأنّ الصلاحية الناجمة عن البند التحكيمي هي نسبية وليست مطلقة وأنّ الدفع بوجود البند التحكيمي يجب أن يتمّ في بدء المحاكمة وإلاّ سقط حقّ الخصم في الإدلاء به. وأنّ تقديم المستأنف لدعواه المقابلة يُعتبر تنازلاً من قبله عن الدفع بالبند التحكيمي.

وأضافت محكمة الإستئناف أنّه من مراجعة العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 2008/5/14، يتبيّن بأنّ المادة الواحدة والعشرين منه، قد تضمّنت بنداً تحكيمياً مفاده أنّه "تمّ تسوية جميع النزاعات الناشئة أو المرتبطة بهذا العقد أولاً بواسطة السيد مارون بريدي، وفي حال عدم نجاحها تتمّ تسويتها بموجب التسوية والتحكيم المعتمدة في غرفة بيروت للتجارة والصناعة من قبل محكم واحد يتمّ تعيينه طبقاً لهذه الأنظمة".

وتتابع محكمة الإستئناف أنّ الإشكالية التي تطرح هي إمكانية الدفع بوجود بند تحكيمي لأول مرة أمام محكمة الإستئناف متى لم يدلّ به أي من الخصوم أثناء المحاكمة الابتدائية. وأنّ قانون أصول المحاكمات قد حدّد أسباب الدفاع والدفع التي يحقّ للخصم التّدرع بها بمواجهة خصمه لردّ الدعوى عنه، ونظّم كيفية الإدلاء بالدفع ووقت الإدلاء بها والشروط اللازم توافرها لقبولها.

ثم إنتقلت محكمة الإستئناف إلى البحث أولاً في طبيعة الدّفع بوجود بند تحكيمي في العقد المنظّم بين طرفي النزاع المعروض أمام القضاء العدلي، ليُصار إلى البحث تالياً بالوقت الذي يتوجّب على الفرقاء الإدلاء به لقبوله.

وتتابع محكمة الإستئناف أنّ الاجتهاد إنقسم حول تحديد طبيعة الدّفع بوجود بند تحكيمي أمام محكمة الأساس وحول مدى جواز الإدلاء به للمرّة الأولى أمام محكمة الإستئناف. وقد ذهب إتجاه أوّل للقول بأنّ الدّفع بوجود بند تحكيمي هو دفع إجرائي. وقد إنقسم أصحاب هذا المذهب، فمنهم من قال بأنّ الدّفع المذكور هو بمثابة الدّفع بعدم الإختصاص النوعي وذلك إستناداً الى نصّي المادتين 30 و46 أ.م.م.، ألّتين ساوتنا ما بين الدّفع بعدم الإختصاص النوعي والوظيفي والتّحكيم في ما يتعلّق بشروط قبول الطّلب الطّارئ وشروط قبول دعوى الضّمان على حدّ سواء. ورأت محكمة الإستئناف أنّ هذا الرّأي لا يستقيم قانوناً لأنّ التّحكيم ليس صنفاً ودرجة محكمة تابعة لجهة قضائيّة واحدة بالمعنى المقصود في نصّ المادّة 72 أ.م.م. ثمّ تضيف محكمة الإستئناف أنّ إتجاهاً ثانياً ذهب للقول بأنّ التّحكيم هو طريق من الطّرق البديلة لحلّ النزاع خارج إطار القضاء التّابع للدولة، وبالتالي فإنّ الإختصاص التّحكيمي يدخل ضمن فئة الإختصاص الوظيفي إذ بمقتضاه تتعيّن الجهة القضائيّة المختصة للنظر في النزاع ألا وهي قضاء التّحكيم. ورأت محكمة الإستئناف أنّ هذا الرّأي لا يستقيم قانوناً أيضاً لأنّ الفقرة الثّانية من المادّة 72 أ.م.م. عرّفت الإختصاص الذي بمقتضاه تتعيّن جهة القضاء المختصة بنظر الدّعوى، وأنّ المادّة 81 منه فصلت هذا التعريف وحصرت التّعداد بالقضاء المدني والقضاء الإداري والقضاء المذهبي أو الشرعي، ولم يدخل في عداد التعريف ولا تصنيفه قضاء التّحكيم، فالتعريف والتصنيف المنصوص عنهما في المواد المُشار إليها، يعينان قضاء الدولة مدنيّاً، إداريّاً، مذهبيّاً أو شرعيّاً.

وتضيف محكمة الإستئناف أنّ التّحكيم ليس مؤسسة قضائيّة تتمتع بإختصاصات محدّدة وإنّما هو إتفاق بين فرقاء متنازعين قرّروا أن يفصل في نزاعهم محكّمون وليس القضاء العدلي، فلا مجال لإعتبار الدّفع بالإختصاص التّحكيمي دفْعاً بعدم الإختصاص الوظيفي، وأنّ المحكمة تبقى مختصة للنظر بالدّعوى على الرّغم من وجود بند تحكيمي، لأنّ وجود مثل هذا البند يحول دون سلطة المحكمة بسط ولايتها على النزاع دون أن ينزع عنها الإختصاص، أيّ يشكّل عائقاً أمام إقامة الدّعوى أمام القضاء، فلا يكون بالتّالي الدّفع بوجود بند تحكيمي دفْعاً بعدم الإختصاص بشكلٍ عام. وتتابع محكمة الإستئناف أنّه من نحو آخر عرّفت المادّة 62 أ.م.م. الدّفع بعدم القبول

أنه كل سبب يرمي به الخصم الى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه، لإنقضاء حقه في الدعوى، وأنّ الدّفع بعدم القبول هو وسيلة لا تتعرّض مباشرة للحقّ المدعى به، بل تستهدف ردّ الدعوى لعدم توافر الشّروط اللاّزمة لقبولها. وأنّ دراسة آثار البند التّحكيمي تُبيّن أنّ وجود البند المذكور من شأنه تقييد القضاء العادي وجعله غير قادر على النّظر في النّزاع لوجود مرجع آخر إختاره الفرقاء في العقد لحلّ الخلاف الناشئ عنه في ما بينهم، أي من شأنه أن يمنع قبول الدّعى القضائيّة، وأنّه والحال هذه يُعتبر الدّفع بوجود بند تحكيمي، دفعاً بعدم القبول يحقّ للفرقاء الإدلاء به في جميع مراحل المحاكمة، ما لم يتنازلوا عن هذا الحق. وتضيف المحكمة من جهة ثانية، أنّ مصدر التّحكيم هو إرادة الفرقاء، فينسحب على طبيعته وتلك الطّبيعة جعلته مرتبطاً بمصلحة الخصوم المذكورين، ينعقد بتدّرعهم به ويسقط بتنازلهم عنه، وأنّ إختصاص المحكمّ ينعقد باتّفاق الخصوم الصّريح على التّحكيم، فإنّ التنازل عن التّحكيم يجب أن يتمّ عن طريق الإّتفاق أيضاً. ويكون الإّتفاق على التنازل صريحاً أو ضمناً. وفي الحالة الأخيرة يُستفاد من كلّ عمل أو كلّ حالة يتبيّن منها جلياً نيّة الفريق الأوّل التنازل عن الإّتفاق التّحكيمي ونيّة الفريق الثّاني الإستفادة من هذا التنازل. وتتابع محكمة الإستئناف أنّ تقديم المتقاضى لدعواه أمام القضاء العادي يُعتبر تنازلاً ضمناً من جانبه عن اللّجوء إلى التّحكيم لأنّه لجأ إلى القضاء مع علمه بوجود البند التّحكيمي، إلّا أنّ قبول مثل هذا التنازل لا يستنتج من سكوت الخصم وعدم دفعه بوجود بند تحكيمي عند إستحضاره أمام القضاء.

وقد تبيّن لمحكمة الإستئناف أنّ الشركة المستأنف عليها إستحضرت في 2011/10/3 المستأنف أمام الغرفة الابتدائيّة في بيروت النّاطرة بالدّعاوى الماليّة لمطالبته بالمبالغ المستحقّة لها بذمّته نتيجة تنفيذها العقد الموقع بينهما في 2008/5/14 والملحق تاريخ 2009/7/7، بالرّغم من تضمّن العقد في البند الثّالث من المادّة 12 منه، بنداً تحكيمياً. وأنّ المستأنف إستحضر بدوره المستأنف عليها في 2012/1/24 أمام ذات المحكمة لمطالبتها بمبالغ إستحققت له نتيجة الأعمال غير المنجزة أو المنفّذة خلافاً للأصول والنّاتجة عن العقد والملحق عينهما. وإنتهت محكمة الإستئناف إلى القضاء أنّه والحال هذه، يكون كلّ من المستأنف والشركة المستأنف عليها قد تنازلا ضمناً عن اللّجوء إلى التّحكيم لأنهما راجعا القضاء لحلّ النزاعات العالقة بينهما والنّاتجة عن العقد الموقع في 2008/5/14 والملحق الموقع في 2009/7/7، ما يقتضي والحال هذه عدم قبول الدّفع بوجود بند تحكيمي وإعلان إختصاص المحكمة للنّظر بالنّزاع المطروح.

يطرح قرار 2019/10/3 بحث ما يلي:

الطبيعة القانونية للدفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي (أولاً) والنظام القانوني للدفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي (ثانياً)، وحدود عدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي (ثالثاً).

أولاً- أطيبة القانونية للدفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي (Nature (juridique):

يتجاذب هذا الموضوع إتجاهان، الإتجاه الأول يجعل الإختصاص التّحكيمي بمنزلة الإختصاص النوعي للمحاكم العادية (أ)، والإتجاه الثاني الذي تبنته محكمة الإستئناف يجعل من الدفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي، دفعا بعدم القبول (ب). سنستعرض الإتجاهين الأول والثاني، قبل أن ندلي بالتكليف Qualification الذي نراه مناسباً (ج).

أ- إعتبار الدفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي بمنزلة الإختصاص النوعي:

رأى البعض² أن قانون أصول المحاكمات المدنية الحالي لم يتضمّن نصاً عاماً وصريحاً عن هذا الموضوع³، بل يمكن إستخراج الحلّ من القواعد العامة ومن بعض النصوص المنقرّقة الواردة فيه والتي تجعل الإختصاص التّحكيمي بمنزلة الإختصاص النوعي للمحاكم العادية كنصّ المادة 30 والمادة 46 مثلاً⁴. ويرى هذا البعض أن الإختصاص العائد للمحكّم هو في الواقع

2- إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات، الجزء العاشر، التّحكيم (1)، ص 235.

3- كان قانون أصول المحاكمات المدنية السابق في المادة 824 منه ينصّ "أنّ الفقرة التّحكيمية تجيز للفريق الذي إستحضر بغير حقّ لدى إحدى المحاكم، أن يتنرّع بالدفع المعروف" بدفع الأصلاحية". وقد تضمّن قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي في المادة 1458 منه نصاً صريحاً في هذا الصّدّد، وقد جاء فيه:

Art. 1458: "Lorsqu'un litige dont, un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'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.

4- نصّت المادة 30، البند 2 أنه يشترط لقبول الطّلب الطّارئ "أن لا يخرج النّظر فيه عن الإختصاص الوظيفي أو النوعي

إختصاص نوعي لا إختصاصاً مكانياً⁵. ولكنّه وإن تشابه مع الإختصاص النوعي للمحاكم، فلا يعادل هذا الإختصاص بوجهه المطلق، بل بالوجه النسبي الذي يعود له في بعض الحالات⁶. فالإختصاص المُعطى للمحكم باتّفاق أطراف العقد هو في الحقيقة إختصاص نسبي لأنّه يجوز لهؤلاء العدول عنه باتّفاق آخر مخالف⁷. ويكون للدفع بعدم الإختصاص الناشئ عن إتّفاق التّحكيم أو عن البند التّحكيمي الطّابع النسبي⁸.

ويتعيّن الإدلاء به في بدء المحاكمة⁹. على ذلك، إذا رفع أحد طرفي البند التّحكيمي الدّعى أمام المحكمة العاديّة ولم يتمسك الطّرف الآخر المدّعى عليه بدفع عدم الإختصاص في بدء المحاكمة وناقش في الموضوع، سقط حقّه بالدّفع المذكور ويعتبر عندئذ كأنّه متنازل عن التمسك باتّفاق التّحكيم وتلتقي إرادته مع إرادة الطّرف الأوّل رافع الدّعى، وإعتبر الإختصاص محفوظاً لتلك المحكمة دون المحكم¹⁰. أمّا إذا أدلي بدفع عدم الإختصاص في الوقت المناسب، فيتعيّن على المحكمة المدلى أمامها به أن تتوقّف عن نظر النزاع وأن تقرّر، بدون أيّ بحثٍ آخر، عدم

المحكمة الناظرة في الطّلب الأصلي وأن لا يكون من إختصاص هيئة تحكيميّة". كما نصّت المادة 46 عن عدم قبول إدخال شخص ثالث للضّمان أمام المحكمة الناظرة في الدّعى الأصليّة إذا كانت دعوى الضّمان خارجة عن إختصاصها السّوطني أو النوعي أو إذا وجد بين الضّامن والمضمون إتّفاق يجعل حقّ النّظر في قضية الضّمان من إختصاص محكمة أخرى أو "هيئة تحكيميّة".

- 5- أنظر بهذا المعنى: إستئناف أورليون 16 حزيران 1983، الأسبوع القانوني، 1984، 2، 20130 مع تعليق N.S.
- 6- أنظر، موسوعة إدوار عيد، السّابق ذكرها، الجزء الثّاني، الفقرة 149.
- 7- أنظر موسوعة إدوار عيد، الجزء العاشر، التّحكيم، الفقرة 54-2؛ إستئناف بيروت، الغرفة الثّالثة، القرار رقم 540، 8 نيسان 2015، منشور في مجلّة العدل الإلكترونيّة.
- 8- نقض فرنسي، 22 كانون الثّاني 1946، داللو، 1946، ص 139؛ 20 حزيران 1968، النّشرة المدنيّة، 2، رقم 185؛ 3 كانون الثّاني 1966، ذات النّشرة، رقم 4؛ 17 حزيران 1975، مجلّة التّحكيم، 1976، ص 189؛ غلاسون، تيسيه وموريل، الجزء الخامس، الفقرة 1816؛ كورنو وفويه، أصول المحاكمات، ص 66؛ لوكين، جورسكاسور، أصول المحاكمات لفظ Arbitrage، القسم 1034، رقم 44 و45.
- 9- أنظر إستئناف لبناني 24 حزيران 1947، النّشرة القضائيّة 1947، ص 497، وقد جاء فيه: أنّ نزع الصّلاحية من المحكمة بموجب شرط التّحكيم مبني على مشيئة المتعاقدين وخارج عن نطاق الإبتظام العام، ما يجعل الصّلاحية المنبثقة عن هذا الشرط نسبيّة. يجب الإدلاء بدفع عدم الصّلاحية في بدء المحاكمة: بداية بيروت، 19 آذار 1947، النّشرة القضائيّة 1947، ص 178، بذات المعنى: تمييز، 26 آذار 1960 مجموعة باز، 8، ص 77، رقم 49، النّشرة القضائيّة، 1960، ص 281، رقم 49؛ بداية بيروت، 21 نيسان 1975، مجموعة حاتم، 164، ص 409.
- 10- نقض فرنسي، 17 حزيران 1975، مجلّة التّحكيم، 1976، ص 189، مع تعليق لوكين؛ ويكون الشّأن كذلك إذا تمسك المدّعى عليه بدفع عدم الإختصاص ثم عدل صراحةً عنه وأبدى مطالبته في الأساس؛ إستئناف باريس، 7 حزيران 1984، مجلّة التّحكيم 1984، ص 504.

إختصاصها في البتّ بهذا الموضوع¹¹. ويطبّق هذا الحلّ بوجه خاصّ في الحالة التي يكون فيها النزاع قد سبق أن رُفِعَ أمام المحكّم من جانب أحد الطّرفين، فيما الطّرف الآخر قد رفع الدّعى بعد ذلك أمام المحكمة العاديّة خلافاً لإختصاص المحكّم. في هذه الحالة، توجب المادّة 785 أ.م.م. حفظ إختصاص المحكّم للفصل في مسألة إختصاصه بنظر النزاع. ويتعيّن بالتّالي أن تقرّر المحكمة العاديّة عدم إختصاصها للنظر في النزاع المذكور. لقد أولت المادّة 785 المحكّم سلطة البتّ في أمر إختصاصه، على أن يبقى قراره خاضعاً للطّعن بطريق الإبطال عند الإقتضاء. ينظر المحكّم في سبيل تقريره إختصاصه، في صحّة العقد المُدرج فيه البند التحكيمي، فإذا وجده صحيحاً إعتبر نفسه مختصّاً وتابع النّظر في موضوع النزاع. أمّا إذا وجده باطلاً، فلا يحكم بالبطالان بل يقتصر على إعلان عدم إختصاصه لنظر النزاع بإعتبار أنّ الفصل في بطلان العقد يدخل في إختصاص المحاكم العاديّة. أمّا إذا كان النزاع لم يعرض بعد على المحكّم، وقد تمّ رفعه من قبل أحد طرفي العقد أمام المحكمة العاديّة، فنقرّر هذه الأخيرة عدم إختصاصها لمجرّد التّذرع أمامها بالبند التحكيمي وبالذّفع بعدم الإختصاص المُسند إليه¹².

وتجدر الإشارة في هذا المجال إلى الحالة التي تُرفع فيها الدّعى أمام المحكمة العاديّة على عدّة مدّعى عليهم ويكون أحدهم مرتبطاً مع المدّعي ببند تحكيمي، فإنّ المحكمة العاديّة تكون غير

11- أنظر في ظلّ القانون السّابق: تمييز لبناني، 8 نيسان 1964، مجموعة باز، 12، ص 168، رقم 50، أنشرة القضائيّة 1964، ص 626 وقد جاء فيه: أنّ الغاية من الفقرة التحكيمية - أي البند التحكيمي - هي إخراج النزاع من صلاحية المحاكم وإيجاب حلّه بالتحكيم، وأنّه يترتّب على المحكمة المعروض لديها النزاع من أحد الفريقين المتعاقدين أن تعلن عدم صلاحيتها للنظر به إذ اصرّ الفريق الآخر على التمسكّ بالتحكيم. ولا يجوز للمحكمة أن تبحث في صحّة النزاع وفي مقداره، فإن فعلت تكون قد احتفظت لنفسها بصلاحية النّظر في نزاع يخرج أساساً عن صلاحيتها وتكون بالتالي وبمشيئة الفريق النّاكل وحده أبطلت مفعول البند التحكيمي الذي لا يجوز إبطاله إلاّ بمشيئة الفريقين؛ أنظر أيضاً، إستئناف بيروت، 29 أيار 1967، مجموعة حاتم، 71، ص 23، رقم 2؛ بداية بيروت، 6 كانون الثّاني 1972، مجموعة حاتم، 131، ص 11، رقم 1.

12- أنظر، تمييز لبناني، 8 نيسان 1964، مجموعة باز، 12، ص 168، رقم 50؛ إستئناف بيروت، 29 أيار 1967، مجموعة حاتم، 71، ص 23، رقم 2؛ بداية بيروت 6 كانون الثّاني 1972، مجموعة حاتم 131، ص 11، رقم 1؛ نقض فرنسي، 9 تموز 1933، سيراي 1933، 1، 145؛ 22 كانون الثّاني 1964، داللو 1946، ص 239؛ إستئناف كولمار، 24 شباط 1965، الأسبوع القانوني 1967، 2، 14965 مع تعليق ليسكو الذي جاء فيه أنّه إذا كان حامل السند التجاري هو في الوقت عينه السّاحب وكان العقد الذي جرى سحب هذا السند تنفيذاً له يشتمل على بند تحكيمي، فإنّ الإختصاص المترتّب على دعوى الصّرف يتوارى أمام الإختصاص التحكيمي الإتفاقي الذي بمقتضاه يجب على المحاكم التي رفع إليها النزاع أن تقرّر عدم إختصاصها؛ وأنظر أحكاماً أخرى عديدة أشار إليها روبري في مؤلّفه عن التحكيم، الطّبعة الخامسة، ص 105، هامش 196.

مختصة بالنسبة لهذا المدعى عليه الأخير ويبقى النزاع الحاصل معه خاضعاً للتحكيم رغم وجود التلازم في المسائل المتنازع عليها بين المدعين وجميع المدعى عليهم¹³. ولكن الرأي متجه في الحالة التي يكون فيها موضوع النزاع غير قابل للتجزئة ويحتمل صدور أحكام متعارضة وغير قابلة للتنفيذ في حال تعدد المراجع القضائية أو التحكيمية المرفوع أمامها النزاع، إلى جمع الطلبات والنظر فيها أمام مرجع واحد هو المحكمة العادية¹⁴. ويترتب على مبدأ عدم إختصاص المحاكم العادية أنه لا يجوز أن تُرفع أمام هذه المحاكم بصورة أصلية دعوى يدخل موضوعها في دائرة الإختصاص التحكيمي¹⁵. وكذلك لا يجوز للمحكمة العادية أن تنظر في الطلبات المقابلة¹⁶ وفي الطلبات الإضافية وفي مسائل الدفاع الموضوعية التي تكون داخلة في نطاق التحكيم¹⁷.

ب- ألدفع بوجود بند تحكيمي هو دفع بعدم القبول:

لقد خالفت محكمة الإستئناف في قرار 2019/10/3 أالرأي أعلاه، فاعتبرت أن هذا الرأي لا يستقيم قانوناً إذ إن التحكيم ليس صنفاً ودرجة محكمة تابعة لجهة قضائية واحدة بالمعنى المقصود في نص المادة 72 أ.م.م. كما رفضت محكمة الإستئناف إتجاهاً ثانياً ذهب إلى القول بأن التحكيم هو طريق من الطرق البديلة لحل النزاع خارج إطار القضاء التابع للدولة، وبالتالي فإن الإختصاص التحكيمي يدخل ضمن فئة الإختصاص الوظيفي، إذ بمقتضاه تتعين الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع ألا وهي قضاء التحكيم¹⁸.

13- نقض فرنسي 9 كانون الثاني 1933، سيراي 1933، 145؛ 3 أيار 1957، دالوز 1958، 167؛ 13 أيار 1966، ألتشرة المدنية، 1966، 2، 408؛ 28 تشرين الأول 1929، دالوز 1931، 1، 29؛ جان روبري، التحكيم، الطبعة الرابعة، الفقرة 137؛ ليفل، جورسكلاسور، أصول المحاكمات، م 1003 - 1028، ألقسم 8، رقم 47؛ سوليس وبرو، 2، الفقرة 270؛ إدوار عيد، الموسوعة، الجزء الثاني، الفقرة 132، ص 504.

14- إستئناف باريس، 18 آذار 1968، المجلة الإنتقادية للقانون الدولي الخاص، 1969، ص 506، مع تعليق جاك نورمان، ص 514؛ محكمة باريس التجارية، 17 كانون الأول 1975، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، ص 919؛ إستئناف اكس، 27 كانون الثاني، غازيت القصر، 1978، 2، موجز 300، لفظ Arbitrage والمجلة الفصلية، 1978، ص 917، رقم 6.

15- إستئناف باريس، 4 نيسان 1968، مجلة التحكيم، 1968، ص 19 وقد تضمن أن رفع يد محكمة الدولة فوراً يترتب عليه حتماً، عندما يكون النزاع قد نشأ وتحدد موضوعه، ألا يُسمح بنظره والفصل فيه إلا للمحكمة التحكيمية.

16- إستئناف باريس، 6 نيسان 1964، مجلة التحكيم، 1964، ص 92.

17- أنظر، لوكين، جورسكلاسور، أصول المحاكمات، السابق ذكره، ألقسم رقم 1034، رقم 7.

18- قرار محكمة التمييز، ألعرفة العاشرة، أقرار رقم 2013/17، 29 كانون الثاني 2013 وقرار محكمة التمييز، ألعرفة الثانية، رقم 20، 6 شباط 2018، مشار إليهما في متن قرار 2019/10/3.

وذكرت محكمة الاستئناف أن هذا الرأي لا يستقيم قانوناً أيضاً لأن الفقرة الثانية من المادة 72 عرّفت الإختصاص الوظيفي بأنه الإختصاص الذي بمقتضاه تتعيّن جهة القضاء المختصة بنظر الدّعى، وفصلت المادة 81 منه هذا التعريف وحصرت التّعداد بالقضاء المدني والقضاء الإداري والقضاء الشرعي والمذهبي، ولم يدخل في عداد التعريف ولا تصنيفه قضاء التّحكيم، فالتّعريف والتصنيف المنصوص عنهما في المواد المشار إليها يعينان قضاء الدولة: مدنياً أو إدارياً أو مذهبياً أو شرعياً، وأنّ التّحكيم ليس مؤسسة قضائية تتمتع بإختصاصات محدّدة، بل هو إتفاق بين فرقاء متنازعين قرّروا ألا يفصل القضاء العدلي في نزاعهم، بل محكمون جرى إختيارهم من قبل الخصوم، فلا مجال لإعتباره دعفاً بعدم الإختصاص الوظيفي، وأنّ المحكمة مختصة للنظر بالدّعى على الرّغم من وجود بند تحكيمي لأنّ وجود مثل هذا البند يحول دون سلطة المحكمة في بسط ولايتها على النزاع دون أن ينزع عنها الإختصاص، أي أنّ البند التّحكيمي لا ينزع عنها الإختصاص، بل يشكّل عائقاً أمام إقامة الدّعى أمام القضاء، فلا يكون بالتّالي الدّفع بوجود بند تحكيمي دعفاً بعدم الإختصاص بشكل عام¹⁹. ثمّ تتابع محكمة الاستئناف أنّ المادة 62 أ.م.م. عرّفت الدّفع بعدم القبول على أنّه كلّ سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه، دون البحث في موضوعه، لإنتفاء حقّه في الدّعى. وأنّ الدّفع بعدم القبول هو وسيلة دفاع لا تتعرّض مباشرة للحق المدّعى به، بل تستهدف ردّ الدّعى لعدم توافر الشّروط اللّازمة لقبولها. وتضيف محكمة الاستئناف أنّه من دراسة آثار البند التّحكيمي يتبيّن أنّ وجود البند المذكور من شأنه أن يقيدّ القضاء العادي ويجعله غير قادر على النّظر في النزاع لوجود مرجع آخر اختاره الفرقاء في العقد لحلّ الخلاف الناشئ عنه في ما بينهم، أيّ من شأنه أن يمنع قبول الدّعى القضائيّة. وإعتبرت محكمة الاستئناف الدّفع بوجود بند تحكيمي دعفاً بعدم القبول يحقّ للفرقاء الإدلاء به في جميع مراحل المحاكمة، ما لم يتنازلوا عن هذا الحق. وتضيف محكمة الاستئناف من جهة ثانية، أنّ مصدر التّحكيم هو إرادة الفرقاء فينسحب على طبيعته وتلك الطبيعة تجعله مرتبطاً بمصلحة الخصوم المذكورين، ينعقد بتدّرعهم به ويسقط بتنازلهم عنه. وتتابع محكمة الاستئناف أنّ إختصاص المحكم ينعقد بإتفاق الخصوم الصّريح على التّحكيم، فالتنازل عنه يجب أن يتمّ عن طريق الإتفاق أيضاً. ويكون الإتفاق على التنازل صريحاً أو ضمناً وفي الحالة الأخيرة يُستفاد من كلّ عمل أو كلّ حالة يتبيّن منها جلياً نيّة الفريق الأوّل في التنازل عن الإتفاق

19- مروان كركبي، أصول المحاكمات المدنية والتّحكيم، الجزء الثّاني، ص 361.

التحكيمي ونية الفريق الثاني في الاستفادة من هذا التنازل لا يستتج من سكوت الخصم وعدم دفعه بوجود بند تحكيمي عند إستحضاره أمام القضاء. وتضيف محكمة الإستئناف أنه بالعودة إلى وقائع النزاع يتبين أن المستأنف عليها قد إستحضرت في 13/10/2011 ألتستأنف أمام الغرفة الإبتدائية في بيروت الناظرة في الدعاوى المالية لمطالبته بالمبالغ المستحقة لها بزمته نتيجة تنفيذها العقد الموقع بينهما في 14/5/2008 والملحق تاريخ 7/8/2009، بالرغم من أن العقد يتضمن في البند الثالث من المادة 21 منه بنداً تحكيمياً. وأن المستأنف إستحضر بدوره المستأنف عليها في 24/1/2012 أمام المحكمة عنها لمطالبتها بمبالغ إستحققت له نتيجة الأعمال غير المنجزة أو المنفذة خلافاً للأصول والنتيجة عن العقد والملحق عينهما. وإنتهت محكمة الإستئناف إلى إعتبار أنه في هذه الحالة، يكون كل من المستأنف والمستأنف عليهما قد تنازلا ضمناً عن اللجوء الى التحكيم ذلك أنهما لجأ إلى القضاء لحل النزاعات العالقة بينهما والنتيجة عن العقد الموقع في 14/5/2008، والملحق تاريخ 7/7/2009. وقضت محكمة الإستئناف في النهاية بعدم قبول الدفء بوجود بند تحكيمي وإعلان إختصاص المحكمة للنظر بالنزاع.

لا بد من الإشارة في هذا السياق من الأفكار إلى أن البعض²⁰ وجد تبريراً مختلفاً عن التبرير الذي إعتدته محكمة الإستئناف لإعتبار الدفء بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي دفءاً بعدم القبول، فذكر أن الدفء بعدم قبول الدعوى لسبق الإتفاق على التحكيم يؤدي إلى إلتزام أطراف الإتفاق بإحترامه وعدم الإلتجاء إلى القضاء؛ وبالتالي إذا رفع أحدهم الدعوى رغم قيام الإتفاق على التحكيم، فإن مصلحته في هذه الدعوى تكون غير مشروعة لإخلاله بما تم الإتفاق عليه، وبالتالي يتخلف شرط المصلحة المشروعة اللآزم لقبول الدعوى ويمكن التمسك بعدم القبول.

لقد خالف الإجتهد المصري الرأى الذي إعتدته محكمة الإستئناف، فرأى "أن المقصود بالدفء بعدم القبول في المادة 115 مرافعات هو الدفء بعدم القبول الموضوعي. وأن الدفء بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفءاً موضوعياً مما ورد ذكره في المادة 1/115 مرافعات، لأن التحكيم هو طريق إستثنائي لفض النزاعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولا يتعلّق شرط التحكيم بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يتعيّن التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحةً أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير

20- نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية 2011، ص 334.

متأخراً بعدم الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إيدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به. ومن ثم فإنّ الدّفع بعدم قبول الدّعوى لوجود شرط التّحكيم لا يترتب على قبوله إستنفاد ولاية المحكمة، ولا تملك محكمة الإستئناف الفصل في الموضوع لما يترتب على ذلك من تفويت إحدى درجات التقاضي على الخصوم²¹.

ج- التّكليف الذي نراه للدّفع بعدم إختصاص القضاء العدلي بسبب وجود بند تحكيمي:

عندما يضع المشرع الوطني القواعد القانونيّة لا يخصّص لكلّ مسألة من المسائل القانونيّة المطروحة قاعدة معيّنة، لأنّ علاقات الأفراد ونزاعاتهم غير قابلة للحصر، فهي تتجدّد وتتطوّر دائماً. لذلك يعمد المشرع إلى وضع فصائل قانونيّة، ويحدّد لكلّ فصيلة قاعدة محدّدة. لكن هذا الأمر غير كافٍ لحلّ المشكلة، إذ أنّ التشريعات تتباين في ما بينها من حيث تقسيم المواد القانونيّة وتحديد مضمونها. من هنا تبرز الأهميّة التي تتصّفّ بها عمليّة التّكليف، إذن هو العمليّة الأولى التي يجريها القاضي بقصد معرفة الفئة التي تندرج تحتها هذه المسألة، ومعرفة بالتالي القاعدة القانونيّة المطبّقة وصولاً إلى الحلّ النهائي للنزاع. إنّ القاضي ملزم بإعطاء كلّ تصرف الوصف القانوني الصّحيح، بدون أن يتقيّد بالوصف المعطى له من الخصوم²². فالتّكليف هو عمليّة أولىة Question préalable ينبغي البدء بها، ليتسنى لنا معرفة القاعدة القانونيّة الواجبة التّطبيق. يتنازع هذا الموضوع ثلاثة إتجاهات: يتخذ الإتجاه الأوّل موضوع التّكليف من ميدان القانون. نجد عند الآخذين بهذا الإتجاه آراء متنوّعة، منها ما يراه البعض أنّ التّكليف ينصبّ على النّظم القانونيّة، وما يراه البعض الآخر أنّه ينصبّ على العلاقات القانونيّة²³؛ وما يراه فريق ثالث من أنّه يقع على القواعد القانونيّة الموضوعيّة. ويكون تعريف التّكليف وفقاً لهذه الآراء على التّوالي: تحديد طبيعة النّظام القانوني أو تحديد طبيعة العلاقة القانونيّة أو تحديد طبيعة القاعدة الموضوعيّة.

21- نقض مصري، 3 مارس 1986، أطنع رقم 1875 لسنة 50 ق، مذكور في أحمد هندي، التعلّيق على قانون المرافعات، الجزء الثامن، 2008، منشورات الدار الجامعيّة الجديدة، ص 477.

22- أنظر حول نظريّة التّكليف:

Bartin , De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois , Clunet, 1897, p. 225 – 255, 466 et 720; Kahn , Gesetzes Kollisionen, Ein Beitrag zur lehre des internationalen Privatrechts, Ihrings, j. 30, 1891, p. I et s ;

حفيظة السيد حدّاد، محلّ التّكليف من القانون الدولي الخاص، دراسة تحليليّة وإنّقاديّة للإتجاهات الفقهيّة الحديثة وأحكام القضاء، 1992، ص 17 وما يليها.

23- سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربيّة، الطبعة الأولى، 1994، الفقرة 120.

أما الإتجاه الثاني، فهو يتخذ موضوع التكييف من ميدان الواقع، فيكون هو الواقعة أو المركز القانوني الذي تتنازع القوانين حكمها أو حكمه. وتكون وظيفة التكييف إعطاء الواقعة أو المركز الواقعي الطابع القانوني الذي يدخلها أو يدخله في فئة معينة من فئات المسائل القانونية. وينكر الآخزون بهذا الإتجاه ما يجري عليه أصحاب الإتجاه الأول من جعل موضوع التكييف نظاماً أو علاقة قانونية ما دام القانون الواجب التطبيق لم يتم الوقوف عليه بعد، ذلك أنه لا يُعرف إلا بعد إجراء التكييف.

بين هذين الإتجاهين نجد فريقاً ثالثاً يتوسطهما بسلوك أحد أمرين إما بأن لا يكشف في تحديد موضوع التكييف عن عنصر القانون أو عنصر الواقع، وإما بأن يكشف فيه عن العنصرين معاً. من ذلك ما يراه بعضهم من أن التكييف ينصب على موضوع النزاع أو على المسألة التي يثيرها المركز الواقعي أو على المسألة القانونية التي يثيرها المركز الواقعي.

قد ينصب التكييف على واقعة مادية، أو على مسألة قانونية، كما هي الحال في وضعنا الرأهن، إذ أنه ينصب على تكييف الدّفع بعدم إختصاص القضاء العدلي بسبب وجود بند تحكيمي. يرى باتيفول ولاغارد²⁴ أن التكييف ينصب على المركز الواقعي المثار أمام القضاء والمحدّد في طلبات المدعي، أي أنه ينصب - بعبارة أوضح - على موضوع المنازعة. في الحالة التي تتخذ فيها المطالبة شكلاً قانونياً بالإستناد إلى قاعدة موضوعية محدّدة في نظام قانوني معين، ينصب التكييف أيضاً على القاعدة المثارة. من جهته، يرى بيار مايير²⁵، أن التّصنيف ينصب على المسألة القانونية الموضوعية المطروحة في المنازعة التي تبلورها مطالبة الخصم والوقائع التي يعتبرها سنداً لمطالبه.

ويتعيّن على القاضي الإنطلاق من هذا المعطى عند قيامه بعملية التكييف لتحديد إطارها وتحليل خصائصها.

في الخلاصة، تتسم مرحلة التكييف بالبساطة لأنّ الفرقاء يحدّدون مطالبهم بصورة دقيقة وبيروزون الوقائع التي يرتكزون إليها في تأييد مطالبهم بصورة واضحة. بيد أن ثمة حالات تكون فيها المسألة القانونية المطروحة على درجة من التعقيد وتحتاج إلى جهد لبلوغ التكييف السليم. إلا

24- H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de Droit international privé*, 2 éd., 1993, tome 1, n.291, p. 477.

25- P. Mayer, *Précis de dr. int. Priv. Domat*, 5 e éd., 1987, n° 151, p. 112 - 113.

وبهذا الإتجاه، عكاشة عبد العال، تنازع القوانين، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 106.

أنه وإن كان موضوع التكييف مصدراً لصعوبات جمّة تؤدي إلى إحتدام بين الفقهاء، يبقى تحديده بالمسألة القانونية الموضوعية التي تثيرها وقائع النزاع هو الأصحّ. هذه المسألة هي حسيبة إدعاءات الخصوم والوقائع التي يستندون إليها²⁶. غير أن التكييف يبرز بأهميّة بالغة إذ لا سبيل لمعرفة القانون الواجب التطبيق إلاّ بعد القيام بهذه المسألة الأولية وتحليل المسألة القانونية المطروحة وبيان أوصافها وخصائصها ومعرفة طبيعتها لوصولها بفئة من الفئات القانونية التي وضعها المشترع.

في قضيتنا الحاضرة، طرح التّصنيف بصورة ضمنيّة، فرفضت محكمة الإستئناف توصيف الإختصاص التّحكيمي، إختصاصاً نوعياً أو وظيفياً، واعتبرت الدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي دفعا بعدم القبول. إذا كان صحيحاً أن قانون أصول المحاكمات المدنيّة تناول التّحكيم، فإنّه تناوله في كتاب مستقلّ مع العروض الفعليّة في الكتاب الثّاني. في حين خصّص الكتاب الأوّل لأصول المحاكمات والكتاب الثّالث للتّنفيد، وبالتالي فإنّ تكييف الإختصاص التّحكيمي بأنّه إختصاص نوعي أو وظيفي أو تكييفه بأنّه دفع من دافع عدم القبول، يجعل منه وكأنّه جزء لا يتجزأ من أصول المحاكمات، خلافاً لإرادة المشترع اللبناني الذي أدرجه في كتاب مستقلّ. وهذه هي الصّعوبة التي يواجهها القاضي عند إجراء عمليّة التّكييف، فقد تكون المسألة المراد تحديد طبيعتها خارجة عن إطار مؤسّسة قانونيّة ما، فالتّحكيم ليس مُدرجاً ضمن المحاكمات المدنيّة، وليس هناك أي تماثل أو تطابق بين المؤسّسة المراد تكييفها وهي الدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي وما يقابلها من مؤسّسات في أصول المحاكمات المدنيّة، لأنّ فكرة الدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي لها حتّى تسمية مختلفة، فلماذا "تطويع" مؤسّسات قانون أصول المحاكمات المدنيّة لإستيعاب الدّفع بعدم الإختصاص لوجود بند تحكيمي؟ إنّ توصيف عدم الإختصاص بوجود بند تحكيمي يمكن تحقيقه عبر آليات أخرى، تحقّق ذات الغاية وذات الوظيفة الإجتماعيّة²⁷. إنّ الفئات القانونيّة التي يتألّف منها قانون أصول المحاكمات المدنيّة، سواء الإختصاص النّوعي أو الوظيفي أو الدّفع بعدم القبول موضوعة لإداء وظيفة متّفقة مع طبيعة قانون أصول المحاكمات، والتّحكيم ليس جزءاً من أصول

26- عكاشة عبد العال، المرجع السّابق، ص 108.

27- أنظر في ذلك، عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاصّ، منشورات المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى، 2008، ص 74.

المحاكمات، بل هو إجراءات خاصة نصّ عنها المشرع في كتاب خاص، كما ذكرنا أعلاه. وإنّ الفئات التي تولّف أصول المحاكمات عاجزة عن إستيعاب الفئات الأخرى المختلفة عنها كالتحكيم مثلاً، بل أنّها ترفضها كلياً لأنّها تجهلها، ولا يصحّ بالتالي توسيع (أو تطويع) مؤسسات أصول المحاكمات لكي تستوعب التحكيم، عبر اللّجوء إلى أدوات قادرة على تحقيق هذا الهدف واستعمال المفاهيم الساندة في أصول المحاكمات لإسقاطها على التحكيم. فلكلّ نظام قانوني مجموعة من الأفكار القانونية كالإختصاص النوعي أو الوظيفي أو الدّفع بعدم القبول في قانون أصول المحاكمات المدنيّة، وعلى القاضي أن يتقيّد بهذه الأفكار التي تشكّل ما يُسمّى بالفئات القانونيّة عند الفصل بمنازعة لا يخرج إطارها عن أصول المحاكمات. ولكنّ الوضع يختلف هنا لأنّ التّكليف يطال مؤسسة التحكيم الخارجة عن فئات قانون أصول المحاكمات حسبما أراد المشرع اللبناني عندما أفرد للتحكيم كتاباً خاصاً مختلفاً عن الكتاب الذي تناول فيه أصول المحاكمات. فالتكليف هنا يجب أن يكون مختلفاً لأنّه لا يتناول مسألة من مسائل المحاكمات المدنيّة، خصوصاً وإنّ المدلول ليس ذاته.

إنّ الأصل هو اعتماد أفكار ومؤسسات قانون أصول المحاكمات، ما لم تكن هناك دلائل مختلفة *Sauf indication contraire*، كما هي الحال هنا، إذ يقتضي الأمر تحويراً *déformation* في مؤسسات قانون أصول المحاكمات نزولاً عند مقتضيات تفرضها طبيعة التحكيم والغاية المرجوة منه. لقد وضعت قواعد التحكيم لمواجهة نوع معيّن من العلاقات وهي ليست مماثلة للعلاقات التي يفرضها قانون أصول المحاكمات، فمن الطّبيعي أن لا تتطابق الأفكار القانونيّة المطبقة في مجال أصول المحاكمات تطابقاً تاماً مع الأفكار الساندة في التحكيم. فلا يجب الإسراف في التقيّد بالأوصاف المعتمدة في قانون أصول المحاكمات، إذا كان الأمر متعلّقاً بمؤسسة تخرج عن إطاره وهي مؤسسة التحكيم. فلا يصحّ أن نبقى أسرى الأفكار والفئات التي يلحظها قانون أصول المحاكمات، والمكرّسة خصيصاً للعلاقات التي يتناولها هذا القانون، لأنّ الأهداف التي يرمي إليها التحكيم مختلفة عن تلك التي يرمي إليها قانون أصول المحاكمات، وفئات الأولى لا تتطابق بالضرورة مع فئات الآخر²⁸.

يجب أن يتدخّل في عمليّة التّكليف عنصر هامّ يتمثّل في الحلّ الموضوعي الذي تلحظه الغاية من النزاع. هذا العنصر يجب إقصاءه عن قانون أصول المحاكمات. فلا يعود للقاضي

28- راجع عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 76.

تكيف الدّفع بعدم الإختصاص القضائي لوجود بند تحكيمي، بالإستناد الى أفكار ومؤسسات قانون أصول المحاكمات لتعدّر إدخال التّحكيم ضمن إحدى الفئات التي وضعها المشترع تحت عنوان أصول المحاكمات المدنيّة، إذ يتعيّن أن يكون هناك قدر من الإنسجام في السمّات والخصائص بين التّحكيم والفئات المراد وصلها به. وهذا يعني أنّ للتّطويع حدوداً أي قواسم مشتركة بين المؤسسة القانونيّة المراد تكيفها (الدّفع بعدم الإختصاص لوجود بند تحكيمي) وبين المفاهيم والمؤسسات السّائدة في قانون أصول المحاكمات. وهذا ما يتطلّب دقّة عالية في التّكيف والتّحليل والتّطبيق.

إنّ مرحلة التّكيف تمرّ بمرحلتين متتابعتين:

مرحلة الإعداد أو التّحليل Une phase d'analyse ومرحلة الحكم Une phase de jugement في المرحلة الأولى يحلّل القاضي عناصر المسألة موضوع النزاع ليُصار إلى إدراجها في المرحلة الثّانية، في إحدى الفئات القانونيّة، فدور القاضي هو إحتواء العلاقة لإستيعابها، تمهيداً لإدراجها ضمن إحدى الفئات القانونيّة، بعيداً عن التّطويع، كما سبق وذكرنا أعلاه.²⁹

إذاً بعيداً عن أفكار ومؤسسات قانون أصول المحاكمات، كيف يمكن توصيف الدّفع بعدم الإختصاص القضائي لوجود بند تحكيمي؟

بسهولة تامّة، وطالما أنّ التّحكيم هو إجراءات مختلفة عن قانون أصول المحاكمات المدنيّة، وطالما أنّ التّحكيم أساسه إتفاق الأطراف عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، فإنّه يقتضي إستبعاد الإختصاص القضائي وإعتماد مؤسسة مختلفة كلياً عن القضاء هي مؤسسة التّحكيم، فبند عدم الإختصاص القضائي لوجود بند تحكيمي، يشكّل حدّاً فاصلاً بين القضاء والتّحكيم، ويقتضي إختيار التّحكيم والإبتعاد عن القضاء عملاً وتفعيلاً للبند التّحكيمي، وعدم البحث عن مبررات من ضمن مؤسسات قانون أصول المحاكمات، طالما أنّنا خارج نطاقه كلياً وطالما أنّ أفكار التّحكيم ومؤسساته مختلفة عن أفكار قانون أصول المحاكمات ومؤسساته.

إنّ إختلاف التّحكيم عن مؤسسات قانون أصول المحاكمات من جهة، وإرادة الفرقاء من جهة أخرى، تبرّران عدم الإختصاص القضائي وتكريس الإختصاص التّحكيمي، عند وجود بند تحكيمي صحيح.

29- راجع عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 77.

بل أكثر من ذلك، إن تطويع مؤسّسات قانون أصول المحاكمات Forçage des institutions juridiques، في سبيل إعمال البند التحكيمي، أدى إلى ما يلي:

1- ذهاب البعض³⁰ إلى القول أنّ المحكمة تبقى مختصة للنظر في الدّعوى بالرغم من وجود بند تحكيمي لأنّ وجود مثل هذا البند يحول دون سلطة المحكمة بسط ولايتها على النزاع دون أن ينزع عنها الإختصاص، أي يشكّل عائقاً أمام إقامة الدّعوى أمام القضاء، فلا يكون بالتالي الدّفع بوجود بند تحكيمي دافعاً بعدم الإختصاص بشكلٍ عام.

إنّ هذا الرّأي يفرّق بين إختصاص المحكمة وسلطانها في بسط ولايتها على النزاع. نحن نسأل ماذا يبقى من إختصاص المحكمة إذا أفرغ من سلطانها في بسط ولايتها على النزاع؟ بل أكثر من ذلك، فإنّ تعريف الإختصاص هو سلطة المحكمة في الفصل بالنزاعات³¹، فلا وجود لأي فرق بين الإختصاص وسلطة المحكمة في فصل النزاع، وإنّ الثّانية هي تفسير للأول، ويكون تالياً الرّأي أعلاه غير مستند إلى أساس قانوني صحيح.

2- قول محكمة الإستئناف أنّ تقديم المتقاضى لدعواه أمام القضاء العادي يُعتبر تنازلاً ضمناً من جانبه عن اللّجوء إلى التّحكيم، إلّا أنّ قبول مثل هذا التّنازل لا يستنتج من سكوت الخصم وعدم دفعه بوجود بند تحكيمي عند إستحضاره أمام القضاء.

هذا التّحليل يؤدّي بنا إلى نتائج غير مقبولة، لأنّ الخصم "السّاكت" عن الإدلاء بوجود البند التحكيمي، يبقى حرّاً في الإدلاء به ساعة يشاء وفي أي مرحلة من مراحل المحاكمة مع ما ينشأ عن ذلك من إفساح لإعمال سوء النّية وإطالة أمد المحاكمة لأنّ الخيار سيبقى متّاحاً لهذا الخصم "السّاكت" أن يسير في المحاكمة طالما أنّها في مصلحته وأن يضع حدّاً لها إذا وجدها في غير مصلحته. هذا فضلاً عن عدم توافق هذا التّحليل مع طبيعة التّحكيم والغاية الأساسيّة منه وهي السّرعة في الفصل بالنزاعات بين الخصوم.

30- راجع مروان كركبي، ذات المرجع، ذات المكان.

31- راجع، التفسير الوارد لكلمة "الإختصاص" في نصّ قانون أصول المحاكمات المدنيّة، المنشورات الحقوقيّة، صادر، تحت المادّة 72.

صف الى ذلك، إن توصيف الدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي بأنّه دفع بعدم القبول، يتيح للخصوم الإدلاء به "في أية حالة كانت عليها المحاكمة" (المادة 63 أ.م.م.)، ما يُفسح المجال أمام الخصوم للإدلاء به حتّى أمام محكمة التمييز، مع ما ينشأ عن ذلك من سوء نية وتسهيل للخصم المتضرّر من المحاكمة في وضع حدّ لها ساعة يشاء، بل في تركها حتى بلوغ خواتيمها ثمّ الإدلاء بعدم الإختصاص إلى المحاكمة التّحكيمية والمحاكمة القضائيّة، خصوصاً وأنّ محكمة الإستئناف إعتبرت في قرار 2019/10/3 أنّ السكوت لا يعني رضوخاً للمحاكمة القضائيّة وتخلياً عن التّحكيم، بل يجب أن يُقدّم الخصم غير الرّاعب بالمحاكمة القضائيّة والتمسك بالتّحكيم على عمل إيجابي واضح، مثل تقديمه إدعاءً مقابلاً، كما حصل في الدّعوى الحاضرة.

ولا يردّ على ذلك، أنّه "يعود للقاضي أن يحكم ببطل العطل والضرر على الخصم الذي تمنع عن الإدلاء بها (دفع عدم القبول) في وقت مبكر، بقصد المماثلة وإطالة أمد المحاكمة" (المادة 63 أ.م.م.) لأنّ التّعويض المذكور، فضلاً عن كونه في أغلب الأحيان نظري، فإنّه لن يؤدّي إطلاقاً إلى التّعويض الحقيقي عن الضرر الذي أصاب أحد الخصوم من جرّاء سوء نية خصمه.

3 - إضطرار من إعتبر أنّ الإختصاص العائد للمحكّم هو إختصاص نوعي ولكن ذو وجه نسبي³²، إلى مخالفة نصوص قانون أصول المحاكمات المدنيّة التي لا تتناول أيّ طابع نسبي للإختصاص النّوعي *Compétence ratione materiae* بل تحصر هذا الإختصاص، كما الإختصاص الوظيفي *Compétence d'attribution* بالطّابع الإلزامي. وهذا يشكّل شكلاً من أشكال تجزئة المؤسسات القانونيّة *Les institutions juridiques* وإخضاع نظامها الواحد إلى شروط مختلفة، ما يؤدّي إلى تشويه مضمونها والمسّ بوحدة نظامها القانوني.

ولا بدّ من التّويه بأنّ محكمة الإستئناف قاربت الحقيقة عندما رأت "أنّ مصدر التّحكيم هو إرادة الفرقاء فينسحب على طبيعته وتلك الطّبيعة جعلته مرتبطاً بمصلحة الخصوم المذكورين ينعقد بتّذرّعهم به ويسقط بتنازلهم عنه".

32- إدوار عيد، المرجع السابق، ص 236.

"وينعقد إختصاص المحكم بإتفاق الخصوم الصريح على التحكيم فإنّ التنازل عن التحكيم يجب أن يتمّ عن طريق الإتفاق أيضاً".

ثمّ أيدت محكمة الإستئناف في قرار 2019/10/3 الذي عرضنا له أعلاه موقفها من المسألة، فتوافقنا معه في أمكنة وخالفناه في أمكنة أخرى.

ثانياً- النّظام القانوني للدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي
:Régime juridique

يجب إبراز عنصرين أساسيين في إطار نظام عدم الإختصاص القضائي بسبب وجود إتفاق تحكيمي: ألعنصر الأول يتمثّل في إستحالة إثارة المحاكم للدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي عفواً ومن تلقاء ذاتها (أ) والعنصر الثاني يتمثّل في الوقت الذي يجب خلاله أن تنثير المحاكم النزاع المتعلّق بوجود أو بصحة البند التحكيمي (ب).

أ- إستحالة إثارة الدّفع بعدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي من قِبَل المحاكم عفواً ومن تلقاء ذاتها:

يرتكز التحكيم أساساً على إرادة الفرقاء المتّجهة إلى حلّ الخلافات بهذه الطّريقة الخاصّة، ما يتيح لهم التنازل بارادتهم المشتركة عن اللّجوء إلى محاكم الدّول لحلّ نزاعاتهم. هذا التنازل يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً.

فالفرقاء يتنازلون بصورة ضمنيّة عن إتفاقية التحكيم، عندما يرفع أحد الفرقاء نزاعاً أمام إحدى محاكم الدّولة بالرغم من وجود بند تحكيمي، فيتولّى خصمه الدّفاع في الأساس بدون أن ينازع في إختصاص المحكمة³³. في قرارها الصّادر في 7 تموز 1994

33- V. par ex. Cass. Ire ch. Civ., 6 juin 1978, JDI, 1978, 908, note B. Oppetit ; Rev. Arb., 1975, 230, note P. Level, qui décide que la renonciation s'étend à la demande reconventionnelle formée par l'autre partie ; V. également, Paris 15 mai 1987, Revv. Arb. 1987, 503, note L.Zollinger, qui a décidé que lorsque les parties concluent une convention d'arbitrage (en l'occurrence un compromis relatif à un litige déterminé) sans faire référence à une clause compromissoire antérieure – qui, au surplus, ne visait pas le différend faisant l'objet du compromis – cette clause est caduque : on doit comprendre que les parties sont censées y avoir implicitement renoncé. En droit comparé, V. les motifs contestables mais surabondants de la Cour suprême de Hong – Kong, 6 avr. 1995, Jiangki, qui déduit la renonciation à la convention d'arbitrage du fait de se défendre au fond devant les arbitres après que ceux – ci aient refusé de décliner leur compétence à la demande de cette partie, 10 Int'l Arb. Rep. 8 (1995).

(Arrêt Uzinexportimport)، قرّرت محكمة إستئناف باريس أنّ التنازل من قبيل الفرقاء عن إتفاقيه التحكيم "يجوز إستنتاجه من مراجعة محاكم الدولة من قبيل أحد الأطراف، بشرط أن تتناول المراجعة إدعاء في الأساس، كان مفترضاً أن يكون من إختصاص المحكم بفعل إتفاقيه التحكيم"؛ هذه الحالة تتوافر مثلاً، عند إنذار الخصم من الإستيلاء بالقوة على معمل متنازع عليه، أمام القضاء، حيث من المفترض أن تنتظر محاكم الدولة في أساس النزاع³⁴. لكن هذه ليست حالة مراجعة محاكم الدولة عندما تنحصر الغاية من المراجعة في الإستحصال على تدابير تحفظية ليس من شأنها إستبعاد تنفيذ إتفاقيه التحكيم³⁵. لا يمكن أيضاً إستنتاج أي تنازل من مجرد رفع أمام إحدى محاكم الدولة إدعاءً لا يدخل في إختصاص المحاكم، سواء بسبب إتفاق الخصوم على إستبعاده³⁶ أو بسبب دخوله في الإختصاص الحصري لمحاكم الدولة³⁷. من جهة أخرى، إنّ مجرد عدم إختيار محكم ضمن المهلة المتفق عليها في إتفاقيه التحكيم لا يعني تنازلاً عن الإستفادة من إتفاقيه التحكيم³⁸.

لا يمكن لقاضي الدولة الناظر بنزاع مطروح للتحكيم بموجب إتفاقيه تحكيم أن يُشير عفواً ومن تلقاء نفسه عدم الإختصاص القضائي بسبب وجود إتفاق تحكيمي. عندما يستحضر المدعي معاقده في إتفاقيه التحكيم، فإنه بتصرفه على هذا النحو، يكون متنازلاً عن الإستفادة من إتفاقيه التحكيم. ولكن الأمر يختلف عندما يقتصر الإستحضر على طلب الإستحصال على تدابير تحفظية أو إحتياطية ou provisoires ou conservatoires.

هذه التدابير لا تتعارض مع مضمون إتفاقيه التحكيم، فبفعل الأثر النسبي لإتفاقيه التحكيم وبغياب أي سلطة أمرة للمحكمين Imperium des arbitres، يبقى إتخاذ بعض التدابير حصراً من إختصاص محاكم الدولة لأنها تتطلب فاعلية معينة لا يمكن أن تؤمن إلا من خلال قضاء الدولة المتمتع وحده دون سواه بالسلطة الأمرة.

34- Rev. arb., 1995, 107, note S. Jarvin, sur l'arrêt inédit rendu le même jour entre les mêmes parties; V. dans le même sens, en droit américain, US District Court, ND Illinois, 31 janv. 1990, Yearbook, 1991, 645; US Court of Appeal, 1st civ., Dec. 26, 1995, Menorah Insurance, 11 Int'l Arb. Rep. 5 (janv. 1996).

35- En ce sens, V. par ex. sentence CCI, n° 4156 (1983), JDI, 1984, 937, obs. S. Jarvin, et sur l'ensemble de la question, V. Ph. Fouchard. E. Gaillard et B. Goldman, Litec et Delta, Traité de l'arbitrage commercial international, 1996, n°1302 et s.

36- V. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit, n°490.

37- Sur l'ex. d'une demande liée à la procédure collective d'une partie, V. la sentence CCI, n° 6840 (1991), JDI, 1992, 1030, spéc. P. 1036.

38- Paris, 14 nov. 1991, European Country, Rev. arb., 1994, 545, obs. Ph. Fouchard.

فمن جهة أولى تكون سائر الحجوزات، حتى التحفظية منها من إختصاص قضاء الدولة الذي يملك حصراً سلطة التنفيذ القسري. ومن جهة ثانية هناك بعض التدابير المتعلقة بإستجماع عناصر الإثبات. وبفعل الأثر النسبي لإتفاقية التحكيم، لا يمكن للمحكّمين توجيه الأوامر إلى الأطراف الغريبة عن التحكيم، لإلزامهم قسرياً بإبراز بعض المستندات المنتجة في النزاع التحكيمي. وأيضاً بفعل غياب السلطة الأمرة للمحكّم imperium، لا يمكن للمحكّمين إلزام أحد طرفي التحكيم بإبراز مستندات منتجة في النزاع، إذا كان هذا الطرف رافضاً ذلك، بدون أن يحول ذلك من أن يرتب المحكّم أثراً على هذا الموقف السلبي.

ونضيف إلى هذه التدابير، تدابير أخرى تتطلّب تدخلاً طارئاً، عند خطر إندثار عناصر الإثبات مثلاً، إذ لا يمكن للمحكّمين إتخاذ هذه التدابير ضمن المهل المطلوبة، خصوصاً عندما لا تكون المحكمة التحكيمية قد تشكلت بعد.

في كل هذه الحالات، إنّ تدخل قضاء الدولة يبدو ضرورياً نظراً للفاعلية المطلوبة. ولا يجب أن يفهم وكأنه إنتهاك *empiétement* لإختصاص المحكمة التحكيمية، بل يجب أن يُفسّر بأنه مساعدة لهذه المحكمة، بغية إعطاء القرار التحكيمي العتيد المنوي إصداره الفاعلية القصوى. ولكن عندما يتعدى قضاء الدولة هذه الحدود ليطال أساس النزاع الدّاخل في إختصاص المحكّمين، يجب إستبعاد تدخل قضاء الدولة في هذا النزاع. هذه التدابير يمكن جمعها تحت فئتين:

ألفئة الأولى تضمّ التدابير اللّازمة من قبيل قضاء الدولة قبل تشكيل المحكمة التحكيمية³⁹، والفئة الثانية تضمّ التدابير الإحتياطية والتّحفظية التي تنحصر صلاحية إتخاذها بقضاء الدولة⁴⁰.

39- V. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit. N° 750 et s.

40- Sur l'ensemble de la question, V. les actes du colloque organisé à Paris par la CCI, le CIRDI et l'AAA le 6 nov. 1992, Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international, Publication CCI n° 519, 1993, spéc. Les obs. de synthèse de J. -P. Ancel, J. -M. Grossen, Lord Mustill et R.B. Von Mehren, pp. 114 et s. : L. Collins, Provisionnal and Protective Measures in International Litigation, Rec. Cours la Haye, Vol. 234, 1992, III, spéc. Chap. V. Adde B. Moreau, « L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé », Rev. Arb., 1978, 323 ; F. Ramos Mendez, « Arbitrage international et mesures conservatoires », Revue arb., 1985, 51 ; Ph. Quakrat, « l'arbitrage commercial international et les mesures conservatoires », DPCI, 1988, 239, Cl. Goldman, « Mesures provisoires et arbitrage international », RD aff. Int., 1993, 3, Sur la particularité du référé – provision, v. Fouchard, Gaillard et Goldman, n°1339 et s. En droit de l'arbitrage interne, V.E. Loquin, « Arbitrage, compétence arbitrale, conflits entre la compétence arbitrale et compétence judiciaire », J. - Cl. Proc. Civ., Fasc. 1034, 1994, n° 9 et s.

إذاً عندما يستحضر المدعى عليه أمام قضاء الدولة بالرغم من وجود إتفاق تحكيمي يُخضع النزاع للتحكيم، يكون متنازلاً عن الإستفادة من إتفاقية التحكيم. وعندما يظهر المدعى عليه في المحاكمة بدون أن يدفع بعدم إختصاص محاكم الدولة يكون هو الآخر موافقاً على إختصاصها. هذا التوافق بين المدعى والمدعى عليه على إختصاص قضاء الدولة بالرغم من وجود إتفاق تحكيمي يلزم القاضي بالتقيّد به، كما يلزمه بأيّ إتفاق بأيّ شكل آخر.

هذا الحلّ يلقي تأييداً كبيراً، فهو ينهض من المادة الرابعة من بروتوكول جنيف للعام 1923⁴¹. وقد تمّ إستعادتها بالمادة الثانية، ألمقطع الثالث من إتفاقية نيويورك للعام 1958⁴² وبالمادة السادسة، ألمقطع السادس من إتفاقية جنيف للعام 1961⁴³. نجدها أيضاً في معظم التشريعات عن التحكيم⁴⁴. تتناول المادة 1458، ألقرة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنيّة الفرنسي، التي يمتد تطبيقها إلى التحكيم الدولي هذا الموضوع، إذ تنصّ أنه عند وجود نزاع عالق أمام المحكّمين أو عند وجود إتفاق تحكيمي، لا يمكن لمحاكم الدولة أن تثير عفوياً من تلقاء ذاتها عدم إختصاصها⁴⁵.

ب- ألوقت الذي يجب خلاله بحث وجود وصحة البند التحكيمي من قبل محاكم الدولة:

إنّ مسألة الوقت الذي يجب خلاله بحث وجود وصحة البند التحكيمي، هي في غاية الدقّة. في القانون المقارن يتمحور موضوع النقاش على مدى قاعدة الإختصاص بالإختصاص، فمعظم

41- هذه المادة تتطلّب لإحالة الدّعى إلى التحكيم، طلباً من أحد الخصوم.

42- V. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 663 (les juridictions renvoient les parties à l'arbitrage « à la demande de l'une d'elles »).

43- Ce texte dispose : « L'exception prise de l'existence d'une convention d'arbitrage et présentée devant le tribunal judiciaire saisi par une des parties à la convention d'arbitrage doit être soulevée par le défendeur à peine de forclusion avant ou au moment de présenter ses défenses au fond, selon que la loi du tribunal saisi considère l'exception d'incompétence comme une question de procédure ou de fond ».

44- V. par ex. L'art. 8, para 1er, de la loi – type de la CNUDCI, et les lois citées dans Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 664.

45- V. déjà, avant la réforme de 1980 et 1981, Ph. Fouchard, L'arbitrage commercial international, Préf. B. Goldman, D., 1965, n° 225 ; B. Goldman, V° « Arbitrage (droit international privé) », Rép. Dr. Int., Dalloz, 1968, n° 148 ; Aix, 19 mars 1964, Dr. Mar. Fr., 1965, 220 ; Cass., 1re civ., 6 juin 1978, cité in Fouchard, Gaillard et Goldman, n° 633 qui décide que les parties à une convention d'arbitrage ont nécessairement la possibilité de renoncer à son bénéfice, si bien que la renonciation par le demandeur au principal, résultant de la saisine du tribunal étatique, à laquelle le défendeur ne s'est pas opposé, l'empêche d'invoquer ensuite la convention d'arbitrage pour en déduire l'incompétence du tribunal pour connaître d'une demande reconventionnelle.

الدول تأخذ بالأثر الإيجابي لهذه القاعدة، الذي بموجبه لا يؤدي النقاش على وجود وصحة البند التحكيمي، إلى التوقف عن متابعة مهمة المحكم المتمثلة في الفصل بإختصاصه، وفي حال عقد إختصاصه، متابعة مهمته بالفصل في أساس النزاع، بدون أن ينتظر مصير أي دعوى إبطال قد تكون عالقة أمام المحكمة المختصة⁴⁶.

بالمقابل، إنّ الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص المتمثل في حفظ الإختصاص ليس حصرياً للمحكم للفصل في هذه الأمور، بل في إمكانية فصل المحكمين في الإختصاص الخاص بهم، قبل سواهم، بصورة أن يتم حصر مراقبة الإختصاص من قبل محاكم الدولة خلال النزاع المتعلق بالإبطال أو تنفيذ القرار التحكيمي. وإنّ الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص هو أكثر نقاشاً من الأثر الإيجابي.

سنستعرض تباعاً لقانون الوضعي (1) وإعتبارات السياسة القانونية التي تسند المواقف المتخذة في مختلف الأنظمة القانونية (2).

1- القانون الوضعي:

يطبق القانون الفرنسي بصورة واسعة الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، فالمادة 1458 أ.م.م. فرنسي، التي يمتد أثرها على التحكيم الدولي، تلزم محاكم الدولة بإعلان عدم إختصاصها بوجود بند تحكيمي، منذ اللحظة التي تكون فيها المحكمة التحكيمية قد وضعت يدها فيها على أساس النزاع⁴⁷. وحتى في المواد الداخلية، فإنّ الإجتهد الفرنسي يعكس تطبيقاً واضحاً لهذا المبدأ.

46- V. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 655.

47- Cass. Ire civ., 28 juin 1989, Eurodif, cité in Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 666 ; AddeCass. Ire civ., 7 juin 1989, Anhydro, Rev. Arb. 1992, 61, note Y. Derains; TGI Paris, réf., 10 avr. 1990, Rev. Arb. 1994, 545, Ire déc., obs. Ph. Fouchard, qui a estimé: «dans l'exercice de leurs prérogatives juridictionnelles il appartient aux seuls arbitres, après en avoir délibéré en collégialité de statuer sur leur compétence, sur la validité et sur l'étendue de leur investiture ; que s'agissent d'un arbitre international pour lequel, il n'apparaît pas avoir été stipulé l'application de la loi de procédure française dans son entier, sauf référence spéciale au seul article 24 du décret de 1980 (art. 1464 NCPC) l'appréciation du caractère manifestement nul ou insuffisant de la clause d'arbitrage ne relève pas de la compétence des tribunaux étatiques, sauf pour l'examen des voies de recours susceptible d'être exercées contre la sentence arbitrale» V. également , Cass. 2 e civ., 18 juin 1986, 1 re esp., Rev. Arb., 1986, 567, note G. Couchez ; JCP, éd. G., 1986, IV, 247 ; Cass. Ire civ., 20 mars 1989, JDI, 1989, 1045, note B. Oppetit , Rev., arb., 1989, 494, note G. Couchez.

ففي قرار Coprodag الصادر في 10 أيار 1995، نقضت الغرفة الثانية لمحكمة التمييز قراراً إستئنافياً مؤيداً لحكم ابتدائي كان قد أبطل بنداً تحكيمياً وقرّر عدم جواز تشكيل المحكمة التحكيمية، بالرغم من كون هذه الأخيرة كانت قد وضعت يدها على النزاع، فقد قرّرت محكمة التمييز الفرنسية ما يلي:

«*Le président du tribunal de grande instance ne peut déclarer n'y avoir lieu à désignation des arbitres en raison de la nullité manifeste de la clause compromissoire que s'il est saisi, pour statuer sur la validité ou les limites de son investiture*»⁴⁸.

وحتى في الحالة التي لا تكون فيها قد تمت مراجعة المحكمة التحكيمية، يجب على القاضي الإمتناع عن النظر في النزاع، إلا في الحالة التي يكون فيها البند التحكيمي باطلاً بشكل واضح "manifestement nulle"⁴⁹، ما يؤدي إلى رقابة أولية على وجود وصحة البند التحكيمي. فعندما يُطلب من المحاكم إختيار محكم بالإستناد إلى بند تحكيمي، منازع في وجوده أو صحته، عليها أن تمتنع عن النظر في الأساس، والإكتفاء بتقييم أولي لوجود وصحة البند التحكيمي⁵⁰.

هذه الحلول لا يوجد إجماع عليها في وسائل التحكيم الدولية وفي القانون المقارن. فبروتوكول جنيف للعام 1923 (المادة الرابعة، الفقرة الأولى) وإتفاقية نيويورك للعام 1958 (المادة 2، الفقرة 3)، وقانون للعام 1958 (المادة 2، الفقرة 3)، وقانون CNUDCI النموذجي (المادة 8) تجيز للمحاكم عدم إحترام الأثر السلبي للبند التحكيمي والنظر في أساس النزاع عندما يتبين لها أنّ البند التحكيمي باطل، غير فعّال وغير قابلة للتّفيذ.

«*Caducue , inopérante , ou nom susceptible d'être exécuté*»⁵¹.

وحدها إتفاقية جنيف للعام 1961 (المادة السادسة، الفقرة الثالثة) تمنع محاكم الدولة من الفصل بوجود، بايصال أو بإنعدام "البند التحكيمي"، إلا "لأسباب خطيرة"

48- Rev. arb., 1995, 617, note Gaillard.

49- V. par ex. Paris, 7 déc. 1994, Jaguar, cité in Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit., n° 499.

50- V. sur l'ensemble de la question, Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 750 et s.

51- Cette formule est celle de la loi – type. Le Protocole de Genève réserve le cas dans lequel le compromis ou la clause compromissoire sont «Caducs ou inopérants» La convention de NEW YORK celui dans lequel la convention d'arbitrage est «Caducue (dans la version anglaise «null and void») , inopérante ou non susceptible d'être appliquée» ; Sur l'interprétation de ces notions par les tribunaux des Etats liés par la convention de NEW YORK, V. Yearbook, part. V.A, passim, et les tables consolidées.

«sauf motifs graves»، ما يفهم منه السّماح برقابة صحّة البند التّحكيمي بصورة أوليّة، كما هي الحالة في القانون الفرنسي.

في القانون المقارن، يسود الحلّ المتمثّل بالسّماح لمحاكم الدّولة بتقدير وجود وصحّة البند التّحكيمي، بدون إنتظار أن تُتاح الفرصة أمام المحكّمين للفصل بهذه المسائل. هذا هو الحلّ الذي إعتده القانون الإنكليزي منذ زمن بعيد حيث "أُتيح لمحاكم الدّولة أن تفصل في مسائل الإختصاص في أي وقت، بناءً لطلب أي من الفريقين المتخاصمين"⁵². وفي عدّة أنظمة قانونيّة أخرى، تنهض الحلول من عدّة قرارات قضائيّة قديمة، نتساءل إذا كانت ما إنتهت إليه تلك القرارات ما زالت قائمة اليوم. هذا هو حال النمسا، حيث تضمّن قرار المحكمة العليا، الصّادر في 2 تشرين الاول 1935 ما يأتي:

«Il serait contraire à l'économie des moyens judiciaires qu'une partie qui conteste la compétence d'un tribunal arbitral soit tenue d'achever la procédure devant un tel tribunal et ne puisse agir qu'ensuite en annulation devant les juridictions étatiques compétentes»⁵³.

ولكن الأمر المفاجئ هو أنّ هذا الحلّ تمّ إعتماده في بلدان إعتدت حديثاً تشريعات عن التّحكيم. فقد نصّ القانون البلجيكي على ما يأتي:

«Le juge saisi d'un différend faisant l'objet d'une convention d'arbitrage se déclare incompétent à la demande d'une partie, à moins qu'en ce qui concerne ce différend, la convention ne soit pas valable ou ait pris fin» (art. 1679, al. 1^{er}, CJ).

كذلك إنّ القانون الهولندي رقم 1986 ينصّ على ما يأتي:

«Le tribunal saisi d'un différend pour lequel une convention d'arbitrage a été conclue, doit se déclarer incompétent si une partie invoque l'existence de cette convention avant toute défense, à moins que la convention ne soit pas valable » art. 1022, al. 1^{er}, CPC).

أيضاً فإنّ القانون الدّولي الخاصّ السّويسري للعام 1987 ينصّ على ما يلي:

52- V.V. Veeder, in Preventing delay and disruption of arbitration, ICCA Congress Series n° 5, Kluwer, 1991, p. 173 ; L'auteur reconnaît cependant que le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et celui de compétence – compétence sont essentiels à l'arbitrage commercial international, p. 171 ; Sur ces questions V.P. Gross, « Competence of Competence: An English View », 8 Arb. Int'l 205 (1992).

53- OGH SZ 17/131 ; Sur la situation du droit allemande, V. Fouchard, Gaillard et Goldman, n° 651.

«Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence, à moins que (...) le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée»⁵⁴.

هذا يعني أنّ قاعدة القانون الفرنسي وإتفاقية جنيف للعام 1961 تبقى معزولة نسبياً⁵⁵. إنّ الإختلافات بين مختلف الأنظمة القانونية، تدعو إلى التطرق لإعتبارات السياسة التشريعية التي هي في أساس هذا الموقف أو ذلك من المواقف المتناقضة.

2- السياسة التشريعية:

إنّ كل الحلول المتضاربة حول الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص، تبرز إيجابيات وسلبيات. ويبرز أيضاً بين هذين الإتجاهين بعض التردد.

إنّ الحلّ السائد في القانون المقارن، أتمثّل في السّماح لمحاكم الدّولة بالفصل في وجود وصحّة البند التّحكيمي، تجد مبرراً لها في "إقتصاد الإجراءات" *Economie de moyens*، إذ توفّر على الفرقاء الإنتظار لسنوات طويلة قبل معرفة المصير النهائي للنّزاع على الإختصاص، فهذا ما يتطلّبها الوقت اللازم للمحكّمين، ثمّ للقضاة الذين تعود لهم الكلمة الأخيرة⁵⁶.

تجدر الإشارة أنّ الطّابع السلبي يجد تليفاً له، عندما يُصدر المحكّمون قراراً فاصلاً في مسألة الإختصاص خلال مهلة قصيرة نسبياً، وعندما يكون القرار المذكور موضوعاً لظعن فوري.

هذا هو السّبب الذي دفع واضعو قانون التّحكيم السّويسري، إلى الإسترشاد بالمادّة 186، ألفقرة 3 من القانون الدّولي الخاصّ، التي تنصّ على أنّه "على العموم تفصل المحكمة التّحكيمية في الإختصاص بقرار طارئ" (1-119)، مع التّويه بأنّ هذه المادّة ليست إلزامية. في القضايا المعقّدة التي يتطلّب التطرق لأساسها بعض الوقت، يفضّل إتباع هذه الطّريقة⁵⁷.

54- Art. 7 LDIP. V. également la discussion in Trib. Féd. 19 avr. 1994, Westland, Bull. ASA, 1994, 404, spec. p. 410.

55- Pour une analyse de droit comparé, V. les obs. de E. Gaillard et de V.V. Veeder, in Preventing delay and disruption of arbitration, op. cit., p. 162 et s.

56- هذا الإعتبار شكّل في بعض الأحيان مبرراً لإنتقاد القانون الفرنسي بالنسبة لهذه النّقطة، أنظر: P. Mayer, l'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, Rec. Cours Acad., La Haye, t. 217 (1989 V).

57- أنظر عن الموضوع بصورة عامّة، 1359. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit.,

يسعى مؤيدو الحلّ المعتمد في القانون الفرنسي وفي إتفاقية جنيف للعام 1961، إلى تحقيق هدفين. ألهدف الأول يتمثل بالحوول دون إستغلال أصحاب النوايا السيئة للإجراءات المتعلقة بوجود ومدى وصحة البند التحكيمي، لإطالة أمد المحاكمة. إذا كان صحيحاً نظرياً أنّ مراجعة محاكم الدولة لا تمنع المحكّمين من متابعة مهمّتهم، فإنّ الصّحيح أيضاً أنّ السّماح للفريق الذي ينازع في وجود وصحة البند التحكيمي بأن يرفع هذا النزاع أمام محاكم الدولة، من شأنه أن يؤدّي إلى عرقلة سير المحاكمة التحكيمية. إنّ معرفة الخصوم والمحكّمين على حدّ سواء أنّ محاكم الدولة ستفصل في هذه المسألة، بدون أن تقف على وجهة نظر المحكمة التحكيمية، ستؤدّي حتماً إلى التّباطؤ في متابعة الإجراءات التحكيمية، في إنتظار نتيجة النزاع العالق أمام المحاكم. إنّ الخطر في بعض الحالات من مباشرة المحكّمين في البحث باختصاصهم، ثمّ نفي إختصاصهم من قبل قضاء الدولة بعد فترة قد تمتد إلى سنوات، بدا للمشترع الفرنسي أقلّ ضرراً من خطر إختلاق نزاع من قبل متخاصمين ذوي نوايا سيئة سواء أمام المحكمة التحكيمية أم أمام قضاء الدولة، يسعون من خلاله إلى عرقلة سير الإجراءات التحكيمية.

هذا الهاجس يُفسّر التّمييز الحاصل بموجب المادة 1458 من قانون أصول المحاكمات المدنيّة الفرنسي، الذي ينصّ على عدم الإختصاص المطلق لقضاء الدولة، إذا كانت قد تمّت مراجعة المحكمة التحكيمية، لأنّ خطر الماطلة هنا يبدو واضحاً. بالمقابل، فإنّ موقف المدعي المتمثّل برفع دعواه تلقائياً أمام محاكم الدولة، هو أقلّ شبهة، لأنّ المحكمة التحكيمية لم تكن قد تمّت بعد مراجعتها، فتبرز هنا مجدداً فكرة الإقتصاد في الإجراءات *Economie de moyens*. في هذه الحالة، إذا تبيّن للقاضي أنّ البند التحكيمي باطل بصورة واضحة، فإنّه سيعقد إختصاصه للفصل بأساس النزاع.

إنّ قراءة الإجتهد في الدّول التي تجهل مبدأ الإختصاص بالإختصاص في وظيفته السلبية (لا تتيح لمحاكم الدولة، النّظر بإختصاص المحكّم سوى بطريقة أولية، بل تنتظر صدور قرار عن المحكّم في هذا الخصوص)، تبرز بصورة واضحة مخاطر هذه السّياسة، خصوصاً عندما تترافق مع غياب إختصاص القضاة في النّظر بالنزاعات التحكيمية.

إنّ الأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص يتوافق أيضاً مع هدف آخر للمشترع الفرنسي، ذو طبيعة إجرائية متعلّقة بالإختصاصين الوظيفي والمكاني لمحاكم الدولة المكلفة

بمراقبة وجود وصحة البند التحكيمي. لقد إنصبت جهود المشرع الفرنسي في العام 1981 على تسهيل طرق المراجعة ضد القرارات التحكيمية وبحصر المراجعات أمام محكمة الاستئناف التابع لها مكان إصدار القرارات التحكيمية⁵⁸. هذا المجهود سيجهض جزئياً، إذا لم يتم اعتماد الأثر السلبي لقاعدة الإختصاص بالإختصاص، فإذا تمت مراجعة القاضي المختص لولا وجود البند التحكيمي، من قبل الفريق الذي يعتبر البند المذكور غير فعال، وإعتبر هذا القاضي نفسه مختصاً للفصل بوجود، مدى وصحة البند التحكيمي، فإن المادة 1502، ألبند الأول من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي (وجود بند تحكيمي صحيح) تفرغ من جديد من مضمونها. إن السببين المبررين للأثر السلبي لمبدأ الإختصاص بالإختصاص المتمثلان بالحد من أسباب الماطلة وبتكرير النزاع المنصب على وجود وصحة البند التحكيمي أمام بعض المحاكم، قد تغلبت على هدف إختصار الإجراءات وأدى الى إستبعاده. وبالرغم من عدم اعتماد الحل المتبع في القانون الفرنسي وفي معاهدة جنيف للعام 1961 بصورة واسعة، فإننا نجد حلاً مبرراً ومقنعاً يجب الإبقاء عليه.

ثالثاً- حدود عدم الإختصاص القضائي بسبب وجود بند تحكيمي:

إن مبدأ عدم الإختصاص القضائي لوجود بند تحكيمي لا يشكو سوى من بعض الإستثناءات القليلة الناشئة عن كون البند التحكيمي غير كاف لتشكيل المحكمة التحكيمية، ما يتحتم معه الرجوع إلى محاكم الدولة للفصل في أساس النزاع⁵⁹. في الحالة المعاكسة، عندما يمكن تشكيل المحكمة التحكيمية، وإحترام إرادة الخصوم، لا تتدخل محاكم الدولة سوى بطريقة إستطردية، وبهدف تأمين حسن سير الإجراءات التحكيمية.

يجوز تجزئة تدخل السلطة القضائية إلى ثلاث فئات مقسمة حسب مراحل سير المحاكمة التحكيمية.

تشكيل المحكمة التحكيمية (أ)، إتخاذ التدابير التحفظية أو الإحتياطية (ب) ورقابة الدولة على القرار التحكيمي (ج).

58- V. Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n° 1564 et s.

59- V. Holleaux, Gaillard et Goldman, op. cit., p. 427.

أ- تشكيل المحكمة التحكيمية:

نصت المادة 1451 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي على تدخل محاكم الدولة للمساعدة عند اللزوم، على تشكيل المحكمة التحكيمية عندما يكون التحكيم داخلياً. كما نصت على ذلك المادة 1459 من القانون ذاته عندما يكون التحكيم دولياً. إن هذا التدخل ليس سوى إستراتيجية بالنسبة إلى آليات تشكيل المحكمة التحكيمية المتفق عليها من قبل الخصوم أنفسهم بصورة مباشرة أو بالإحالة إلى أحد الأنظمة التحكيمية.

ويبدو تدخل محاكم الدولة لازماً عند تعثر عمل هذه الآليات وصيرورتها غير كافية أو عند إنتفاء وجودها في الأصل. وهذا ما يتوافر بصورة خاصة عندما يكون التحكيم خاصاً *Ad hoc*، لأنه في هذه الحالة، لا يمكن لأي مؤسسة تحكيمية أن تحل محل إمتناع الفريق الممتنع عن تسمية المحكم أو عن المشاركة في تسمية رئيس المحكمة التحكيمية.

إن هذا التدخل لا يشكّل بأي شكل من الأشكال تزامناً مع التحكيم، بل على العكس من ذلك، فإنه يهدف إلى تفعيله إحتراماً لإرادة الخصوم الذين أبرموا بنداً تحكيمياً، وهو لا يتعارض في شيء مع مبدأ عدم الإختصاص القضائي للفصل في أساس النزاع بسبب وجود بند تحكيمي مخصّص لتحقيق هذا الغرض⁶⁰.

ب- التدابير الإحتياطية أو التحفظية *Mesures provisoires ou conservatoires*:

إن الطابع النسبي لإتفاقية التحكيم وعدم تمتع المحكم بالسلطة الأمرة *imperium*، يحول دون تمكنه من إتخاذ بعض التدابير بصورة فعّالة، ويصبح لازماً طلب إتخاذها من قبل قضاء الدولة. هذه التدابير كثيرة ومتعدّدة سنأتى على ذكرها كما يلي:

نبدأ بالحجوزات، حتى في الحالة التي تكون فيها محض تحفظية، فهي لا يمكن أن يقرّها سوى قضاء الدولة نظراً لما يتمتع به من سلطة حصرية التنفيذ القسري. وبسبب الأثر النسبي لإتفاقية التحكيم بنداً كانت أم عقداً، لا يمكن للمحكّمين توجيه الأوامر للغير لإلزامهم بإبراز مستندات. وبسبب عدم تمتع المحكّمين بالسلطة الأمرة *imperium*، فإنه لا يمكنهم إلزام أي فريق

60- V. Fouchard, Gaillard et Goldman , op. cit., n° 742 et s.

في المحاكمة التحكيمية بإبراز مستندات بحوزته وهو ممتنع عن إبرازها، حتى ولو كان يعود لهم ترتيب النتائج الناشئة عن تمنعه. وبالنهاية نشير إلى التدابير التي يتطلبها تدخلاً طارئاً من المحكمين، كما هي الحالة عند الخطر من ضياع أو إندثار وسائل الإثبات مثلاً، والتي يعجز المحكمون عن إتخاذها ضمن المهلة المطلوبة، خصوصاً عندما لا تكون المحكمة التحكيمية قد تشكلت بعد.

في كل هذه الحالات، إن المبرر لتدخل قضاء الدولة هو هاجس فاعلية القرارات الواجب إتخاذها. وهذه المرة أيضاً لا يشكل تدخل قضاء الدولة تجاوزاً على صلاحيات المحكمين المكلفين بالفصل في أساس النزاع، بل مؤازرة لهم لتحقيق المهمة المطلوبة منهم وتأمين الفاعلية القصوى للقرار التحكيمي المنتظر صدوره. ولكن منذ اللحظة التي يصبح فيها التعرض لصلاحيات المحكم في التصدي لأساس النزاع، حقيقياً، يتحتم رفض إختصاص قضاء الدولة في إتخاذ أيّ تدبير كان⁶¹.

ج- رقابة الدولة على القرار التحكيمي:

إن الحد الأدنى من الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية غايتها تأمين التنفيذ القسري لها على غرار الأحكام القضائية، عبر إكسائها الصيغة التنفيذية *Exequatur*، إذ لا يمكن أن نتصور إدراج قرار تحكيمي في النظام القانوني للدولة بدون إخضاعه للحد الأدنى من الرقابة⁶².

إن السؤال الحقيقي الوحيد المتبقي الواجب طرحه في إطار السياسة القانونية العامة هو معرفة ما إذا كان يقتضي حصر الرقابة في الدولة التي جرت فيها المحاكمة التحكيمية، أو ما إذا كان يقتضي إجراؤها في البلد الذي جرت فيه المحاكمة المذكورة وفي الأمكنة التي سيتم فيها تنفيذ القرارات التحكيمية أو يقتضي حصرها في البلدان المطلوب تنفيذ القرارات التحكيمية في نطاقها.

61. V. sur la question du référé – provision, Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n°1339 et s.

62. Sur l'exception très particulière de l'arbitrage CIRDI dans lequel les Etats membres de la Convention de Washington de 1965 se sont engagés à reconnaître les sentences rendues sous l'égide du Centre comme des décisions définitives de leurs propres juridictions, mais dans lequel les sentences font, en contrepartie, l'objet d'un contrôle par un Comité ad hoc, V. les art. 52 et s. de la Convention de Washington.

تختلف الإجابات باختلاف الأنظمة القانونية، فالقانون الفرنسي، كما معظم القوانين تنصّ على رقابة مزدوجة في الأمكنة التي جرت فيها المحاكمة التحكيمية وفي الأمكنة التي يحصل فيها تنفيذ القرارات التحكيمية⁶³.

إنّ الرقابة القضائية على القرارات التحكيمية لا تتعارض مع إختصاص المحكّمين للفصل في أساس النزاعات المبيّنة في إتفاقية التحكيم، عقداً كانت أم بنداً. وهذا ما لا يعود متوافراً إذا تناولت الرقابة القضائية مراجعة أساس القرارات التحكيمية؛ الأمر الذي رفضته معظم الدّول؛ وهذا ما يتأكّد من الإنضمام الواسع إلى إتفاقية نيويورك للعام 1958 التي تتناول الإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، والتي كان لها الفضل الكبير بإستبعاد هكذا رقابة⁶⁴.

يجب أن نقرّ بأنّ وجود رقابة قضائية، مقتصرة في مداها ولكن حقيقة تطال مسائل الإختصاص، إحترام حقوق الدفاع والنّظام العام الدّولي، هي إحدى شروط إنتشار التحكيم الأساسيّة. هذه الرقابة هي المقابل الضّروري للطّابع الليبرالي الذي يرافق سير الإجراءات التحكيمية. إنّ هذه الرقابة هي التي تبرّر إختصاص المحكّمين للفصل بإختصاصهم عملاً بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، بالرغم من عدم منطقيّة *illogisme* هذا الموقف⁶⁵. هذه الرقابة هي أيضاً المقابل اللّازم للحوول دون إخضاع النزاعات المتعلّقة بالنّظام العام للتحكيم⁶⁶.

بكلمة واحدة إنّ الرقابة القضائية اللاحقة على القرارات التحكيمية هي المبرر لعدم السّماح لمحاكم الدّولة بالتدخل في الإجراءات التحكيمية من أولها إلى آخرها، بالرغم من خطورة الحجج التي يطلقها البعض بالنسبة للمخالفات المرتكبة في العديد من المحاكمات التحكيمية.

مهما تكن الأمور، فإنّ قرار 2019/10/3، فتح المجال أمامنا لمناقشة عدّة نقاط بعضها من داخل القرار وبعضها من خارجه وكلّها يجب أن تصبّ بالنهاية في هدف واحد هو تحسين الأداء التحكيمي؛ وهذا لن يحصل إلّا برسم حدود صحيحة وواضحة بين التحكيم من جهة والقضاء من

63- Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n°1559.

64- Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n°1666 et s.

65- Fouchard, Gaillard et Goldman, op. cit., n°658.

66- Op. et loc. cit., n°0532 et s.

جهة أخرى، في إطار سياسة قانونية عامة، مفادها أنّ تدخل القضاء في التحكيم، لا يجب أن يتم من باب عرفلته أو إضعاف طابعة الليبرالي، بل من باب تفعيل التحكيم وإعطائه الفاعلية اللازمة بغياب أيّ سلطة أمرّة *imperium* للمحكّم، وهذا لن يتحقّق إلاّ برسم الحدود الفاصلة بين التحكيم والقضاء، فنعطي ما للتحكيم للتحكيم وما للقضاء للقضاء.

رقم 2- طلب تعيين محكم - اجابة الطلب - طعن من الفريق الآخر بقرار التعيين عن طريق استئناف الإبطال - لا يمكن توسل الطعن بهذا القرار - الأحكام القانونية المتعلقة بالتحكيم لا يمكن التوسع في تفسيرها وتطبيقها.

إننا في القضية الرأهنة لسنا في معرض حالة صدر فيها قرار تحكيمي، وإنما في معرض حالة ترعاها المادة /764/ أ.م.م.، أدت إلى صدور قرار عن رئيس المحكمة الابتدائية بتعيين محكم، فإنه لا يمكن توسل الطعن بهذا القرار عن طريق استئناف الإبطال الملحوظ حصراً، في أحكام التحكيم الخاصة، للحالات التي يكون القرار التحكيمي قد صدر (المواد 797 إلى 803 أ.م.م.)، وإنما فقط الطعن بالإستناد إلى أحكام المادة /774/ فقرة 2/ أ.م.م. وذلك فقط في حال كان رئيس المحكمة الابتدائية قد أعلن في قراره أن لا محل لتعيين المحكم أو المحكمين لأحد الأسباب المعينة في الفقرة الثانية من المادة /764/ أ.م.م.، وكل ما عدا ذلك لا يسمح بالطعن بقراره، على ما جاء صراحة في المادة /774/ أ.م.م.

إنّ القرار المطعون فيه، الذي أصدره رئيس الغرفة الابتدائية، في معرض تطبيقه نصّ المادة /764/ أ.م.م.، لم يقض إطلافاً بأنه لا محل لتعيين المحكم، وإنما على العكس قضى بتعيين المحكم، فإنه لا يكون قابلاً لأي طعن وفقاً لما تقضي به المادة /774/ أ.م.م.، ولا يمكن مع الطابع الخاص والإستثنائي لأحكام التحكيم، التوسع في تفسير وتطبيق هذه الأحكام.

(الغرفة الإستئنافية الأولى في جبل لبنان، الدّعوى برقم أساس 2017/189، تاريخ

(2017/10/30)

.....

.....

حيث أنّ الشركة المستأنفة تقدّمت بما أسمته "إستئناف إبطال" تطعن بموجبه بقرار صادر عن رئيسة الغرفة الابتدائية الأولى بتاريخ 2017/10/11، تحت رقم 2017/33، وذلك بمعرض نظر القاضي المذكورة في إستدعاء تقدّم به المستأنف عليهم يرمي إلى تعيين محكم عن الشركة المستأنفة بالإستناد إلى المادة /764/ أ.م.م. معطوفة على المادة /80/ من نظام هذه الشركة، كما في إستدعاء مقابل تقدّمت به هذه الشركة يرمي إلى تسمية محكم بديل عن القاضي المتقاعد مهيب معماري ضمن مهلة محدّدة، وإلا تسمية القاضي المذكورة محكماً عن الجهة المستأنفة.

حيث قبل البتّ في أيّ مسألة من المسائل المثارة او المنازع فيها، إن لناحية الشكل، أم لناحية الأساس، يقتضي البحث في مدى إمكانية قبول "إستئناف الإبطال" الحاضر، وسماعه في ضوء طبيعة القرار المطعون فيه بالنظر إلى الإطار الذي صدر فيه، وبالنظر إلى الأحكام القانونية التي ترعى التحكيم.

حيث لا بدّ من الإشارة إلى أمرين:

1- إلى أنّ الأحكام القانونية التي ترعى التحكيم هي حصراً خاصّة بالتقاضي عن طريق التحكيم،

فإنظراً لطابعها الخاص المرتبط حصراً بالتحكيم، تعتبر هذه الأحكام ذات طابع إستثنائي يوجب الإلتزام بمبدأ عدم جواز التوسع في تفسيرها وتطبيقها.

2- إلى أنّ القرار موضوع "إستئناف الإبطال" صدر في إطار، وفي معرض طلب تعيين محكم، مرفوع إلى رئيس الغرفة الابتدائية سناً للمادة /764/ أ.م.م.، وليس في معرض نزاع عرض على محكم بحيث لا يُعتبر القرار المطعون فيه رهنأ قراراً تحكيمياً يكون الطعن فيه خاضعاً لأحكام المادة /800/ أ.م.م.، طالما أنّه صدر في معرض التمهيد لتعيين محكم (أو محكمين)،

حيث إنطلاقاً من الطابع الخاص والإستثنائي لأحكام التحكيم، ومن ماهية المرجع الصادر عنه القرار المطعون فيه (رئيس الغرفة الابتدائية، وليس عن محكم معين)، وإنطلاقاً من الإطار القانوني الصادر فيه القرار المذكور (إطار المادة القانوني الصادر فيه القرار المذكور (إطار

المادة /764/ أ.م.م.، بهدف تعيين محكم) - إنطلاقاً من ذلك - لا يمكن لأجل الطعن بقرار من طبيعة القرار المستأنف الحاضر، في حال إمكانية الطعن فيه، إلا إتباع أصول الطعن المحددة قانوناً وفقاً للحالات الملحوظة إمكانية الطعن فيها تحت الأحكام القانونية الخاصة التي أفردها المشترع لمجال "التحكيم".

فالمشرع ميّز تحت الأحكام القانونية الرّاعية للتّحكيم بين الحالة السّابقة لصدور القرار التّحكيمي والتي يندرج في إطارها تعيين المحكم من قبل القضاء العادي (قضاء الدولة)، من بين أمور أخرى تندرج تحت هذا الإطار، وتتدخل ضمنها الحالة المعالجة بموجب المادة /764/ أ.م.م.، من جهة، وبين الحالة التي يصدر فيها القرار التّحكيمي، وما بعده، من جهة أخرى،

حيث أنّ الحالة التي نحن بصدها في القضية الرّاهنة، والتي أسفرت عن صدور القرار المطعون فيه، إنطلقت من توسّل اللّجوء إلى رئيس الغرفة الابتدائية بهدف الطّلب إليه تعيين محكم بالإستناد إلى أحكام المادة /764/ أ.م.م.، فتكون هذه الحالة مندرجة ضمن فئة الحالات السّابقة والممهّدة لنشوء الحالة اللاحقة التي يصدر ضمنها القرار التّحكيمي عن المحكم، بعد أن يكون تمّ تعيينه إمّا توافقياً، أو بموجب قرار من رئيس المحكمة الابتدائية.

حيث أنّ القانون الخاصّ بالتّحكيم أفرّد أصولاً وشروطاً للطّعن تتعلّق حصراً بكلّ واحدة من الحالتين السّابق ذكرهما، فبالنسبة إلى المسائل المرتبطة بالحالة السّابقة لصدور القرار التّحكيمي، لحظت هذه الأصول والشّروط تحت المادة /774/ أ.م.م.، أمّا بالنسبة إلى المسائل المتعلّقة بالحالة الناشئة بعد صدور القرار التّحكيمي، فقد تناولتها المادة /800/ أ.م.م. من بين مواد أخرى سبقتها، أو تلتها مباشرة.

حيث طالما أنّنا في القضية الرّاهنة لسنا في معرض حالة صدر فيها قرار تحكيمي، وإنّما في معرض حالة ترعاها المادة /764/ أ.م.م.، أدت إلى صدور قرار عن رئيس المحكمة الابتدائية بتعيين محكم، فإنّه لا يمكن توسّل الطّعن بهذا القرار عن طريق إستئناف الإبطال الملحوظ حصراً، في أحكام التّحكيم الخاصة، للحالات التي يكون القرار التّحكيمي قد صدر (المواد /797/ إلى /803/ أ.م.م.)، وإنّما فقط الطّعن بالإستناد إلى أحكام المادة /774/ فقرة /2/ أ.م.م. وذلك فقط في حال كان رئيس المحكمة الابتدائية قد أعلن في قراره أن لا محلّ لتعيين المحكم أو المحكمين لأحد الأسباب المعيّنة في الفقرة الثّانية من المادة /764/ أ.م.م.، وكلّ ما عدا ذلك لا يسمح بالطّعن بقراره، على ما جاء صراحة في المادة /774/ أ.م.م.،

حيث إنطلاقاً مما تقدّم، وطالما أنّ القرار المطعون فيه، الذي أصدره رئيس الغرفة الابتدائية، في معرض تطبيقه نصّ المادة /764/ أ.م.م.، لم يقض إطلاقاً بأنه لا محلّ لتعيين المحكّم، وإنّما على العكس قضى بتعيين المحكّم، فإنّه لا يكون قابلاً لأيّ طعن، وفقاً لما تقضي به المادة /774/ أ.م.م.، ولا يمكن مع الطابع الخاصّ والإستثنائي لأحكام التّحكيم، التّوسّع في تفسير وتطبيق هذه الأحكام.

حيث تبعاً لذلك، وفي ضوء صراحة نصّ المادة /774/ أ.م.م.، وفي ضوء ماهية الحالة التي صدر في إطارها القرار المطعون فيه، وفي ضوء طبيعة هذا القرار، لا يكون من إمكانيّة قبول هذا الطّعن الإستثنائي، ولسماعه، فيُردّ لعدم قانونيّته، هذا فضلاً عن أنّ شروط المادة /641/ فقرة 2/ أ.م.م. غير متوافرة إمكانيّة تطبيقها، وأنّ مخالفة قاعدة جوهرية التي تتيح باب الطّعن وفقاً للإجتهاد الفرنسي غير معتمدة من قبل الإجتهد اللبناني.

حيث مع عدم إمكانيّة قبول سماع هذا الإستئناف، لا يعود مجدداً البحث في ما أثير فيه من مسائل، أكان على الصّعيد الشكلي، أم على الصّعيد الموضوعي، فيُردّ كل ما زاد أو خالف منها النتيجة التي تمّ بيانها.

لهذه الأسباب

تقرّر:

- 1- ردّ الإستئناف لعدم إمكانيّة قبوله وسماعه قانوناً.
- 2- ردّ كلّ ما زاد أو خالف.
- 3- تضمين المستأنفة النّفقات، ومصادرة التّأمين.

قراراً جرى النطق به علناً بتاريخ 2018/10/30.

الرئيس (خوري)	المستشارة (مزيم)	المستشار المنتدب (مطر)	الكتابة
------------------	---------------------	---------------------------	---------

رقم 3- مؤسسة عامة - عقد - شرط حل النزاع عن طريق التحكيم - المؤسسة تخضع للمرسوم 1972/4517 - قرار تحكيمي - المادة 762 أ.م.م. قبل التعديل لا تجيز اللجوء إلى التحكيم والمرسوم هو نص نظامي وليس تشريعياً - غير كاف لإجازة التحكيم - تصديق سلطة الوصاية لا يتصف بالتشريع - عدم مخالفة تسلسل القواعد القانونية - لا مخالفة للنظام العام - المادة 762 أ.م.م. بعد تعديلها سمحت باللجوء إلى التحكيم تحت شروط معينة - ذكرها في القرار كان بمقارنة مع النص القديم - لا تناقض - رد طلب الإبطال.

إنّ المحكم في القرار المطعون فيه، إعتبر بأنّ المرسوم رقم 4517 تاريخ 1972/12/13 هو مرسوم تنظيمي وذلك بعد أن قام بعملية وصف نوع هذا المرسوم وتفسيره، ولم يتعرّض للمادة 58 من الدستور ولا لقانون التأهيل ولا لمبدأ تسلسل القواعد ولا لأحكام قانون أصول المحاكمات المدنية كي يكون قد خالف هذه القواعد.

إنّ المحكم لم يقل بأنّ المرسوم المذكور غير ملزم بل إعتبره غير كاف لإجازة البند التحكيمي.

إنّ طالبة الإبطال تدلي بأنّ الحكم خالف القواعد التي تتعلّق بالإنّظام العامّ وخاصة الإستثناءات لمنع التحكيم بالنسبة إلى أشخاص ألقانون العام.

إنّ الإستثناءات التي تذكرها طالبة الإبطال لا تشكّل قواعد عامّة متعلّقة بالإنّظام العام.

إنّ القرار التّحكيمي المطلوب إبطاله قضى بأنّ القانون الواجب التّطبيق على الحالة المعروضة هو نصّ المادّة 762 أ.م.م. قبل التّعديل.

إنّ المحكّم عندما إعتبر أنّ نصّ المادّة 762 أ.م.م. هي التي ترعى الحالة المعروضة إعتبر ضمناً أنّ هذه المادّة لم تكن تُجيز التّحكيم للمؤسّسات العامّة وأنّ هذا النّصّ التّشريعي يتفوّق على المرسوم التّنظيمي.

إنّ المحكّم ذكر نصّ المادّة 762 أ.م.م. المعدّلة والتي سمحت للمؤسّسات العامّة اللّجوء إلى التّحكيم تحت شروط معيّنة، مقارنةً منه مع نصّ هذه المادّة القديم.

يتبيّن بالتّالي، أنّه لا وجود للتّناقض بين أسباب القرار، ويكون ما تدلي به طالبة الإبطال مردوداً لهذّة الجهة، وذلك عن معزل مسألة ما إذا كان التّناقض في التّعليل يؤدّي إلى بطلان أم لا.

إنّه بعد هذه النّتيجة، يقتضي ردّ طلب الإبطال برمته.

(محكمة إستئناف بيروت، الغرفة الأولى، قرار 2017/203، تاريخ 2017/2/22)

.....

.....

2- في الأساس:

حيث تدلي طالبة الإبطال، بأنّ القرار التّحكيمي المطعون فيه، مستوجب الإبطال لمخالفته قواعد تتعلّق بالنّظام العام، وللتّناقض بين أسبابه.

أ- في سبب مخالفة القرار المطعون فيه لقواعد تتعلّق بالنّظام العام:

حيث تدلي طالبة الإبطال أنّه من مراجعة القرار التّحكيمي يتبيّن بشكل واضح بأنّه خالف أحكام الدّستور المتعلّقة بالسلّتين التّشريعية والتنفيذية، وقاعدة تسلسل القواعد القانونيّة وأحكام أصول المحاكمات المدنيّة المتعلّقة بالتّحكيم وأحكام قانون المؤسّسات العامّة عندما أبطل البند

التحكيمي المدرج في عقد 2000/4/25 مُعتبراً أنّ صلاحية المؤسسات العامة باللجوء إلى التحكيم لا تستقيم مع أحكام المرسوم رقم 1972/4517، التنظيمي في حين أنّ هذا المرسوم هو مرسوم تشريعي صادر عن السلطة الإجرائية كغيره من المراسيم الإستراتيجية التي تصدر وفقاً لقانون التأهيل ولنصّ المادة 58 من الدستور.

وحيث أنّ القرار التحكيمي توصلاً إلى القول بأنّ بند التحكيم المدرج في عقد 2000/4/25 هو باطل، قضى بأنّ المطعون ضده معرض رشيد كرامي الدولي هو بمقتضى المرسومين 1960/4027 و61/6247 مؤسسة عامة ذات صفة تجارية وبالتالي يخضع للمرسوم رقم 4517 تاريخ 1972/12/13 المتعلق بالنظام العام للمؤسسات العامة، وأنّه لا يحقّ للأشخاص المعنويين من القانون العام ومن بينهم المؤسسات العامة ذات صفة تجارية أو صناعية أن تتملص من القواعد التي تحدّد صلاحية المحاكم الوطنية بإعطاء محكم صلاحية البتّ بنزاع هي أحد الأطراف فيه له صلة بالنظام القانوني الداخلي ما لم يوجد نصّ تشريعي يبيح ذلك. وخلص إلى القول "بما أنّه لا يوجد نصّ تشريعي يسمح لأحد الفريقين باللجوء إلى التحكيم لأنّ المحتكم ضده هو وفق الأحكام القانونية والتنظيمية التي ترعاه مؤسسة عامة ذات صفة تجارية ولا يمكن بالتالي التدرج بأحكام المادة العاشرة من العقد المؤرخ في 2000/4/25 ولا بأحكام المادة 22 فقرتها التاسعة المتعلقة بتصديق سلطة الوصاية على البند التحكيمي إذ أنّ تلك الأحكام التنظيمية لا تفي بالغرض لأنّ المنع ناتج عن مبدأ عام قانوني له منزلة نصّ تشريعي غير مكتوب ولا يستطيع نصّ تنظيمي أو تعاقدي وفق مبدأ تسلسل القواعد مخالفة نصّ تشريعي لا سيما إذا كان يتعلّق بالإنّظام العام".

وحيث أنّ المحكم في القرار المطعون فيه، إعتبر بأنّ المرسوم رقم 417 تاريخ 1972/12/13 هو مرسوم تنظيمي، وذلك بعد أن قام بعملية وصف نوع هذا المرسوم وتغييره، ولم يتعرّض لا للمادة 58 من الدستور ولا لقانون التأهيل ولا لمبدأ بتسلسل القواعد ولا لإحكام قانون أصول المحاكمات المدنية كي يكون قد خالف ما جاء في هذه القواعد.

وحيث أنّ ما قام به المحكم يتعلّق بأساس النزاع وبكيفية حلّه النقطة أو المسألة القانونية المطروحة أمامه، الأمر الذي يخرج عن رقابة محكمة الإستئناف في معرض بحثها في طلب إبطال القرار التحكيمي.

وحيث أنّ ما قضى به القرار التحكيمي عندما بتّ بمدى صحة البند التحكيمي في ضوء القوانين المرعية الإجراء لا يشكّل بطلاناً للمرسوم رقم 1972/4517 كما أنّ المحكّم لم يقل بأنّ المرسوم المذكور غير ملزم بل إعتبره غير كافٍ لإجازة البند التحكيمي.

وحيث أنّ ما تدلي به طالبة الإبطال من أنّ المحكّم تخطّى صلاحياته عندما أعلن بطلان القوانين النافذة، والتي لم تبطل، هو مردود وفي غير محله طالما أنّ المحكّم لم يعلن بطلان المرسوم المذكور.

وحيث أنّ طالبة الإبطال تدلي بأنّ المحكّم خالف القواعد التي تتعلّق بالإنّظام العامّ وخاصّة الإستثناءات لمنع التحكيم بالنسبة إلى أشخاص القانون العام.

وحيث أنّ الإستثناءات التي تذكرها طالبة الإبطال لا تشكّل قواعد عامّة متعلّقة بالإنّظام العامّ وملزمة للمؤسسات العامّة بل هي حالات معيّنة تجيز فيها القوانين للمؤسسات العامّة اللجوء إلى التحكيم في بعض نزاعاتها مع الأشخاص الثالثين، ويبقى لهذه المؤسسات الحرية في اللجوء إلى التحكيم في هذه الحالات أو إلى المحاكم الوطنية.

وحيث يكون ما تدلي به طالبة الإبطال لهذه الجهة مردوداً.

وحيث أنّ المعارض يدلي بعدم صلاحية المحكّم بأن يضع أحكامه في صيغة أنظمة عملاً بأحكام المادة 3 أ.م.م. وبالتالي بمخالفة القرار التحكيمي النّظام العامّ توصلاً للقول بأنّ المحكّم خالف أحكام المرسوم 1972/4517،

وحيث أنّ السبب المعارض أعلاه يستوجب البحث في أساس القرار التحكيمي المطعون فيه لمعرفة مدى مخالفته أحكام المرسوم 1972/4517 الأمر الذي يخرج عن صلاحية هذه المحكمة في معرض البتّ بهذا الطّعن، وطالما لم تقض بالبطلان.

وحيث أنّه تبعاً لذلك، يقتضي ردّ السبب الأوّل لإبطال القرار التحكيمي المطعون فيه المدلى به من طالبة الإبطال.

ب- السبب الثاني: التناقض بين أسباب القرار التحكيمي المطلوب إبطاله:

حيث أنّ طالبة الإبطال تدلي بأنّ محكمة الإستئناف تقوم في سياق نظرها الطّعن بإبطال القرار التحكيمي ليس فقط بمراقبة إشمال هذا القرار على بيان أسبابه بل أيضاً بتدقيق

ملاءمة هذه الأسباب أي تعلقها منطقيًا بما قضى به القرار، وكفايتها وعدم تناقضها فيما بينهما، وأنّ القرار التحكيمي أقرّ في الصّحة 19 منه بأنّ القانون الواجب التطبيق هو نصّ المادة 762 أ.م.م. قبل التّعديل الذي يجيز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقود التجاريّة والمدنيّة المبرمة بينهم بنداً ينصّ على أن تحلّ بطريق التّحكيم جميع المنازعات القابلة للصّح، فإنّ القرار التحكيمي المذكور عاد وقضى ببطلان البند التحكيمي الوارد في عقد 2000/4/25 لعدم وجود نصّ تشريعي يسمح للمؤسسات العامّة التجاريّة اللّجوء إلى التّحكيم لأنّ المرسوم رقم 1972/4517 هو مرسوم تنظيمي وليس نصّاً تشريعياً وأنّ القرار التحكيمي يكون بذلك قد تناقض في أسبابه ذلك أنّ المادة 762 أ.م.م. مادة صدرت بموجب المرسوم الإشتراعي رقم 83/90 أي عن السّلطة الإجرائيّة والمرسوم رقم 1972/4517 صدر أيضاً عن السّلطة الإجرائيّة فإذا كان نصّ المادة 762 أ.م.م. هو نصّ تشريعي وفق القرار التحكيمي، فنصّ المادة 22 من المرسوم الإشتراعي هو نصّ تشريعي أيضاً لصدورها عن ذات السّلطة الإجرائيّة بموجب قانون التّأهيل، وأنّ القرار التحكيمي الذي وقع في تناقض الأسباب يكون مستوجباً للإبطال.

وحيث أنّ القرار التحكيمي المطلوب إبطاله قضى بأنّ القانون الواجب التطبيق على الحالة المعروضة هو نصّ المادة 762 أ.م.م. قبل التّعديل، وأنّ المطلوب الإبطال بوجهه هو مؤسّسة عامّة ذات صفة تجاريّة ويخضع بالتّالي للمرسوم رقم 1972/4517 حصراً المتعلّقة بالمؤسسات العامّة، وأنّ هذا المرسوم هو مرسوم تنظيمي وأنّه لا قيمة قانونيّة لمرسوم تنظيمي يمنح صلاحية اللّجوء إلى التّحكيم لبعض المؤسسات العامّة مهما كانت طبيعتها ما لم يوجد نصّ تشريعي يسمح بذلك.

وحيث أنّ الأسباب التي إرتكز عليها القرار التحكيمي المطعون فيه غير متناقضة مع بعضها البعض كما تدلي طالبة الإبطال، لأنّ المحكّم عندما اعتبر أنّ نصّ المادة 762 أ.م.م. هي التي ترعى الحالة المعروضة اعتبر ضمناً أنّ هذه المادة لم تكن تجيز التّحكيم للمؤسسات العامّة وأنّ هذا النصّ التشريعي يتفوّق على المرسوم التنظيمي، والدليل على ذلك، أنّ المحكّم ذكر نصّ المادة 762 أ.م.م. المعدّلة والتي سمحت للمؤسسات العامّة اللّجوء إلى التّحكيم تحت شروط معيّنة، مقارنة منه مع نصّ هذه المادة القديم.

وحيث يتبين بالتالي، أنه لا وجود للتناقض بين أسباب القرار، ويكون ما تدلي به طالبة الإبطال مردوداً لهذه الجهة، وذلك عن معزل مسألة ما إذا كان التناقض في التعليل يؤدي إلى البطلان أم لا.

وحيث أنه بعد هذه النتيجة، يقتضي ردّ طلب الإبطال برمته.

حيث أنّ المطلوب الإبطال بوجهه يطلب إلزام طالبة الإبطال بالعتل والضرر للتعسف، لأنّ إشارات عديدة تؤكد أنّ هذه الأخيرة تتوسل المماثلة والكيدية وأنه من هذه الإشارات أنّ الطعن ترك في القلم دون تبليغ وخلاصداً عن اسم الوكيل القانوني لمعرض رشيد كرامي.

حيث يتبين أنّ طالبة الإبطال تقدّمت بطلب الإبطال بوجه المطلوب الإبطال بوجهه بشخص رئيس مجلس الإدارة الأستاذ حسام قبيطر أو المدير العام الأستاذ أنطوان أبو رضى فتكون بذلك قد حدّدت هوية المطلوب الطعن ضده التي تسمح بإبلاغه وفقاً للأصول، ممّا يستوجب ردّ أقوال المطلوب الإبطال بوجهه لهذه الناحية.

وحيث أنه يتبين من ناحية أخرى، أنّ وكيل المطلوب الطعن ضده حضر إلى قلم المحكمة بتاريخ 2016/1/13 وتبلغ نسخة عن الإستحضار المقدم بتاريخ 2015/12/30، وإنّ ترك الإستحضار دون تبليغ مدة خمسة عشر يوماً لا يفيد المماثلة والكيدية في الدعوى خاصّة وأنّ الفترة الزمنية المذكورة هي فترة أعياد تتخللها أيام عطلة رسمية، عدا عن أنّ معاملات التبليغ تقع على عاتق قلم المحكمة.

وحيث أنه لا أسباب تبرّر الحكم على طالبة الإبطال بالعتل والضرر عن سوء إستعمال حقّ الإدعاء فيقتضي ردّ طلب المطلوب الطعن ضده.

لذلك

ولهذه الأسباب

تقرّر المحكمة بالإتفاق:

- 1- قبول طلب الإبطال شكلاً لإستيفائه شروطه الشكلية.
- 2- ردّ طلب الإبطال في الأساس لعدم قانونيته.
- 3- ردّ طلب العطل والضرر.

- 4- مصادرة التّأمين إيراداً للخزينة.
5- تضمين طالبة الإبطال الرّسوم والنّفقات القضائيّة كافّة.

قراراً صدر وأفهم علناً في 2017/2/22.

الرئيسة
الخوري

المستشارة
الدحداح

المستشارة
ماجد

الكاتب
معروف الشامي

الاجتهاد القضائي المصري

زودنا بهذه الأحكام الأستاذ رجب عبد المقصود، الأستاذ محمد عبد الجواد والأستاذ طارق اللبان (مصر)

رقم 1- حكم تحكيمي - إقرار تعويض عن ضرر - دعوى
إبطاله - قاضي الإبطال لا شأن له بالنتيجة التي خلص
إليها حكم التحكيم - الخطأ في التقدير أو مخالفة
القانون لا توصمه بالبطلان - تجاوز حكم التحكيم
ضوابط وأطر التحكيم وإهداره مبادئ عدلية
وجوهريّة - لا حصانة له - من زاوية النظام العام لا
يحرم القضاء من تفحص أسباب الحكم والإستيثاق من
معايير المحاكمة العادلة وتضمنه عدوانا على النظام
العام - المحكم لا يتمتع بسلطة طليقة ومطلقة في
نطاق ودلالات النظام العام - مبدأ التكافؤ في تقدير
التعويض قاعدة من قواعد النظام العام - القضاء يبحث
مدى إحترام المحكم مبدأ التناسب - يمكن إبطال
حكم التحكيم إذا كان التعويض مجحفا ومتعارضا
مع مقتضيات العدالة وروح الإنصاف - إستبعاد التصرف
القانوني أو الحكم المنطوي على مساس فاضح لمفهوم
العدالة - العدل له مركز الصدارة - يجب للحكم
بالتعويض أن يكون له مبررات واقعية وأسباب ودعامات
لا يمكن إنكارها - الحكم خالف النظر القانوني
المتقدم بإعتباره التعويض عن ضرر أكيد كان سيقع

بحيث تمتد إليه رقابة البطلان - ويجوز إبطاله لمخالفة أبسط مفاهيم العدالة المستقرة - العدل فيه مفقود فصار مسكونا بالبطلان - الحكم أذعن إلى نتائج عشوائية غير معلنة قانونا وعقلا وهدم فكرة التعويض وأصبح عقابا قاسيا مخالفا طبيعة الأشياء - لا حصانة لكل سلطة تطبيقية تحكيمية بخاصة عندما تتمخض عن شطط مجاف لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية - هيئة التحكيم لم تلتزم بحدود القيود والضمانات التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكلة إليها - حكمها موصوم بالإنحراف في استعمال السلطة التحكيمية - من غير الجائز أن ينشئ حكم هوذاك حقوقا أو يرتب إلتزامات - بطلان الحكم برمته.

مع تعليق: 1. للدكتور حازم عتلم (مصر)

2. للدكتور هيثم علي¹ والمحامي عبد الرحمن مهدي² (مصر)

3. للدكتور عبد الحنان العيسى³ (سلطنة عمان)

4. للمحامي فاضل حاضي (سوريا)

1- المحامي الدكتور هيثم علي، محام مقيد أمام محكمة النقض المصرية، متخصص في مجال المنازعات الدولية والقضايا المتعلقة بالعقوبات الاقتصادية الدولية، حاصل على درجة الدكتوراه من جامعة مونتبيليه بفرنسا عن أطروحة متعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة ومدى جواز تطبيق قواعد قانون المنافسة من أفراد القانون الخاص، يعمل شريك بمكتب علي ومشاركوه - محامون بالقاهرة، ويقوم بتدريس أحكام قانون المنافسة لطلبة الدراسات العليا كأستاذ زائر بجامعة السوربون - باريس 1 بالقاهرة.

2- المحامي عبد الرحمن مهدي، محام مقيد بنقابة محامين القاهرة، يمارس المحاماة من خلال مكتب علي ومشاركوه - محامون بالقاهرة، حاصل على درجتي الليسانس والماجستير في القانون من جامعة السوربون - باريس 1، ودرجة الليسانس في القانون من جامعة القاهرة، ومتخصص في مجال التحكيم الدولي.

3- دكتوراه في التحكيم - جامعة الحقوق في سلطنة عُمان.

لا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم، كما أن أخطاء الحكم المتعلقة بعيوب في التقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرورة موصوماً بالبطلان.

لا يجوز للخصوم إعادة الجدل في عناصر النزاع الموضوعي أو إعادة طرحها من جديد على محكمة البطلان لمراجعتها. ولا يملك القضاء تصحيح أو إتمام النتائج التي أثبتتها المحكمة أو رد الأمور إلى نصابها أو أن يقوم أو يصحح ما يكون في حكم التحكيم من عوج.

إن جاوز حكم التحكيم ضوابط التحكيم وأطره الجوهرية أو عطلها، فلا يكون الحكم مستحقاً للحماية المقدرة له، وبالتالي فلا يكون محصناً. فغير مسموح للمحكم أن يتحرر من أي ضوابط قانونية أساسية أو أن يهدر مبادئ عدلية جوهرية أو أن يتحلل من الضمانات والواجبات السلوكية واجبة الصيانة، أو أن يخترع شيئاً من لا شيء.

لا يحرم قاضي البطلان - عند مخاصمة حكم التحكيم - من أن يمر على أسباب الحكم فاحصاً إياها، بغناية ويقظة ودراية.

من زاوية النظام العام، فيحق للقضاء دائماً التدقيق والإستيثاق بما إذا كانت معايير المحاكمة التحكيمية (النزاهة الإجرائية) قد تم الإلتزام بها أو أنها أهدرت بشكل جوهري، خطير وواضح. وكذلك يملك للقضاء تقدير ما إذا كان قد تضمن، في أسبابه المؤثرة في محصلته أو في منطوقه، عدواناً حقيقياً وواضحاً، على النظام العام.

لا يمكن للمحكم أن يتمتع بسلطة كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو إنحرافها في نطاق تبعات ودلالات قواعد النظام العام.

الحكم بالتعويض يعدّ أمراً مرهوناً لزوماً بوقوع الضرر، وبحيث يتم تحديد مقدار التعويض بقدر يتناسب مع الضرر.

يمثل مبدأ التكافؤ أو التناسب في تقدير التعويض قاعدة ثابتة من قواعد النظام العام المشتركة التي لا يجوز التفريط فيها لإرتباطها الوثيق بمصالح وحقوق الأفراد وإحترام توقعاتهم المشروعة.

يمكن إبطال الحكم، أو رفض تنفيذه، إذا كان متضمناً - بوضوح وبشكل ملموس بارز - تعويضاً مجحفاً، ظالماً ظلاماً شديداً يتجاوز الضرر بشكل فادح، غير ملائم وغير قابل للتعديل

بالمرّة. وعموماً، فالتعويض - أيّاً كان وفي إطار توازن المصالح على اختلافها - فيجب أن لا يتعارض في مده مع مقتضيات العدالة وروح الإنصاف. يعمل كلّ قانون على إرساء قاعدة عدالة التعويض.

إن فهم وتفسير وتطبيق القانون يخضع لضوابط عدالة واجبة، معايير دنيا للإنصاف، يتعين بالضرورة أخذها في الحسبان وتفعيلها دون أي إنطباعات أو تحيزات مسبقة.

إن مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة المتطورة والمرنة - التي تدخل في مكونات كلّ قانون - هي المصدر الأساسي أو المعيار الذي يتمّ الإلتجاء أو الإشارة إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام الدولي، ذلك الذي يتجاوز الحدود القانونية والثقافية الإقليمية. وبحيث يعدّ المساس الفاضح لمفهوم العدالة - في حالات بذواتها - ظلماً جسيماً غير مغتفر، ومن ثمّ ينبغي إستبعاد العمل أو الفعل أو التصرف القانوني أو الحكم المنطوي عليه وإهداره، فالعدل يحظى بأسبقيّة وسمو على غيره.

يجب للحكم بالتعويض عن فوات الفرصة وجود مبررات واقعية ودلائل كافية تُبرزه وتُرجح إحتتماله، أي أن يكون التعويض عنه قائماً على أسباب ودعامات معقولة، كاشفة وظاهرة لا يمكن إنكارها. فهذا النوع من التعويض لا يقوم - وبالتالي لا يُحكم به -.

خالف حكم التحكيم النّظر القانوني المتقدّم، فقام بتقدير التعويض عن الكسب الفائت - الذي يمثل العمود الفقري من جسم الحكم وعصبه - لا بحسابه تعويضاً إحتتمالياً عن ضياع الأمل في فرصة الكسب وإتّما بإعتباره تعويضاً أكيداً عن ضرر فعلي كان سيقع حتماً في المستقبل. هذه المخالفة الخطيرة للقانون، فهمه وتأويله وتطبيقه، قادت الحكم وجرتّه إلى مزالق لا قاع لها، إذ أدّت به إلى الوقوع في شطط - يشبه الفوضى - لا يمكن قبوله، بحيث تمتدّ إليه بالضرورة - كمالاً أخيراً - الرقابة القضائية، رقابة البطلان.

إنطوى حكم التعويض على غلوّ وإفراط شديدين، غلوّ يأباه العقل وإفراط لا يقره قانون، بما هدّد كيانه، فالعدل فيه كان مفقوداً على نحو صارخ، فصار لذلك مسكوناً بالبطلان.

أدّعن الحكم إلى نتائج عشوائية غير مُعلّلة قانوناً وعقلاً، تخرج بالتأكيد عن المفهوم الصحيح لمعنى الضرر أو الرّبح الناشئ عن فوات الفرصة، هدم الحكم بغير تحفّظ أو إحتياط معنى فكرة التعويض، مقصده وغايته، فتمخّض عقاباً قاسياً، مخالفاً لطبيعة الأشياء. في هذه

الحال يمكن وصف الحكم بالتعويض عن الكسب الفائت بحسابه مظهرًا ماديًا لا غير، سخفًا لا معنى له، ليس له من الدب غير جلده، إن صحَّ القول.

لا حصانة لكل سلطة طليقة تحكّمية - ترمي شباكها حيث تشاء وترغب - أو مفرطة في الشدة، بخاصة عندما تتمخض شططاً مجافياً لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية، إذ لا يصحّ - تحت ستار السلطة التقديرية أو تمسحاً بها - خرق القيم العدلية أو فصل الأصول القانونية عن الأغراض المقصودة منها أو إقحام بنائها والحدود المنظمة لها. من الجليّ إذن، أنّ هيئة التحكيم فشلت في أداء الواجب الذي يقع على عاتقها بمراعاة الأصول القانونية والأطر العقلية الثابتة، ومسخت قواعد قانونية جوهرية كانت مؤثرة في حكمها، ولم تلتزم بحدود القيود والضمانات الحيوية التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكولة إليها، تلك التي لا يستقيم بدونها الحق في المحاكمة المنصفة، ولا يكتمل ويصان إلا باحترامها. وعلى ذلك يكون حكمها المطعون فيه موصوماً - بقوة - بالإحراف في استعمال السلطة "التحكيمية"، ويتجاوزها.

فمن غير الجائز أن يُنشئ حكم هو ذلك، رغم وجوده المادي، حقوقاً أو يرتّب التزامات، ومن غير المقبول أيضاً أن يُحاجّ به أو يُمنح حصانة ما. وعلى ذلك، وإذعاناً لقواعد النظام العام، ألهامة والجوهرية والمؤثرة، وصوناً وتثبيتاً لها، يصير بطلان الحكم، برمته، نتيجة لشططه المفرط، ولكل ما تقدّم بيانه من أسباب، أمراً محتوماً، ولذلك تقضي المحكمة ببطلانه.

(محكمة إستئناف القاهرة - الدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً)، الدعوى رقم 39 لسنة

130 قضائية، تحكيم، جلسة 2020/6/3)

.....

.....

(أ)

— النزاع التحكيمي —

- بحسب الوارد بحكم التحكيم المطعون فيه، فإنّه بناءً على قرار وزاري ليبي، أعقبه مباشرة إبرام عقد مؤرخ 2006/6/8، بموجبه عهدت الدولة الليبية إلى الشركة الكويتية

محمد عبد المحسن الخرافي إقامة مشروع إستثماري سياحي "مشترك" بناحية شاطئ منطقة تاجوراء، بشعبة طرابلس الليبية، وسُمي العقد بأنه عقد إيجار قطعة أرض لغرض إقامة ذلك المشروع وذلك طبقاً للقانون الليبي الخاص بتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية، وذكر العقد على أن مساحة أرض المشروع تبلغ 24 هكتار (240000 متر مربع) مملوكة للدولة الليبية، وأن قيمته الإستثمارية تبلغ 130 مليون دولار أمريكي، على أن يتم تنفيذه خلال سبع سنوات ونصف سنة، أما مدة الإنقاع (إمّياز شركة الخرافي) فتبلغ تسعون سنة تبدأ من تاريخ إستلام الشركة لأرض المشروع، ونص في العقد أيضاً على أن تتولّى شركة الخرافي مهمة تمويل إقامة المشروع وتشغيله - فندق خمس نجوم ومركز تجاري خدمي وشقق فندقية ومطاعم و...- وأكد العقد على إلّزام الطرف الليبي بأن يسلم الشركة أرض المشروع خالية من كل الشواغل مع ضمان خلّوها من العوائق المادية والقانونية طيلة مدة الإنقاع الإستثماري.

- وفقاً لمدونات حكم التحكيم أيضاً، فقد فوجئت الشركة وعقب التعاقد وفي بواكير المشروع بأن أرضه مُحمّلة بالعديد من المشاكل والعوائق المادية والقانونية، وعجزت الأجهزة الليبية عن حلّ مَعوقات أرض التعاقد، وبدورها عجزت الشركة عن وضع يدها عليها وضعا هادئاً، ومرّة بعد مرّة طالبت الشركة الجانب الليبي بتوفير الأمن لأعمالها وموظفيها مع ضرورة تجهيز موقع المشروع خالياً توطئة للبدء في المسار اللّازم لإنجاز أعماله. وتبادل الطرفان (الخرافي والجهات الليبية المعنية) اللقاءات والمكاتبات، ودخلا معاً في سلسلة من الخلافات، بالجملة فقد وضح للمحتكمة مبكراً أن بداية العمل في المشروع المشترك بدا أمراً صعباً وجامداً ومعقداً.
- خلال تلك التعقيدات والمتاعب، إقترحت السلطات المحلية الليبية على الشركة - في شهر يناير 2009- موقعاً بديلاً لإقامة المشروع المشترك، ورفضت الشركة هذا العرض وصمّمت في الوقت نفسه على تفعيل المشروع طبقاً لبنوده العقدية وعلى ضرورة قيام الجهات الليبية بتهيئة موقع العقد وإزالة شواغله ومَعوقاته المادية والقانونية، وضمان حماية وضع يدها عليه حتى يمكنها من البدء في الأعمال الإنشائية اللّازمة. وبعد العديد من الإجتماعات والمراسلات لم يقدر الطرفان على إزالة الصّعوبات المتصلة بأرض المشروع، وبقيت سلسلة المشاكل ممتدة دون حلول، حتى إنكس المشروع وتعثّر وخبا في مرقده.

● ففي شهر مايو 2010، ودون سابق إنذار، إنتهى أمر العقد (المشروع الموعود) بأن أصدر وزير الإقتصاد الليبي قراراً بإلغاء الموافقة المسبقة الممنوحة لشركة الخرافي بصدد المشروع، والعدول عنه. وزعمت الجهات الليبية أن إلغاء العقد وسحب ترخيص الإستثمار يرجع إلى تراخي الشركة في الوفاء بالتزاماتها العقدية. ومن ناحيتها إعتزمت الشركة على قرار الإلغاء هذا واصفةً إياه بالتعسف، وأضافت بأنها سعت لدى الجهات الليبية المسؤولة في من أجل إعادة إحياء المشروع، مُشترطاً تمكينها من وضع يدها فعلياً على أرضه خاليةً وإزالة المباني المقامة عليها وضمان تطهيرها من كافة المعوقات والمشاكل، مادية كانت أم قانونية، فحيازتها التامة لأرض المشروع تُعد شرطاً ضرورياً لتنفيذ التعاقد الإستثماري، وأنّ الدولة الليبية تضمن عدم تعرضها هي (وتعرض الغير) لها في الإنتفاع بأرض المشروع دون عائق. ولم تفلح الشركة في مسعاها هذا، إذ أصرّ الجانب الليبي على موقفه واصفاً عقد النزاع بأنه من العقود الإدارية، وكذلك قرار إلغائه، وبأنّ تلكو الشركة في التنفيذ هو سبب إفساد المشروع.

● زعمت شركة الخرافي بأنها أبرمت العقد من أجل الإستثمار على أرض دولة ليبيا - المضيفة للإستثمار - مُعتمدةً في ذلك على ضمانات وتسهيلات حكومية ليبية وقوانين نافذة تهدف إلى جذب الإستثمارات العربية والدولية على أرضها، وأعلنت الشركة أنّ إستثماراتها قد تأثرت وإنها أُضيرت مالياً وأدبياً بسبب سلوك الحكومة الليبية، ودمغت الشركة هذا السلوك بأنه يمثل إنتهاكاً للموجبات العقدية، ويُعدّ في الوقت نفسه إخلالاً بالنصوص التشريعية والإتفاقيات الدولية الخاصة بالإستثمار العربي والأجنبي السارية في الدولة الليبية، التي خلقت أجهزتها المختلفة الكثير من الصعاب والمضايقات التي ترتب عليها في النهاية إجهاض المشروع المشترك وحالت بذلك دون المضي في تنفيذه ممّا حرّمها بغير وجه حقّ من عوائده الإستثمارية المستقبلية.

● هذا، وبحسبان أنّ عقد النزاع تضمّن بنداً تحكيمياً جرى على أنه في حال نشوء أي نزاع بين الطرفين يتعلّق بتفسير نصوص العقد أو تنفيذه أثناء سريانه يتمّ تسويته ودياً، وإذا تعذّر ذلك يُحال النزاع إلى التحكيم وفقاً لأحكام الإتفاقية "الموحّدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، تلك الصادرة عام 1980. إعتماً على هذا البند التحكيمي وبإعتبار أنّ دولتي ليبيا والكويت من دول الإتفاقية،

فقد سعت شركة الخرافي إلى إحالة النزاع إلى التحكيم الخاص بالإستثمار العربي الوارد في هذه الإتفاقية "الموحدة" وملحقها الخاص بالتوفيق والتحكيم، بإعتباره نظاماً تحكيمياً داخلاً في نطاق جامعة الدول العربية ويعمل أو يجري تحت إشراف ورعاية أمانتها العامة.

- وفي ظل الإتفاقية "الموحدة" وتتبعاً لأحكامها، بادرت شركة الخرافي إلى الحصول على موافقة السيد الأمين العام لجامعة الدول العربية على البدء في الإجراءات التحكيمية ضدّ الدولة الليبية وهيئاتها الحكومية، وتشكّلت هيئة تحكيم (خاصة) من ثلاثة أعضاء وإتفق الأطراف على تطبيق القوانين الليبية على موضوع النزاع بما في ذلك قانون رؤوس الأموال الأجنبية وتعديلاته، وعلى أن تحصل المحكمة التحكيمية طبقاً للقواعد الإجرائية النافذة في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري المعروف بـ: (CRCICA)، وفي مقره الكائن بالعاصمة المصرية. وفي الدعوى التحكيمية -التي لم تأخذ أي رقم بسجلات المركز التحكيمي- قدّم كل طرف طلباته وأدلّته ودفاعه وحججه وشروحاته وتفسيره ووجهات نظره وتعليقاته.

(ب)

حكم التحكيم

بتاريخ 2013/3/22 وفي القاهرة، صدر حكم التحكيم لمصلحة الشركة الكويتية، وفيه تناولت هيئة التحكيم الكثير من الوقائع والتعليقات والأسباب والنتائج، ذُكرت في الحكم بإسهاب ومعالجات إستراتيجية مطوّلة في كلّ المسائل التي كانت محلّ نزاع بين أطراف دعوى التحكيم، والمُثار أغلبها كذلك في دعوى البطلان المطروحة. ومن أبرز ما أورده حكم التحكيم، وبإيجاز، ما يلي:

- إنّه لا يمكن إعتبار العقد مصدر النزاع (عقد 2006/6/8) من العقود الإدارية، بل هو من عقود "البوت" الخاضعة للقواعد القانونية التقليدية المنطبقة على العقود المدنية الخاصة. وإنّه وفقاً للمعايير الدولية والليبية، فالعقد يتضمّن مشروعاً سياحياً إستثمارياً ربحياً عربياً (أجنبياً)، فتسري في شأنه قواعد القانون الليبي الخاص بتشجيع إستثمار رؤوس الأموال الأجنبية، وكذلك قواعد الإتفاقية "الموحدة" لإستثمار رؤوس الأموال

العربية التي تُعدّ دورها جزءاً لا يتجزأ من التعاقد، كما ذكر الحكم أنّ موافقة ليبيا على التحكيم وفقاً لنظام الإثاقية، ثابتة في ذات العقد.

• أيضاً، إعتبرت هيئة التحكيم أنّ عقد النزاع يتسم بطابع حكومي، ومن ثمّ فقد أجازت الإحتجاج بشرطه أو بنده التحكيمي ضدّ المحكم ضدّهم: دولة ليبيا، وزارة الإقتصاد الليبية، الهيئة العامة لتشجيع الإستثمار وشؤون الخصخصة (سابقاً الهيئة العامة للتأميك والإستثمار)، مصلحة التنمية السياحية، وأخيراً وزارة المالية في ليبيا التي قبلت الحكم إدخالها في دعوى التحكيم كمحكّم ضدها (رابعاً) لكونها هي المُلزمة بصرف المبالغ المستحقّة تنفيذاً للأحكام القضائية الصادرة ضدّ الجهات العامة الممولة من خزنة الدولة الليبية. قبول هذا الإدخال قد ينطوي على دلالة غير خافية على نحو ما سيبدو.

• رأت هيئة التحكيم أنّ المساعي الودية قد بُذلت من الأطراف قبل تقديم طلب التحكيم دون أن تسفر عن نتيجة توفيقية، فالمستثمر الكويتي "المحتكمة" إستنفذ طرق الحلّ الودية قبل اللجوء إلى التحكيم. أمّا من ناحية نطاق الشرط التحكيمي، فقد قرّرت هيئة التحكيم أنّ هذا الشرط ينسب على كافّة المنازعات الناشئة عن العقد الإستثماري موضوع النزاع، وأقرت الهيئة كذلك بصلاحيّتها وإختصاصها بالمهمّة التحكيمية الموكولة إليها، ثمّ إنتقلت بعد ذلك إلى التصدي لموضوع الدعوى التحكيمية والبتّ فيه.

• وتذكر المحكمة هنا، إنّ في نطاق إستخلاص حكم التحكيم وفهمه وإستنباطه للواقع، فقد دون في أسبابه أنّ الشركة المحتكمة لم يكن بإمكانها إستصدار التراخيص المتطلّبة أو عمل الرسومات والخرائط والتصاميم التفصيلية والجدول الزمني للمشروع، فمرجع ذلك أنّها لم تتسلّم بالفعل أرضه خالية لتنتفع بها الإنّتفاع المقصود من التعاقد، كما أنّ الدولة الليبية المضيفة للإستثمار مُلزمة - وتابعيها - في كلّ الأحوال بحماية المستثمر الأجنبي (العربي) وبأنّ تصون وتضمن إستثماره وعوائده على أراضيها دون معوقات أو موانع، لذلك تكون دولة ليبيا هي المسؤولة وحدها عن عدم مباشرة أعمال المشروع المشترك وتحقيق غاياته التّتموية الطّموحة.

• وبالإستناد إلى إستنتاجات واقعية وحجج قانونية إرتأتها، أضافت هيئة التحكيم أنّ الطرف الليبي المحكمّ ضده لم يكن على حقّ في فسخ وسحب مشروع التعاقد، وأنّ الإستثمار الحاصل من جانب المحتكمة (المستثمر الكويتي) أنهى بشكل تعسفيّ، مماثل للتجميد

والتصفية والتدابير الأخرى التي لها نفس الآثار، والتي تحرّمها نصوص القانون الليبي وقواعد الإتفاقية الموحّدة، وهو الأمر الذي يترتّب عليه مسؤوليّة الأجهزة الليبية المحكّم ضدّها. ولذلك إنتهى حكم التّحكيم إلى إستحقاق الشركة المحكّمة للتّعويض عن الأضرار الماديّة والأدبيّة المباشرة التي أصابتها من جرّاء الإنهاء غير القانوني للتّعاقد، وإستحقاقها كذلك تعويضاً عن الرّبج الذي فاتها وحُرمت منه، بحسب عبارات الحكم "... من الفرص الضّائعة الأكيدة والمُحقّقة" لو كان مشروع التّعاقد قد إكتمل تنفيذه"، "... صافي أرباح الشركة طوال مدّة الإستثمار، 83 سنة فقط".

• وتبعاً لذلك، فقد تضمّن منطوق حكم التّحكيم إلزام الجهات المحكّم ضدّها، بالتّكافل والتّضامن، بعدد من الإلتزامات الماليّة: أن تدفع إلى شركة الخرافي الكويتيّة المبالغ الآتية: 30 مليون دولار تعويضاً عن الأضرار الأدبيّة، 5 مليون دولار قيمة الخسائر والمصرفوات "المُنكبّدة"، 900 مليون دولار تعويضاً عن الكسب الفائت، مليون و940 ألف دولار رسوم ومصاريف التّحكيم، أي بإجماليّ تسعمائة وستة وثلاثين مليوناً وتسعمائة وأربعين ألف دولار أمريكي، إضافة إلى فائدته بمعدل 4% سنويّاً عن إجماليّ المبالغ المحكوم بها، ورفض باقي الأقوال والطلّبات الأخرى.

• وفي ختام حكمها، وبشكلٍ لافت، فقد إستندت هيئة التّحكيم إلى نصّ المادّة الثّامنة الذي ورد في ملحق الإتفاقية "المُوحّدة" لتصف حكمها بأنّه حكماً نهائيّاً غير قابلٍ للطّعن، ويكون له قوّة النّفاد بحيث يجري تنفيذه مباشرة كما لو كان حكماً نهائيّاً قابلاً للتّنفيذ دون صيغة تنفيذه، بذات عبارات هيئة التّحكيم في حكمها "... قرار نهائيّ معجلّ التّنفيذ، نافذاً على أصله، صدر بأغليبيّة الأصوات وإنّه غير قابلٍ للمراجعة"، هكذا تحدّث الحكم عن نفسه، حكم لا رجعة فيه، غير قابلٍ لأيّ مراجعة كانت.

(2) مسار دعوى الإبطال الحاضرة

إحالة: حيث أنّ وقائع الدّعوى الحاضرة وعناصرها ومستندات الخصوم ودفعوهم ودفاعهم فيها أحاط بها الحكمان السّابق صدورهما من هذه المحكمة في جلسة 2014/2/5 وجلسة 2018/8/6 وحكمي محكمة النّقض اللّذين سيرد ذكرهما، وتحيل المحكمة إلى مدوّات هذه الأحكام معتبرة أسبابها مكتملة لأسباب هذا الحكم ومُتمّمة له، وبالطّبع دون أن تتضمّن هذه الإحالة

التقديرات والحيثيات والدعائم والنتائج المتناقضة مع أسباب الحكم الحالي أو المعارضة لعماده. وعلى أية حال، وبكلمات موجزة وبالقدر الكافي لحمل المنطوق، تعرض المحكمة للعناصر الأساسية الآتية:

● باعتبار أن مصر هي دولة مقرّ التحكيم، فقد طعن الجانب الليبي على حكم التحكيم أمام هذه المحكمة بالدعوى الحالية طالباً القضاء ببطلانه. وفي 2014/2/5، وإستناداً إلى أن الإتفاقية "الموحدة" لم تتكلم عن أيّ نظام إجرائي يؤدّي إلى إبطال أحكام التحكيم الصادرة في نطاقها وتحت مظلتها، إذ أنّها لم تذكر مصطلح أو لفظ البطلان هذا، لا من بعيد أو قريب، قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى، وجاء بحكمها تبريراً لقضائها. "... إنّ التحكيم الخاضع لتلك الإتفاقية وملحقها يُعتبر نظاماً قانونياً مستقلاً بذاته، لا علاقة له بأيّ نظام إجرائي وطني ولو في الدولة التي جرى فيها التحكيم"، وعلى هذا الأساس فحكم التحكيم المطعون فيه، بمراعاة نصوص الإتفاقية، يكون دائماً نهائياً وملزماً وناظماً، غير قابل للطعن فيه أمام المحاكم، ومن ثمّ فإنّه يخرج بحسب طبيعته هذه عن نظام دعاوى البطلان الوارد في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

● طعن ليبيا بطريق النقض على القضاء السالف الذكر، وقبّد طعنها برقم 6065 لسنة 84 ق، وفي 2015/11/14 أصدرت محكمة النقض حكماً بنقض الحكم (ألفاضي بعدم القبول)، وورد بعماد حكمها الناقض، إنه ولئن كانت الإتفاقية الموحدة -بالتحديد ملحقها- قد حظرت الطعن في أحكام المحكّمين الخاضعة لها بطرق الطعن العادية وغير العادية إلا أنّها لم تمنع صراحة إقامة دعوى بطلان أصيلة في شأنها، فدعوى البطلان المقررة لأحكام التحكيم لا تعدّ طريقاً من طرق الطعن بدرجاته المتعارف عليها في قانون المرافعات القضائية، بل هي دعوى أصيلة مبتدأة تعدّ أداة قضائية (إستثنائية وخاصة ومتميزة) لردّ حكم التحكيم الذي أصابه عوّار في مقوماته الأساسية ممّا يستوجب زواله ومنعه من إنفاذ آثاره.

● بمعنى أن كلّ حكم تحكيم جرى في مصر يخضع دائماً، ولو كان دولياً، لنظام دعاوى البطلان وحالاتها وأسبابها ذات الطبيعة الإجرائية الواردة في قانون التحكيم المصري، والتي تهدف - في الأساس وبخلاف الطعون القضائية العادية - إلى معاقبة أو ملاحقة المخالفات الخطيرة الظاهرة في حكم التحكيم المتمسك ببطلانه، وبالتالي وبحسب حكم

النقض تكون دعوى البطلان القائمة مقبولة شكلاً، ويتعين على محكمة البطلان لذلك أن تتحقق وتثبت في المخالفات المثارة أو المنسوبة لحكم التحكيم وأن تأتي بجواب صريح فيها. وعليه أحال الحكم الناقض القضية إلى هذه المحكمة (كمحكمة بطلان) للفصل في موضوعها - بدائرة أخرى- وفقاً لقانون التحكيم المصري بإعتبره الشريعة التحكيمية العامة لكل تحكيم يجري في مصر.

● وبجلسة 2018/8/6 أصدرت الدائرة الأخرى (الدائرة 62 بتشكيل مغاير) حكمها القاضي بعدم إختصاصها دولياً بنظر دعوى البطلان المطروحة، وفيه صرحت إنها بنت حكمها (الجديد) على فهم جديد لواقع الدعوى وأساس قانوني مغاير لفهم وأساس الحكم الأول (حكم 2014/2/5 المنقوض). وأقام الحكم قضاءه على أساس أنه طالما أن الدعوى التحكيمية جرت في ظل أحكام الإتفاقية الموحدة، فحكمها يكون مُحصناً أمام القضاء المحلي لكل دولة من دول الإتفاقية ولو بدعوى إبطال مبتدأة. مستطرداً، أضاف الحكم أن الدعوى الأصلية ببطلان أحكام التحكيم تُعدّ -بشكل أو آخر- منازعة ناشئة عن تطبيق الإتفاقية التي تُحدّد بشكل حصري محكمة الإستثمار العربية كجهة قضائية خاصة بالمنازعات الناشئة مباشرة عن الإتفاقية نفسها، وأن تلك المحكمة الإستثمارية التابعة لجامعة الدول العربية هي محكمة إقليمية دولية مستقلة، منقطعة الصلة بالأنظمة الإجرائية الوطنية بما في ذلك كل نظام تحكيمي وطني، وبهذه المثابة فإن دعوى البطلان تخرج عن ولاية القضاء المصري ونطاق إختصاصه الدولي.

● للمرة الثانية سلكت ليبيا طريق النقض، فطعن على الحكم السابق (حكم 2018/8/6) بالطعن رقم 18615 لسنة 88 ق، وبتاريخ 2019/12/10 قضت محكمة النقض بنقضه كلياً، وفي حكمها أظهرت القاعدة التي تقضي بأن موضوع الإختصاص - بصوره المختلفة - يعدّ أمراً مطروحاً دائماً على محكمة النقض ولو لم يرد بشأنه نعي خاص به، وحكم النقض السابق (حكم 2015/11/14) يتضمّن بالضرورة، وكمسألة قانونية محسومة بقضاء فاصل وقاطع، إختصاص محكمة إستئناف القاهرة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم المطروحة. لذلك قرّن حكم النقض (الثاني) قضاءه الناقض بالإحالة مرة ثانية إلى هذه المحكمة للفصل في موضوعها بحكم جديد، أي بالتصدي للأسباب التي أقيمت عليها دعوى الإبطال. بصدد هذه الإحالة (الثانية) أشار الحكم إلى أنه ولئن كان

القانون يُلزم محكمة النَّقض إذا كان الطَّعن أمامها للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع إلا أن إلتزامها بذلك لا يقوم أصلاً في حالة نظر الموضوع على درجة واحدة، فمحكمة إستئناف القاهرة -التي تُطرح أمامها بحسب الأصل دعاوى بطلان أحكام التَّحكيم ابتداءً ومباشرة- لم تستنفد ولايتها في الفصل في موضوع الدَّعوى بالبطلان، فقد إقتصرت في حكمها عند حدِّ الوقوف على المظهر الشكلي، عدم قبول الدَّعوى ثم عدم الإختصاص بها، ولم تتجاوز النَّظر فيما عدا ذلك.

- وقام الطَّرف اللَّيبي بتعجيل دعوى البطلان -للمرة الثانية- حيث أُعيدت إلى الحياة وإستأنفت سيرها من جديد، ونظرت أمام هذه الدَّائرة (التَّجارية الأولى) بجلسة 2020/3/2 وفيها حضر الخصوم وقدموا مستندات ومذكرات عدَّة تمسكوا فيها بأوجه دفاع لا تخرج في جوهرها وفحواها عن ما سبق أن قدَّموه أو إستندوا إليه من أدلة واقعية وحجج قانونية طوال مراحل التَّقاضي (صفحات بعد صفحات وأوراقاً بعد أوراق)، لذلك قرَّرت المحكمة النَّطق بالحكم في الدَّعوى بجلسة اليوم، وبعد المداولة أصدرت حكمها هذا.

(3) المحكمة

1. وحيث إنَّه في القانون المصري، فوفقاً لأحكام دعوى بطلان أحكام التَّحكيم التي هي الضَّمانة الكبرى المرتبطة بمصالح أطرافه، وبحسب طبيعتها، فلا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التَّحكيم، كما إنَّ أخطاء الحكم المتعلقة بعيوب في التَّقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرَّورة موصوماً بالبطلان، وبطبيعة الحال لا يجوز للخصوم إعادة الجدل في عناصر النزاع الموضوعي أو إعادة طرحها من جديد على محكمة البطلان لمراجعتها. ولا يملك القضاء تصحيح أو إتمام النَّتائج التي أثبتتها المُحكَّم أو ردِّ الأمور إلى نصابها أو أن يُقوِّم أو يُصحِّح ما يكون في حكم التَّحكيم من عوج. ومع ذلك كلَّه، وعلى الرَّغم من قوامه وكيانه الإِتفاقي الذَّاتي والمتميز، فإنَّ لنظام أو طريق التَّحكيم من الأطر التَّحكيمية الكلية والقواعد المبدئية "العدلية" التي توجبها الفطرة وتفرضها حقائق الأشياء ما يحول دون إساءة إستخدامه بما يُخرجه عن وظيفته وحدوده المنطقية المشروعة، فالتَّحكيم نظام قانوني لا نظام مطلق، لذلك فإنَّ جاوز حكم التَّحكيم ضوابط التَّحكيم وأطره

الجوهريّة أو عطّلها، فلا يكون الحكم مستحقاً للحماية المقرّرة له، وبالتالي فلا يكون مُحصّناً. فغير مسموح للمُحكّم أن يتحرّر من أي ضوابط قانونيّة أساسيّة أو أن يهدر مبادئ عدليّة جوهريّة أو أن يتحلّل من الضّمّانات والواجبات السلوكية واجبة الصّيانة، أو أن يخترع شيئاً من لا شيء.

2. لذا، فلا يُحرم قاضي البطلان - عند مُخاصمة حكم التّحكيم- من أن يمرّ على أسباب الحكم فاحصاً إيّاها، بعناية وفهم ويقظة ودراية، سبيلاً إلى إستظهار وإستنباط مفترضات المطاعن المثارة في شأنه والتي قد تؤدّي - حسب ظهورها الواضح الصّريح وتأثيرها الجسيم - إلى إبطاله. ومن زاوية النّظام العام، فيحقّ للقضاء دائماً التّدقيق والإستيثاق بما إذا كانت معايير المحاكمة التّحكيمية (النّزاهة الإجرائيّة) قد تمّ الإلتزام بها أو أنّها أُهدرت بشكلٍ جوهري، خطير وواضح. وكذلك يملك القضاء تقدير ما إذا كان الحكم قد تضمّن - في أسبابه المؤثّرة في محصلته أو في منطوقه- عدواناً، حقيقيّاً وواضحاً، على قواعد النّظام العام، تلك ذات الأصول اليقينيّة الثّابتة، من عدمه. وتندرج تحت هذه القواعد بطبيعة الحال القواعد الأوّليّة الضرورية التي تلازم ضوابط ومعايير العقل وتفرضها حقائق الأشياء، فهذه لا يجوز للمُحكّم أن يتجاوزها أو يهدرها أو يتجاهلها على نحو مفرط. هكذا، وفي حدود قانونيّة محدودة وضيقة، يقول قضاء البطلان كلمته في شأن حكم التّحكيم، إبطاله أو رفض دعوى إبطاله. وفي كلّ الأحوال، ورغم مرونة الضوابط القانونيّة والشكليّة للشأن التّحكيمي، قياساً على الضوابط الصّلبة أو الخشنة المتصلة بالشأن القضائي، فإنّه لا يمكن للمُحكّم أن يتمتّع بسلطة كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو إنحرافها. في نطاق تبعات ودلالات قواعد النّظام العام، أو امره ونواهيته، وموازينه العصريّة التي إستقرّت حقيقتها، لا يتبوأ كلّ حكم ولو كان تحكيمياً صدارة ما، فليس له -كغيره- مصدر قدسي. فالتّحكيم ليس مقصوداً لذاته، ولا هو مزيّة يتحرّر فيه المُحكّم من كلّ قيد.

3. في مجال المسؤوليّة المدنيّة، فالحكم بالتّعويض يعدّ أمراً مرهوناً لزوماً بوقوع الضّرر، وبحيث يتمّ تحديد مقدار التّعويض بقدر يتناسب مع الضّرر، أي متكافئاً عقلاً مع الضّرر ومناسباً لجبره، ويُقاس الضّرر بمعايير أو أسس موضوعيّة تأخذ في الإعتبار الطّروف الواقعيّة المُلابسة. يمثل مبدأ التّكافؤ أو التّناسب في تقدير التّعويض قاعدة ثابتة من قواعد النّظام العام المشتركة التي لا يجوز التّفريط فيها لإرتباطها الوثيق بمصالح وحقوق الأفراد

وإحترام توقعاتهم المشروعة، فيحقّ للقضاء أن يستنظر - دون بحث موضوعي أو تعمق - مدى إحترام حكم التحكيم لمبدأ التناسب هذا، بحيث يمكن إبطال الحكم، أو رفض تنفيذه، إذا كان متضمناً - بوضوح وبشكل ملموس بارز - تعويضاً مجحفاً، ظالماً ظلماً شديداً، يتجاوز الضرر بشكل فادح، غير ملائم وغير قابل للتعليل بالمرّة. وعموماً، فالتعويض - أيّاً كان وفي إطار توازن المصالح على إختلافها - يجب أن لا يتعارض في مداه مع مقتضيات العدالة وروح الإنصاف، وإلاّ تمخّص إلى فوضى وعدوان، وبالتالي فإنّه لا يوجد تعويض بلا قيد أو سقف أو حاجز، وإلاّ صار لغواً عتياً، فعلاً تحكيمياً تسلطياً، منهى عنه في كلّ قانون.

4. ولأنّه من غير المتصور أن يصبح العلاج أسوأ من المرض، كما أنّ الضرر لا يُدفع بضرر مثله. لذلك يعمل كلّ قانون على إرساء قاعدة عدالة التعويض. المادّة التاسعة من الإتفاقية "الموحّدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربيّة ذاتها حرصت على صون وتوكيد هذه القاعدة، فقضت في صلبها على وجوب أن يكون التعويض المستحقّ للمستثمر العربي تعويضاً عادلاً يتناسب مع الضرر "... نتيجة قيام الدولة المضيفة أو إحدى سلطاتها العامّة أو المحليّة،". هذا ولئن كان جبر الضرر هو مضمون الحقّ في التعويض والغاية المستهدفة منه، فإنّ الخروج عن الحدود الموضوعيّة المنطقيّة العاقلة لهذا الحقّ قد يُوصف بكونه سلوكاً شاذاً أو عملاً خارجاً أو فعلاً كيدياً أو حكماً منحرفاً، غير مشروع.

5. وإعمالاً لقاعدة قانونيّة أساسيّة ومشاركة، فمن غير الجائز ممارسة الحقوق لأهداف خارجة عن تلك التي أعطيت لحمايتها، أي أنّه ليس من المقبول ممارسة الحقّ أو إستخدامه على نحو ينافي مقاصده، بحيث يصبح - في ظلّ الظروف والحقائق المحيطة - مخالفاً لأغراضه المنطقيّة، أو متجاوزاً لعناصره ومتطلّباته. هنا يصبح القانون ذاته (إستعمال الحق) خارجاً على القانون. بعبارة أخرى، فمن الأصول التي تقوم عليها فكرة القانون يوجد مبدأ يحظر التعسف في إستعمال الحقوق، بحيث لا يجوز ممارسة حق ما لأغراض غير تلك التي أنشئ من أجلها، فعندما يُستعمل الحقّ القانوني أو يُطبّق بشكل مختلّ، متجاوز الحدود الموضوعيّة المعقولة، أي على وجه غير مناسب بالمرّة "متهور"، فإنّ هذا الإستعمال غير الجاد للحقّ (بالنظر إلى غايته المقصودة في ضوء الحالة الفرديّة المثارة) يكون فعلاً محرّماً فاقداً للمشروعيّة، لا يحميّه القانون، فقبل كلّ شيء، لا يمكن للحقّ أن يناقض نفسه أو روحه وفحواه.

6. عند الكلام في القانون في مجمله، فهناك مبادئ عليا حاكمة، لا يمكن التلاعب في جوهرها أو معناها لأنها تسمو في مرتبتها على كل قانون ولو كان مكتوباً. تأكيداً وتوطيداً لحقوق الإنسان ولقيمة العدل - الذي تزهو به الأمم - وأطره ومفاهيمه، فإنّ المبدأ الهادف إلى درء الظلم الجسيم والفاضح الذي يرفضه العقل القويم - دفع المضار - يعتبر أصلاً ثابتاً سارياً في كل زمن وعبر كافة الدول، فمثل هذا الظلم الشديد يجب أن يذهب، ودرءه ليس مجرد تكليف ديني أو أخلاقي سلوكي وإنما يعدّ، فوق ذلك، إلزاماً قانونياً من المتعينين مراعاة توجيهاته وتوكيد معناه.
7. بقوة شواهد الواقع والمقاييس العقلية، فهناك دائماً، عند الفصل في كل نزاع، حدوداً حيوية توجبها الفطرة وتفرضها حقائق الأشياء، غير مسموح بتخطيها أو الإطاحة بها، ولا يجوز إغفال تجاوزها الفاضح، وإلا تصادم ذلك مع مفهوم الحق في محاكمة عادلة منصفة، تلك التي تكفلها وتحميها، نظراً لأهمية المصالح المرتبطة بها، ألماتيق والدساتير. محاكمة محايدة، نزيهة، متكافئة، وفقاً لوسائل وضمانات قانونية وضوابط منطقية مبدئية توفّر في نهاية مطافها حلاً منصفاً أو ملائماً أو متوازناً لحقوق الأفراد المتنازع فيها.
8. ووفقاً للمفاهيم المعاصرة وعلى نحو قاطع، فإنّ فهم وتفسير وتطبيق القانون يخضع لضوابط عدالة واجبة، معايير دنيا للإنصاف، يتعين بالضرورة أخذها في الحسبان وتفعيلها دون أي إنطباعات أو تحيزات مسبقة. فالقانون ليس بعيداً عن العدالة ولا العدالة منقطعة عن القانون، بل إنّ الرابطة بينهما صلوات وأرحام. فتوجد دائماً توجهات عدالة لازمة وضرورية متصلة بالواقع تدرج تحت حدود وأقيسة عقلية منطقية - شأنها في ذلك شأن القواعد القانونية جميعها - تتبّه وتوجّه في زمن محدّد وبيئة واقعية معاشة. وقد ذهب الفلاسفة القدماء إلى أنّ البحث عن الحقيقة في القانون يعني البحث عن العدل لأنّ العدل هو الذي يمثّل حقيقة القانون وجوهره، وعليه فإنّ تطبيق القاعدة القانونية أو فهمها وتفسيرها، على الواقع العملي، يلزم أن يكون ممزوجاً بموجبات عدالة محلّ إعتبار دائم.
9. حقيقة الأمر إنّهُ إذا لحق بقاعدة الدين أو قاعدة الأخلاق جزاءً وضعياً يُوقعه القضاء، فإنّ هذا يعني أنّها صارت قاعدة مزدوجة الصفة، وجزاؤها الوضعي إنّما يترتب بإعتبارها قاعدة قانونية صرفة أو واجب قانوني ملزم لا بإعتبارها قاعدة دينية أو قيمة خلقية نبيلة ومطلوبة. وعلى أية حال فإنّ مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة المتطورة والمرنة -

التي تدخل في مكوّنات كل قانون - هي المصدر الأساسي أو المعيار الذي يتمّ الإلتجاء أو الإشارة إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام الدولي، ذلك الذي يتجاوز الحدود القانونية والثقافية الإقليمية. وبحيث يعدّ المساس الفاضح لمفهوم العدالة - في حالات بدواتها - ظلماً جسيماً غير مغتفر، ومن ثمّ ينبغي إستبعاد العمل أو الفعل أو التصرف القانوني أو الحكم المنطوي عليه وإهداره، فالعدل يحظى بأسبقيّة وسمو على غيره، فله دائماً مركز الصدارة. قيل، في زمن فات، إنّ العدل ذاته هو المحرك "الثابت" للتشريعات الوضعيّة المتغيّرة. وقيل أيضاً، إنّ غريزة الإحساس بالعدل -مفتاح إرتقاء الدّول- تجعل الجمهور حريصاً على فكرة أو مظهر العدالة والجهر بها حتى في مهازل المسرح.

10. بالعودة إلى حكم التّحكيم، فالأمر البارز فيه - يقفز إلى العين - يتمثّل في ضخامة مبالغ التعويض المحكوم بها، نحو مليار دولار أمريكي. بالنظر إلى الصّورة الكلّيّة أو الإطار العام للنزاع التّحكيمي ومظاهره وعناصره الواقعيّة، فإنّه يمكن وصف هذا التعويض بكونه تعويضاً عاصفاً غير مبرّر بالمرّة، مخالف لطبيعة الأشياء، ما كان في الوسع توقعه عقلاً وقانوناً، فقد إبنى التعويض على معطيات نظريّة وتصوّرات مجردة، بلا واقع يسنده. بدايةً تكفي المحكمة في هذه الفقرة بأن تشير إلى ما سجّله حكم التّحكيم نفسه، فالكتاب المؤرّخ 2012/8/23 المعتبر كصحيفة دعوى التّحكيم أو مفتاحها والصادر عن المحامي الوكيل عن شركة الخرافي المحكّمة (الأستاذ...)، فقد ذكر فيه أنّه سبق لشركته أن عرضت على هيئة التملك والإستثمار الليبية عدّة خيارات، من بينها: " .. أن تدفع - تلك الهيئة- للشركة خمسة ملايين دولار أمريكي وهو ما يتمثّل فقط جزء من خسائرها وتنتهي العلاقة بين الطرفين"، هذا هو مقدار التعويض الذي إرتضت به المحكّمة بدايةً، مبلغ خمسة ملايين دولار، أو ما يزيد عنه قليلاً. ثمّ أخذ التعويض يمتدّ ويتصاعد في تلاحق دراماتيكي، فخلال دعوى التّحكيم عادت الشركة ورفعت مقداره أكثر من مرّة، بدايةً من 55 مليون دولار لتصل إلى حوالي مليار و144 مليون دولار ولتستقر في طلباتها الختامية إلى طلب ما يزيد على مليارين و55 مليون دولار تعويضاً لها عن إنهاء المشروع المعطوب. هذا السلوك الصادر عن المحكّمة - بإشاراته الموحية التي تستدعي الإلتباه بشدّة - يعدّ فعلاً يشبه السّخف بل هو السّخف ذاته. ومع ذلك، فقد سائر حكم التّحكيم سخف المحكّمة وإنقاد إليه وتعامل معه بجديّة - وبمنطق عاجز وحجج واهية سقيمة - فصار لذلك حكماً سخيفاً عبثياً، يتّسم بالقسوة المفرطة، يؤدي العقل والقانون ومدلول العدالة والإنصاف، جميعاً.

11. والأمر الذي يستوقف النظر بشكل لافت، أن هيئة التحكيم ذكرت في سياق حكمها - بحماس وبغير تردد ولا حرج - أن قناعتها الشخصية وسلطتها التقديرية تذهب بها (رأي الأغلبية) إلى أن قيمة مُعدّل الخسارة التي لحقت بالشركة المحتكمة من جراء " .. أفرص الضائعة والأكيدة والمُحققة" - بسبب الإطاحة بالمشروع الموعود- هو مبلغ يجاوز المليارين من الدولارات، وهو أكثر مما طالبت به المحتكمة. هذا هو جماع عقيدتها، ولكنها (الأغلبية) لم تتردد في إستعمال الرأفة، وذلك بعد إستماعها إلى مرافعة المحامي القدير (الأستاذ الدكتور...) الحاضر عن الطرف الليبي "... أدولة الفتية التي عادت بقوة بعد الثورة"، هكذا تحدّث الحكم. مع الرّحمة التي هي فوق العدل، إستعملت هيئة التحكيم سلطتها التقديرية فنزلت بالتعويض عن عنصر الكسب الفائت وحده ليصير فقط تسعمائة مليون دولار (وفوائده). هذا هو إذن لبّ وصميم الحكم المطعون فيه.

12. بحسب ما ساقه حكم التحكيم من مُقدّمات وتعليقات، سوف يأتي ذكرها لاحقاً، يظهر - بإحساس قانوني يصعب تجاهله- أن تقدير الحكم للتعويض السالف الذكر يتسم بالتعسف والغلظة والإسراف الشديد في مده، يخرج عن حدود كل معقول، ويشكل إنتهاكاً ظاهراً وخطيراً لجوهر مبدأ التكافؤ أو التناسب بين مقدار التعويض وبين الضرر، مهدراً بذلك وبصورة تحكّمية، الحقوق والمراكز القانونية المتصلة بالدعوى التحكيمية بما يمثّل إخلالاً بالضمانات المشروعة -حقاً وعقلاً- للمحاكمة المنصفة العادلة. فقد أفرغ الحكم قاعدة التناسب هذه وجردّها من مضمونها الهادف إلى تحقيق العدالة - ولو في حدودها الدنيا- لا إلى الحرمان منها. بوضوح، وبشكل تعسفي أيضاً، فقد مسخ الحكم مضمون الحق في التعويض في أصله ومحتواه وحقيقة مرماه، فتجاوز نطاقه ومتطلباته ومقاصده وخواصه المنصفة المُلائمة، ففقد التعويض مقوماته ومغزاه، وبالتالي يصير من الظلم إحترام الحكم الذي قرّر تعويض مُعيّب هكذا شأنه، أو حماية آثاره.

13. من القواعد التي تقوم عليها القوانين، إنه من المتعين أن يكون التعويض جابراً - بقدر الإمكان أو المستطاع - لكل ضرر أصاب المضرور (الدائن بالإلتزام) بحيث يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام (أو فعل الخطأ). هذا ولئن كان يجوز للمضرور المطالبة بالتعويض عن ضرر مادّي مستقبل محقق الوقوع، فإنه يوجد كذلك ما يُعرف بالتعويض عن تفويت الفرصة في الكسب أو

المنفعة أو الربح، الذي هو في حقيقة أمره تعويض عن ضرر مادّي مستقبلي لا يوجد ما يمنع من النظر فيه وحسابه كعنصر من عناصر التعويض المحكوم به. ويُقال في ذلك إنَّ الحرمان من الفرصة حتى فواتها هو ضرر مُحَقَّق ولو كانت الإفادة منها أمراً محتملاً. بعبارة أخرى، فإذا كانت فرصة الكسب أو الفوز أمراً محتملاً، فإنَّ "تفويتها" على المضرور هو أمر (أو ضرر) مُحَقَّق قد يقتضي الحكم له بالتعويض. هنا ينصب التعويض عن "تفويت" فرصة الكسب وليس عن الكسب أو الضّرر المستقبلي المؤكّد تحقّقه. فهذه "الفرصة" هي فقط القدر المؤكّد من الضّرر الناتج عن فوات الفرصة، بحيث يراعى في تقديره -كأحد أوجه الخسارة- مُجمل الأوضاع التي تُرَجَّح إلى أيّ حدّ كان الإحتمال في الكسب أو فرصة النّجاح والربح المحتمل (غير المؤكّد) كبيراً أو صغيراً أو تافهاً هزلياً أو غير موجود بالمرّة.

14. إتّصلاً بذلك، فمن الأهميّة بمكان، عدم الخلط بين التعويض عن الضّرر المباشر المُحَقَّق الوجود في المستقبل وبين التعويض المالي عن ما يُسمّى بالكسب الفائت المُحتمل، فهذا الأخير لا يكون عن ضرر سيقع حتماً في المستقبل، بل إنّه ينبني عن فوات فرصة وقوعه، فهناك فرق جوهري بين التعويضين، فهما أمران مختلفان، ولكلّ منهما نطاقه وضوابطه الحاكمة. فالكسب الفائت الناتج عن فوات الفرصة، ليس ضرراً مؤكّداً أو أمراً محتوماً، بل إنّه مقرّر فقط، عن تفويت "الأمل" في الربح، وباعتباره عوضاً عن ضياع الأمل في الكسب لذلك يتعيّن دائماً الأخذ في تقدير التعويض عنه جانب الحيطة. فالأمل في إحتمال النّجاح هو وحده القدر المُحَقَّق من الضّرر عن الربح الفائت، لا أكثر ولا أقل. ومن المنطقي والحال هذه، فإنّه يجب للحكم بالتعويض عن فوات الفرصة وجود مبررات واقعيّة ودلائل كافية تُبرزه وتُرجّح إحتماله، أي أن يكون التعويض عنه قائماً على أسباب ودعامات معقولة، كاشفة وظاهرة لا يمكن إنكارها. فهذا النوع من التعويض لا يقوم - وبالتالي لا يُحكم به- على مجرد أحلام خضراء ورؤى وتطلّعات مُرسلة، أو أوهام مُتخيّلة، فهذه لا يُعوّض عنها.

15. في ظهور فاضح، خالف حكم التّحكيم النّظر القانوني المتقدّم، فقام بتقدير التعويض عن الكسب الفائت - الذي يمثّل العمود الفقري من جسم الحكم وعصبه - لا بحسابه تعويضاً إحتمالياً عن ضياع الأمل في فرصة الكسب وإنما باعتباره تعويضاً أكيداً عن ضرر فعلي كان سيقع حتماً في المستقبل. هذه المخالفة الخطيرة للقانون، فهمه وتأويله وتطبيقه، قادت

الحكم وجرّته إلى مزالق لا قاع لها، إذ أدّت به إلى الوقوع في شطط -يشبه الفوضى- لا يمكن قبوله، بحيث تمتدّ إليه بالضرورة -كملاذ أخير- الرقابة القضائية، رقابة البطلان. فالمبلغ المحكوم به للمحتكمة عن الكسب الفائت، على ضوء ما أحاط النزاع من ظروف مُلابسة، يعدّ بكل مقياس قانوني عدلي تعويضاً ظالماً ظلماً صارخاً مبالغ فيه على نحو مفرط، إصطناعي، غير منضبط أو متوازن بالمرّة. فعلاقة العلة بالمعلول التي هي دعامة كلّ تعويض، كانت منتفية، فالضّرر المحكوم بالتعويض من أجله كان متوهماً، منتحلاً، مجرداً بغير واقع، فانحلّ عدواناً على الحقوق المتنازع بخصوصها حول المشروع المعطوب. بحسب الأصول القانونية المحسومة في النطاق الدولي وبشكل عام، فإنّه يجوز إبطال حكم التّحكيم، أو عدم تنفيذه عند الاقتضاء، وذلك إذا كان معيباً بعيب الغش والإحتيال أو في الحالات التي تثبت فيها مخالفة هيئة التّحكيم لأبسط مفهوم من مفاهيم العدالة المستقرّة، المعايير الدّنيا للإنصاف، موضوعيّة كانت أم إجرائيّة.

16. من أجل صون الحقوق وحمايتها، وبحسب حقائق الطّبيعة، فهناك دوماً لوازم منطقيّة وضابطة، متّصلة ومرهونة بيقظة العقل الإنساني، قواعد عقليّة عدليّة، موجّهات عليا (معايير إنسانية إيجابية ومشرّكة) لا يجوز تغييبها أو إستبعادها أو مراوغتها، فهي لا تهيم أو تعمل في فراغ كقوالب صمّاء، بل إنّها في حقيقة الأمر جوهر حكم القانون، تملك طابعها الواقعي الحيويّ لأنّها تتصلّ إتصلاً وثيقاً ومستمرّاً بسياق الواقع القانوني الذي لا خفاء فيه، متداخلة فيه ومتفاعلة معه. بحسب منطق الواقع المطروح وقوّة الظّروف المحيطة والكاشفة، وموجبات الإنصاف، فإنّ الكثير من هذه اللّوازم العقليّة كانت غائبة عن الحكم المطعون فيه. إنطوى حكم التعويض على غلو وإفراط شديدين، غلوّ ياباه العقل وإفراط لا يقرّه قانون، بما هدد كيانه، فالعدل فيه كان مفقوداً على نحو صارخ، فصار لذلك مسكوناً بالبطلان.

17. ومن القواعد الرّاسخة، إنّّه لا يسمح لأيّ شاهد أو خبير أن يعطي رأيه في إستنتاجات قانونيّة أو أن يحدّد قانون الدّعوى، فإنّه ليس من العسير على المحكمة إدراك أنّ تحديد قيمة التعويض عن الكسب الفائت قد أُقيم وترتّب على أساس فاسد، إستمدّته هيئة التّحكيم (الأغليبيّة) من تقارير خبرة حسابيّة صادرة عن عدّة مكاتب ماليّة ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية معدّة ومجهّزة سلفاً مقدّمة إليها من جانب المحتكمة وحدها، مصحوبة بأمانتي طموحة طبيّة. تقارير بغير جذور، منفصلة عن الواقع والقانون، مرسومة بأقلام في لوحة

فارغة. مجرد حسابات معيارية ورسوم بيانية ونوع نقدي متدفق وأرباح تتوالد وتتعاظم طوال مدة الإمتياز الإستثماري (عقوداً بعد عقود من السنين، وملايين وراءها ملايين من الدولارات) وذلك باعتبار أنّ هذه الأرباح أضراراً مباشرة (صافي أرباح مستقبلية محققة الوقوع "ككسب الفائت"). أرقام خبرة مبنية على فرض جدلي "متوهم" بوجود المشروع السياحي المتفق عليه، قائماً ومتكاملاً وجاذباً بالفعل للزبائن، كأننا مزدهراً نابضاً بالحياة أو أنه ثمرة خصبة مكتملة النمو تستغل ومولدة لأرباح متتالية، وباعتقاد أنّ هذه الأرباح "المتوهمّة أو الزائفة" تمثل تعويضاً مستحقاً عن ضرر مستقبلي محقق الوقوع، كان سيقع حتماً.

18. الأمر الذي يمكن إدراكه ببسر، أنّ هيئة التحكيم إنكأت على عالم من الأرقام والنتائج التجريدية -مستنبطة من أوراق صماء- دون نظر في تحصيل الواقع المادي المؤدي إليها والتثبت قانوناً من صحته، فقد اعتمد الحكم على نتائج خبرة تناقض المنطق العادي للشخص العاقل العادي، فهناك فرقا بين المجرّد الأصم وبين الواقع الحيّ الملموس والفعال الذي لا يمكن تجاهله. والمُحكّم، مثله هنا مثل القاضي، مُلزم بفهم الواقع المادي للدعوى التحكيمية فهماً قانونياً، وذلك بحسبان أنّ الواقع لا يتصور إلاً مختلطاً بالقانون، غير منفك عنه. إنساق حكم التحكيم وإستند، دون بصيرة وفي خرق جسيم للقانون وتشويه واضح للواقع، إلى قوالب نظرية معيارية وأرقام ربحية تولدت عن إفتراضات ومقدمات غير صحيحة، خاطئة غير صادقة، مؤسّسة على ظنّ أو إفتراض مُصطنع قوامه أنّ مشروع النزاع حيّ يتنفس ويلقي رواجاً، ويدرّ ربحاً متدفقاً يتعيّن حمايته وتأمينه وتوكيده، ومن ثمّ الحكم به.

19. وذلك في حين يؤكّد الحكم نفسه، في أسبابه وتحليلاته، أنّ المشروع المأزوم لم يبدأ تنفيذ أيّ من خطواته الرئيسية، بل إقتصرت فقط على مجرد تحضيرات وتصوّرات بلا دفع أو حركة، فظلّ عقد الإستثمار سلبياً محضاً، بلا جسد مادي، ولا روح. بملايسات سياق الواقع الظاهر، فمشروع النزاع ظلّ مجرد أرض قلقة مضطربة (قانونياً وواقعياً) بلا تسليم هادئ أو تراخيص أو تمويل مالي يُذكر، وحالة أشبه بالسكون لا أكثر. يكاد يكون مشروعاً ورقياً إلاً قليلاً، مُعاقاً خامداً بلا إشعاع أو بريق أو صيت. قطعة أرض مقفرة لا تدرّ زرعاً أو عائداً أو ربحاً، ومنتازع حولها، مع سلسلة متصلة من العقبات والعوائق والشكاوى والإعتراضات والإجتماعات والمسااعي المتبادلة، ومحاولات ودية عليلة ومُعادة ومُملّة، هكذا جرت الأمور، بحيث يمكن إعتبار أنّ المشروع ومنذ بدايته كان مخنوقاً، عقيماً، خائباً، غير مرحّب به

أصلاً. فللرّيح معطيات، وأدوات ماديّة، ومرتكزات علميّة، ومحيط مناخ إستثماري ثابت وصحّي ومعتدل، لا سبيل لفصلها عنه (الرّيح).

20. ومن الإشارات المتوفّرة للكافّة والمعلومة بالضرّورة والتي تكشف عن نفسها بغير حاجة إلى جهد عقلي مميّز، فالإستثمار موضوع التّحكيم إنصبّ على نشاط سياحي طويل الأمد في بلد إنفرط عقده، معزول ومشتبك ومُرْهق، غير جاذب للسياحة في الأصل، مقطوع الأوصال لا يُعرف ما سيكون عليه مصيره وما ستؤول إليه أوضاعه المُعقّدة. هذه المخاطر المصاحبة للواقع والقانون تؤدّي عقلاً ووفقاً لطبيعة الأشياء إلى إختناق كلّ إستثمار سياحي وجعله عديم الجدوى، بغير عافية أو أمل في جني أيّ ربح. هذه الحقائق الواضحة - بالغة الأهميّة - لا يمكن إغفالها ولا سبيل إلى توقيها في المستقبل المنظور، سواء بالنسبة لطبيعتها أو مداها. وعلى الرّغم من سعة مدوّاته وتفصيلاته المنكرّرة بإفراط، فقد أهمل حكم التّحكيم هذه الشّواهد الظّاهرة - مع تزامنها وصدوره - إهمالاً تامّاً رغم إرتباطها إرتباطاً منطقيّاً ومُباشراً بالحلّ الذي إعتمده الحكم، فلا يتصوّر قيام هذا الحلّ إلّا بها، أي بوجود مراعاتها، هذا ما تملّيه بالضرّورة قواعد القانون ومقتضيات العقل. وبجملة واحدة: بحسب الطّروف الظّاهرة، فليس غريباً القول بأنّ الشركة المحتكمة نجت بالفعل من شرّ "ضرر" مُحيق، وأفلتت -دون قصد منها- من شباكه. فالحقائق تصنع واقع الحياة، ولو كانت سياحيّة إستثماريّة.

21. ومما هو واضح أيضاً، فعلى الرّغم من المحاولات الذّائبة التي سعت إليها المحتكمة من أجل البدء في تنفيذ المشروع الموعد، فقد إنكفأ المشروع دون إنماء وتاه بلا أمل، بسبب إصطدامه بواقع ليبي معاكس، بيروقراطيّة ثقيلة أو قلة تبصر أو عناد أو فساد أو شلل إداري، أيّ كان من الأمر فقد ضاع المشروع وتعرّ وأحبط في مهده. ومعنى هذا ببساطة أنّ القواعد والمعايير ونتائج الكراسات الحسابيّة الصّرفة التي تضمّنتها تقارير الخبرة، تلك المتّصلة بالضرر الإقتصادي الناتج عن الكسب الفائت، لا يمكن أن تعني شيئاً في الواقع القانوني المطروح. ومع ذلك وبغير يقظة - وبفهم سطحي إلى حدّ معيب - عوّلت هيئة التّحكيم على هذه الأرقام -موطناً وسنداً لحكمها- رغم إنّها مبنيّة على تكهّيات فرضيّة، تجريدات تخمينيّة خادعة تناقض الطّروف التي رافقت المشروع ولاسته، مجردّ طبل أجوف لا معنى له. أذعن الحكم إلى نتائج عشوائيّة غير مُعلّلة قانوناً وعقلاً، تخرج بالتأكيد عن المفهوم الصّحيح لمعنى الضرر أو الرّبح النّاشئ عن فوات الفرصة، هدم الحكم بغير تحفّظ

أو إحتياط معنى فكرة التّعوّض، مقصده وغايته، فتمخض عقاباً قاسياً، مخالفاً لطبيعة الأشياء. في هذه الحال يمكن وصف الحكم بالتّعوّض عن الكسب الفائت بحسابه مظهرًا مادياً لا غير، سخفاً لا معنى له، ليس له من الدّب غير جلده، إن صحّ القول.

22. هذه الأمور الواقعيّة السّابق ذكرها، ألوحيّة بصورة لافتة قويّة، تعدّها المحكمة نقطة حيويّة، حاكمة وفاصلة، بالغة الأهميّة بصدّد إعتبار التّعوّض المحكوم به كتعوّض عن الكسب الفائت قد جاوز حدود المعقول والأغراض المقصودة منه، ليصير تعويضاً جائراً ظالماً، سيئاً وعاصفاً ومزعجاً، مجرد من كلّ مقومات وجوده، مهذراً في ذاته المقاصد القانونيّة لأطراف التّحكيم، وما يتّصل بها، بسبب إخلاله بضمانات الأمان القانوني الذي هو غاية يستهدفها ويكفلها كلّ مشرّع. هذا التّجاوز الجائر، كان مؤثراً في بنين حكم التّحكيم بأكمله ومتّصلاً بمنطوقه إتصلاً حتمياً، يمكن إدراكه بسهولة بمجرد قراءة مدوّتاته بعناية، بغير حاجة إلى تدقيق أو بحث واقعي متعمّق، ودون عسر أو تمحيص. وإذ إستبان للمحكمة أنّ التّعوّض المحكوم به كان بيتاً فاحشاً لا يجوز التّسامح بشأنه، فإنّ ردّ الحكم المطعون فيه يصير متعيّناً. فلا يجوز أن يتمتّع الحكم الذي أتى بتعوّض كهذا بحماية ما.

23. فلا حصانة لكلّ سلّطة طليقة تحكيميّة- ترمي شباكها حيث تشاء وترغب- أو مفرطة في الشدّة، بخاصّة عندما تتمخّض شططاً مجافياً لمفهوم العدالة وحدودها المنطقيّة، إذ لا يصحّ - تحت ستار السلّطة التقديرية أو تمسّحاً بها- خرق القيم العدليّة أو فصل الأصول القانونيّة عن الأغراض المقصودة منها أو إقتحام بنينها والحدود المنظّمة لها. من الجليّ إذن، أنّ هيئة التّحكيم فشلت في أداء الواجب الذي يقع على عاتقها بمراعاة الأصول القانونيّة والأطر العقليّة الثّابتة، ومسخت قواعد قانونيّة جوهرية كانت مؤثّرة في حكمها، ولم تلتزم بحدود القيود والضّمّانات الحيويّة التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمّة التحكيميّة الموكولة إليها، تلك التي لا يستقيم بدونها الحقّ في المحاكمة المتّصّفة، ولا يكتمل ويصان إلاّ بإحترامها. وعلى ذلك يكون حكمها المطعون فيه موصوماً - بقوة - بالإنحراف في إستعمال السلّطة "التّحكيميّة"، وتجاوزها.

24. وتجدر الإشارة هنا إلى أنّه عند الكلام عن عناصر الضّرر، يعرض علماء القانون المثال التّالي: إذا دُفعت امرأة حامل، فإنّ سقوطها قد يؤدّي إلى إصابتها بأضرار تستحقّ التّعوّض عنها، ولكن لا يدخل في حساب هذه الأضرار إحتمال إجهاضها مادام ذلك لم يحدث فعلاً. ويأمر كلّ نظام قانوني، في حال الحكم بالتّعوّض، بعدم إغفال المُلابسات الظّاهرة والحقائق

الواضحة، فلا يجوز إستبعادها أو تهميشها، سواء تعلّقت بالزّمان أو المكان، وذلك بحسبانها كاشفة لواقع الحال ومُكمّلة بالضرورة له، وباعتبار أنّ قوانين السّوق - ومخاطره - تؤمّر وتطاع، فمقدار التعويض لا يقوم غير بها ولا ينهض إلاّ مستويّاً عليها. كما أنّه من غير المنطقيّ التعويض عن ضرر غير موجود أو غير ثابت، لأنّه ليس عقوبة أو جزاء "مدني" وُقِع أو يوقع على المتعاقد المخالف، بل هو في أساسه وأصله أداة لجبر الضّرر وسبيل إلى إقامة التّوازن بين المصالح المشروعة للأطراف المعنيّة بالأمر في خصوصيّة النزاع المعني ذاته، وليست أيّ مصالح أخرى.

25. ومع أنّ كلّ مُطلق هو مطلق بمقدار، فقد تصرّفت هيئة التّحكيم بإعتبار أنّ حكمها مبرماً، قولاً فاصلاً لا يقبل تعقيباً، كأنّه قدراً محتوماً معصوماً من كلّ رقابة. لذلك، جاء حكمها، وعلى نحو جليّ وفاضح يكشف عن نفسه، ...، مُفرداً فجّاً، وظالماً إلى حدود تجعله خارجاً على القيود العدليّة والموجبات العقليّة المنطقيّة، على إختلافها، تعسفياً، تمييزياً، ويشكّل بذلك إنتهاكاً واضحاً وخطيراً للمبادئ القانونيّة الأساسيّة. وعليه، فمن غير الجائز أن يُنشىء حكم هو ذلك، رغم وجوده الماديّ، حقوقاً أو يرتّب إلّزامات، ومن غير المقبول أيضاً أن يحاجّ به أو يُمنح حصانةً ما. وعلى ذلك، وإذعاناً لقواعد النّظام العام، ألهامّة والجوهريّة والمؤثّرة، وصوناً وتثبيتاً لها، يصير بطلان الحكم، برمته، نتيجة لشططه المُفرد، ولكلّ ما تقدّم بيانه من أسباب، أمراً محتوماً، ولذلك تقضي المحكمة ببطلانه.

26. بقي على المحكمة التقرير بأن شركة س.أر. للتّمويل (FINANCIERE CER) لم تكن طرفاً في دعوى التّحكيم المطعون في حكمها، لذلك تقضي المحكمة بعدم قبول تدخّلها في دعوى البطلان المائلة، وتلزمها بمصاريف وأتعاب طلب التدخّل. وتضيف المحكمة أنّ هذه الفقرة تكمل منطوق الحكم وتكون معه وحدة واحدة، بحيث لا ينفصلان.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة ببطلان حكم التّحكيم المطعون فيه الصّادر في مصر "القاهرة" بتاريخ 2013/3/22، وإلزام الشركة المدّعى عليها المصاريف القضائيّة ومبلغ مئة جنيه كمقابل لأتعاب المحاماة.

القضاة: أمير مصطفى، أشرف عطوة، إسماعيل إبراهيم الزيّادي - كاتب الجلسة أيمن شلبي.

تعليق الأستاذ الدكتور حازم عتلم⁴ 5 (مصر)

على حكم محكمة استئناف القاهرة

الصادر بتاريخ 3 يونيو 2020

عَوْدُ إِلَى تَحْلِيلِ النِّزَاعِ الْقَضَائِيِّ

بين الحكومة الليبية وشركة محمد عبد المحسن الخرافي الكويتية

أولاً- الوقائع: إحالة:

آل إلينا في هذا العدد من هذه المجلة⁶ أن ننصفي بالتعليق على الحكم الثاني الصادر في 10 ديسمبر 2019 عن محكمة النقض المصرية⁷، بمناسبة دعوى إبطال القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 22 مارس 2013 في النزاع بين شركة محمد عبد المحسن الخرافي والحكومة الليبية. وهي الدعوى التي كانت قد استحدثتها أمام القضاء المصري هذه الأخيرة؛ وانتهت فيها قبل صدور الحكم - محل التعليق هنا- محكمتنا العليا إلى إبطال الحكم الثاني الصادر بتاريخ 6 أغسطس 2018 في ذات النزاع عن محكمة استئناف القاهرة والإحالة مجدداً إلى دائرة ثالثة لهذه الأخيرة، بالتأسيس بحسب ما أكدت محكمة النقض على "مدى جواز إقامة دعوى بطلان أصلية من قِبَل الدولة الليبية على حكم التحكيم آنف الذكر بالتطبيق لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية" على أن يكون ذلك - بحسب ما انتهت المحكمة- "طبقاً لقانون التحكيم (المصري) في المواد المدنية والتجارية رقم 27 سنة 1994". بل وكان قد آل إلينا أيضاً - بمناسبة التعليق السابق أن ننصفي بتحليل ومحاولة تفسير الموقف المُستغرب لمحكمتنا العليا إزاء من جانب، تحييتها مبدأ علو المعاهدات الدولية على التشريعات المصرية السابقة واللاحقة على نفاذها داخل الجمهورية (بالنظر إلى عدم إجازة ملحق الإتفاقية الموحدة الطعن على أحكام هيئات التحكيم الصادرة وفقاً لها) وإزاء من جانب آخر، تحييتها الحكم الوارد بالفقرة الأخيرة من

4- صدر هذا الحكم عن الدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً للمحكمة).

5- أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي العام بكلية الحقوق بجامعة عين شمس، ووكيل الكلية الأسبق.

6- أنظر في تعليقنا في هذا العدد من مجلة التحكيم العالمية، ص 440 وما بعدها.

7- هذا الحكم منشور في هذا العدد من مجلة التحكيم العالمية بعد حكم محكمة الاستئناف والتعليقات عليه، ص 432 وما بعدها.

المادة 269 من قانون المرافعات المصري الذي يقضي بأنه إذا "كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع".

ودرءاً للتكرار في هذا الشأن، فإننا نُحيل من ثم لمجمل ما فصلناه إزاء ليس فحسب إزاء هذا الحكم الثاني لمحكمة النقض، وإنما كذلك لحكمها الأول وما استبقه ولحقه من حكمين سالف تحليلهما صدرا عن دائرتين مغيرتين لمحكمة إستئناف القاهرة، وكان أولهما قد انتهى إلى القضاء بعدم قبول الدعوى وثانيهما إلى عدم الإختصاص الدولي بنظرها؛ وفي الحالتين إمتثالاً من جانب، لأحكام ملحق إتفاقية إستثمار رؤوس الأموال العربية ومن جانب آخر، إلى ما ضمّنته صراحة المادة الأولى - فقرة 1- من قانون التحكيم المصري ذاته التي تقضي بأنه "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية، تسري أحكام هذا القانون على تحكيم... يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

ولعلّ هذه الإحالة الثالثة من قِبَل محكمة النقض المصرية والتي رتبّت - في 3 يونيو 2020- صدور الحكم الثالث لمحكمة إستئناف القاهرة، وهو الحكم محل التعليق هنا، أن تُستظهر معه المنهاجية التي استحدثت خلوص هذه الأخيرة إلى القضاء نصاً - ولأول مرة منذ إتصال المحاكم المصرية بهذه الدعوى- "ببطلان حكم التحكيم المطعون فيه الصادر في مصر بتاريخ 2013/3/22"، والذي كان قد انتهى إلى إنعقاد المسؤولية القانونية في مواجهة الدولة الليبية بالنظر إلى إنهاؤها الإفرادي لعقد الـ B.O.T. السابق إيرامه بين الجانبين، وإلى إلزامها من ثم بسداد تعويض ناهز المليار دولار أمريكي مقابل ما لحقها من أضرار وما فاتها من كسب جرّاء ذلك.

ثانياً- عدم الإستناد على أي نحو كان من قِبَل الحكم محل التعليق إلى القانون الموضوعي المتفق عليه بين الخصوم لأغراض فض المنازعات بينهما:

والواقع أن محكمة إستئناف القاهرة أغفلت في حكمها على نحو مجمل أنها قد انعقدت لأغراض النظر في دعوى إبطال قرار تحكيمي صادر بالتأسيس على مبدأ سلطان إرادة خصوم الدعوى التحكيمية المبتدأة. إذ إن الإتفاق الذي كان قد أبرم لمدة 83 عاماً بين الأطراف في 2006/6/8 لأغراض تشييد شركة الخرافي على نفقتها الخاصة مدينة سياحية بالدولة الليبية كان

قد تضمّن بمؤدي المادة 29 منه شرطاً تحكيمياً إتفق بينهما بمقتضاه على أن تكون القواعد الموضوعية الواجبة الإنطباق على المنازعات المستقبلية الإحتمالية بينهما هي تلك التي تكفلها الإتفاقية الموحّدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية المبرمة في 1980 فضلاً، بموجب مشاركة التحكيم، عن التشريعات الليبية ذات العلاقة بموضوع العقد كلّما إتسقت مع هذه الأخيرة.

وللإنصاف، فإنّه يجب التأكيد على أنّ المحكمة في حكمها قد ألمحت إلى هذه الإتفاقية بصفة خاصة في مناسبة وحيدة، جيئت الإحالة إليها من قبلها فيها على نحو مُبتسر. إذ ذلك ما تحقق بمناسبة ما تضمّنه حكم المحكمة من إسناد إلى المادة 9/2/أ منها، التي مؤداها أن "يجوز نزع الملكية لتحقيق نفع عام بمقتضى ما تملكه الدولة أو مؤسساتها من سلطة القيام بوظائفها في تنفيذ المشاريع العامة، شريطة أن يتم ذلك على أساس غير تمييزي وفي مقابل تعويض عادل..."⁸ إذ هذه الإحالة جاءت هنا في غير شك من جانب، في غير موضعها؛ بالنظر إلى أن النزاع المبتدأ بين الخصوم لم يتأسس البتّة على صدور أي قرار بتأميم أصول لشركة الخرافي بالدولة الليبية ومن جانب آخر بالنظر كذلك إلى أن هذه الإحالة من قبل المحكمة كان المبتغى منها -على نحو ما سوف يُرى داخل البند (رابعاً - ج/د) - النظر من قبلها في مدى التناسب بين الأضرار التي لحقت بالشركة الكويتية والتعويض الذي كان قد قُضي لها به بموجب القرار التحكيمي، مما يخرج جملةً عن النطاق المادي لدعاوى البطلان داخل سائر الأنظمة القانونية الداخلية والدولية، من غير تمييز.

وإذا كان هذا الحكم قد نحى على ذلك النحو شرط التحكيم المتوافق عليه بين الخصوم، فقد رتب ذلك تحيته كذلك هنا ضمناً لما تفرضه المادة الثانية من إتفاقية نيويورك المبرمة في 1958 ذات العلاقة بالإعتراف بأحكام المحكّمين الأجنبية وتنفيذها، التي انضمت إليها كل من مصر وليبيا والكويت، والتي تفرض الإلتزام على عاتق مجمل الدول الأطراف بها - ومن ثم من غير شك على عاتق السلطات القضائية لكل منها - بالإعتراف بإتفاقات التحكيم وما يترتب عليها من آثار قانونية متى استوفت مقتضيات وجودها وصحتها - بل وقد رتب من جهة ثالثة، هذا الموقف للمحكمة ان صارت كذلك، إلى ردّ حكمي الإحالة الصادرين تباعاً في 2015/11/4 و 2019/12/10 عن محكمة النقض، والتي بمؤداهما صارت هذه الأخيرة إلى القضاء "بوجوب فصل محكمة إستئناف القاهرة في مسألة قانونية تتعلّق بمدى جواز إقامة دعوى بطلان أصلية

8- حكم المحكمة، ص 8.

على حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية...".

فالحقيقة أنّ هذه التحيات - المبتدأة والمركّبة- من قِبَل الحكم، محل التعليق، للقانون الموضوعي المتفق عليه من الخصوم هي التي سوف تصير - يقيناً- موضوعاً للنقض من قِبَل محكمتنا العليا حين إتصالها، الثالث والأخير، بموضوع هذه الدعوى، وانصرافها المضمّر - في حينه- إلى الفصل أخيراً في موضوع دعوى إبطال القرار التحكيمي السابق صدوره بين الخصوم.

ثالثاً- عدم الإسناد بأي حال من قِبَل الحكم محل التعليق إلى ما فرضه حكمي الإحالة، من قِبَل محكمة النقض بشأن وجوب الفصل في دعوى البطلان وفقاً كذلك لقانون التحكيم المصري:

وإذا كانت محكمة النقض المصرية في إحالتها قد قضت "بوجوب الفصل في دعوى البطلان وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس العربية في الدول العربية"، إلا أنها كانت -أيضاً- قد أعقبت ذلك- مباشرة وعلى نحو جدّ صريح بوجوب أن يجيء ذلك من جانب آخر، "طبقاً لقانون التحكيم (المصري) في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994". والمستغرب هنا - إذا كان قد صار من جانب، إلى التغييب المطلق لمبدأ سلطان إرادة الخصوم في إختيار القواعد الموضوعية الواجبة الإنطباق على المنازعات الإحتمالية بينهما، فإنه قد صار - كذلك- من جانب آخر إلى الإهدار الصريح- إن شئت- "لأمر" الإحالة الصادر في مناسبتين بمناسبة هذه الدعوى عن محكمة النقض، بالنظر إلى أن هذا الحكم لم يسند البتة أيّ من حيثياته وعلى نحو ما كان - ولو على سبيل الإستثناء الخالصي- إلى قانون التحكيم المصري، وردت من ثم بمناسبة ذلك محكمة استئناف القاهرة ما كانت قد انتهت إليه محكمتنا العليا في حكمها الثاني الصادر في هذه الدعوى بتاريخ 2019/12/10 من حيث "وجوب الإلتزام من قِبَل جهات القضاء العادي- ومنها إذن الدائرة الإستئنافية التي أصدرت الحكم محل التعليق هنا - بحجبة الأحكام الصادرة (عن محكمة النقض) ومن ثم وجب عليها الإلتزام بذلك القيد والتقيّد به وأنه لا يجوز المجادلة فيه بإعتبار أنّ قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام". فهل يتصور أيّاً من كان إنحاء محكمتنا العليا إلى ما صار إليه، في هذا الشأن، بذلك الحكم، وتحتيتها من ثم لهذه القوة للأمر المقضي المضمونة- بحسب ما أكّدت هي هنا - لأحكامها.

رابعاً- الإسناد -المُستغرب- من قِبَل الحكم محل التعلُّق لحيثيته "الوحيدة" إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف التي لم ينصرف البتة إليها بأي حال قانون إرادة الخصوم، وما رتبته ذلك من فصله في موضوع الدعوى التحكيمية، وخصوصه إثر ذلك إلى إبطال القرار التحكيمي:

1- الإسناد المستغرب من قِبَل محكمة الإستئناف لحيثية حكمها الوحيدة إلى قانون موضوعي إستبعده صراحة وضمناً الخصوم بمناسبة كل محل سحَق شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، المبرمة بينهما: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف.

على نحو ما سبق بيانه، فإنَّ عقد الأساس المبرم بين كل من الحكومة الليبية وشركة الخرافي كان قد تضمَّن بمؤدى المادة 29 منه شرطاً تحكيمياً نص صراحة على أنه: "في حال نشوء أي نزاع بين الطرفين يتعلق بتفسير نصوص العقد او تنفيذه أثناء سريانه.. يُحال النزاع إلى التحكيم وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية الصادرة عام 1980". وإثر نشوب النزاع بينهما أبرمت مشاركة التحكيم الذي بمؤداها إتفق الطرفان على أن "القانون الواجب التطبيق هو القوانين الليبية ذات الصلة.. والإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية...". المضمون لها العلوّ على التشريعات الليبية على نحو صريح بموجب المادة 2/3 منها. وإذ قضت أيضاً محكمة النقض المصرية بوجود ان يجيء فض نزاع دعوى بطلان القرار التحكيمي بالإستناد كذلك إلى قانون التحكيم المصري، فقد صار -على ذلك النحو- إختصاص محكمة إستئناف القاهرة التي أصدرت الحكم محل التعليق هنا مقيداً بالإستناد إلى هذا القانون القاعدي وحده، واستثنياً. غير ان هذا الحكم صار هنا إلى التتحية المجملة لهذا القانون، على نحو ما تقدّم بغية تأسيس حيثيته الوحيدة على ما لم تنصرف إليه البتة إرادة الخصوم أو حكمي محكمة النقض ونقصد بذلك هنا إسناد هذا الحكم لأسبابه إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف.

وإذا كان مما يخرج - في غير شك- عن النطاق المادي لهذا التعليق مواجهة التطور التاريخي لمفهوم "مبادئ العدل والإنصاف" منذ أن استنتها العلامة الإغريقي ذائع الصيت أرسطو طاليس بما آلت إليه في الأنظمة الوضعية المعاصرة، فالواقع أن إنفاذ "العدل القضائي" - أو إن شئت مبدأ الإنصاف- لم تنشذ البتة، بحسب الأصل العام، هذه الأخيرة عمّا كان قد أرساه شيخ الفلاسفة، وبصفة خاصة في شأن عدم تحويل السلطة القضائية فض المنازعات

بالإستناد إليه إلا إثر إستحداث ذلك من قِبَل أحد خصوم الدعوى في عقيدة شيخ الفلاسفة، ورهناً بإستحداث "مشترك" من قِبَل خصوم الدعوى معاً بموجب الأنظمة الوضعية المعاصرة قاطبة؛ وسواء في ذلك التشريعات الداخلية المقارنة والإتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية والمدونات النموذجية للتحكيم، بل وقانون التحكيم المصري ذاته الذي تضمنت صراحة المادة 4/39 منه أنه "يجوز لهيئة التحكيم - إذا إتفق طرفا التحكيم صراحةً على تفويضها بالصلح - أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضيات العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام (قانون التحكيم)". وفيما يتعلق بالنزاع بين شركة الخرافي والدولة الليبية محل النظر هنا، فالثابت أن هذه الأخيرة لم تدَّع أبداً سواء أمام القضاء المصري - أو قبل ذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها - سبق إتفاق الأطراف على تفويض هذه الأخيرة فضّ المنازعات بينهما بالإستناد إلى مبادئ العدل والإنصاف، أي بالتأسيس على تفويضها بالصلح بينهما. إذ على خلاف ذلك كليّة، فإنّ الإتفاق الصريح بين الأطراف كان قد إنعقد منذ المبتدأ على الإحتكام إلى قواعد "القانون الوضعي" بحسب ما سلفت الإشارة، وعلى نحو ما أنفذته جملةً هيئة التحكيم في قرارها التحكيمي، الذي قضى بالقانون وليس بالصلح على نحو ما كان متطلباً منه، وعلى ذات نحو ما سايره أيضاً إثر ذلك كل من الحكيم الأول والثاني لمحكمة إستئناف القاهرة من جانب، ولمحكمة النقض ذاتها، من جانب آخر.

والواقع ان الحكم - محل التعليق هنا - إستُهلَّ منذ المبتدأ بالعبارة التالية: "إنّ لنظام أو طريق التحكيم من الأطر التحكيمية الكلية والقواعد المبدئية "العدلية" التي توجبها الفطرة وتفرضها حقائق الأشياء ما يحول دون إساءة إستخدامه بما يُخرجه عن وظيفته وحدوده المنطقية المشروعة... لذلك فإن جاوز حكم التحكيم ضوابط التحكيم وأطره الجوهرية أو عطلها، فلا يكون الحكم مستحقاً للحماية المقررة له، وبالتالي فلا يكون محصناً. فغير مسموح للمُحكّم أن يتحرر من أي ضوابط قانونية أساسية أو أن يُهدر مبادئ عدلية جوهرية..."⁹. إذ في عقيدة المحكمة، فإنه وفقاً للمفاهيم المعاصرة وعلى نحو قاطع، فإن فهم وتفسير وتطبيق القانون يخضع لضوابط عدالة واجبة؛ معايير دنيا للإنصاف يتعين بالضرورة أخذها في الحسبان وتفعيلها دون أي إبتطاعات أو تحييزات مسبقة. فالقانون (الوضعي أم الطبيعي!) ليس بعيداً عن العدالة ولا العدالة مُنقطعة عن القانون، بل إن الرابط بينهما صلات وأرحام.... وقد ذهب الفلاسفة القدماء إلى أن البحث عن

9- حكم المحكمة، ص. 7.

الحقيقة في القانون يعني البحث عن العدل (أمر مأل الصراع الطبقي داخل المجتمعات!) لأن البحث عن العدل هو الذي يُمثّل حقيقة القانون وجوهره، وعليه فإن تطبيق القاعدة القانونية أو فهمها وتفسيرها على الواقع العملي يُلزم ان يكون ممزوجاً بموجبات عدالة محل إعتبار دائم... وبحيث يُعدّ المساس الفاضح لمفهوم العدالة - في حالات بذواتها- ظلماً جسيماً غير مُغتفر. ومن ثم ينبغي إستبعاد العمل أو الفعل أو التصرف القانوني أو الحكم المنطوي عليه وإهداره. فالعدل يحظى بأسبقية وسموٍ على غيره، فله دائماً مركز الصدارة...¹⁰.

2- القفز من قِبَل المحكمة إثر إقحام مبادئ العدل والإنصاف إلى الفصل في موضوع الدعوى التحكيمية؛ وليس إلى الفصل في دعوى البطلان:

أ- الإعتدال المتبادل الذي فات على هيئة التحكيم ترتيبه بين قواعد العدل والإنصاف وحيثيات قرارها التحكيمي؛ بحسب الحكم محل التعليق هنا:

والواقع إنّه وفقاً لمحكمة إستئناف القاهرة، فإنّ "هذه المخالفة الخطيرة للقانون - فهمه وتأويله وتطبيقه، قادت الحكم (قرار هيئة التحكيم) وجرّته إلى مزالِق لا قاع لها. إذ أدّت به إلى الوقوع في شطط يشبه الفوضى لا يمكن قبوله، بحيث تمتد إليه بالضرورة- كما لاذ أخير- الرقابة القضائية؛ رقابة البطلان. فالمبلغ المحكوم به للمحتكمة عن الكسب الفائت، على ضوء ما أحاط النزاع من ظروف ملابسة، يُعدّ بكل مقياس عدلي تعويضاً ظالماً ظلماً صارخاً مبالغ فيه على نحو مفرط... (و) بحسب منطق الواقع المطروح وقوة الظروف المحيطة والكاشفة، وموجبات الإنصاف، فإن الكثير من هذه اللوازم العقلية كانت غائبة عن الحكم المطعون فيه... فالعدل فيه كان مفقوداً على نحو صارخ، فصار لذلك مسكوناً بالبطلان... فلا حصانة لكل سلطة طليقة تحكيمية- ترمي شباكها حيث تشاء وترغب- أو مفرطة في الشدة، بخاصة عندما تتمخض شططاً مجافياً لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية..."¹¹.

ب- أسباب إبطال القرارات التحكيمية مُضمّنة على سبيل الحصر داخل مجمل الأنظمة القانونية الوضعية، ومنها القانون المصري للتحكيم؛ ومن شأن مجملها ألاّ تُعدّ البطلان

10- المرجع السابق، الفقرتان 8، 9؛ ص. 9-10.

11- المرجع السابق، الفقرات 15، 16، 23؛ ص. 12، 13.

سبيلاً لإعادة النظر من قبل القضاء في موضوع النزاع الذي جيء حسمه من خلال التحكيم:

إذ من المعلوم إنه ليس للسلطات القضائية حين النظر في دعاوى إبطال القرارات التحكيمية أن تنظر في تقدير هيئات التحكيم لوقائع هذه الدعاوى السابق نظرها من قبل هذه الأخيرة، أو في ملائمتها ما خلصت إليه بشأنها من إستنتاجات. بل وكقاعدة عامة كذلك، فإنه يُمتنع كذلك على القضاء النظر في مدى إتساق ما تخلص إليه هذه الأخيرة مع القانون ذاته؛ إلا بالقدر اللازم لتقدير ما إذا كانت إحدى حالات البطلان - المنصوص عليها حصراً في مجمل الأنظمة القانونية - قد شابتها من عدمه. وإذا كان مما يخرج عن نطاق هذه الدراسة إعادة التأكيد على هذا المبدأ القانوني الذي لا يحتمل المنازعة أو التأويل، فإنه قد يكون من المناسب الإحالة فحسب هنا إلى قانون التحكيم المصري؛ الذي قضت محكمة النقض المصرية في حكميها بمناسبة هذا النزاع بوجود الفصل كذلك فيه بالتأسيس عليه، بالنظر إلى أن هذا الأخير لم يشذ البتة في أحكامه عن هذا المبدأ. إذ تنص صراحة في هذا الشأن المادة 53 منه على ما يلي:

"1- لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: ... (وهي حالات وردت داخل هذه الفقرة على سبيل الحصر؛ ولا يقع بينها - بأي حال - النظر في موضوع النزاع التحكيمي، ومن باب أولى مدى إحترام قرار التحكيم لمبادئ العدل والإنصاف).

2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

إن قانون التحكيم المصري ذاته لم يشذ إذن عن ذلك المبدأ المتعارف عليه؛ والذي من شأنه ألاّ تعتبر دعوى البطلان سبيلاً لإعادة النظر من قبل السلطات القضائية مرة أخرى في موضوع النزاع الذي حسمه ابتداءً القرار التحكيمي وحده واستثنائاً، خلافاً لحالات الطعن بالإستئناف على أحكام محاكم الدرجة الأولى بالنظر على نحو ما هو معلوم إلى حظر تصدي قضاء البطلان للرقابة على موضوع النزاع التحكيمي ومدى صواب أو خطأ إجتهاد المحكمين في تحليل وقائعه أو في تفسير القانون وتطبيقه. بل من الجدير كذلك من جانب آخر، بالذكر في هذا الشأن - على نحو ما تقدم - أن

إستهلال المادة 1/53 من قانون التحكيم سألقة الذكر بعبارة "الإ" رتب في غير شك التحية التشريعية الصريحة داخل جمهورية مصر العربية لمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف من بين حالات النظر في دعوى إبطال القرارات التحكيمية من قبل القضاء المصري؛ خلافاً لما صار اليه - على نحو جدّ صريح- الحكم محل التعليق هنا.

بل والحقيقة إن هذا الأخير وإن خلص - على نحو ما أوجزنا داخل الفقرة رابعاً (2-أ) السالفة من تعيينا وعلى نحو ما سوف يجيء تفصيله بعد قليل داخل ذات الفقرة (أنظر ما يلي رابعاً (2-ج/د) - إلى النظر على خلاف ذلك كليتة في وقائع الدعوى التحكيمية وموضوع النزاع السابق بسطه أمام هيئة التحكيم، إلا أنه كان قد إستهل بتأكيد عكس ما انتهى اليه حين تأكيده على هذا المبدأ. إذ وفقاً لحكم المحكمة بمناسبة هذه الإستهلال الذي ناقضها إثر ذلك، فبحسب "القانون المصري، فوفقاً لأحكام دعوى بطلان أحكام التحكيم التي هي الضمانة الكبرى المرتبطة بمصالح أطرافه، وبحسب طبيعتها، فلا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم، كما أن أخطاء الحكم المتعلقة بعبوب في التقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرورة موصوماً بالبطلان. وبطبيعة الحال لا يجوز للخصوم إعادة الجدل في عناصر النزاع الموضوعي أو إعادة طرحها من جديد على محكمة البطلان لمراجعتها. ولا يملك القضاء تصحيح أو إتمام النتائج التي أثبتتها المحكم أو رد الأمور إلى نصابها أو أن يقوّم أو يصحح ما يكون في حكم التحكيم من عوج..."¹².

ج- الوثوب من قواعد العدل والإنصاف إلى الفصل في موضوع الدعوى التحكيمية وليس إلى فض دعوى بطلان القرار التحكيمي:

وإذا كان حكم المحكمة قد إستهل في الفقرة الأولى منه بما ينبئ صراحة عن اعلاء المحكمة هامة القانون الطبيعي على القانون الوضعي مُستعرقاً قانون التحكيم المصري ذاته، حين أكّدت هذه الأخيرة على أنه "غير مسموح للمحكم أن يتحرر من أي ضوابط قانونية أساسية أو أن يهدر مبادئ عدلية جوهرية"¹³، فقد استخلصت من ثم من ذلك أن

12- المرجع السالف، الفقرة 1، ص 7.

13- المرجع السالف، ذات الفقرة والصفحة.

"مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة المتطورة والمرنة- التي تدخل في مكوّنات كل قانون - هي المصدر الأساسي الذي يتم الإلتجاء أو الإشارة إليه... وبحيث يُعدّ المساس الفاضح لمفهوم العدالة - في حالات بذواتها (أي بمناسبة تقدير وقائع النزاع التحكيمي محل النظر) ظلماً جسيماً غير مُعْتَفَر، ومن ثم ينبغي إستبعاد العمل أو الفعل أو التصرف القانوني أو الحكم المنطوي عليه (القرار التحكيمي محل النظر) وإهداره - فالعدل يحظى بأسبقيّة وسُمو على غيره، فله دائماً مركز الصدارة"¹⁴.

د- ارتكاز الحكم على مفهوم "النظام العام" غير مُحدد صراحة نَسَبَه من قِبَل المحكمة، بقصد إحداث الإعتماد المتبادل بين قواعد العدل والانصاف.

هـ- موضوع الدعوى التحكيمية - في شأن مدى التناسب بين التعويض المقضي به للشركة الكويتية وما تكبّته من أضرار جرّاء إخلال الدولة الليبية بالتزاماتها:

i- وثوب القانون الطبيعي في حكم المحكمة إلى ضرورة إحداث العروة الوُتقي بينه وبين مفهوم للنظام العام لم تسنده البتة صراحة المحكمة إلى نظام قانوني بذاته:

فالواقع إن محكمة استئناف القاهرة إثر إنكائها وجوب إخضاع القرارات التحكيمية، إلى "القواعد المبدئية العدلية"¹⁵، فقد صارت إثر ذلك مباشرة إلى التأكيد على أنه "ومن زاوية النظام العام، فيحقق للقضاء دائماً التدقيق والإستيثاق بما "إذا كان الحكم (التحكيمي) قد تضمّن - في أسبابه المؤثّرة في مُحصلته أو في منطوقه- عدواناً، حقيقياً وواضحاً، على قواعد النظام العام؛ تلك ذات الأصول اليقينية الثابتة من عدمه. وتندرج تحت هذه القواعد بطبيعة الحال القواعد الأولية الضرورية التي تُلزم ضوابط ومعايير العقل وتقرضها حقائق الأشياء، فهذه لا يجوز للمُحكّم ان يتجاوزها أو يهدرها أو يتجاهلها على نحو مُفْرط. وإذا كانت المحكمة لم تُسند البتة هنا على نحو مُعَيّن بذاته هذا المفهوم للنظام العام إلى ثمة نظام قانوني مُحدد من قِبَلها بعينه؛ وسواء في ذلك الليبي (الواجب التطبيق بموجب قانون الإرادة)، أو المصري (بحسب ما فرضت محكمة النقض في حكميها بمناسبة

14- المرجع السالف، الفقرة 9، ص 10.

15- المرجع السالف، الفقرة 1، ص 7.

هذا النزاع وبالنظر بصفة خاصة إلى ما تضمنته المادة 2/53 من قانون التحكيم المصري من وجوب أن تقضي من تلقاء نفسها المحكمة التي تنظر دعوى البطلان ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية)، أو النظام العام بحسب الأنظمة الوضعية المقارنة الداخلية والدولية، أو النظام العام بحسب القواعد الآمرة للقانون الدولي العام، فقد صارت من بعد وقد قدرت الفصل في موضوع الدعوى التحكيمية وليس دعوى البطلان إلى المدّ والجزر بين إسنادها تارة إلى الأنظمة التشريعية الداخلية المقارنة (في ظل تعريب بين قانون التحكيم المصري والتشريعات الليبية المكتملة للاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية) وذلك حين تأكيدها على أن "مبدأ التكافؤ أو التناسب في تقدير التعويض قاعدة ثابتة من قواعد النظام العام المشتركة التي لا يجوز التفريط فيها"¹⁶، وتارة أخرى إلى إسنادها إلى النظام العام الدولي ذاته حين تأكيدها - وفي إطار من إقحام القانون الطبيعي على نحو ما تقدّم أمام قاضي البطلان - على أن "مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة المتطورة والمرنة- التي تدخل في مكونات كل قانون- هي المصدر الأساسي أو المعيار الذي يتم الإلتجاء أو الإشارة إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام الدولي"¹⁷؛ (غير واجب التطبيق بأي حال أمام المحكمة).

والمستغرب هنا إقحام هذا الحكم مفهوم النظام العام -غير ذي العلاقة البتة بالمصالح الشخصية لأشخاص القانون الخاص، وإنما بالمصالح والقيم العليا لكل من الدول فرادى بمناسبة تشريعاتها الداخلية الخاصة وللمجتمع الدولي في مجموعه بشأن النظام العام الدولي- على وقائع النزاع التحكيمي بين الدولة الليبية وشركة الخرافي غير ذي العلاقة البتة بدعوى البطلان، بغية الخلوص -على نحو ما سوف نرى الآن- إلى الانتهاك الصارخ من قبل هيئة التحكيم لمبدأ التكافؤ بين مقدار التعويض الذي قضت به لهذه الأخيرة وما لحقها من أضرار، على النحو المرتب من ثم في حقها للإثراء بلا سبب. وهو إستغراب كان في الواقع من الميسر

16- المرجع السالف، الفقرة 3؛ ص 8.

17- المرجع السالف، الفقرة 9؛ ص 10.

للمحكمة أن تسبر أغواره؛ بالنظر إلى أنه وفقاً لها -على ما تقدم- "فإن مبادئ القانون الطبيعي... هي المصدر الأساسي أو المعيار الذي يتم الإلتجاء أو الإشارة إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام..."¹⁸. إذ تحددت على ذلك النحو داخل هذا الحكم طبيعة وكنة نسب النظام العام؛ غير المتفهم داخل هذا الأخير إلحاقه بحقوق أشخاص القانون الخاص أو بالأضرار الشخصية التي قد تلحق بهم خارج نطاق البيئة الطبيعية له؛ ونقصد بذلك القيم العليا للمجتمعات أو للمجتمع الدولي ومصالحها الأساسية السياسية والإقتصادية والإجتماعية؛ إذ هو على ذلك النحو - بحسب القانون الموضوعي الذي فرضت محكمة إستئناف القاهرة تطبيقه على دعوى البطلان مقتضيات النظام العام التي تفرضا مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف المنبثقة عنها.

ii- تأكيد المحكمة على الإنعدام المطلق للتناسب بين التعويض المقضي به من قِبَل هيئة التحكيم للشركة من ثمّ في موضوع النزاع التحكيمي وخلصها إثر ذلك إلى إبطال القرار التحكيمي:

إذ أكدت في هذا الشأن محكمة إستئناف القاهرة على أنه "بالعودة إلى حكم التحكيم، فالأمر البارز فيه- يقفز إلى العين - يتمثل في ضخامة مبالغ التعويض المحكوم بها، نحو مليار دولار أمريكي. (و) بالنظر إلى الصورة الكلية أو الإطار العام للنزاع التحكيمي ومظاهره وعناصره الواقعية، فإنه يمكن وصف هذا التعويض بكونه تعويضاً عاصفاً غير مُبرر بالمرّة، مخالف لطبيعة الأشياء، ما كان في الوسع توقعه عقلاً وقانوناً..."¹⁹. ثمّ استطرقت إثر ذلك المحكمة مؤكدة أنه "بحسب ما ساقه حكم التحكيم من مقدّمات وتعليقات... يظهر - بإحساس قانوني يصعب تجاهله- أنّ تقدير الحكم للتعويض السالف الذكر يتسم بالتعسف والغلظة والإسراف الشديد في مده؛ يخرج عن حدود كل معقول ويشكّل إنتهاكاً ظاهراً وخطيراً لمبدأ التكافؤ أو التناسب بين مقدار التعويض وبين الضرر، مُهدراً بذلك وبصورة تحكّمية الحقوق والمراكز القانونية المتصلة بالدعوى التحكيميّة بما يُمثّل إخلالاً

18- المرجع السالف، ذات الموضوع.

19- المرجع السالف، الفقرة 10؛ ذات الصفحة المتقدمة.

بالضمانات المشروعة - حقاً وعدلاً- للمحاكمة المنصفة العادلة. فقد أفرغ الحكم قاعدة التناسب (هي يقيناً قاعدة وليست مبدأً على نحو ما أحدث الحكم الخلط في بعض الفقرات) هذه وجردّها من مضمونها الهادف إلى تحقيق العدالة - ولو في حدودها الدنيا- لا إلى الحرمان منها...²⁰.

وخلصت المحكمة إذن - إثر تصديها من جانب، في غير حق لموضوع النزاع التحكيمي وفي أعقاب إقحامها من جانب آخر، في غير أساس قانوني مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف إزاء دعوى الإبطال المحالة إليها من قبل محكمة النقض إلى أن "ردّ الحكم المطعون فيه يصير متعيناً، فلا يجوز أن يتمتع الحكم الذي أتى بتعويض كهذا بحماية ما. فلا حصانة لكل سلطة تطبيقاً ترمي شباكها حيث تشاء وترغب - أو مفرطة في الشدة، خاصة عندما تتخطى شططاً مجافياً لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية... من الجليّ إذن ان هيئة التحكيم... لم تلتزم بحدود القيود والضمانات الحيوية التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكلة إليها، تلك التي لا يستقيم بدونها الحق في المحاكمة المنصفة ولا يكتمل ويصان إلاّ بإحترامها... وعلى ذلك يكون حكمها المطعون فيه موصوماً - بقوة- بالإلحاف في استعمال السلطة "التحكيمية"، وتجاوزها... وعلى ذلك، واذعاناً لقواعد النظام العام الهامة والجوهرية والمؤثرة، وصوناً وتثبيتاً لها، يصير بطلان الحكم برمته، نتيجة لشططه المفرط، ولكل ما تقدم بيانه من أسباب، أمراً محتوماً. ولذلك تقضي المحكمة ببطلانه"²¹.

خامساً- خاتمة الدراسة:

1- وإذ يبدو لنا حقاً من المناسب عدم التعقيب من قبلنا على هذا التحليل - الأخير - لمحكمة إستئناف القاهرة في شأن مدى إحترام هيئة التحكيم لقاعدة التناسب أو التكافؤ بين التعويض الذي قضت به لشركة الخرافي وما كان قد أصاب هذه الأخيرة من أضرار بل وما فاتها من كسب بحسب عقيدة هيئة التحكيم، فعل ذلك مردّه - على نحو ما هو

20- المرجع السالف، الفقرة 12؛ ص 11.

21- المرجع السالف، الفقرات 22، 23 و 25؛ ص 15-16.

ليس بخافٍ - فناعتنا بوجود عدم الخلط - على نحو ما لم يفعله الحكم محل التعليق هنا - بين تحليل من جانب، مدى إستيفاء هذا القرار التحكيمي لأسباب إبطاله بحسب ما ينصرف إليه موضوع تعليقنا - سواء الحالي أو اللاحق الصادر في هذا العدد أيضاً - وبين تحليل من جانب آخر، مدى صحة وكفاية إستنتاجات هيئة التحكيم بشأن تقدير وقائع النزاع وحجم الأضرار التي كانت قد لحقت بالشركة المحكّمة أمامها مما يخرج برمته عن موضوع دعوى البطلان وما قد يلحق الأحكام الصادرة بشأنها من إجتهادات فقهية؛ على الرغم من إنصراف يقيننا - كذلك - إلى أن الدائرة التي أصدرت الحكم محل التعليق هنا - ولو قدرت الإستناد الخالص إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل والإنصاف وما رتبته ذلك من شحذها نظم إستئناف أحكام محاكم الدرجة الأولى بمناسبة دعاوى إبطال القرارات التحكيمية - كان - يجب عليها، في جميع الأحوال أي ولو في هذا الفرض الأخير، أن تقضي برفض الدعوى المستحقة من قبل الحكومة الليبية، وبالإستناد في عقيدتنا إلى قاعدة الإغلاق ذاتها. إذ من الثابت - بحسب وقائع الدعوى التحكيمية ذاتها - أنّ محامي الدفاع الليبي كان قد أعلن من جانب أمام هيئة التحكيم إرتضاءها بمبلغ التعويض المقضي به في مواجهتها وأنّ من جانب آخر، فإن المحكّم الذي كانت الدولة الليبية قد عيّنته لأغراض الإضطلاع مع رفيقيه بمهمة التحكيم (وكان قد امتنع وحده عن التوقيع على القرار التحكيمي) لم يستخدم البتة بأي حال فضلاً عن ذلك الرخصة التي تخولها له نظم التحكيم الداخلي والدولي في غير تمييز، في شأن إرفاق القرار التحكيمي الصادر بالأغلبية برأيه المخالف، الذي كان سوف يبسر له آنذاك إثبات إعتراضه على حجم التعويض وعدم تناسبه مع الأضرار التي كانت قد لحقت بالشركة المحكّمة. إذ ذلك يُعدّ هنا حاجزاً مانعاً في مواجهة الحكومة الليبية حال إثارتها هذا الدفع أمام الدائرة الإستئنافية التي أصدرت هذا الحكم؛ ومن باب أولى في مواجهة هذه الأخيرة، حال تصديها المبتدأ لذلك.

2- وأياً ما كان عليه الأمر في هذا الشأن، فإنّ الإتصال الوجوبي لمحكمة النقض بالطعن على هذا الحكم - الذي سوف تستحقه بحسب المنطق والقانون إن لم تكن قد صارت بالفعل - الشركة الكويتية والذي لن تجد معه مناصاً محكمتنا العليا من إنفاذ الفقرة الأخيرة للمادة 269 من قانون المرافعات المصري لأغراض فضّ - آخراً - موضوع

دعوى بطلان هذا القرار التحكيمي. وإذا كان مما لا شك فيه أن قرائح الفقه المصري والعربي بل والفرنسي ذاته قد إستُحْتَتْنَا منذ الآن بغية محاولة سبر اغوار ما قد تصير إليه حيثيات ومنطوق حكم المحكمة، إلا أن إتصالها بهذه الدعوى - ومقتضيات عدم التأثير من قِبَلْنَا على المراكز القانونية لأطرافها - من شأنهما معاً أن نصل هنا بتعقيبنَا على حكم محكمة إستئناف القاهرة إلى مُنتَهَاهُ؛ على الرغم من يقيننا أن محكمتنا العليا سوف تجد في هذا الشأن طريقها جد متعرجاً، لما صار إليه منذ المبتدأ حكمها الأول الصادر في الدعوى بتاريخ 2015/11/4.

تعليق المحامي الدكتور هيثم علي²² والمحامي عبد الرحمن مهدي²³ (مصر)
على حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر بجلسة 3 يونية 2020 من الدائرة الأولى (حالياً)
السابعة (سابقاً) في دعوى البطلان رقم 39 لسنة 130ق

تقدمة:

"منع الدولة لمن يمثّلها من الموافقة على طريق حل النزاعات المُتفقّ وعادات التجارة الدولية
يضير بمصلحتها"²⁴.

1. يوضح هذا الحكم - لا يخلق - أهمية تكثيف الدولة مع التحكيم وقبوله، ويُظهر
- بديهياً - كذلك وجوب إلزامها به وأحكامه، فإنّ تخلي دولة اليوم عن قبول حل
نزاعاتها والمستثمرين عن طريق التحكيم هو بمثابة تخلي عن المستثمرين والإستثمار،
وليس أقلّ من ذلك خطورة كونها تقبل حل نزاعاتها مع المستثمرين عن طريق التحكيم
دون قبول أحكامه الصادرة من هيئة التحكيم التي قبلوا فصلها للنزاع²⁵.

2. واستنباطاً من ذلك فإنّ طبيعة التحكيم وأسباب قبوله في مجتمع التجارة الدولية
والإستثمار يقيّد من رقابة المحاكم الوطنية على أحكام التحكيم التجاري الدولي، وبضيق
نطاق إختصاص المحاكم الوطنية - لحدّ يصل للإندام - في الرقابة على أحكام التحكيم

22- المحامي الدكتور هيثم علي، محامٍ مقيد أمام محكمة النقض المصرية، متخصص في مجال المنازعات الدولية والقضايا
المتعلقة بالعقوبات الاقتصادية الدولية، حاصل على درجة الدكتوراه من جامعة مونيخ بفرنسا عن أطروحة متعلقة
بالممارسات المقيدة للمنافسة ومدى جواز تطبيق قواعد قانون المنافسة من أفراد القانون الخاص، يعمل شريك بمكتب علي
ومشاركوه - محامون بالقاهرة، ويقوم بتدريس أحكام قانون المنافسة لطلبة الدراسات العليا كأستاذ زائر بجامعة
السوربون - باريس I بالقاهرة.

23- المحامي عبد الرحمن مهدي، محامٍ مقيد بنقابة محامين القاهرة، يمارس المحاماة من خلال مكتب علي ومشاركوه - محامون
بالقاهرة، حاصل على درجتي الليسانس والماجستير في القانون من جامعة السوربون - باريس I، ودرجة الليسانس في
القانون من جامعة القاهرة، ومتخصص في مجال التحكيم الدولي.

24- محكمة إستئناف باريس، ميرتون ستيماشيب Myrtoon Steamship، 10 ابريل 1957.

25- المستشار الدكتور هشام إسماعيل، الحماية الدولية لأحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى،
صفحة 17، حيث نص على: ("إن الثمرة الحقيقية للتحكيم تتمثل في الحكم الذي ينتهي إليه المحكمون، ومن ثم، فإنه إذا لم
يبادر المحكوم عليه إلى تنفيذ هذا الحكم طوعاً واختياراً، فإنّه يغدو مجرد "مداد على ورق"، وإذا لم توجد في الوقت نفسه
وسيلة لإجباره على ذلك، بات حكم التحكيم مجرداً من القيمة").

الصادرة نفاذاً لإتفاقيات دولية - ثنائية كانت أو جماعية - تتعلق بتشجيع وحماية الاستثمارات الخارجية فيما بين الدول أطراف الإتفاقية، ومنها على وجه الخصوص الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية.

3. لن يشمل هذا التعليق البحث في صحة ما انتهى إليه حكم محكمة إستئناف القاهرة في حكمها محل التعليق ("حكم البطلان") عن مدى إختصاص القضاء المصري بنظر دعوى بطلان أحكام التحكيم الصادرة وفقاً للإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، إذ قضت محكمة النقض المصرية مرتين بإختصاص القضاء المصري بنظر دعوى البطلان المتعلقة بالحكم التحكيمي الصادر في النزاع المقام بين دولة ليبيا وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده ("حكم التحكيم") كون جمهورية مصر العربية مقراً لذلك التحكيم، وحيث لم يأت حكم البطلان بحجج مغايرة لما استندت عليه محكمة النقض في شأن الإختصاص، بما مفاده التعليق على قضاء حكم البطلان في مسألة الإختصاص لا يعدو إلا أن يكون تعليقاً على ما قضت به محكمة النقض في هذا الشأن، لذا سينحصر هذا التعليق على أسباب حكم البطلان في قضائه ببطلان حكم التحكيم.

4. إنتهج حكم البطلان نهجاً خاصاً في بحث مدى توافر أسباب البطلان الواردة بقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، مستنداً على ما انتاب هيئة المحكمة الموقرة من 'إحساس قانوني يصعب تجاهله'²⁶ تجاه حكم التحكيم 'المطعون فيه'²⁷، إذ رأت هيئة المحكمة الموقرة أن 'الأمر البارز فيه [حكم التحكيم] - يقفز إلى العين - يتمثل في ضخامة مبالغ التعويض المحكوم بها'²⁸، وقد استهدف حكم البطلان تحقيق صحة قيمة التعويض المحكوم به تحكيمياً مستنداً على أنه 'بالنظر إلى الصورة الكلية أو الإطار العام للنزاع التحكيمي ومظاهره وعناصره الواقعية، فإنه يمكن وصف هذا التعويض بكونه تعويضاً عاصفاً غير مبرر بالمرة، مخالفاً لطبيعة الأشياء، ما كان في الوسع

26- ألفقرة الثانية عشرة من حكم البطلان.

27- إستخدم حكم البطلان رقم 39 لسنة 130 لفظة "حكم التحكيم المطعون فيه"، السطر الأول بالقسم (أ) المعنون "النزاع التحكيمي"، الفقرة السادسة عشرة من حكم البطلان.

28- ألفقرة العاشرة من حكم البطلان.

توقعه عقلاً وقانوناً²⁹، موصفاً سلوك الشركة المحكّمة أثناء الدعوى التحكيمية فيما يتعلق بمطالبتها بالتعويض "بالسخر ذاته" معيياً على الحكم التحكيمي مسيرته سخر الشركة المحكّمة وانقياده إليه وتعامله معه بجديّة وبمنطق عاجز وحجج واهية سقيمة، فصار الحكم التحكيمي - في رأي حكم البطلان - سخيّاً عبثياً، يتسم بالقوة المفرطة، يؤذي العقل والقانون ومدلول العدالة والإنصاف³⁰.

5. إستطرد واستزاد حكم البطلان في استخدام ألفاظ وعبارات تصف سلوك الحكم التحكيمي بما لا يُستحسن، فأدخل على القارئ الخلط في ماهية ما يقرأ، إذ يعتاد القارئ القانوني على تلك الصياغة الحادّة ممن يتدنّون بروب المحاماة بصفتهم مدافعين عن مصالح وحقوق من يمثلوهم، متناظرين مع أفرانهم بصفتهم أنداداً، مستخدمين لغة حادة تهدف لنقض وهدم حجج نظرانهم، مستهدفين وضع نظرانهم موضع المخالف للقواعد الحاكمة، مدّعين تقصيرهم في واجباتهم، وإنهم غير محقّين في طلباتهم.

6. وقد ساق حكم البطلان العديد من الحجج والأسانيد لحمل قضائه ببطلان الحكم التحكيمي، يمكن إجمالها في (أولاً) سلطة محكمة البطلان في رقابة أسباب حكم التحكيم لبحث عدم مخالفتها للنظام العام، (ثانياً) حدود حصانة حكم التحكيم فيما يتعلق بالسلطة التقديرية بتقدير التعويض.

أولاً- سلطة محكمة البطلان في رقابة أسباب حكم التحكيم لبحث عدم مخالفتها للنظام العام:

7. بعدما سطرّ حكم البطلان ما استقر عليه القضاء في شأن النطاق العام لدعوى البطلان وانفاقه معه بأن "لا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم"³¹، بل وأضاف أن "أخطاء الحكم المتعلقة بعيوب في التقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرورة موصوماً بالبطلان"³²، أفرد حكم البطلان أن ذلك لا يحرم قاضي البطلان من "تقدير عمّا إذا كان الحكم قد تضمّن - في أسبابه المؤثرة في

29- ألفقرة العاشرة من حكم البطلان.

30- ألفقرة العاشرة من حكم البطلان.

31- ألفقرة الأولى من حكم البطلان.

32- ألفقرة الأولى من حكم البطلان.

محصلته أو في منطوقه - عدواناً، حقيقياً وواضحاً، على قواعد النظام العام، تلك ذات الأصول اليقينية الثابتة، من عدمه"³³.

8. ولا خلاف على عدم إمكانية تحديد وحصر فحوى قواعد النظام العام³⁴، إلا أنه من المسلم به أنها لا تحتوي على ما يمسّ مصلحة الفرد وحده وإنما تتعلق بجموع المجتمع حيث أنها مجموعة من الأصول والقيم التي تشكّل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو إجتماعية، أو إقتصادية أو خلقية وهي بهذه المثالية مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً عالياً في صورة قواعد قانونية أمرة تحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخالف بها وبالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي يقرّها بعضاً منهم قبل البعض الآخر من ناحية أخرى³⁵، وعلى الرغم من كون الحكم التحكيمي متعلق بمنازعة استثمارية دولية، إلا أنه يحاكم بدعوى بطلان إستناداً لنص المادة 53 من قانون التحكيم المصري التي تجيز إبطال حكم التحكيم حال مخالفته للنظام العام في جمهورية مصر العربية³⁶، دون النظام العام الدولي - في رأي بعض الفقه-³⁷.

9. وعلى خلاف ما استقر عليه الفقه من وجوب تفسير النص تفسيراً ضيقاً في حالات قبول دعوى البطلان³⁸، توسّع حكم البطلان في مفهوم قواعد النظام العام حيث أدرج بداخله القواعد الأولية الضرورية التي تلازم ضوابط ومعايير العقل وتفرضها حقائق

33- الفقرة الأولى من حكم البطلان.

34- ألكسندر ج. بيلوهلافك، التحكيم، النظام العام والقانون الجنائي.

35- دكتور مصطفى الجمال ودكتور عكاشة عبد العال، ألتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، أجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 1998.

36- ألقرة 2 من المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

37- دكتورة سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، صفحة 301، بند 175.

38- دكتور فتحي والي، ألتحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، صفحة، بند 394.

الأشياء³⁹، فضلاً عن إدراجه في مفهومه "مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة المتطورة والمرنة"⁴⁰.

(أ) خروج قواعد المنطق والقواعد الطبيعية من مفهوم النظام العام:

10. أسس حكم البطلان قضاءه على إنطواء الحكم التحكيمي على "علوَّ ياباه العقل"⁴¹، إذ قضى بتعويض مبالغ فيه إلى حد يفوق قواعد المنطق وقواعد الطبيعة⁴²، مستنداً على أن القواعد التي تلازم ضوابط ومعايير العقل تندرج تحت قواعد النظام العام، فضلاً عن أن مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس العدالة هي المصدر الأساسي الذي يتم الإلتجاء إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام، ومن ثم فلا يجوز للمحكّم أن يتجاوزها أو يهدرها أو يتجاهلها على نحو مفرط.

11. ويفهم من هذا التأسيس أن حكم البطلان يعتبر مخالفة القواعد العقلية والمنطقية أو مخالفة القواعد الطبيعية هي في حقيقتها مخالفة للنظام العام يترتب عليها ذات الجزاء المترتب على مخالفة قواعد النظام العام وهو البطلان، رغم ما استقر عليه الفقه من أن قواعد القانون الطبيعي أو قواعد العدالة لا يترتب عليها جزاء يكفل إحترامها، إذ أنها تكون في مرتبة أقوى من مجرد القاعدة الأخلاقية وأضعف من مرتبة قواعد القانون الوضعي⁴³، وذلك على خلاف قواعد النظام العام الذي هو في الأصل قاعدة قانونية أمره⁴⁴، ملزمة ولها جزاء يجعلها واجبة الإلتباع ويحفز الناس على احترامها، مما يعني أن إدراج قواعد العقل والقانون الطبيعي وقواعد العدالة تحت قواعد النظام العام، يجب أن تكون، على أقل تقدير، من القواعد القانونية الملزمة، إلاّ أنّها غير ذلك كونها قواعد

39- ألفقرة الثانية من حكم البطلان.

40- ألفقرة التاسعة من حكم البطلان.

41- ألفقرة السادسة عشرة من حكم البطلان.

42- أشار حكم البطلان إلى ذلك صراحة في الفقرات 3-4-10-11-12-13-14-15-16-17-21-22-23-24 من حيثياته، وضمناً في غيرها.

43- دكتور سليمان مرقص، أوافي في شرح القانون المدني، ألمدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، صفحة 51.

44- دكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 525، حيث أورد في كتابه أن: (يُقترن إستعمال إصطلاح النظام العام بالكلام عن القواعد القانونية الأمرة).

إختياريّة تُتَّبَع ولا يُرغم على إتباعها، ولا يُقدح في ذلك إعتبارها من المصادر الرسمية للتشريع، إذ أن ذلك مشروط بوجود فراغ تشريعي⁴⁵، أمّا إذا كان التشريع دون فراغ في المسألة فإن شرط إعتباره مصدرًا رسميًا لا يتوافر، ولا تقرب في هذه الحالة من القواعد التشريعية.

12. بالإضافة إلى ذلك، فإن إدراج قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة تحت قواعد النظام العام يجعلها غير قابلة لإتفاق الأطراف على ما يخالفها⁴⁶، وهو ما يتنافى مع طبيعتها كونها - كما أسلفنا - قواعد غير ملزمة لا جزاء على مخالفتها، وذلك بخلاف قواعد النظام العام.

13. وقد أقر حكم البطلان ذاته أن لا جزاء لقاعدة الدين أو لقاعدة الأخلاق إلا جزاءها الوضعي، وأن هذا الجزاء يترتب باعتبارها قاعدة قانونية صرفة ملزمة⁴⁷، إلا أنه سرعان ما استند على حقائق الطبيعة واللوازم المنطقية الضابطة المتصلة بيقظة العقل الإنساني كونها قواعد عقلية عدلية وموجهات عليا⁴⁸، سعيًا منه لوجود سند قانوني لتدخل قاضي البطلان في حدود قانونية محدودة وضيقة " ليقول كلمته بالبطلان في شأن حكم التحكيم الذي غاب عنه - في رأي حكم البطلان - الكثير من اللوازم العقلية، إذ "لا يمكن للمحكم أن يتمتع بسلطة كاملة ومطلقة لا قيد عليها ولا عاصم من جموحها أو إنحرافها"⁴⁹.

(ب) خروج مبادئ القانون الطبيعي وعدم الإتصاف من مفهوم النظام العام الدولي:

14. في معرض نسج حكم البطلان لقاعدة قانونية تتعلق بعدم المساس الفاضح لمفهوم العدالة، وترتيب جزاء إستبعاد العمل أو الفعل أو التصرف القانوني أو الحكم المنطوي على ظلم جسيم وإهداره، إستند على أن " مبادئ القانون الطبيعي القائمة على أسس

45- دكتور سليمان مرقص، ألواني في شرح القانون المدني، أمدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين المدني، صفحة 449.

46- دكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 525.

47- ألفقرة التاسعة من حكم البطلان.

48- ألفقرة السادسة عشرة من حكم البطلان.

49- ألفقرة الثانية من حكم البطلان.

العدالة المتطورة والمرنة - ألتى تدخل في مكونات كل قانون - هي المصدر الأساسي أو المعيار الذي يتم الإلتجاء أو الإشارة إليه عند تحديد نطاق قواعد النظام العام الدولي، ذلك الذي يتجاوز الحدود القانونية والثقافية الإقليمية⁵⁰، وسعى حكم البطلان بربط نطاق قواعد النظام العام الدولي بمبادئ القانون الطبيعي، ليرتب جزاء القاعدة القانونية على القاعدة الطبيعية تحت نطاق قواعد النظام العام الدولي.

15. واستزاد حكم البطلان أنه استناداً للأصول القانونية المحسومة في النطاق الدولي، يجوز إبطال حكم التحكيم إن كان معيباً بعيب الغش والإحتيال أو في الحالات التي يثبت فيها مخالفة هيئة التحكيم لمفاهيم العدالة المستقرة والمعايير الدنيا للإنصاف، موضوعية كانت أو إجرائية⁵¹.

16. والبيّن أن حكم البطلان سعى للنظام العام الدولي والأصول القانونية المحسومة في النطاق الدولي، ليستند عليها في بطلان الحكم التحكيمي نتيجة إخلاله - وفق رأي حكم البطلان - بقواعد العدالة المستقرة وعدم الإنصاف، إلا أن هذا المدخل المُتّبني من حكم البطلان غير مُتفق عليه فقهاً، حيث أنّ الثابت أن النظام العام سند البطلان هو النظام العام الداخلي وفق صريح نص المادة 53 من قانون التحكيم المصري، وإنّ توسّع الفقه في الأخذ بالنظام العام الدولي لبطلان حكم التحكيم، فإنّ هذا مشروط بتحديد مفهوم النظام العام الدولي وفق المفهوم الوطني له، حيث انتهى رأي من الفقه على أنّ المفهوم بعدم إقران المشرع المصري لفكرة النظام العام بلفظة "الدولي" لا يمنع من أن حكم التحكيم يتوجب عليه "أن يكون (...) متوافقاً مع المفهوم الوطني للنظام العام الدولي"، وأنه "من المفهوم بل ومن المنطقي أن يكون المقصود بلفظ النظام العام (...)", النظام العام الدولي المتعارف عليه في إطار النظرية العامة للقانون الدولي الخاص⁵²، وبموجب هذا الرأي، فإن النظام العام في مفهومه الداخلي يهدف لحماية القانون الداخلي والذي يمنع أطراف أي عقد من الإتفاق على ما يخالفه، أمّا النظام العام الدولي هو إستثناء يعترض به تطبيق أحكام قانون أجنبي تتنافى مع المبادئ والقيم الإقتصادية

50- ألفقرة التاسعة من حكم البطلان.

51- ألفقرة الخامسة عشرة من حكم البطلان.

52- ألدكتورة حفيظة السيد الحداد، ألموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

2007، ص 478.

والاجتماعية والسياسية لمجتمع الدولة⁵³، وكما لقواعد القانون الدولي الخاص المادية، فإنه غالباً ما تضيف صفة الدولية على القاعدة ليناً وهوناً ما، فيكون النظام العام الدولي ذو فحوى أضيق من النظام العام الداخلي، لأن كل ما يدخل في النظام العام الدولي يمثل خطراً على القواعد الداخلية التي تستأهل من حاميتها - النظام العام الداخلي - أن يتصدى لها.

17. وحيث قد ثبت أن قواعد القانون الطبيعي أو مفاهيم العدالة المستقرة وقواعد الإنصاف لا تدخل في نطاق النظام العام الداخلي، فيصعب إدراجها بمفهوم النظام العام الدولي المتسم بالمرونة عن النظام العام الداخلي، وذلك لما سلف بيانه من كونه قواعد إستثنائية تطبق على العلاقات ذات الطابع الدولي، كونها أقل حدة من القواعد الداخلية العامة وأكثر منها ليناً لتنماشى مع إحتياجات العلاقات الدولية لأن "مقتضيات النظام العام فيه // تنكمش وتضيق عنها" في العلاقات الداخلية⁵⁴، وقد خالف حكم البطلان ما إستقر عليه فقهاً في هذا الشأن.

أولاً- حدود حصانة حكم التحكيم فيما يتعلق بالسلطة التقديرية بتقدير التعويض:

18. إستند حكم البطلان على أن لهيئة التحكيم سلطة لا يجب الإنحراف عند إستعمالها، أو تجاوز حدودها من مراعاة الأصول القانونية والأطر العقلية الثابتة، إذ وجب عليها الإلتزام بحدود القيود والضمانات الحيوية التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكولة إليها⁵⁵، وانتهى حكم البطلان إستناداً على ذلك أنه "لا حصانة لكل سلطة طليقة تحكيمية - ترمي شباكها حيث تشاء وترغب - أو مفرطة في الشدة، خاصة عندما تتمخض شططاً مجافياً لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية"⁵⁶.

19. إستند حكم البطلان على أن الحكم التحكيمي لم يأخذ بمبدأ تناسب التعويض مع الضرر⁵⁷، بل أضاف حكم البطلان أنه "من غير المنطقي التعويض عن ضرر غير

53- دكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 525.

54- دكتور أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند 525.

55- ألفقرة الثالثة والعشرون من حكم البطلان.

56- ألفقرة الثالثة والعشرون من حكم البطلان.

57- ألفقرة الثانية عشرة من حكم البطلان.

موجود أو غير ثابت⁵⁸، وأعاب على الحكم التحكيمي إستناده على "تقارير خبرة حسابية صادرة عن عدة مكاتب مالية ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية معدة ومجهزة سلفاً مقدّمة إليها من جانب المحكمة وحدها"⁵⁹، وذهب حكم البطلان إلى بحث موضوع النزاع ودراسة جوانبه لتبيان مدى تحقق الفرصة الإستثمارية ومدى استحقاق التعويض من عدمه، وانتهى قضاء البطلان أن عقد الإستثمار سند الدعوى التحكيمية لا ينهض لقضاء التعويض منفرداً، ولزوم تنفيذ المشروع محل عقد الإستثمار وتوافر معطيات الربح حتى يصح قضاء التعويض⁶⁰.

20. وما ساقه حكم البطلان من أسباب متعلقة بحق قاضي البطلان بمراجعة أسباب حكم التحكيم تحت ستار النظام العام ومراقبة تقدير التعويض المقضي به ليس بجميعة مستحدث، فقد أثرت تلك المسائل مسبقاً في أحكام بطلان أحكام تحكيمية مغايرة - صدر أحدها عن ذات الدائرة الموقرة مصدرة حكم البطلان محل هذا التعليق - وانتهت محكمة النقض في شأنها بالغاء وترسيخ حدود نطاق دعوى البطلان، والتأكيد على أن قاضي البطلان لا سلطان له في مراقبة تقدير حكم التحكيم لموضوع النزاع، أو تقدير التعويض المقضي به ولو إتّصف بالمغلاة.

أ- إستبعاد رقابة القضاء الوطني عن سلطة المحكم في تقدير التعويض وإن إتّصف تقديره بالمغلاة:

21. إستقرت مسألة خروج تقدير التعويض من تحت طائلة رقابة قضاء البطلان فقهاً وقضاً، فللمحكم السلطة التقديرية الكاملة للقضاء بإستحقاق التعويض من عدمه أو تقييمه وإن أخطأ في ذلك، "إذ لا تُقبل إدعاءات بطلان حكم التحكيم المؤسسة على خطأ الحكم التحكيمي في التقدير أو للخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله"⁶¹، فمن الثوابت القانونية القضائية في شأن دعاوى البطلان أن ليس لقاضي البطلان مراجعة حكم

58- ألفقرة الرابعة والعشرون من حكم البطلان.

59- ألفقرة السابعة عشرة من حكم البطلان.

60- ألفقرة الثالثة والعشرون من حكم البطلان.

61- أستاذ إسماعيل إبراهيم الزيايدي، في التحكيم واجتهاد القضاء (نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم)، بند 46،

صفحة 60.

التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، يستوي في ذلك أن يكون المحكمون قد أصابوا أو أخطأوا عندما اجتهدوا - حتى لو أخطأوا - فإنّ خطأهم لا ينهض سبباً لإبطال حكمهم، إذ إن دعوى البطلان تختلف عن الطعن بالإستئناف، وأنّ التحكيم طريق إستثنائي لفض المنازعات قوامة الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، حيث أن إختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يرتكن أساساً لحكم القانون الذي أجاز إستثناءً سلب ولاية جهات القضاء⁶²، ومن ثم فطاق دعوى البطلان في أحكام التحكيم تغاير في مجملها طرق الطعن العادية أو غير العادية، ولا تستبدلها أو تقوم مقامها⁶³.

22. إستهل حكم البطلان فقراته بإثباته للمستقر عليه قضاءً، مستخدماً ذات عبارات محكمة النقض المصرية من أن "لا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم"، وأن قاضي البطلان لا يملك "تصحيح أو إتمام النتائج التي أثبتتها المحكم أو ردّ الأمور إلى نصابها أو يقوّم أو يصحح ما يكون في حكم التحكيم من عوج"، إلاّ أنه سرعان ما عاود في ذات الفقرة بمنح قاضي البطلان سلطة الرقابة على حكم التحكيم المتجاوز ضوابطه وأطره الجوهرية أو عطّلها⁶⁴، وإستطرد حكم البطلان في وصف ما يستند عليه من أسباب بطلان والمتعلقة بالتعدي على الضوابط العقلية، والشرائط العدلية، وضرورة دفع الظلم الفاحش المستند على عدم التناسب بين ما قُضي به من تعويض والضرر الحقيقي المتعلق بالنزاع المعروض.

23. وقد سبق وأصدرت ذات الدائرة الموقرة حكماً في الدعاوى أرقام 11، 12، 14 لسنة 132 قضائية ببطلان حكم تحكيم مؤسسي مستندة فيه على أسباب تشابه في مجملها ما استندت عليه بحكم البطلان محل التعليق، وعلى الأخص ما يتعلق منها من رقابة القضاء على تسبب أحكام التحكيم، وما لقاضي البطلان من سلطة في القضاء بالبطلان - تحت لواء النظام العام - حال وجود مخالفة في أسباب الحكم كانت حيوية وحاسمة

62- محكمة النقض المصرية، أظعن رقم 11713 لسنة 89 قضائية، جلسة 27 فبراير 2020.

63- ذهب فريق من الفقه أن: ("أوصد المشرع طرق الطعن العادية وغير العادية ضد أحكام المحكمين واستبدلها جميعاً بدعوى البطلان")، المستشار إسماعيل إبراهيم الزيايدي، في التحكيم واجتهاد القضاء (نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم)، بند 47، صفحة 63.

64- الفقرة الأولى من حكم البطلان.

في ما انتهى إليه⁶⁵، إلا أن محكمة النقض المصرية نقضت ذلك الحكم موردة في أسبابها رداً على ما أثاره الحكم الصادر من محكمة إستئناف القاهرة الموقرة مؤكدة على ما إستقرّ قضاءها عليه، معلية شأن كلمة القانون، حيث قضت على أن "وكان هذا الذي ذهب إليه الحكم المطعون فيه ليس من بين حالات البطلان التي أوردها المادة 53 من قانون التحكيم على سبيل الحصر، ذلك أن إستخلاص توافر ركن الخطأ وتقدير التعويض عنه من سلطة هيئة التحكيم ويتعلق بفهم الواقع في النزاع المطروح عليها وكان المشرع لم يجعل خطأ المحكمين في إستخلاص وقائع النزاع أو قضائه بالتعويض جملة دون بيان عناصر الضرر أو مبالغته في تقدير التعويض - من الأسباب التي تجيز طلب إبطال الحكم، إذ هي من مسائل الواقع *questions of fact* التي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم وليست من حالات بطلان حكم التحكيم، ولا يتسع لها نطاق هذه الدعوى حسبما تقدم بيانه، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان حكم التحكيم فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يعيبه ويوجب نقضه"⁶⁶.

24. بل وأضافت محكمة النقض في ذات الحكم رأيها في النعي على مغالاة حكم التحكيم في تقدير التعويض المحكوم به على نحو جزافي تحكّمي، وقضت برفض هذا النعي تطبيقاً للأحكام القانونية المحددة لأسباب دعوى البطلان، مقررة عدم المساس بحكم التحكيم أيًا كان وجه الرأي في كيفية تقدير التعويض من جانب هيئة التحكيم⁶⁷، والجدير بالذكر في هذا الشأن أن هيئة التحكيم في تلك الدعوى قد رفضت الإستناد على تقارير الخبراء المقدّمة من الشركة المحتكمة لحساب التعويض وقامت بتقدير التعويض بصورة جزافية مرتكئة على أنها الخبير الأعلى وأن لها سلطة تقدير التعويض الجابر للضرر، واللافت للنظر أن حكم البطلان المشار إليه سلفاً والمقضي بنقضه أعاب في أسبابه على هيئة التحكيم لترحها تقارير خبرة فنية معدّة من قبل المحاسب القانوني للشركة المحتكمة في تلك الدعوى "مكتب إيرنست أند يانج" والثابت بها عناصر الضرر الذي لحق بالشركة المحتكمة في هذه الدعوى، وأضاف الحكم المستشهد به أن هيئة التحكيم إستبعدت

65- محكمة استئناف القاهرة، الدعاوى أرقام 11، 12، 14 لسنة 132 قضائية، جلسة 16 يناير 2016.

66- محكمة النقض المصرية، أطعون أرقام 3698 و31000 و3299 لسنة 86 قضائية، جلسة 13 مارس 2018.

67- محكمة النقض المصرية، أطعون أرقام 3698 و31000 و3299 لسنة 86 قضائية، جلسة 13 مارس 2018.

وأسقطت أوجه الضرر التي كانت مطروحة من جانب الشركة المحكّمة وجاء حكمها خالٍ من بيان عناصر الضرر الذي لحق بالشركة المحكّمة رغم ورودها في تقارير الخبراء بما يوجب إبطاله⁶⁸، وعلى الرغم من هذا الرأي السابق، أعاب حكم البطلان محل هذا التعليق إستناد هيئة التحكيم في تقديرها للضرر على تقارير خبرة حسابية صادرة عن عدة مكاتب مالية ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية معدّة ومجهّزة سلفاً مقدّمة من جانب المحكّمة وحدها⁶⁹.

25. ولا حاجة في هذا المقام لذكر المسلمات المستقر عليها فقهاً وقضاءً في اللجوء للخبراء في المسائل المتخصصة⁷⁰، سواء كانت فنية أو قانونية، إستناداً لإمكانية تكوين هيئة التحكيم من محكمين من مختلف التخصصات أو ممن دون تخصص⁷¹، ويظهر هذا جلياً في تحكيمات الإستثمار التي تُشكّل فيها هيئات التحكيم من جنسيات مغايرة لجنسيات أطراف الدعوى التحكيمية، فيغدو مألوفاً عدم علمهم بمسائل قانونية وطنية مرتبطة بالنزاع، كونهم من غير المتخصصين فيه ويحق لهم اللجوء لخبراء قانون لإبداء الرأي في "إستنتاجات قانونية"⁷²، إذ يظل في نهاية الأمر رأي يحق لهيئة التحكيم أن تأخذ به أو تطرحه، ومن ثم يُعدّ ما ساقه حكم البطلان من ألفاظ عامة مآلها أنه "لا يسمح لأي شاهد أو خبير أن يعطي رأيه في إستنتاجات قانونية أو أن يحدد قانون الدعوى" مخالف لما استقر عليه من إمكانية اللجوء للخبراء الفنيين والقانونيين في التحكيم لتقديم الرأي لها في دراسة موضوع النزاع فنية كانت أو قانونية، ومنها مسألة تقدير التعويض كونها مسألة موضوع، والتي تختص بالفصل في شأنها هيئة التحكيم دون غيرها ولا يكون - تطبيقاً لذلك - للمحاكم الوطنية ولاية للفصل في الأمر⁷³.

68- محكمة استئناف القاهرة، الدعوى أرقام 11، 12، 14 لسنة 132 قضائية، جلسة 16 يناير 2016.

69- ألفقرة السابعة عشرة من حكم البطلان.

70- ألدكتور فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، بند 253.

71- ألدكتور فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، البند 154.

72- نصت الفقرة السابعة عشرة من حكم البطلان على أن: ("من القواعد الراسخة، أنه لا يسمح لأي شاهد أو خبير أن يعطي رأيه في إستنتاجات قانونية أو أن يحدد قانون الدعوى").

73- ألدكتور إسماعيل إبراهيم الزبدي، في التحكيم واجتهاد القضاء (نحو تدخل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم)، بند 46، صفحة 61.

ب. سلطة قاضي البطلان لمراجعة حكم التحكيم لتوافر عناصر المسؤولية العقدية الموجبة للتعويض:

26. رغم أننا لسنا في معرض دراسة موضوع الحكم التحكيمي موضوع حكم البطلان محل التعليق، إلا أنّ تعرّض حكم البطلان لمسائل موضوعية تتعلق باشتراط تمام تنفيذ عقد الإستثمار برمته حتى تنهض مسؤولية أحد المتعاقدين ويستحق الطرف الآخر تعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة، تثير الفكر سعياً للإستيثاق منها لما لها من أهمية في مجال قضايا التعويضات قضائية كانت أو تحكيمية، حيث أن قراءة حكم البطلان تؤدي إلى اشتراط تنفيذ العقد (عقد الإستثمار في القضية المطروحة) لتحقيق الفرصة الإستثمارية ولا يكفي لتحقيقها إبرام العقد صحيحاً ونفاذاً، وأفرد حكم البطلان فقرات في وصف عقد الإستثمار موضوع النزاع الذي ظل - في نظر حكم البطلان - سلبياً محضاً، بلا جسد مادي، ولا روح⁷⁴، مستطرداً أن المشروع المأزوم (موضوع عقد الاستثمار) لم يبدأ تنفيذ أيّ من "خطواته الرئيسية"، وأنه ظلّ مجرد أرض مضطربة (قانونياً وواقعياً) بلا تسليم هادئ أو تراخيص [...] متنازع حولها، مع سلسلة متصلة من العقبات والعوائق والشكاوى⁷⁵، بحيث إعتبر حكم البطلان المشروع محل النزاع "غير مرحّب به أصلاً"⁷⁶، كونه انصبّ على نشاط سياحي طويل الأمد في بلد "غير جاذب للسياحة في الأصل"⁷⁷، مما أثار على قيام المشروع وتنفيذه حيث "انكفأ المشروع دون إيماء وتاه بلا أمل، بسبب اصطدامه بواقع ليبي معاكس، بيروقراطية ثقيلة أو قلة تبصّر أو عناد أو فساد أو شلل إداري، أيّاً كان الأمر فقد ضاع المشروع وتعثر وأحبط في مهده"⁷⁸.

27. وبغضّ النظر عن ما ساقه حكم البطلان من أسباب - في حقيقتها - تنهض المسؤولية العقدية في حق الدولة مضيئة الإستثمار، وليست أسباباً للنعي على حكم التحكيم لأخذه بمسؤوليتها وتقدير التعويض بناءً على ذلك، إلاّ أن المعنى وراء تلك الألفاظ والتعبيرات

74- ألفقرة التاسعة عشرة من حكم البطلان.

75- ألفقرة التاسعة عشرة من حكم البطلان.

76- ألفقرة التاسعة عشرة من حكم البطلان.

77- ألفقرة العشرون من حكم البطلان.

78- ألفقرة الواحد والعشرون من حكم البطلان.

الواردة بحكم البطلان تهدف إلى إثبات أن الفرصة الإستثمارية الفائتة محل التعويض المحكوم به تحكيمياً لم تكتمل بعد، ولم تكن إلاً أحلاماً وأمالاً للمستثمر، وأن إبرام عقد الإستثمار في ذاته لم يُنشئها أو يجعلها محققة الحدوث حتى تستوجب التعويض عن فواتها، وأنه يجب على المستثمر تنفيذ المشروع برمته حتى تتحقق الفرصة الإستثمارية ليجوز عنها التعويض⁷⁹.

28. إلا أنه من المعلوم علم اليقين أن المشاريع الإستثمارية لا تُبنى على الأحلام والأمانى الطموحة الطيبة كما أورد حكم البطلان، وأنه يسبقها العديد والعديد من الدراسات المالية والإقتصادية والقانونية والإكتوارية والحسابية والقانونية التي يُعدّها المستثمر قبل التعاقد، وتُعدّ مثلثتها الدولة مضيئة الإستثمار أو على أقل تقدير تُراجع ما أعدّه المستثمر، وذلك لقياس وتحديد جدوى الإستثمار وللتأكد والتحقق من أن المشروع الإستثماري محل العقد مربح ومدبراً لعائد إستثماري، فتلك الأرقام والحسابات المعيارية والرسوم البيانية تُشكّل الأسس والأسباب والباعث للقرار الإستثماري الذي ينتج عنه إبرام عقد الإستثمار ذاته، ولا جدال في أن عقد الإستثمار أنشأ التزامات على أطرافه لتحقيق الإستثمار المبتغى منه، ولا شك في أن هناك فائدة ونفع تعودان على طرفي عقد الإستثمار، سواء من خلال مشاركتها العائد أو الربح، أو حصول الدولة المضيئة للإستثمار على مبالغ مالية ثابتة محددة سلفاً في العقد واجبة السداد بغضّ النظر عن ما يحققه المشروع من إيرادات.

29. تلك الدراسات والحسابات المعيارية والرسوم البيانية هي التي دفعت الدولة مضيئة الإستثمار لإبرام عقد الإستثمار في 8 يونيو 2006، أي قبل خمسة أعوام من قيام الأحداث السياسية والعسكرية بها، والذي ألزمها بتوفير بيئة إستثمارية مناسبة للمشروع، وتوفير أرض مناسبة لتنفيذه، تتناسب مع غرضه وتتفق مع الدراسات المعدة لذلك، إذ لا يُقبل منطقاً أن لا يكون المشروع غير مرحّب به - كما ورد في حكم البطلان - في تاريخ إبرام عقد الإستثمار، إذ تنهض هنا - على فرض صحة الوارد بحكم البطلان -

79- نصت الفقرة السابعة عشرة من حكم البطلان على أن: (أرقام خيرة مبنية على فرض جبلي "متوهم" بوجود المشروع السياحي المتفق عليه، قائما ومتكاملا وجاذبا بالفعل للزبان، كأننا مزدهراً نابضاً بالحياة أو أنه ثمرة خصبة مكتملة النمو تُستغل ومُولدة لأرباح متتالية").

أسباب جديدة لمسؤولية الدولة مضيعة الإستثمار، فضلاً عن ما هو مستقر عليه في منازعات الإستثمار الدولية أن تغيير الحكومات أو تعاقبها أو تغيير الأنظمة لا يُعدُّ بذاته سبباً يُعفي الدولة من مسؤوليتها تجاه المستثمرين ومشروعاتهم الإستثمارية التي نشأت في أوقات سابقة، إذ مسؤولية الدول لا تتغير بتغير حكوماتها أو أنظمتها الحاكمة.

30. وعوداً لما إشتراطه حكم البطلان من ضرورة تمام تنفيذ المشروع لإستحقاق التعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة، فقد أورد الحكم أن "المشروع المأزوم لم يبدأ تنفيذ أي من خطواته الرئيسية، بل اقتصر فقط على مجرد تحضيرات وتصوّرات بلا دفع أو حركة [...] فمشروع النزاع ظل مجرد أرض قلقة مضطربة (قانونياً وواقعياً) بلا تسليم هادئ أو تراخيص أو تمويل مالي يذكر"⁸⁰، فأستند حكم البطلان على أن المشروع الإستثماري كاد أن يكون "مشروعاً ورقياً إلا قليلاً"، بسبب أسباب ترجع جميعها - وفق ما ورد بحكم البطلان - للدولة مضيعة الإستثمار، وانتهى حكم البطلان بقضائه بلا تعويض يستحق في تلك الظروف الواقعية إذ أن "الضرر المحكوم بالتعويض من أجله كان متوهماً"⁸¹، إلا أن التساؤل المثار - في ضوء ما انتهى إليه حكم البطلان - هو كيفية حساب التعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة حال فسخ العقد إستناداً لإختلالات وقعت بين إيرامه وتمام تنفيذ المشروع؟ وماذا لو رُفعت الدعوى التحكيمية من الدولة مضيعة الإستثمار للمطالبة بتعويضات عن فرصتها الإستثمارية الفائتة على فرض إستحقاقها - وفق عقد الإستثمار - لنصيب في إيرادات المشروع الإستثماري؟⁸²

31. أعاب حكم البطلان على الحكم التحكيمي المغالاة في تقدير التعويض، ثم غالى حكم البطلان في عباراته وما انتهى إليه من أحكام قانونية تؤثر في النظام التحكيمي برمته، ما تنبأه حكم البطلان من نهج في مسألة جواز التعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة يغيّر في مفهومها ويربطه بتنفيذ المشروع وتشغيله، ففي رأي حكم البطلان لا فرصة إستثمارية إلا بعد التشغيل وإدراج الربح من المشروع، دون الأخذ في الإعتبار بواعث

80- ألفقرة التاسعة عشرة من حكم البطلان

81- ألفقرة الخامسة عشرة من حكم البطلان.

82- هذا فرض جدلي، إذ أن الأضرار التي يمكن أن تصيب الدولة مضيعة الإستثمار يمكن أن تكون محدودة بسبب إستردادها للأرض المقدّمة للمشروع الإستثماري.

التعاقد ذاته والتي تشكل الدافع للمستثمر لإنفاق وضخ مبالغ مالية لبناء المشروع وتنفيذه وتشغيله، وهي ذات البواعث التي تدفع المستثمر لإحتمال خسائر التشغيل المتعلقة بالسنين الأولى للمشروع، حتى يتحول من الخسائر إلى الربح، فإن المستثمر يتعاقد ويلتزم وينفق ويتحمل الخسائر إيماناً منه بالفرصة الإستثمارية المستقبلية، غير المحققة في رأي حكم البطلان المشترط لتحقيقها أن يكون المشروع قائماً ومتكاملاً وجانِباً بالفعل للزبائن، كأنناً مزدهراً نابضاً بالحياة أو أنه ثمرة خصبة مكتملة النمو تستغل وموعدة لأرباح متتالية»⁸³.

32. كان يمكن لحكم البطلان أن يعيب على الحكم التحكيمي طريقة حساب عوائد المشروع والربح الفائت للتعويض عن الفرصة الإستثمارية، وإقرار أن هناك طرق أنسب لحسابها - رغم دخول هذا في السلطة التقديرية المطلقة لهيئة التحكيم - ولا ينهض هذا سبب لإبطال حكمها إحتراماً للقانون، دون ربط مفهوم الفرصة الإستثمارية بإشتراطات التنفيذ والتشغيل وإدراج الربح، كونها تنشأ مع إبرام عقد الإستثمار، ولو قلّ الإنفاق الإستثماري بين إبرام عقد الإستثمار وفسخه أو إنهائه، وهو الموقف الشائع في تحكيمات الإستثمار. فعلى سبيل الإستشهاد في هذا الصدد، وفي إحدى قضايا تحكيمات الإستثمار الشهيرة قضت هيئة التحكيم المشكّلة وفق قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بتعويض المستثمر عن الفرصة الإستثمارية الفائتة لإنهاء حكومة جمهورية مصر العربية لعقد بيع أرض قد سبق تخصيصها للمستثمر بغرض إقامة مشروع سياحي عليها، وأن ما أقامه المستثمر على أرض المشروع لا يعدو إلا أن يكون سوراً لمحيط الأرض وبناية واحدة فقط، إلا أن هيئة التحكيم قضت بالتعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة مستندة على تقرير خيرة مقدّم من المستثمر لحساب قيمة التعويض عن فوات الفرصة الإستثمارية، متبنيّة منهجية حساب التعويض المعتمدة في هذا التقرير، ومستخدمتها التقديرية في تحديد قيمة التعويض النهائي طبقاً لظروف الواقع في الدعوى⁸⁴.

83- ألفقرة السابعة عشرة من حكم البطلان.

84- قدّم المستثمر في هذا التحكيم تقريراً خيرة لحساب التعويض عن الفرصة الإستثمارية الفائتة وعن قيمة أرض المشروع المشتراة من الحكومة المصرية، إستندت هيئة التحكيم على أحدهما وطرحت الآخر لرفضها طريقة حساب التعويض عن

33. ما استند عليه حكم البطلان لأمر⁸⁵ جُلل في المجال التحكيمي، فمفهومه للنظام العام المتسع الشامل لقواعد العدالة والإنصاف ومبادئ القانون الطبيعي، يضع قاضي البطلان موضع قاضي الإستئناف، ينظر في مدى تعسف الحكم، ومدى ملاءمة نتيجته للموجبات العقلية المنطقية، ولا وزن لحجية الأمر المقضي به المتحلي بها حكم التحكيم في نظر حكم البطلان، الذي أجاز إهدارها لبحث مدى إقامة حكم التحكيم للعدالة⁸⁵، فإبطال الحكم لعدم القضاء بالعدالة هو صميم الرقابة على فحواه، رغم أن إعادة النظر - وإن كانت بحثاً عن العدالة - مراراً في ذات النزاع لهو تبييد للحقوق، وإهدار لما أقره القانون من حصانة لأحكام التحكيم، وتعدّ على إرادة الأطراف المتجهة للجوء إلى التحكيم مستبدين للقضاء الوطني للفصل في النزاع⁸⁶، وقد يؤثر هذا الإتجاه بلا شك على الأمن القانوني للمخاطبين بأحكام القانون، إذ يلزم توضيح النصوص وتبيان الحدود حتى يُستبان للخاضعين لها حدود المباح والمحظور بموجبها، فينتج عن هذا عدم وضوح الرؤية وعدم القدرة على إستنباط مفهوم القضاء لأسباب البطلان، مما يحق معه لأطراف التحكيم إستخدام إراداتهم الحرة والإتفاق على إختيار مقرّ التحكيم في ظل نظام قضائي مستتير، جاذب للمنظومة التحكيمية، يستطيع أطراف العملية التحكيمية برمتهم معرفة المباح والمحظور وما استقر عليه قضاءه، إلاّ أنّه وعلى الرغم من ذلك لا يسع المجتمع التحكيمي إلا إنتظار الجولة القادمة - ولعلّها الأخيرة- لهذا النزاع والحكم المنتظر من محكمة النقض فيه حال تخيّر المستثمر الطعن على الحكم الصادر من محكمة البطلان أمام محكمة النقض.

الفرصة الإستثمارية. (المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار - القضية رقم ع ر ب/15/05 - سياج ضد جمهورية مصر العربية).

85- ألكنتور فتحي والي، ألتحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، بند 323.

86- ألتستشار إسماعيل إبراهيم الزيايدي، في التحكيم واجتهاد القضاء (نحو تدخّل ناعم للقضاء في شؤون التحكيم)، بند 44، صفحة 58.

تعليق الدكتور عبد الحنان العيسى⁸⁷ (سلطنة عمان)

بين العدالة والقانون

حكم البطلان في الدعوى رقم 39 لسنة 130 قضائية، أصادر عن محكمة إستئناف القاهرة -
الدائرة التجارية الأولى جلسة 3 يونيه 2020 (نموذجاً)

تحكيم حكم الخرافي على الدولة الليبية

ملخص البحث: البحث بعنوان " بين العدالة والقانون " تناولت الدراسة إشكالية مخالفة المحاكم للقانون، وذلك بمد رقابتها على الموضوع، مخالفة القانون الذي قيّد حدود الرقابة القضائية، بالرقابة الشكلية في النظر بمدى توافر حالات البطلان المحددة على سبيل الحصر في قانون التحكيم، لدى نظرها بدعوى بطلان أحكام التحكيم، وحدود البحث كانت الأحكام الصادرة في النزاع بين شركة الخرافي والدولة الليبية، وتوصل البحث لعدة نتائج أن حكم محكمة البطلان قد خالف قانون المرافعات المصري وقانون التحكيم المصري والقانون الليبي الواجب التطبيق، وأنه حري بالنقض. إشكالية البحث: تتجلى إشكالية البحث، أنه في الآونة الأخيرة بدأت تصدر عن المحاكم، في معرض نظرها بدعوى بطلان حكم التحكيم، أحكاماً تتجاوز فيها أحكام ونصوص القانون، وما استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقه، وذلك بفرض رقابتها الموضوعية على أحكام المحكمين بذريعة تحقيق العدالة، والنظام العام.

أهمية البحث: تنبع أهمية البحث أنه ينبغي لفقهاء القانون بحث ودراسة، هذا التوجه الجديد من بعض المحاكم، الذي يشكل خرقاً للقانون، بحجة تحقيق العدالة، ممتطية صهوة النظام العام، حيث إن إشهار سيف النظام العام، أمام أي حكم تحكيم لا يروق لمحكمة البطلان، هو منعطف خطير، يهدد نظام التحكيم بشكل كامل.

حدود البحث: بيان مدى تقيّد القضاء بأحكام القانون وما استقر عليه الإجتهد في مجال التحكيم، من خلال دراسة الأحكام القضائية الصادرة بمواجهة حكم التحكيم في النزاع بين شركة محمد بن عبد المحسن الخرافي وحكومة ليبيا، والتطرق لباقي المسائل في القانون والعقد والإتفاقية، بقدر ما تعلق بالبحث فقط.

87- دكتوراه في التحكيم- جامعة الحقوق في سلطنة عُمان.

الكلمات المفتاحية: الخرافي، الحكومة الليبية، حكم تحكيم، دعوى بطلان، تعويض الفرصة الضائعة.

مقدمة: البحث سوف يتناول أهم المسائل القانونية التي تناولها حكم التحكيم في النزاع بين شركة محمد بن عبد المحسن الخرافي وحكومة ليبيا الصادر بتاريخ 2013/3/22م، والأحكام القضائية الصادرة بالدعوى، ويسلط الضوء على حكم البطلان في الدعوى رقم 39 لسنة 130 قضائية، الصادر عن محكمة إستئناف القاهرة - أدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً) جلسة 3 يونيه 2020 بوصفها محكمة بطلان، بمزيد من التدقيق والتمحيص لبيان مدى التقيد والإلتزام بأحكام القانون، وما استقر عليه الإجتهد القضائي في مجال التحكيم.

أولاً- ألعقد موضوع النزاع:

هو عقد إيجار أرض لإقامة مشروع إستثماري سياحي بنظام (B.O.T) أبرم بتاريخ 2006/6/8، بموجبه عهدت الدولة الليبية إلى الشركة الكويتية محمد عبد المحسن الخرافي إقامة مشروع إستثماري سياحي "مشترك" بناحية شاطئ منطقة تاجوراء، بشعبة طرابلس الليبية، وتضمن إيجار قطعة أرض لغرض إقامة ذلك المشروع وذلك طبقاً للقانون الليبي الخاص بتشجيع رؤوس الأموال الأجنبية، على أرض مساحتها تبلغ 24 هكتار (240000 متر مربع) مملوكة للدولة الليبية، والقيمة الإستثمارية تبلغ 130 مليون دولار أمريكي، ومدة الإنتفاع (إمتياز شركة الخرافي) هي تسعون سنة تبدأ من تاريخ إستلام أرض المشروع، ومدة تنفيذ المشروع سبع سنوات ونصف سنة، تقوم شركة الخرافي بتمويل إقامة المشروع وتشغيله - فندق خمس نجوم ومركز تجاري خدمي وشقق فندقية ومطاعم - والتزم الطرف الليبي بأن يسلم الشركة أرض المشروع خالية من كل الشواغل مع ضمان خلوها من العوائق المادية والقانونية، التي تحول دون البدء بالمشروع وتشغيله واستثماره مدة الإنتفاع الإستثماري، مقابل بدل انتفاع سنوي 720,000 دينار ليبي.

ثانياً- إتفاق التحكيم:

تضمن العقد في البند (29) شرط التحكيم التالي: "في حال نشوء أي نزاع بين الطرفين يتعلق بتفسير نصوص العقد أو تنفيذه أثناء سريانه يتم تسويته ودياً، وإذا تعذر ذلك يحال

النزاع إلى التحكيم وفقاً لأحكام الإتفاقية "المُوَحَّدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، تلك الصادرة عام 1980".

ثالثاً- بعض أحكام الإتفاقية "المُوَحَّدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، تلك الصادرة عام 1980 المتعلقة بموضوع البحث:

- (1) ألفصل السادس في تسوية المنازعات نص:
- مادة 25: "تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الإتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الإستثمار العربية".
- (2) مادة 26: "يكون التوفيق والتحكيم، وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الإتفاقية، والذي يُعتبر جزءاً لا يتجزأ منها".
- (3) مادة 27: "يكون لكل طرف اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع في الحالات الآتية:
 - 1- عدم إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التوفيق. 2- عدم تمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة 3- عدم إتفاق الطرفين على قبول الحلول المقترحة في تقرير الموفق. 4- عدم إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم. 5- عدم صدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب".
- (4) مادة 29: "تختص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق احكام الإتفاقية أو الناتجة عنها".
- (5) المادة (10) تنص: "على إستحقاق المستثمر العربي تعويضاً عما يصيبه من ضرر نتيجة قيام دولة طرف أو إحدى سلطاتها العامة أو المحلية بالمساس بأي من حقوق المستثمر العربي".
- (6) المادة (3 فقرة 2) نصت: "تكون الأولوية في التطبيق لأحكام الإتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف".
- (7) المادة (8) من ملحق تنص: "يكون قرار هيئة التحكيم الصادر وفقاً لأحكام هذه المادة، نهائياً وملزماً يتوجب على الطرفين الإمتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره، ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم".

8) **المادة (34)** تنص: "يكون الحكم نهائياً غير قابلاً للطعن، ويكون للحكم الذي تصدره المحكمة قوة النفاذ في الدول الأطراف، ويجري تنفيذه فيها مباشرة كما لو كان حكماً نهائياً قابلاً للنفاذ صادراً من قضائها المختص".

رابعاً- إجراءات التحضير للعمل في المشروع:

1- تم إصدار شهادة عقارية في شهر 2007/9 بتثبيت عقد إيجار لمدة تسعين سنة لصالح شركة الخرافي.

2- في شهر 2007/10 سلّمت شركة الخرافي تصاميم المشروع والبرنامج الزمني لإدارة تنمية وتطوير المناطق السياحية الليبية.

3- عدم قدرة الشركة في البدء بأعمال التنفيذ، بسبب الإعتداءات على عمّالها في الموقع.

4- لقد أبلغت الشركة (الخرافي) رئيس اللجنة الشعبية للسياحة الليبية في شهر 2008/9 بأنها تعاقدت مع:

- شركة هوليداي العالمية لإدارة المشروع.

- شركة هيل انترناشونال لإدارة أعمال تنفيذ المشروع.

- شركة لتصميم والإشراف على تنفيذ المشروع.

- تم تأهيل المقاولين المرشحين لتنفيذ الأعمال في المشروع.

5- أرسلت الشركة (الخرافي) عدة مخاطبات للجهات المختصة في الدولة الليبية، من أجل إزالة كافة العوائق المادية والقانونية، للتمكن من البدء بتنفيذ المشروع وتسليمه بالوقت المحدد.

خامساً- إخلال الدولة الليبية بتنفيذ التزاماتها العقدية:

1- عدم الالتزام بتسليم أرض المشروع خالية من الشواغل والشاغلين، وتأمين حيازة هادئة لأرض المشروع، ومنع التعرض.

2- إعتداء على عمال الشركة من قِبَل أفراد الشرطة الليبية، واعتداء من قِبَل أشخاص يدعون ملكيته أرض المشروع، أدى لتوقفهم عن العمل.

- 3- إقتراح مدير إدارة تنمية وتطوير المناطق السياحية الليبي على الشركة في شهر يناير 2009م بأن تقوم الشركة باختيار موقع بديل لتنفيذ المشروع.
- 4- إصدار وزير الصناعة والإقتصاد والتجارة الليبي في شهر مايو 2010 قراراً بإلغاء الموافقة المسبقة الممنوحة لشركة الخرافي بصدد المشروع، والعدول عنه.
- 5- رفضت الدولة الليبية العودة عن قرار إلغاء الترخيص، كما رفضت دفع مصاريف وخسائر مكتب شركة الخرافي في ليبيا والبالغة (5,746,000 دولار).

سادساً- إجراءات التحكيم:

لعدم الوصول لتسوية ودية بين الطرفين، تقدمت شركة الخرافي بطلب البدء لإجراء التحكيم لأمين الجامعة العربية في شهر مارس 2011، حيث تم اخطار الدولة الليبية بإحالة النزاع للتحكيم، وسمت الشركة محكماً عنها هو الدكتور ابراهيم فوزي وطلبت من الدولة الليبية تسمية محكماً عنها، حيث سمّت الحكومة الليبية السيد محمد الحافي المستشار في المحكمة العليا الليبية محكماً عنها، واتفق المحكّمان على تسمية الدكتور عبد الحميد الأحذب رئيساً لهيئة التحكيم، عقدت جلسة التحكيم وتم:

- ألتحكيم هو تحكيم حر خاضع للإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية.
- تم إعتقاد قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري، لتطبيقها على إجراءات سير الدعوى.
- مكان التحكيم القاهرة - مصر.
- ألقانون الواجب التطبيق هو القوانين الليبية ذات الصلة وخاصةً القانون رقم (5) لعام 1997 تشجيع رؤوس الأموال الأجنبية، والقانون (7) لعام 2004 المتعلق بالسياحة والقانون المدني، والإتفاقية "الموحدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، تلك الصادرة عام 1980.
- دولة ليبيا (الدولة المضيفة للإستثمار) ودولة الكويت (بلد المستثمر) منضمتان للإتفاقية العربية.

- مطالبة الشركة المدعية:

(1) أُلشركة في بداية التحكيم ولجهة حساب رسوم وأتعاب التحكيم، صرحت أن مطالبتها ستكون بحدود 55 مليون دولار، لكن عندما تقدمت بصحيفة الدعوى طالبت بمبلغ 1,145,000,000 دولار، ثم واستنادها لتقارير الخبرة الحاسبية رفعت مطالبتها إلى مبلغ 2,055,530,000 دولار.

(2) قدّمت شركة الخرافي أربعة تقارير محاسبية، من شركات خبرة دولية.

(3) ذكّرت الشركة أن تصرّف الطرف الليبي حال دون إستفادة شركة الخرافي من العين المؤجرة لمدة تسعين سنة، طالبت الشركة بالتعويض عن الضرر المادي والضرر المعنوي إستناداً للمسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية)، وفق المادة 224/أ: من القانون المدني الليبي.

(4) حددت الشركة (الخرافي) عناصر الضرر وهي:

- مبلغ خمسة ملايين خسائر مكتبها في ليبيا.
- مليارين ما فات الشركة من كسب خلال 83 سنة وفق التقارير المحاسبية الأربعة.
- 50 مليون أضراراً معنوية لتأثر سمعة الشركة عالمياً.
- 500 ألف أتعاب محاماة.
- أتعاب ومصاريف التحكيم.
- ألفتائدة على المبلغ المحكوم به.

- أبدأ المستشار الدكتور برهان أمر الله رأياً قانونياً جاء فيه: إن إغاء الترخيص يشكّل ركن الخطأ الجسيم الموجب للمسؤولية العقدية، والقانون لا يمنع أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب مادام لهذا الأمل أسباب مقبولة، وإذا كانت الفرصة أمراً محتملاً فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنه، كما أن التعويض المعنوي يستحق وفق المادة 225/أ.

- دفاع الدولة الليبية:

(1) لم تقدّم الدولة الليبية أية تقارير حاسبية مضادة، بل اكتفت بعدم صحة هذه التقارير، وأنها لا تحتاج لخبرة فنية لدراسة العوار الظاهر في هذه التقارير.

- 2) إذعت أن سبب إلغاء المشروع هو إنتهاء المدة المحددة للمشروع.
- 3) إذعت عدم موافقة الشركة (الخرافي) على موقع بديل لإقامة المشروع.
- 4) إن العقد موضوع النزاع هو عقد إداري ويحق للإدارة فسخه من جانب واحد.
- 5) طلبت رفض الدعوى لإنعدام الأساس القانوني والواقعي لها.

- تم السماح لعدد من الشهود وهم من الخبراء الذين قدّموا تقاريرهم من قِبَل هيئة التحكيم والأطراف، الذين أكدوا أن الأضرار ناجمة عن فرص ضائعة محققة وأكيدة وهي تشكّل كسباً فائتاً، وإن قيمة التعويض هي الحد الأدنى في الظروف التي تسود ليبيا.

تري الهيئة: (أن المشروع هو مشروع إستثماري وانطباق قانون الإستثمار الليبي عليه، وإن إتفاقية الإستثمار العربية الموحدة تُعتبر جزءاً من القانون الليبي، وإن عدم تمكين المحكمة من الحيابة الهادئة للأرض، تكون ليبيا قد ارتكبت خطأً تعاقدياً وفقاً لنصوص القانون المدني الليبي، ويعتبر إخلالاً بالمسؤولية القانونية التي تقضي بوجود تنفيذ العقود بحسن نية وفق المادة 148 من قانون المدني الليبي، وإن إلغاء الترخيص مخالف لنصوص قانون الإستثمار الليبي ولنصوص الإتفاقية، ومخالف للعقد مما يرتب المسؤولية العقدية).

- تم قفل باب المرافعة بتاريخ 2013/3/16، وبدء المداولة، وأصدرت الهيئة حكمها النهائي بتاريخ 2013/3/22م الذي تضمّن:

- 1- تعويض (المحكمة) عن الضرر المادي المباشر (خمسة ملايين دولار).
- 2- تعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق سمعة (المحكمة)، جراء إلغاء المشروع، لذا اضطرت لإلغاء كافة تعاقدها من أجل تنفيذ المشروع مع عدة شركات الدولية مما أثر على سمعتها الدولية (ثلاثين مليون دولار).
- 3- تعويض (المحكمة) عن الربح الفائت الناتج عن فوات الفرصة الضائعة والأكيدة والمحققة (تسعمائة مليون دولار).
- 4- إلزام (المحتمك ضدها) برسوم ومصاريف التحكيم (مليون وتسعمائة وأربعين ألف دولار).
- 5- إلزام (المحتمك ضدها) بفائدة (4%) على مجموع المبلغ المحكوم به من تاريخ صدور الحكم التحكيمي وحتى سداد المبلغ.

صدر الحكم بالأغلبية نهائي غير قابل للمراجعة، ولم يوقّع عليه المحكّم محمد الحافي.

سابعاً - دعوى البطلان والمحكمة المختصة:

(1) مدى جواز تقديم دعوى البطلان: أصدرت محكمة إستئناف القاهرة بتاريخ 2014/2/5 حكماً بعدم قبول الدعوى، لأن حكم التحكيم صدر وفقاً لإتفاقية "الموحدة" لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، تلك الصادرة عام 1980، وعملاً بنصوصها لا يُقبل الطعن فيه، ولو كان بدعوى بطلان، إلا أنه تم الطعن بهذا الحكم بالنقض برقم (6065 لسنة 84 ق) وبتاريخ 2015/11/4 قضت محكمة النقض بنقض الحكم المطعون به، والإحالة لمحكمة إستئناف القاهرة للفصل فيه، مسبباً قرارها أن الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الإتفاقية: حظرت الطعن بحكم المحكمين بالطرق العادية وغير العادية، ولم تحظر إقامة دعوى البطلان.

رأي الباحث: الباحث يؤيد ما انتهى إليه حكم محكمة الإستئناف بعدم قبول الدعوى، للأسباب الذي ذكرها الحكم، وإن ما ذهب إليه محكمة النقض، يناقض مبدأ التفسير الضيق لنصوص المعاهدات، وإن المقصود بنصوص الإتفاقية هو صدور حكم تحكيم غير قابل لأي طرق من طرق المراجعة سواءً بالطعن أو دعوى بطلان، فقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني: تقتضي التعرف على القصد هنا إنما يكون بالعرف أو القرائن والأحوال المصاحبة للعقد أو السابقة له، أو بالألفاظ المقارنة للعقد، ذكر الدكتور محمد الزحيلي في القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة: المراد من المقاصد والمعاني: ما يشمل المقاصد التي تعيّن القرائن اللفظية التي توجد في عقد، فتكسبه حكم عقد آخر كإعقاد الكفالة بلفظ الحوالة، وإعقاد الحوالة بلفظ الكفالة إذا اشترط فيها براءة المدين عن المطالبة أو عدم براءته.

(2) الإختصاص القضائي: صدر عن محكمة إستئناف القاهرة (دائرة 62 تجاري)، بتاريخ 6 أغسطس 2018، الحكم القاضي بعدم الإختصاص الدولي للقضاء المصري بالنظر بدعوى البطلان، لأنها من إختصاص محكمة الإستثمار العربية، وعللت حكمها بأن المادة (2 من الإتفاقية) تنص: "تكون الأولوية في التطبيق لأحكام الإتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف"، ووفق المواد (25-27-29 من الإتفاقية) "فإن المحكمة تختص بما يعرضه عليها أطراف الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الإتفاقية أو الناتجة عنها"، واستقر الإجتهد

المصري على أن "المسلّم به في فقه القانون الدولي العام، أنه إذا تعارضت أحكام المعاهدة مع أحكام قانون داخلي، فإن أحكام المعاهدة وحدها تكون هي الواجبة التطبيق، وإنه وإن كانت الإجراءات في الدعاوي تخضع لقانون القاضي الذي يحكم في الدعوى، إلا أن تلك الإجراءات إذا كانت قد نُظمت بمعاهدة بين بلد القاضي والبلد الآخر، وجب على القاضي إتباع ما نص عليه في المعاهدة، ولو كان مخالفاً لما نص عليه في القانون الداخلي للقاضي، وذلك تطبيقاً لأحكام القانون الدولي العام".

كما أن قانون التحكيم المصري في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 27 لعام 1994: نص " مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر.. " وهذا القيد منصوص عليه كذلك في قانون المرافعات والقانون المدني المصري، وهو تأكيد للإلتزام بمبدأ سموّ المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية، الذي نصت عليه المادة (27) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969م، وحيث أن التحكيم كان وفق أحكام الإتفاقية المؤدّة لإستثمار رؤوس الأموال العربية، فإن ذلك كافٍ بحد ذاته لغلق الطريق أمام المدعين للاعتصام بالقضاء الوطني لأي دولة طرف في الإتفاقية، بما فيها جمهورية مصر العربية، بإقامة دعوى مبتدأة (دعوى بطلان)، لأن الدعوى الحالية تشكّل صورة من صور المنازعات الناتجة عن تطبيق الإتفاقية، والتي ينعقد إختصاص النظر فيها لمحكمة الإستثمار العربية دون غيرها، لذا فإنه ينحسر عن المحاكم الإختصاص بنظر دعوى البطلان.

إلاّ أنه تم الطعن بالنقض بالحكم للمرة الثانية، حيث أصدرت محكمة النقض بتاريخ 10/ديسمبر 2019م، حكمها بنقض الحكم وأحالته إلى محكمة إستئناف القاهرة للفصل به وعللت حكمها بعدم إتباع محكمة الإستئناف، الحكم الناقض بالمسألة القانونية التي فصل بها.

ثامناً - حكم البطلان في الدعوى رقم 39 لسنة 130 قضائية، الصادر عن محكمة إستئناف القاهرة - ألدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً) جلسة 3 يونيه 2020 بوصفها محكمة بطلان:

المسائل التي تضمنها الحكم: تستوجب أمانة البحث العلمي وأصول البحث، أن يتم بيان المسائل التي يراد إيداء الرأي حولها، حيث يورد الباحث عدد من فقرات الحكم بشكل مقتضب ويبدى الرأي حيالها، وفق الآتي:

(1) تنعى وتعيب محكمة البطلان على هيئة التحكيم، بأنها وصفت حكمها بأنه "حكماً نهائياً غير قابل للطعن"، وإته غير قابل للمراجعة:

- رأي الباحث: يعتقد الباحث أن هذا النعي غير سديد، لأن التحكيم يستند إلى الإتفاقية، ونصوص الإتفاقية نصت على ذلك.

(2) بخصوص الإحالة إلى أحكام محكمة الإستئناف السابقة الصادرة في 2014/2/5 وفي 2018/8/6: حيث ورد أنه وتحيل المحكمة إلى مدونات هذه الأحكام معتبرة أسبابها مكملة لأسباب هذا الحكم ومُتممة له، وبالطبع دون أن تتضمن هذه الإحالة التقديرات والحيثيات والدعامات والنتائج المتناقضة مع أسباب الحكم الحالي أو المعارضة لعماده. وعلى أية حال، وبكلمات موجزة وبالقدر الكافي لحمل المنطوق.

- رأي الباحث: يعتقد الباحث أن الإحالة لم تصادف صحيح القانون، لأن كافة هذه الأحكام كانت أحكام شكلية وأسبابها مختلفة.

(3) قاعدة عدم رقابة محكمة البطلان على الموضوع: لقد أقرّ حكم محكمة البطلان في الفقرة (1) أنه بحسب طبيعة دعوى البطلان، فلا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم، كما إن أخطاء الحكم المتعلقة بعيوب في التقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرورة موصوماً بالبطلان، ولا يملك القضاء تصحيح أو إتمام النتائج التي أثبتتها المحكم أو رد الأمور إلى نصابها أو أن يقوم أو يصحح ما يكون في حكم التحكيم من عوّج.

- رأي الباحث: إن ما أورده الحكم قاعدة مستقر العمل بها، لكن في الواقع إن الحكم لم يلتزم بتطبيق هذه القاعدة، وخالفها حيث ذكر في الفقرة (2): "فلا يُحرم قاضي البطلان

من أن يمر على أسباب الحكم فاحصاً إياها، وكذلك يملك القضاء تقدير عمّا إذا كان الحكم قد تضمن - في أسبابه المؤثرة في محصلته أو في منطوقه - عدواناً، حقيقياً وواضحاً، على قواعد النظام العام، من عدمه".

رأي الباحث: أنه ليس من صلاحيات المحكمة فحص أسباب الحكم المؤثرة في محصلته، لأنه لم يتم الدفع بها من قِبَل مدعي البطلان في صحيفة دعوى البطلان، كما أن هذا الدفع ليس من النظام العام، كي تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

(4) تناول الحكم المسؤولية المدنية: في الفقرة (3) وقرّر أنه يحق لمحكمة البطلان أن تستظهر مدى إحترام حكم التحكيم لمبدأ التناسب بين الضرر والتعويض، بحيث يمكنها إبطال الحكم، إذا كان متضمناً تعويضاً مجحفاً، يتجاوز الضرر بشكل فادح.

- رأي الباحث: أن هذا يتعارض مع طبيعة دعوى البطلان، ومع صلاحية محكمة البطلان، ويشكل امتداداً للرقابة على الموضوع.

(5) ذكر الحكم أن القانون ليس بعيداً عن العدالة، ولا العدالة منقطعة عن القانون، وأن المصدر الأساسي لتحديد نطاق قواعد النظام العام الدولي هو العدالة المتطورة والمرنة. رأي الباحث: إنه بالرجوع للحكم نجد خالف هذا المبدأ، ولم يلتزم بتطبيق القانون في سعيه لتحقيق العدالة، بل خالفه بذريعة تحقيق العدالة، ويرى الباحث أن مصطلح العدالة المتطورة والمرنة، هو مصطلح جديد وغريب عن تعريف النظام العام.

(6) ضخامة مبلغ التعويض: ذكر الحكم في الفقرات (10-11-12-13-14-15-16) أن هذا التعويض "عاصفاً غير مبرر"، بني على معطيات نظرية وتصورات مجردة، بلا واقع يسنده، وإستند إلى أن المحامي الوكيل عن شركة الخرافي سبق لشركته أن عرضت أن تدفع - تلك الهيئة - للشركة خمسة ملايين دولار أمريكي، ثم أخذ التعويض يمتد ويتصاعد في تلاحق دراماتيكي، هذا السلوك الصادر عن المحكمة، يعد فعلاً، يشبه السخف، بل هو السخف ذاته. وأنّ حكم التحكيم في ظهور فاضح، قام بتقدير التعويض عن الكسب الفائت، لا بحسابه تعويضاً إحتمالياً عن ضياع الأمل في فرصة الكسب، وإنما باعتباره تعويضاً أكيدا عن ضرر فعلي كان سيقع حتماً في المستقبل. هذه المخالفة الخطيرة للقانون، بحيث تمتد إليه بالضرورة - كما لا يخير - الرقابة القضائية، رقابة البطلان. فالمبلغ المحكوم به للمحكمة عن الكسب الفائت،

تعويضاً ظالماً ظلماً صارخاً مبالغ فيه على نحو مفطر، إصطناعي، فالضرر المحكوم بالتعويض من أجله كان متوهماً - وبحسب الأصول القانونية المحسومة في النطاق الدولي وبشكل عام، فإنه يجوز إبطال حكم التحكيم، وذلك إذا كان معيباً بعيب الغش والاحتيال أو في الحالات التي يثبت فيها مخالفة هيئة التحكيم لأبسط مفهوم من مفاهيم العدالة المستقرة، المعايير الدنيا للإنصاف، موضوعية كانت أم إجرائية.

- رأي الباحث:

يعرض الباحث موقف الفقه والقضاء حول طبيعة التعويض عن الفرصة الضائعة، وأسس تقدير التعويض، ومعايير تقدير قيمة الفرصة الضائعة، والتي هي لب النزاع كما رآه المحكمة:

أ- طبيعة التعويض عن فوات الفرصة:

"بأن القانون لا يمنع من أن يحسب في الكسب الفائت الذي هو عنصر من عناصر التعويض، ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة، ومن ثم فإن تفويت الفرصة على الموظف في الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق وهو في درجته، عنصر من عناصر الضرر، التي يجب النظر في تعويض الموظف عنها، أما القول بأن الضرر الذي يصور في هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة فمردود بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق" (حكم محكمة النقض المصرية 1958/11/3. مجموعة أحكام النقض المدنية. السنة 9 رقم 88. صفحة 684).

"الضرر المحقق واجب التعويض، يشمل الضرر الحال المائل بالفعل، ويشمل كذلك الضرر المستقبل المؤكد الحدوث، والذي يكون إمتداداً طبيعياً ومؤكداً للحالة الراهنة إثر وقوع الفعل الضار، ولم يكن هناك ما يحول دون تحققه ووقوعه في المستقبل" (د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الإلتزام. منشأة المعارف، الأسكندرية، 2005 ص 225).

"الفرصة حتى ولو كانت أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق، وعلى هذا الأساس يجب التعويض عنها" (عبد الرزاق أحمد السنهوري "الوسيط في شرح القانون

المدني الجديد، المجلد الثاني: مصادر الإلتزام". الطبعة الثالثة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، صفحة 978).

الفقه الفرنسي على لسان الدكتور (آلان بيناليان Benabent Alain) "اعتبر الضرر في تفويت الفرصة هو ضرر محقق، فالحصان في السباق مثلاً له فرصة الكسب المرجح في السباق، وهذه الفرصة محققة، وقد ضاعت هذه الفرصة بفعل محدث الضرر المسؤول عن نقل الحصان، وهي عدم نقل الحصان إلى حلبة السباق، ولهذه الفرصة بحد ذاتها قيمة مالية". (حسن علي الذنون، "المبسوط في المسؤولية المدنية" الجزء الأول: الضرر). الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 2006، صفحة 211) نقلاً من رسالة (الحظ والحق Droit et Chance) للدكتور "آلان بيناليان Benabent Alain".

ب- أسس تقدير التعويض: هي المسؤولية المدنية بشقيها (العقدية والقصيرية).

"أقرّ القضاء الفرنسي إلى أن الولد قد يصبح عوناً لوالديه عندما يبلغان الكبر، وأن اعتماد الأم على مساعدة ولدها، لا يعتبر من قبيل الآمال البعيدة المنال، وعلى ذلك قضت لها بالتعويض عن فقدها لولدها، وعلى أنه يعتبر ضرر تفويت الفرصة حقيقي، قد وقع على الأم جراء ضرر مادي حال وأكد" (حكم نقض فرنسي (عرائض) 20 نوفمبر 1939 . سافاتييه، المسؤولية المدنية، الطبعة الثانية، منشور في دالوز الدوري 1940 ص 77).

ج- معيار تقدير قيمة الفرصة:

"العلاقة السببية بين تفويت الفرصة والضرر المحقق، هو الذي يحدد قيمة الكسب المرجح، الذي كان يأمله المضرور، والتي تتمثل في الوقت نفسه بالعلاقة السببية بين ضرر تفويت الفرصة، والضرر المحقق المتمثل في قيمة الفرصة في ذاتها، بإعتبار أن هذا الضرر ما هو إلا جزء أو نسبة من الضرر المحقق، وأن المقصود هنا ليس تحقيق وجود علاقة السببية فقط، بل هو إيضاح قدر ومدى هذه السببية، إذ بقدر تسبب الفرصة في تحقيق الكسب المرجح، تقدر قيمة الفرصة الفائتة." (إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "تعويض تفويت الفرصة".

مجلة الحقوق، مجلد رقم 10، العدد 3، صدر في سبتمبر، الكويت 2013، ص 169).

د- مدى السلطة في تقدير التعويض:

"إذا كان الكسب المرجح النهائي المأمول مؤكداً ومحققاً، فإن المضرور يستحق التعويض الكامل عن كل ذلك الكسب الفائت لا عن مجرد ضرر تفويت الفرصة" (آلان بينابنت، ترجمة منصور القاضي. القانون المدني الموجبات. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان. 2004 ، نقلاً عن يوسف زكريا أرباب، 2011 ، ص 159).

"بعد أن يتيقن القاضي ويتأكد من جدية الفرصة وتحققها بقدر كاف، بحيث يترتب على تفويتها ضرر محقق، فإنه يحكم بالتعويض عن كل الضرر الناجم عن تفويت الفرصة وعدم تحققها، لذلك فعند تقدير التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، يجب وضع المضرور في الحالة التي يكون عليها لو تحققت هذه الفرصة، وليس تعويضه عن قيمة الفرصة ذاتها وإلا عد ذلك وضعاً للمضرور في المركز أو الحالة التي يكون عليها لو باع هذه الفرصة وليس لو تحققت" (آلان بينابنت، ترجمة منصور القاضي. القانون المدني الموجبات. المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان. 2004 ، نقلاً عن يوسف زكريا أرباب، 2011 ، ص 160).

يرى الباحث وفق الهدي القضائي والفقهية أنف الذكر، أن ما ذهب إليه حكم المحكمة قد جانب الصواب للأسباب التالية:

- 1- ليس من صلاحية محكمة البطلان مراقبة تقدير التعويض.
- 2- إن القانون لا يمنع الأطراف من تعديل طلباتهم، وتحديد التعويض الذي يروونه مستحق خلال سير إجراءات الدعوى.
- 3- من حق هيئة التحكيم أعمال سلطتها التقديرية بتحديد مقدار التعويض عن فوات فرصة الكسب الفائت المحقق، المتناسب بين الضرر الناتج عن فوات الفرصة وبين التعويض، فالضرر الناتج عن فوات الفرصة محقق، فإقامة المشروع

ونجاحه محقق، وبذلك يعد هذا التعويض جابراً للضرر الناتج عن الخطأ الجسيم، الذي ارتكبه المحكّم ضدها بإلغاء العقد.

4- جاء في حكم المحكمة : "إن حكم التحكيم في ظهور فاضح، قام بتقدير التعويض عن الكسب الفائت، لا بحسابه تعويضاً إحتمالياً عن ضياع الأمل في فرصة الكسب، وإنما باعتباره تعويضاً أكيدا عن ضرر فعلي كان سيقع حتماً في المستقبل وهذه المخالفة الخطيرة للقانون".

يرى الباحث:

- أن الحكم جانب الصواب، لأن ما قامت به هيئة التحكيم هو التعويض عن ضرر حقيقي ناتج عن فوات الكسب، وهذا يصادف صحيح القانون، فلو أنها قدرت التعويض على أساس أنه احتمالي عن ضياع الفرصة فيكون بذلك قد خالفت القانون.
- البحث بمفهوم العدالة وآلية الوصول إليها، حيث أن مفهوم العدالة مفهوم غير منضبط، وغير مجرد، يختلف من أمة إلى أخرى، ومن شخص لأخر.
- عدم القيام بأي عمل على أرض المشروع لا يحجب عن الشركة حق طلب التعويض.
- إن التعويض الذي يعوض عنه هو الضرر المحقق سواء كان وقع أم سيقع في المستقبل أو يرجح وقوع هذا الكسب، فالتعويض عن الكسب بسبب فوات الفرصة، يجب لتحقيقه أن تكون هذه الفرصة حقيقية، فالحرمان من الفرصة (أي نفويتها) يعتبر ضرراً محققاً، ينتج عنه كسب محقق أو يرجح تحقيقه، فتقدير حجم التعويض يكون بمقدار الكسب الذي كان سيتحقق لولا فوات الفرصة، فإذا كانت الفرصة محققة فيتم التعويض كاملاً وإذا كانت راجحة فيمقدار هذا الرجحان، ويتبين إن إلغاء العقد من قبل دولة ليبيا قد فوتت على الشركة (الخرافي) فرصة الكسب المرجح، وهذا بحد ذاته يعدّ ضرراً محققاً وأكيداً، لأنه كان لديها فرصة الكسب المرجح وقد فقدتها، حيث أن ضرر نفويت الفرصة وقع فعلاً على الشركة، وأدى إلى خسارة محققة كان مرجحاً لها الحصول عليها مستقبلاً، لو لم تلغ الدولة الليبية العقد، فتقدير التعويض عن الضرر يجب أن يراعي حال المضرور، فالتأخر بتوصيل حصان مدرّب تدريب عالٍ وينتمي لسلالة معروفة بقدرة التحمل والسرعة، ولها ماضٍ في تحقيق

الإنصارات، عن موعد السباق وتفويت فرصة المشاركة في السباق، يختلف عن تقدير التعويض عن الضرر الذي لحق بحصان أقل مواصفات، نتيجة فوات فرصة مشاركته في السباق، وبإنزال ذلك على وقائع النزاع ووفق ما جاء على لسان الممثل القانوني للدولة الليبية في مرافعته أمام هيئة التحكيم، إن شركة الخرافي هي شركة عالمية رائدة في هذا المجال.

(7) تنعي المحكمة على حكم التحكيم في الفقرة (16) فقدان العدالة الذي جعله مسكوناً بالبطلان.

رأي الباحث: إن هذا النعي غير سديد، لأن فقدان العدالة ليس إحدى حالات البطلان الحصرية التي تضمنتها المادة (53) من قانون التحكيم المصري.

(8) ينعي الحكم على هيئة التحكيم: في الفقرة (17-18) اعتمادها على تقارير خبرة حسابية ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية مُعدة ومجهزة سلفاً مُقدّمة إليها من جانب المحكمة وحدها، تقارير بغير جذور، منفصلة عن الواقع والقانون، مرسومة بأقلام في لوحة فارغة. مجرد حسابات معيارية ورسوم بيانية، وباعتقاد أن هذه الأرباح "المتوهمة أو الزائفة" تمثل تعويضاً مستحقاً عن ضرر مستقبلي محقق الوقوع، كان سيقع حتماً. وأنه كان على هيئة التحكيم أن تدرك أن تحديد قيمة التعويض عن الكسب الفائت قد أُقيم وترتب على أساس فاسد. وأن هيئة التحكيم إتّكأت على عالم من الأرقام والنتائج التجريدية -مُستنبطة من أوراق صماء- دون نظر في تحصيل الواقع المادي المؤدي إليها والتثبت قانوناً من صحته.

رأي الباحث: يرى الباحث أن ما ذهب إليه حكم المحكمة قد جانب الصواب للأسباب التالية:

1- تم تقديم لهيئة التحكيم أربعة تقارير محاسبية من شركات عالمية متخصصة، أجمعت على تقدير التعويض عن أن فوات الكسب المحقق يتجاوز ملياري دولار، نتيجة قيامها بأعمال محاسبية فنية.

2- أعمال الخبرة لا يمكن دفعها إلا بخبرة فنية مماثلة، سواءً من قبل الطرف الآخر (الدولة الليبية)، الذي لم يقدّم بذلك، أو من قبل هيئة التحكيم إن لم تطمئن لنتيجة هذه

التقارير في تشكيل عقيدتها، لكن هيئة التحكيم لم ترفض نتيجة هذه التقارير، وكونها الخبير الأول في الدعوى، أعملت سلطتها التقديرية في تحديد التعويض عن فوات الفرصة الضائعة. الذي جاء متوافقاً مع القانون الواجب التطبيق (المدني الليبي) الذي يتيح الحكم عن فوات الفرصة، وفق المادة 224/أ: من القانون المدني الليبي "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسائر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخير بالوفاء به".

3- هل سلطة هيئة التحكيم مطلقة بتقدير التعويض، وهل هذا ينطبق على الحكم الحالي؟ تم تقديم أربعة تقارير خبرة من مكاتب متخصصة، وهذه التقارير كان يمكن للمحتمك ضدها دحضها بتقارير خبرة مماثلة، فهي اقتصرت على رفضها دون أسس محاسبية، وهيئة التحكيم استمعت لرأي الخبراء الذين أكدوا أن تقديراتهم تعدّ ربحاً أكيداً، وكون هيئة التحكيم هي الخبير الأعلى بالدعوى وبما لها من سلطة تقديرية خفّضت مبلغ الملياري دولار إلى تسعمائة مليون دولار، تعويضاً عن الكسب الفائت الناجم عن فوات الفرصة الضائعة المحققة وقوعها في المستقبل. وهذا ما يدحض ما جاء في الحكم.

4- إن تعرّض محكمة البطلان لتقارير الخبراء، ولتقدير هيئة التحكيم للتعويض، يُعتبر نظراً بالموضوع، يخرج عن إختصاص محكمة البطلان، فهي بذلك تحولت لمحكمة إستئناف (درجة ثانية) تنتظر بحكم مستأنف، وليس بمحكمة بطلان تنتظر في دعوى بطلان حكم تحكيم.

(9) الأحوال السائدة في بلد المشروع (دولة ليبيا): في الفقرة (20) تعيب محكمة البطلان على حكم التحكيم، إهماله النظر لوضع البلد الذي انفرط عقده، المعزول والمشتبك والمرهق، غير الجاذب للسياحة في الأصل، المقطوع الأوصال الذي لا يُعرف ما سيكون عليه مصيره، وما ستؤول إليه أوضاعه المُعقدة، وأن القواعد والمعايير ونتائج الدراسات الحسابية الصرّفة التي تضمنتها تقارير الخبرة، تلك المتّصلة بالضرر الإقتصادي الناتج عن الكسب الفائت، لا يمكن أن تعني شيئاً في الواقع القانوني المطروح. ومع ذلك وبغير يقظة - وبفهم سطحي إلى حد معيب - عوّلت هيئة التحكيم

على هذه الأرقام - موطئاً وسنداً لحكمها- رغم إنها مبنية على تكهنات فرضية، تجريدات تخمينية خادعة تناقض الظروف التي رافقت المشروع ولاسته، مجرد طبل أجوف لا معنى له.

رأي الباحث: حكم محكمة البطلان لم يصادف صحيح القانون، وينعي عليه بحسن الإستدلال وسلامة الإستنتاج، وذلك للأسباب التالية:

1- إن التعويض عن فوات الفرصة ينظر إليه في حالة البلد عند إبرام العقد الذي كان بتاريخ 2006/6/8، حيث كانت الجدوى الاقتصادية للمشروع هي الباعث للتعاقد، وليس إلى ما آل إليه حال البلد.

2- إن الأعمال المحاسبية هي من أعقد العلوم وهي فنية بحتة، لها قواعدها وأصولها المحاسبية المتعارف عليها عالمياً، وبإطلاق الحكم على هذه التقارير أنها "لا يمكن أن تعني شيئاً في الواقع القانوني المطروح" يُعتبر بذلك بعيد عن حسن الإستدلال وسلامة الإستنتاج، لأن العلم لا يدحض إلا بالعلم ذاته.

3- إن هيئة التحكيم طبقت قواعد وأحكام القانون الليبي (القانون الواجب التطبيق) وما استقر عليه الإجتهد والفقهاء، وأعملت سلطتها التقديرية، وهو عمل إجتهادي لا رقابة عليه، خاصة عندما يستند إلى تقارير فنية دولية معتمدة، لم تنازع فيها المحتكم ضدها، وبالتالي لا يُعتبر تقديرها خروجاً على قواعد وأسس ومعايير تقدير التعويض آفة الذكر.

10) تنعي المحكمة على حكم التحكيم في الفقرة (21-22-23-24) أنه أذعن إلى نتائج عشوائية غير مُعللة قانوناً وعقلاً، تخرج بالتأكيد عن المفهوم الصحيح لمعنى الضرر أو الربح الناشئ عن فوات الفرصة، في هذه الحال يمكن وصف الحكم بالتعويض عن الكسب الفائت بحسبانه مظهراً مادياً لا غير، سخفاً لا معنى له، ليس له من الدب غير جلده. واعتبار التعويض المحكوم به كتعويض عن الكسب الفائت قد جاوز حدود المعقول والأغراض المقصودة منه، ويمثل شططا مجافيا لمفهوم العدالة وحدودها المنطقية، إذ لا يصح -تحت ستار السطة التقديرية أو تمسحاً بها- خرق القيم العدلية كما أنه من غير المنطقي التعويض عن ضرر غير موجود أو غير ثابت، وتنعي عليها كذلك: الفشل في أداء الواجب الذي يقع على عاتقها بمراعاة الأصول القانونية والأطر

العقلية الثابتة، ومسخت قواعد قانونية جوهرية كانت مؤثرة في حكمها، ولم تلتزم بحدود القيود والضمانات الحيوية التي تقتضيها تبعات ومستلزمات المهمة التحكيمية الموكولة إليها، تلك التي لا يستقيم بدونها الحق في المحاكمة المنصفة، ولا يكتمل ويصان إلا باحترامها. وعلى ذلك يكون حكمها المطعون فيه موصوماً -بقوة- بالإنحراف في استعمال السلطة "التحكيمية"، وتجاوزها.

رأي الباحث: ما تنعي به محكمة البطلان على حكم التحكيم، مخالف للقانون وذلك للأسباب التالية:

إن هيئة التحكيم أعملت سلطتها التقديرية في تحديد عناصر الضرر ومن ثم تحديد التعويض المناسب، بما يتوافق مع القانون والاجتهاد القضائي والفقهى وفق الآتي:

1- القانون الواجب التطبيق: المادة 224/أ: من القانون المدني الليبي "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدّره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسائر وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير بالوفاء به". والمادة 225 التي أجازت بالحكم بالتعويض المعنوي.

2- الاجتهاد القضائي:

- ووفق ما استقر عليه إجتهد المحكمة العليا الليبية مدني رقم الطعن 50/592 ق 2006م: "أن تقدير التعويض موكول إلى القاضي دون معقب، متى كان قد أقامه على ما يحمله من واقع أوراق الدعوى".

- إجتهد المحكمة العليا الليبية طعن مدني رقم 56/1387 ق 2012 " أن محكمة الموضوع هي التي تقدر التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، كما يشمل الضرر الأدبي".

- وهذا ما استقر عليه احكام مركز القاهرة في القضية رقم 91/25 لعام 1995، منشور أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي من 1984-2000

- تنعي المحكمة أن هيئة التحكيم "مسخت قواعد قانونية جوهرية كانت مؤثرة في حكمها" إن ما ذهبت إليه محكمة البطلان من أن هيئة التحكيم مسخت قاعدة

قانونية، على فرض صحة هذا النعي، فإنّ الخطأ في تطبيق القانون لا يعدّ سبباً من أسباب البطلان، وحتى إن إعتبر مسخ القاعدة القانونية، إستبعاد للقانون الواجب التطبيق، فإنّه يجب على مدعي البطلان الدفع به أمام محكمة البطلان في صحيفة دعوى البطلان، ولا يجوز للمحكمة إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسها، لأنّه ليس من النظام العام، وكون المحكمة تصدّت لذلك من تلقاء ذاته، فإنّها خالفت قانون التحكيم، فلا إجتهد في معرض النص، لو أراد المشرع أن يكون مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه سبباً لدعوى البطلان، لنص على ذلك، فالمشرع لا يلغو ولا يخطئ.

11) قواعد النظام العام: جاء في حكم المحكمة الفقرة الأخيرة رقم (25): لذلك، جاء حكم هيئة التحكيم، على نحو جليّ وفاضح يكشف عن نفسه، مُفرضاً فجاً، وظالماً إلى حدود تجعله خارجاً على القيود العدلية. وعلى ذلك، وإذعاناً لقواعد النظام العام، وصوناً وتثبيتاً لها، يصير بطلان الحكم، برمته، نتيجة لشططه المُفرض، ولكلّ ما تقدّم بيانه من أسباب، أمراً محتوماً، ولذلك تقضي المحكمة ببطلانه.

رأي الباحث: إن حكم محكمة البطلان أخطأ في تطبيق القانون:

- فكرة النظام العام المحليّ والدولي، والموضوعي والإجرائي، لا تبرر للمحكمة في إطار رقابتها الشكلية على حكم التحكيم أن تتعرّض للمسائل الموضوعية، فما هو عليه العمل هو التفسير الضيق لمفهوم النظام العام، حيث نجد أن حكم المحكمة قد تجاوز الرقابة الشكلية إلى الرقابة الموضوعية و تجلّى ذلك بتسفيه نتائج تقارير الخبرة، ونعتُ حكم التحكيم بالشطط المُفرض، حتى وإن جدلاً أخطأ حكم التحكيم في تقدير التعويض، فهذا لا يعتبر من النظام العام الذي يتيح لمحكمة البطلان مد رقابتها للموضوع، حيث أن تقدير التعويض وضرورة تناسبه مع الضرر لا يدخل ضمن مفهوم النظام العام.

تبيّن من خلال الدراسة القانونية لحكم محكمة البطلان:

أولاً - مخالفة القانون وفق للأسباب التالية:

أ- مخالفة نص المادة 178 من قانون المرافعات المصرية التي نصّت: " كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى، ثم طلبات الخصوم، وخلاصة

موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهرية، ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه، والقصور في أسباب الحكم الواقعية ... يترتب عليه بطلان الحكم".

يُعى على الحكم أن هيكلته لم تتبع فيها المنهجية المتعارف عليها في صياغة الأحكام القضائية، فلم يأت على ذكر ملخص لوقائع النزاع وردود الأطراف، ولم يذكر حالات البطلان، ولم يستند في التسبب على نصوص قانونية خاصة الفقرة (53/2) من قانون التحكيم المتعلق بمخالفة النظام العام، وذلك تحقيقاً لمبدأ الكفاية الذاتية للأحكام.

ب- مخالفة نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري: "مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري" وفق ما تم الإشارة إليه أعلاه.

ت- مخالفة نص المادة (53) من قانون التحكيم المصري:

برقابته على تقارير الخبراء وتقدير هيئة التحكيم للتعويض، وهذه المسائل ليست من حالات البطلان التي نصت عليها المادة (53).

ثانياً- القصور في التسبب:

بمطالعة الحكم نجد قصوراً في التسبب، يصل لحد إنعدام التسبب، حيث لم يستند الحكم على أي نص قانوني لتعليل منطوقه، القصور في التسبب يتجلى أنه اقتصر على مفهوم العدالة لدرجة إنعدام التسبب القانوني، وهذا العيب يجعل الحكم حرياً بالنقض، حيث استقر الإجتهد القضائي على أن:

- (وجوب إيراد الحكم ما أبداه الخصوم من دفع وما ساقوه من دفاع جوهرية. عدم الرد على هذه الدفع وذلك الدفاع، أثره، بطلان الحكم لقصور أسبابه) أحكام النقض - المكتب الفني - مدني - الجزء الأول - السنة 52 - ص 261 - جلسة 5 من فبراير سنة 2001- (54) الطعن رقم 2504 لسنة 69 القضائية.

- (وجوب شمول الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة. م 178 مرافعات، مؤداه، وجوب بيان المحكمة للوقائع والأدلة التي استندت إليها وكوّنت منها عقيدتها. علّة ذلك، الحكم، وجوب إشماله على ما يطمئن المطلع عليه، إلى أن المحكمة محّصت الأدلة المقدّمة إليها وحصلت منها ما يؤدي إلى النتيجة التي إنتهت إليها). أحكام

النفذ - المكتب الفني - مدني الجزء الثاني - السنة 47 - ص 1180 جلسة 18 من سبتمبر سنة 1996 (214) الطعن رقم 5458 لسنة 65 القضائية.

ثالثاً- الخطأ في تطبيق القانون:

إستقر الاجتهاد القضائي المصري في أحدث أحكامه صدوراً على أن: (من - المقرر في قضاء هذه المحكمة - أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم، لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، يستوي في ذلك أن يكون المحكمون، قد أصابوا أو أخطأوا عندما اجتهدوا لانهم- حتى لو أخطأوا - فإن خطأهم لا ينهض سبباً لإبطال حكمهم، إذ أن دعوى الأبطال تختلف عن دعوى الإستئناف) " حكم محكمة النفذ المصرية، الدائرة المدنية والتجارية، بالطعن رقم 11713 لسنة 89 ق، تاريخ 27 فبراير 2020".

أخاتمة:

- هذا الحكم ينقض مبادئ ومفاهيم قام عليها التحكيم، بمنح المحكمة لنفسها سلطة النظر في موضوع الدعوى التحكيمية، ويؤسس لعهد جديد من الرقابة القضائية على أحكام التحكيم من الناحية الموضوعية، لتحقيق العدالة يتم من خلال تطبيق نصوص القانون لا بمخالفتها تدرعاً بالنظام العام.
- إن مخالفة القانون، والخروج عليه، لتحقيق العدالة، يهدم مفهوم القانون الذي وُضع لتحقيق العدالة، فهذا النهج يصم القانون بأنه غير عادل، والقاضي مكلف بتطبيق القانون، وخروجه عن تطبيقه بذريعة السعي لتحقيق العدالة، يجعل العمل القضائي يقع في فوضى، حيث كل قاضٍ يطبق القانون على مزاجه متذرعاً بتحقيق العدالة، فلا يبقى إستقرار لتطبيق القانون، ويصعب مراقبة المحاكم العليا للمحاكم الأدنى في الإلتزام بالقانون وحسن تطبيقه، لتحقيق العدالة يكون بتطبيق نصوص القانون، وليس بالكلام الإنشائي العاطفي القادح والذام، الذي لا يستند إلى أي نص قانوني.
- ألحکم خالف القانون في سعيه لتحقيق العدالة فأتبع منهجاً عاطفياً أكثر منه قانونياً، لتقرير بطلان حكم التحكيم، فإن كانت نصوص القانون الحالية لا تسعف بتحقيق العدالة المتطورة والمرنة، فالطريق لذلك هو تعديل القانون لا خرقة.

- يُخشى من أن حكم محكمة البطلان، شرع لسبب النظام العام بوجه أي حكم تحكيم، لا يوافق هوى محكمة البطلان، هذا الهوى الذي يكون إما بسبب التعصب للقضاء بمواجهة التحكيم، أو لضعف تأهيل القاضي بمجال التحكيم، أو لأسباب أخرى...

- المشرع رسم حدوداً لرقابة محكمة البطلان على حكم التحكيم، على المحاكم أن لا تتجاوزها تحت أي ذريعة، وذلك لخصوصية طبيعة دعوى البطلان التي ليست طعنًا.

"مَنْ اجْتَهَدَ وَلَمْ يَصِبْ فَلَهُ أَجْرٌ وَاحِدٌ، وَمَنْ اجْتَهَدَ وَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانٌ".

إن كل ما ورد في هذا البحث هو إجتهد بحدود علم الباحث وما إطلع عليه، وينصب على المسائل القانونية التي تضمنتها الحكم، ولا ينال من مقام أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم. وهذا جهْدُ المقلِّ، فإن أصبت فتوفيق الله، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان.

تعليق المحامي فاضل حاضري⁸⁸ (سوريا)

على حكم شركة الخرافي/ ليبيا

محكمة استئناف القاهرة الدائرة التجارية الأولى (السابعة سابقاً)

جلسة 3 يونيو 2020 رقم 39 لسنة 130 ق

في التعليق على الحكم - المحامي فاضل حاضري - سوريا:

على الرغم من أهمية الوسائل البديلة عن التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار - وخاصة التوفيق والوساطة فإنه ما زال يمثل الملاذ النهائي والأخير لحسم منازعاتها إذا ما أخفقت كل الوسائل الودية والسلمية الأخرى في الوصول إلى تسوية وحل النزاع، وعلى نحو يمكن معه القول بأن عقود الإستثمار أصبحت لا تتم بغير وجود إتفاق تحكيم من شأنه أن يحيل المنازعات الناجمة عن هذه العقود إلى التحكيم. إلا أن التحكيم في منازعات الإستثمار يتسم بخصوصية تميّزه عن التحكيم في سائر المنازعات الأخرى، ويرجع ذلك لإختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات تحكيم الإستثمار التصدي لها والتي تتبع أساساً من كون أحد أطراف هذه العقود يمثل شخصاً عاماً يتمتع بالسيادة يتعامل مع شخص خاص، إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة.

ومن الثابت أنه لكي يتحقق الجذب الأكبر للإستثمارات اللازمة لتنمية موارد الدولة المضيفة، فإنه لا بد من توفير الحماية الكافية لتأمين إستثمارات الطرف الأجنبي الخاص⁸⁹ فرأس المال جبان يحتاج إلى أمان، والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته، فتشجيع الإستثمارات البيئية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه. ومن أهم هذه الضمانات، توفر ضمانات قضائية لحماية إستثماراته، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي

92- محام ومحكم: fadel-hadri@hotmail.com.

89- أنظر: د. عبد الحميد الأحذب: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية الذي نظمه مركز الدراسات العربي الأوربي في بيروت من 13 - 2001/2/15، ومنشور ضمن مؤلف بعنوان: "آفاق وضمانات الاستثمارات العربية - الأوروبية"، إعداد مركز الدراسات العربي - الأوروبي، ط 1، 2001، ص 73.

أصبح هو القضاء الطبيعي في هذا المجال، خصوصاً وأن التحكيم من شأنه أن يبديد مخاوف المستثمرين الأجانب بشأن خضوع منازعاتهم لقضاء الدولة العادي الذي قلماً يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب. ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال وتنوّعها⁹⁰. فقد أصبح التحكيم إحدى وسائل اجتذاب الإستثمار الأجنبي ومن ضماناته ضد المخاطر غير التجارية، حيث تمكن التحكيم عبر آلية فض النزاعات وضمّانة العدالة الدولية التي يؤمنها يكسب ثقة التجارة الدولية والإستثمارات⁹¹. وأصبح التّحدي الذي تواجهها الإستثمارات الدولية من نوع أن تكون أو لا تكون"، ففي حالة استحالة اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات، فإنّ الشركات الكبرى العائدة للبلدان الصناعية والتي وحدها القادرة على تقديم المشاريع والمعرفة الفنيّة العلمية الراقية لبلدان العالم النامي سوف تتخلّى في الغالب عن القيام بتلك الإستثمارات التي تحتاجها البلدان النامية⁹².

90- أنظر: د. عكاشة محمد عبد العال: الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، ص 59.

91- أنظر: د. عبد الحميد الأهدب: آليات فض النزاعات من خلال الإتفاقيات الإستثمارية العربية الأوروبية، ص 72.

92- فعلى سبيل المثال فقد أقر قانون الاستثمار السوري رقم 10 اللجوء إلى التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار وذلك في المادة 26/ب والتي تنص على أنه: "تسوى نزاعات الإستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية والأجنبية المشمولة مشاريعهم بأحكام هذا القانون وبين الجهات والمؤسسات العامة السورية وفق ما يلي: - عن طريق الحل السودي، وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل السودي خلال مدة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية: - اللجوء إلى التحكيم..

ولا شك فإن انضمام سورية مؤخراً إلى اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى يشكل خطوة هامة في مجال تعزيز الإستثمارات وتشجيع دخول أكبر لرؤوس الأموال الأجنبية.

كذلك فقد اعتمد المشرّع اللبناني التحكيم كوسيلة لحل منازعات الإستثمار حيث نصت المادة 18 من قانون تشجيع الإستثمار في لبنان رقم 360 تاريخ 2001/8/16 على أن " تحل المنازعات بين المستثمر والمؤسسة بطريقة ودية. وفي حالة تعذر الحل السودي يمكن اللجوء إلى التحكيم في لبنان أو في أي مركز تحكيم دولي آخر.

وفي هذا الاتجاه جاء قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصري رقم 8 لسنة 1997 ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، وذلك في المادة السابعة منه على الوجه الذي يتفق عليه مع المستثمر، كما يجوز الاتفاق على تسوية هذه المنازعات في إطار الاتفاقيات الثنائية السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، أو وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، كما يجوز الإتفاق على تسوية المنازعات المشار إليها بطريق التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

الضمانات الإجرائية هي تلك التي يتم بموجبها السماح للمستثمر الأجنبي باللجوء إلى القانون الداخلي أو القانون الدولي لحماية حقوقه واستثماراته عن طريق هيئة قضائية خاصة ومحايدة تتولى النظر في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر والدولة المضيفة.

وحرصاً من الدول، ولا سيما النامية منها، على جذب الإستثمارات الأجنبية فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمارات⁹³.

ويتلخص الدور الايجابي لإحالة النزاعات المتعلقة بالإستثمارات تطبيقاً للإتفاقية الموحدة للإستثمار:

- 1- سرعة إجراءات التحكيم، وخصوصاً أنّ محكمة التحكيم تبت فقط النزاع المعروض عليها.
- 2- تحديد القانون الواجب التطبيق بإختيار الخصوم للقواعد القانونية التي تناسب نزاعات الإستثمار.
- 3- حياد هيئة التحكيم وبالطريقة التي يتم فيها إختيار المحكمين.
- 4- قطعية قرارات التحكيم وعدم القدرة على الطعن فيها.
- 5- إستقلال هيئة التحكيم عن متطلبات السيادة الوطنية التي يعرضها القضاء الوطني.

وقبل أن نحدد محاور التعليق كان من المفروض أن نناقش مسألة عدم خضوع حكم التحكيم تحت مظلة قانون التحكيم المصري ولو أنه جرى في مصر لأنه صدر مبرماً وقطعياً غير خاضع

ويبرر ذلك أن اللجوء إلى المحاكم العادية في الدولة المضيفة قد يترتب عليه محاباة هذه المحكمة للدولة التي تتبعها أو للمواطن الذي ينتمي لجنسيتها على حساب المستثمر الأجنبي، وهو ما قد يعرض الإستثمارات الأجنبية لمخاطر مختلفة وتأثيرات سلبية طارئة لها، وبالرغم من أن دولة المستثمر قد تتدخل في بعض الأحيان لحماية استثماراته وفقاً لنظرية الحماية الدبلوماسية التي تعطي الحق للدول في المطالبة بحقوق رعاياها سواء بالطرق الدبلوماسية أو القضائية الدولية، إلا أن هذا النوع من الحماية يتأثر عادة بالظروف والمتغيرات السياسية بين دولة المستثمر والدولة المضيفة للإستثمار، مما قد يؤثر بالتالي على مدى قوة هذه الحماية وفعاليتها إيجاباً وسلباً.

93- يعرض الباحث إحصائية هامة مفادها أنه في الفترة من 1989 وحتى 1999 وعلى مدى أحد عشر عاماً ومن بين 11,143 طرفاً متنازعا في قضايا تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية بباريس كان بينهم 2,531 أو 23% تقريباً أطرافاً من الدول النامية، بل الأكثر من ذلك أن 1073 من هذه الأطراف 42% كانوا مدعين في هذه القضايا التحكيمية وهو ما ينفي نفياً قاطعاً ما يمكن أن يثار من أن دول العالم الثالث ضحية للتحكيم. وقد تواترت رئاسة محكمة التحكيم لمحكمين ليسوا من الغرب. فمن بين 837 محكماً من أفريقيا وآسيا وأمريكا اللاتينية والشرق الأوسط والذين كانوا محكمين بغرفة التجارة بباريس كان منهم 20% معينين بواسطة غرفة التجارة الدولية وليس من الأطراف. والشيء ذاته بالنسبة لجعل مكان التحكيم بإحدى دول العالم الثالث فقد عقد حوالي 323 تحكماً بدول أفريقية وآسيوية وأمريكا اللاتينية والشرق الأوسط كمكان للتحكيم في الفترة من 1989 وحتى 1999 وفي أربعين دولة على الأقل (حيث عُقد في سنغافورة 60 تحكماً، وفي المكسيك 27 تحكماً وفي مصر 13 تحكماً وفي تونس 9 تحكيمات). وتحافظ غرفة التجارة الدولية بباريس دائماً على مشاركة الدول النامية بها حيث أصبحت هذه الدول تلعب دوراً كبيراً وفعالاً بالغرفة.

- Craig Park and Paulsson, OP. Cit., p. 662-663

لأي طريق من طرق الطعن، ولما كانت مصر موقعة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية وبالتالي فإنّ الإتفاقية تعدّ قانوناً من قوانين الدولة المصرية يلزم القاضي بإعمال القواعد الواردة فيها، وفي حال تعرّضها مع قانون التحكيم المصري فإنّ الأرجحية تكون للإتفاقية لأنها تسمو على القانون الداخلي الوطني، ولكن في ضوء المعطيات وبعد أن وصل الأمر إلى حد إبطال حكم التحكيم فإنّ المناقشة في هذا التعليق على القدر الذي يتعلق بحكم محكمة الإستئناف التي أبطلت حكم التحكيم ومناقشة الأسباب التي استندت إليها.

ولهذا فإننا سنتولى التعليق على الحكم من خلال المحاور الثمانية التالية:

- المحور الأول- لمحة وجيزة عن وقائع الدعوى التحكيمية.
 - المحور الثاني- طبيعة دعوى البطلان.
 - المحور الثالث- هل تقدير التعويض يندرج في حدود النظام العام الدولي.
 - المحور الرابع- محكمة البطلان ليست محكمة موضوع.
 - المحور الخامس- معيار المحاكمة العادلة.
 - المحور السادس- التشكيك في نزاهة الخبراء.
 - المحور السابع- إبطال حكم التحكيم بدون ايراد ومناقشة دفعو الطرفين.
 - المحور الثامن- الإبطال الجزئي لحكم التحكيم.
- ومن ثم الخلاصة.

المحور الأول - لمحة وجيزة عن وقائع الدعوى التحكيمية:

القضية التحكيمية محل البحث والتعليق نشأت بين شركة كويتية والدولة الليبية وقد تم الإتفاق بين الطرفين عام 2006 بتأجير⁹⁴ قطعة أرض واقعة في مكان متميز على شاطئ البحر الأبيض

94- وبناءً على ما انتهت إليه هيئة التحكيم من ان العقد موضوع البحث ليس عقداً ادارياً، وإنما هو عقد مدني لا يحتوي على شروط غير مألوفة في المعاملات الخاضعة للقانون الخاص، فإن النظام القانوني الواجب التطبيق على عقد الإستثمار السياحي المبرم عام 2006 ينحصر في المصادر التالية:

1- القانون رقم (5) لسنة 1996 بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية ولائحته التنفيذية والقانون رقم (6) لسنة 2004 فيما يعطيه من مزايا وإعفاءات محفوظة في القانون رقم (9) لسنة 2010 الذي ألغى القانون رقم (5) لسنة 1996 وحل محله.

2- القانون رقم (9) لسنة 2010 المشار إليه أعلاه، فيما أوجبه من عدم المساس بالمزايا والاعفاءات الممنوحة قبل صدوره.

المتوسط بمنطقة تاجوراء قرب طرابلس لإقامة مشروع استثماري سياحي ضخم باستثمارات من جانبها تبلغ مائة وثلاثين مليون دولار امريكي مدته تسعون عاماً يستغرق إعداده سبع سنوات ونصف، وذلك وفقاً للشروط والضوابط الواردة في القانون الليبي المعمول به حينذاك بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية والقانون المتعلق بالسياحة⁹⁵.

وقد تضمن العقد شرطاً تحكيمياً⁹⁶ ومن خلاله فقد أقامت الشركة الكويتية هذه الدعوى التحكيمية وفعلت شرط التحكيم.

وقد خلصت الهيئة التحكيمية إلى نتيجة مؤداها أن المساعي الودية قد بذلت بالفعل من الطرفين قبل رفع الدعوى التحكيمية، ولكنها لم تسفر عن حل مقبول، ومن ثم يكون الدفع بعدم جواز نظر التحكيم لرفعه قبل الأوان في غير محله وواجب الرفض⁹⁷.

3- القانون المدني الليبي.

4- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الموال العربية في الدول العربية.

95- نظراً لكون دولة الكويت قد صادقت على الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بتاريخ 1982/4/1، كما صادقت عليها ليبيا في 1982/5/4، فقد تم في العقد المبرم بين مؤسسة الخرافي ومصحة التنمية السياحية الليبية بتاريخ 8/2006/6 تضمينه شرطاً تحكيمياً مؤداه أنه في حالة نشوء نزاع بين طرفيه يتعذر تسويته ودياً يُحال إلى التحكيم وفقاً لأحكام الاتفاقية الموحدة المنعقدة في إطار جامعة الدول العربية بتاريخ 26 /11/ 1980.

96- لقد أفردت الاتفاقية العربية فصلاً كاملاً، هو الفصل السابع (المواد 25 إلى 36)، لموضوع تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيقها. فنصت في المادة 25 أنه تتم تسوية تلك المنازعات عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية. كما نصت المادة 26: يكون التوفيق والتحكيم وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في ملحق الاتفاقية والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ منها". هذا وقد جاء ملحق الاتفاقية العربية بعنوان "التوفيق والتحكيم" وكرّس مادة مسهبة، وهي المادة 2، للتحكيم. اما محكمة الاستثمار العربية فقد كرس لها الاتفاقية العربية مادة مفصلة وهي المادة 28.

97- الأصل أنه لما كان الالتجاء للتحكيم مستمد من اتفاق الأطراف، فيجب احترام ومراعاة الشروط المنصوص عليها في هذا الاتفاق ففي كثير من الأحيان، يتفق الطرفان على وجوب إتباع إجراءات أو توفر شروط معينة قبل الذهاب للتحكيم، وفي هذه الحالة، لا بد من توفر الشروط التي يتطلبها الإتفاق، تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومثال ذلك أن يشترط اتفاق التحكيم بين البائع والمشتري لإحالة النزاع على التحكيم، أن يتم ذلك خلال فترة معينة، مثلاً ستة أشهر من تاريخ تسليم البضاعة فلو فرضنا هنا أن المشتري أقام الدعوى التحكيمية بعد هذه المدة واعتراض البائع على ذلك، يتوجب على هيئة التحكيم أن تعلن عدم اختصاصها لانقضاء مدة اللجوء إلى التحكيم، وإلا كان حكمها عرضة للبطلان، بسبب تجاوز الاتفاق والخروج على حدوده.

ومثال آخر من هذا القبيل يكثر وجوده في الحياة العملية. وهو أن ينص الإتفاق على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم، قبل دخول الطرفين في مفاوضات لتسوية نزاعهما ودياً. فإذا انقضت مدة معينة على المفاوضات (ثلاثة أشهر مثلاً) دون الوصول لتسوية، جاز لأي من الطرفين اللجوء للتحكيم. في هذا المثال إذا لجأ أحد الطرفين للتحكيم مباشرة قبل الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر، تكون الدعوى التحكيمية سابقة لأوانها، بناءً على دفع الطرف الآخر.

ومن هنا إن غياب هكذا حلول في الإطار التعاقدى قد يضع حقوق الأطراف في مهب الريح في حال عدم تقييد اللجوء إلى التحكيم بإجراءات معينة مسبقة تحت طائلة عدم القبول، لأن ذلك يتيح للفريق سبب النية المماثلة في تلك الإجراءات لحين انقضاء مهلة مرور الزمن على حقوق الفريق الآخر، مما يجيز اللجوء مباشرة إلى التحكيم دون التقييد بالإجراءات المسبقة المنصوص عنها عقداً، نقادياً لهذا خطر. ومن جهة أخرى، يرى البعض أنه من الناحية العملية لا فائدة من إلزام طرف ما بمحاولة إجراء مصالحة مثلاً قبل اللجوء إلى التحكيم، طالما أن إرادته منذ البداية هي رفض أية إمكانية للمصالحة، وإن نيته متجهة إلى عرض النزاع مباشرة على المرجع التحكيمي. فإن بند المصالحة في هذه الحالة يصبح مصدرًا للتأخير والمماثلة في حل النزاع مما يناقض الغاية من وضعه أساساً. وقد لاقت الأفكار المذكورة قبولاً لدى بعض الاجتهاد الذي رفض فكرة عدم قبول المطالبة القضائية أو التحكيمية في حال عدم تقييد الجهة المدعية ببند محاولة المصالحة المسبقة المنصوص عليه في اتفاق الأطراف الأمر الذي حمل بعض الفقه إلى التشكيك بفعالية تلك البنود في مجال التحكيم التجاري الدولي، ووصل هذا الأمر إلى التحكيم في قضايا الإستثمار الدولي، حيث رفضت بعض الهيئات التحكيمية الدفع بعدم اختصاصها المبني على عدم تقييد المستثمر الأجنبي بفترة المفاوضات المنصوص عليها في إتفاقية الإستثمار وتقديم مطالبته مباشرة إلى الهيئة المختصة.

ولكن ألا تصبح البنود التعاقدية التي تهدف إلى حصر الأطراف على حل نزاعاتهم بالوسائل الودية قبل التوجه إلى المحاكم أو التحكيم فارغة من أي مضمون وبمثابة "إعلان نوايا" في حال نزاعنا عنها أية مفاعيل الزامية وفقاً للاتجاه السابق؟ أم إنه يمكن البحث عن حل وسط يحافظ على إرادة الفرقاء دون الذهاب إلى قسوة الحل القائم على عدم قبول المطالبة في حال عدم التقييد بمضمون تلك البنود بما يتضمنه هذا الحل من أضرار قد تلحق بحقوق الأطراف؟

وليس من المنطق بشيء وضع بنود المصالحة أو المفاوضات السابقة في مرتبة أعلى من بنود التحكيم باعتبار مخالفتها بمثابة دفع بعدم القبول، في حين أن الدفع بوجود بند تحكيمي هو مجرد محاولة التوصل إلى حل ودي قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بما يتوافق والقواعد القانونية التي جرى عرضها أعلاه، مع التخفيف من حدة وصفها بالدفع بعدم القبول مع ما تستتبعه من نتائج قاسية لا تتلاءم مع الغاية التي وضعت من أجلها الوسائل البديلة لفض المنازعات. وأخيراً، لا بد من إيداء الملاحظة أن فعالية البنود التعاقدية التي تنص على اعتماد الوسائل البديلة لحل النزاعات قبل اللجوء إلى التحكيم سواء تم مخالفتها بدفع عدم القبول أو لا، إنما تتوقف كثيراً على حسن صياغتها، لأن مدى إلزاميتها مرتبط بمضمونها، وبما إذا كانت تنص على آلية واضحة ومحددة زمنياً لإعمال مفاعيلها. وعليه فإن مجرد النص على قيام الأطراف بالتشاور فيما بينهم قبل اللجوء إلى التحكيم لا يفيد عن ضرورة محاولة إجراء مصالحة فيما بينهم ولا يؤدي هذا البند إلى أية مفاعيل عملية في حال قام أحد الأطراف بتجاوزه واللجوء مباشرة إلى التحكيم دون أي تشاور مع الطرف الآخر خلافاً لما إتفقا عليه.

على أية حال، يمكن القول بأن المسألة في الأمثلة السابقة، هي مسألة تفسير لإرادة الطرفين، كما أن الفصل فيها يخضع للظروف المحيطة بالقضية ففي ظروف معينة، قد تقضي هيئة التحكيم باختصاصها في تسوية النزاع، في حين تقضي الهيئة ذاتها بعدم اختصاصها في نزاع مماثل في ظروف أخرى، وقد يكون كلاهما مبرراً ففي مثالنا السابق بالنسبة لشرط المفاوضات السابقة على اللجوء للتحكيم، قد يتبين لهيئة التحكيم من الظروف، أن الطرف الآخر غير معني بأية تسوية ودية، لو عرضت عليه قبل اللجوء للتحكيم، وأن ذلك الطرف، بالرغم من إثارته للدفع الخاص بالمفاوضات، لم يبد أي مبادرة منه للمفاوضات والتسوية الودية طيلة إجراءات التحكيم. لذلك قد تخلص هيئة التحكيم إلى القول، بأن شرط المفاوضات السابقة على اللجوء إلى التحكيم، لا جدوى منه في ظل الظروف المحيطة وتقضي باختصاصها في الفصل بالنزاع.

ولكن حتى في الحالة التي يتقدم بها أحد الطرفين بدعوى تحكيم مباشرة، قبل تحقق الشرط المسبق للجوء إلى التحكيم، فإن

وقد احتوى حكم التحكيم على مواضع قانونية عالجهما الحكم بكل دقة وحرافية تتم عن الخبرة العالية التي يتمتع بها أعضاء الهيئة التحكيمية ولا سيما رئيس الهيئة الدكتور عبد الحميد الأحمد. وهيئة التحكيم لم تتعرض لحسم النزاع، إلا بعد أن طبقت مبدأ الوجاهية ومكنت الأطراف من إبداء كل ما عنّ على بالهم من دفوع وطلبات قبل أن تتصدى لمعالجتها، وحتى لا نطيل في المقام فإننا نرشد القارئ الكريم للرجوع الى الحكم في قسمه الثاني المعنون (مواقف الطرفين) وذلك لإستعراض ما عرّض على الهيئة من وقائع ودفوع وطلبات⁹⁸.

وقد ذكرت الهيئة أنه قد ثبت لها أن الجهة المدعى عليها عرقلت إستغلال المشروع، وتصدى رجال الشرطة وحراس البلدية لعمال الجهة المدعية لما هموا بالدخول إلى الأرض دون أن تحرك ساكناً، مما يجعلها مسؤولة مسؤولية تعاقدية وقانونية⁹⁹.

وقد بحثت الهيئة التحكيمية موضوع المسؤولية بشقيه التعاقدية والقانونية، وبعد أن ذكرت هيئة التحكيم بأن العقد شريعة المتعاقدين وبأنه لا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب المقررة قانوناً وقد أشارت الهيئة التحكيمية أن الجهة المدعى عليها أخلت بالتزاماتها التعاقدية إذ أنها تلكأت عن تسليم الأرض موضوع النزاع للمدعية خالية من الشواغل والأشخاص، فما كان من الهيئة إلا أن قررت أن الشركة المدعية تستحق التعويض عن الخطأ التعاقدية الذي ارتكبهت الجهة المدعى عليها وأن هذا التعويض يشمل ما لحق بالمدعية من خسارة

استاذنا الدكتور حمزة الحداد يرى حل المسألة حلاً عملياً، فحسب رأيه فإن مقتضيات العدالة وطبيعة التحكيم، تتطلبان وقف السير في الدعوى التحكيمية، وليس ردها شكلاً، إذا اعترض الطرف الآخر عليها بسبب تقديمها قبل أوانها، بحجة عدم اللجوء للمفاوضات قبل رفع الدعوى. في هذا الفرض، يمكن لمؤسسة التحكيم المقدمة إليها الدعوى التحكيمية، أو لهيئة التحكيم حسب الأحوال، أن تقرر تعليق إجراءات التحكيم، وإعطاء الطرفين فرصة للمفاوضات لفترة معينة، بتفان على مدتها، أو تكون هي الفترة المنصوص عليها في اتفاقهم الأصلي. فإذا انقضت الفترة دون أن يتوصل الطرفين لإتفاق تسوية، أو اتفاقاً خلالها على استنفاد فرصة التسوية وبالتالي فشل المفاوضات، تستمر إجراءات التحكيم بناءً على طلب أحد الطرفين، الذي غالباً ما يكون المحتكم. وإذا نجحت المفاوضات، تُقرر الهيئة إنهاء الإجراءات وإغلاق ملف الدعوى التحكيمية. (التحكيم في القوانين العربية فقرة 44 ص 46).

98- ولعلّ من المعاني التي يتعيّن الوقوف عندها، عند قراءة الحكم، إدراك أنه حرص في استعراضه لوقائع المنازعة ومن خلال أسبابه، على بيان ان المشروع الإستثماري الذي كان يزعم إقامته كان من شأنه ان يعود بفوائد تنموية على اوضاع البلد المضيف.

99- والجدير بالذكر فإن هيئة التحكيم كانت على دراية بأن الحكم سوف يشكّل سابقة أولى وهامة مما يحتم تحصينه. فأتى الحكم حافلاً بالإستشهاد بالأراء الفقهية والقانونية والأحكام القضائية والأحكام التحكيمية، فضلاً عن تناوله مسائل تتعلق بقانون التحكيم والقانون المدني والقانون الإداري وقانون الإستثمار.

وما فاتها من كسب عملاً بالمادة 224 من القانون المدني الليبي كما يشمل الضرر الأدبي عملاً بالمادة 1/225 من القانون المدني الليبي. ثم أضافت الهيئة التحكيمية أن الجهة المدعى عليها أخلت بالالتزامات قانونية تجاه الشركة المدعية مصدرها المادة 148 من القانون المدني الليبي التي تنص أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"¹⁰⁰

100 - إن مبدأ حسن النية يحتل اهتماماً متزايداً على الصعيد الدولي بين الدول المتقدمة، وفي نطاق التعاملات الدولية، وهو في الأصل مبدأ أخلاقي، مع كثرة النص عليه والإشارة إليه أخذ اطاره القانوني حتى أصبح ذا صفة أمره، وله أهمية كبيرة في القانون، فلا يملك أحد الحق في علاقاته المتبادلة أن يتصرف بسوء نية، لأن الصفة الأمرة لمبدأ حسن النية لا تسمح بذلك، فالمبدأ يجب أن يفهم على أنه شرف وعدم وجود تناقض بين الاقوال والتصرفات والرغبة الحقيقية في انجاز كل شيء على أحسن وجه والقاعدة السائدة لدى معظم التشريعات هي أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية. يراجع د. مرتضى جمعه عاشور - الدفع بالإستوبل في التحكيم التجاري الدولي - مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين - المجلد 14 - العدد 4/ ايلول 2012.

وتجهد معظم الأنظمة القانونية لحماية الثقة في التعامل بين أطراف العقد وتطلعاتهم المشروعة بوسائل شتى. ففي الأنظمة المبنية على القانون المدني والمنبثقة من النظام الروماني الجرمانى، تتم حماية هذه الثقة والتطلعات المشروعة عن طريق مبادئ قانونية عامة في طبيعتها مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ العقود وتفسيرها على ما نصت عليه المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي مثلاً. كما تلجأ بعض هذه الأنظمة القانونية المدنية الى نظريات قانونية أكثر تحديداً كنظرية الظاهر أو التعسف في استعمال الحق أو منع التناقض أو نظريات أخرى مشابهة في القوانين الألمانية والبلجيكية والهولندية، أو عن طريق قواعد مسؤولية مدنية خاصة مبنية على الثقة.

وعلى سبيل المثال فلقد نص قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 221 على القاعدة العامة التي مفادها: "ان العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف" ولقد طبق الإجتهد القضائي اللبناني قاعدة الإستوبل، وإن دون استعمال هذا التعبير، وفي قرارات صدرت عن الغرفة الخامسة لمحكمة التمييز اللبنانية في ذات التاريخ عام 2001 بقضيتين مختلفتين. ففي قرار "بانسي شيبينغ" الذي صدر في إطار الطعن بقراري تحكيم دوليين صادرين في لندن، طُرحت على المحكمة مسألة صدور الحكيم التحكيمي دون وجود بند تحكيمي صحيح، بسبب توقيع العقد المتضمن اتفاق من قِبَل غير ذي صفة لعدم اختصاص مجلس الإدارة ورئيسه وعدم اهليتهما للإتفاق على التحكيم، وتوكيل المحامين بهذا الصدد. وقد ردت محكمة التمييز بإدعاءات الجهة الطاعنة بعدما استثبتت من وقائع القضية التحكيمية ان هذه الجهة لم تثر هذا الموضوع طوال المحاكمة التحكيمية ولا خلال المرحلة الإستئنافية من الطعن. مما يشكل خروجاً واضحاً عن حدود حسن النية التي يجب أن تسود الأعمال الإجرائية. والملاحظ هنا أن المحكمة اكتفت بالإستناد الى مبدأ حسن النية دون التطرق صراحة الى قاعدة عدم التناقض أو استعمال تعبير الإستوبل.

أما القرار الثاني، فقد صدر في التاريخ ذاته بقضية "شركة قبيطر" وهي تتعلق بتحكيم داخلي وطُرحت على المحكمة مسألة قانونية مشابهة إلى حد كبير، تتعلق بعدم أهلية وعدم صفة رئيس مجلس الإدارة للجوء الى التحكيم، وقد توصلت المحكمة الى الحل ذاته إنما بتعبير أكثر وضوحاً ودقة، فأشارت مباشرة في حيثيات قرارها الى مبدأ عدم التناقض المنصوص عليه في مجلة الأحكام باعتباره من القانون الوضعي اللبناني وإلى المبدأ الكلي المستمد من القانون الروماني اي قاعدة Non concedit venire contra..

والمادة 23 من القانون الليبي رقم 5 لسنة 1997 بشأن تشجيع إستثمار رؤوس الأموال الأجنبية الذي لا يجيز مصادرة المشروع أو تجميده أو إخضاعه لإجراءات لها نفس التأثير والمادة 1/9 من الاتفاقية العربية التي تحظر اتخاذ التدابير التي تؤدي إلى الحجز والحراسة أو التجميد أو المصادرة أو التصفية. فتكون بذلك الجهة المدعى عليها قد ارتكبت أخطاء تعاقدية وقانونية تؤكد مسؤوليتها التعاقدية والقانونية.

وكان لا بد لهيئة التحكيم من أن تحدّد التعويض المستحق للشركة المدعية. فقررت الهيئة حكمها بإلزام المحكّم ضدهم بأن يدفعوا للمحتكمة:

- 1- مبلغ 30,000,000 ثلاثون مليون دولار أمريكي تعويضاً عن الأضرار الأدبية.
- 2- 5,000,000 خمسة ملايين دولار اميركي.
- 3- 900,000,000 تسعمائة مليون دولار اميركي تعويضاً عن الكسب الفائت.
- 4- 1,940,000 مليون وتسعمائة وأربعين ألف دولار اميركي رسوم ومصاريف التحكيم.

5- فائدة بمعدل 4% على إجمالي المبالغ المحكوم بها من تاريخ صدور الحكم. ويعتبر الحكم التحكيمي من الأحكام الرائدة في عالم التحكيم العربي ذلك أنه أول حكم يصدر بالتطبيق لهذه الاتفاقية.

وقد أحاط الحكم كل جوانب الموضوع إحاطة شاملة، ولعل هذا هو سبب ضخامة الحكم، وقد جاء حكم التحكيم مؤسساً تأسيساً عميقاً رصيناً معتمداً على حجج قانونية واضحة وقوية سواء من ناحية الفقه أو من ناحية السوابق القضائية.

وكذلك في إطار طعن ببطلان البند التحكيمي لمخالفته المادة 5/ من المرسوم الاشتراعي رقم 67/34 المتعلق بالتمثيل التجاري، فقضت محكمة التمييز المدنية الخامسة في قضية "مواسم تعاليل" عام 2004 بعدم قبول هذا الطعن بعدما تمثلت الجهة الطاعنة في المحاكمة التحكيمية ولم تنتزع بسبب البطلان المذكور، بالإستناد الى القاعدة الواردة في المادة 100 من مجلة الاحكام دون ذكر قاعدة الإستوبل صراحة.

كما طبقت محكمة إستئناف بيروت الثالثة في قرار صادر عام 2004 حكم المادة 100 من مجلة الأحكام في موضوع صحة تمثيل محام لموكليه في نزاع تحكيمي تبين أنه لم يكن يحمل وكالة خاصة منهم بذلك، بل بوكالته عن محام آخر هو الوكيل الأصيل، فقضت بأن المبدأ العام القائل بأن من سعى لنقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه، بعدما أن كان المحامي المذكور قد حضر عدة جلسات تحكيمية بوكالته عن المحامي الأصيل، ولم تثر الجهة الموكلة هذا الأمر الذي لا يحتاج الى وكالة خاصة بمطلق الأحوال.

وقد كان موقف المحكمين سليماً، إذ أنهم بخصوص المسؤولية القانونية اعتمدوا نصوصاً واضحة وجليّة حققت هدف ما استخلصوه، ومنها الاتفاقية العربية المذكورة التي يقرّ بها القانون الليبي، والتي بمجرد انضمام الدولة الليبية إلى الموقعين عليها تصبح مقتضياتها أسمى من قوانينها الوطنية، ولا ينال من موقفهم ما تمسك به المدعى عليهم من مشروعية قرار إلغاء الترخيص رقم 203 المستند إلى قرار مجلس الوزراء رقم 194 بشأن تقرير بعض الأحكام في ميدان الإستثمار العقاري، على إعتبار أن ذلك القرار مخالف للقانون رقم 2010/9 الذي مرتبته أعلى، فضلاً عن أنه لا يجوز إتخاذ مواقف قانونية أو غيرها تجافي ما هو مستقر عليه تشريعياً وما اتفق عليه الأطراف تعاقداً.

وبعد أن إستعرض الحكم التحكيمي الأسباب المتقدّمة، قرر أنه بالنظر إلى أن المدعية قد طلبت شمول هذا الحكم بالنفاذ المعجل استناداً إلى نص المادة 34 من الإتفاقية الموحدة والتي تركز الطابع النهائي والعاجل لحكم التحكيم، واستناداً أيضاً إلى الطابع الطارئ والملح للقضية، ولجسامة الضرر المادي الذي لحق بها، وبالنظر إلى إقرار قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي والمصري لمبدأ النفاذ المعجل.

وبالنظر إلى أن الهيئة إختارت، وفقاً للسلطة التي منحتها إياها الإتفاقية الموحدة، تطبيق إجراءات مكتملة لأحكام التحكيم المقررة في هذه الإتفاقية، وهي الأحكام المنصوص عليها في نظام مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي وبالنظر إلى أن هذا النظام الأخير يطبق ما هو معمول به في غرفة التجارة الدولية بباريس من حيث تحويل المحكمين سلطة تقديرية واسعة في منح التنفيذ المعجل النافذ على أصله للقرار التحكيمي، فقد انتهى الحكم إلى القول بأن الهيئة التحكيمية قد قضت بناءً على ما تقدّم بإعطاء الحكم التحكيمي صفة معجل.

المحور الثاني - طبيعة دعوى البطلان:

بالنظر إلى الطابع الإتفاقي للتحكيم، ولتميّز التحكيم بذاتيته الخاصة التي تجعل له تطبيقاته المستقلة عن تطبيقات القضاء المتفقة والعملية التحكيمية ومقاصدها القائمة على مفاهيم ليست هي بالضرورة مفاهيم وقواعد المرافعات القضائية.

وحيث أنّ إتفاق التحكيم مبعثه - في حقيقة الحال - رغبة أطرافه في البعد عن قضاء الدولة، وقواعده الجامدة وضمائنه الشكلية، خاصة المعوق منها أملاً في تحقيق عدالة سريعة

ومرنة¹⁰¹. وادراكاً من المشرع لمقاصد التحكيم ووظيفته، فإنه لم يضع معايير صارمة لصحة أحكام التحكيم كمثيلتها المتطلبية في الأحكام القضائية، وذلك حتى لا يفتنت القضاء على نظام التحكيم والمصالح المستهدفة منه.

ولئن كان حكم التحكيم لا يتمتع بكافة الخصائص الذاتية لحكم القضاء ولا يصدر من محاكم الدولة ولا بإسمها، فإن المشرع يمنحه حجية مباشرة وبمجرد صدوره ويجعله حجة على الخصوم مفترضاً صحة ما انتهى إليه من قبول أو رفض.

وتستند هذه الحجية في الأساس إلى إرادة الأطراف ذلك أن مجرد إتفاق هؤلاء على التحكيم يعني صراحة منحهم هيئة التحكيم ولاية نظر نزاعهم وسلطة إصدار حكم "تحكيمي" ملزم لهم.

والواقع أن المشرع المصري قد أخذ بفكرة فعالية التحكيم وأكد على السرعة بإعتبارها ميزة أساسية للتحكيم وأن حكم التحكيم يُعدّ مبرماً ويتمتع بحجية الأمر المقضي به¹⁰²، وأنه قابل للتنفيذ تلقائياً من قبل الأطراف أو بصفة إجبارية إذا رفض المحكوم تنفيذه طوعاً بعد اكسائه صيغة التنفيذ¹⁰³.

101- إن التحكيم هو نظام خاص للتقاضي يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة، للفصل في ما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم بعد أن يدلي كل منهم بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، وهو ما نصت عليه المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية من أنه: "1- يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع معين بشروط خاصة.

102- قاعدة الحجية تقوم على افتراض مؤداه ان الأحكام عنوان الحقيقة، وتتمتع الأحكام التحكيمية بالحجية المانعة من إعادة طرح النزاع بذات عناصره مرة أخرى بهدف توفير الاستقرار والثبات للمراكز القانونية التي صدر بشأنها الحكم ولمنع تناقض الأحكام وتأييد المنازعات.

وفي اجتهاد للقضاء المصري جاء فيه:

"إن حجية الأمر المقضي لأحكام المحكمين شأنها شأن أحكام القضاء لها حجية بمجرد صدورها، وتبقى طالما بقي الحكم قائماً".

(محكمة النقض المصرية - الدائرة التجارية - الطعن رقم 1973/76 صدر في 2003/3/13.

منشور في مجلة التحكيم العالمية - د. عبد الحميد الأحديب - بيروت - العدد الأول ص 542.

103- حكم التحكيم يتضمن ثلاث قوى وهي القوة الإلزامية والقوة الثبوتية والقوة التنفيذية كالحكم القضائي، إلا أن القوة الأخيرة تحتاج إلى تدخل القضاء لإكساء حكم التحكيم صيغة التنفيذ.

وهناك فارق ما بين القوة الإلزامية (قوة الأمر المقضي به) والقوة الثبوتية، حيث أن قوة الأمر المقضي به قاصرة على أطراف الخصومة بينما يمتد أثر القوة الثبوتية للغير خروجاً عن قاعدة نسبية أثر الأحكام.

القوة الثبوتية هي قرينة لا يجوز دحضها بدليل آخر من قبل الغير إلا بطريق الطعن المقرر قانوناً، ووفقاً لقانون التحكيم

وإنطلاقاً من هذه الأسس فإنّ دعوى بطلان حكم المحكّم لها طبيعة خاصّة تختلف عن دعاوى بطلان التصرفات القانونية، وتختلف عن طرق الطعن العادية وغير العادية في الحكم القضائي مع أنّ بعض الفقه¹⁰⁴ يعتبرها درباً من دروب الطعن بسبب أنّ الطلبات التي تعدّ مقبولة هي الطلبات التي ترمي إلى الإبطال لا إلى الإصلاح أو تعديل حكم المحكّمين.

والجدير بالذكر أنّ الطعن بالبطلان الذي أورده المشرع المصري هو الطريق الوحيد للطعن على حكم التحكيم وبالتالي لا يجوز الرجوع على هذا الحكم بأيّ وجه من أوجه الرجوع الأخرى كالإستئناف والطعن بإعادة المحاكمة.

وحيث إن المقرر من أن دعوى بطلان حكم المحكّم. وعلى ما تقيده المادة 53 من قانون التحكيم المصري، إنما توجّه إلى حكم المحكّم بوصفه عملاً قانونياً وتتصبّب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، وأن العيوب التي يجوز لمذعي البطلان التمسك بها قد أوردتها المادة المشار إليها على سبيل الحصر بحيث لا يقاس عليها، وهي تتعلق إمّا بالإتفاق على التحكيم أو بخصومة التحكيم، فأما العيوب التي تتعلق بالإتفاق على التحكيم وتكون سبباً لبطلان حكم المحكّم فهي صدور الحكم بغير وثيقة تحكيم أو بناءً على وثيقة باطلة، أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكّم عن حدود الوثيقة، وأما تلك التي تتعلق بخصومة التحكيم وتكون سبباً كذلك في بطلان حكم المحكّم فقد حددها المادة المشار إليها في حالات صدور حكم من محكّمين لم يعينوا طبقاً للقانون أو صدوره من بعضهم دون أن يكونوا مأذونين بالحكم في غيبة الآخرين، أو بناءً على وثيقة تحكيم لم يحدد فيها موضوع النزاع، أو صدر من شخص ليست له أهلية الإتفاق على التحكيم، أو من محكّم لا تتوافر فيه الشرائط القانونية، أو إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم، مما مفاده أن كل منازعة يثيرها أحد طرفي التحكيم طعناً في الحكم الصادر من المحكّم أو بإغفاله الفصل في طلب موضوعي أو عدم صحة كفاية أسباب حكمه فهي تخرج عن طبيعة دعوى البطلان.

والحقيقة أنّ حدود دعوى البطلان تنحصر فقط في المجال الهيكلي الجامع المحدد لها في قانون التحكيم، وبالتالي فلا يجوز لأي من الخصوم أن يبدي من الطلبات أو الدفوع أو أوجه دفاع

السوري رقم 4 لعام 2008 فلا يجوز الطعن بحكم التحكيم بطرق الطعن غير العادية سواء بإعادة المحاكمة أو باعتراض الغير لعدم وجود نص قانوني صريح على ذلك.

104- د. محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكّمين، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 302.

ما يكون من شأنه توسيع هذا النطاق التشريعي¹⁰⁵، فهم لا يملكون في خصومة البطلان الحقوق والمزايا التي كانت مقررة لهم أمام القضاء¹⁰⁶.

105- إن حكم التحكيم لا يصدر في قضية قضائية، بل في خصومة تحكيمية وعن هيئة تحكيم اختارها الأطراف، من غير القضاة. وبالتالي فإن المشرع لا يعرف سوى طريق واحدة للطعن في أحكام التحكيم هي دعوى البطلان، وقد سن المشرع الإماراتي لهذه الدعوى نظاماً خاصاً ومستقلاً ومتميزاً عن صور الطعن في أحكام القضاء. ولكي لا يهدر المشرع متطلبات التحكيم والغاية المقصودة منه، ولهذا فقد قصر المشرع نطاق دعوى البطلان على أسباب محددة بحيث لا تقبل هذه الدعوى إلا استناداً إلى هذه الأسباب أو ما يتصل بها.

106- إن تحديد حالات البطلان على سبيل الحصر يعني أنه لا يجوز الطعن عليه لسبب آخر فلا يجوز الطعن عليه للخطأ في فهم الواقع أو القانون أو مخالفته.

ومؤدى ذلك ان هذه الدعوى لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى به حكم التحكيم في شأنه فلا تمتد سلطة القاضي فيها إلى مراجعة الحكم المذكور في شأن مدى سلامته في فهم الواقع في الدعوى أو مخالفته القانون الواجب التطبيق أو الخطأ في تطبيقه، لأن ذلك كله مما يختص به قاضي الاستئناف لا قاضي البطلان، ولا نزاع أن دعوى البطلان ليست طعنًا بالإستئناف على حكم التحكيم.

وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة 50 من قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008 على ما يلي:

1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاؤه مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقداً الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع 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.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

2- تقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في الجمهورية العربية السورية.

وكما هو واضح فإن أسباب البطلان تدور حول سلامة العملية التحكيمية من حيث الشكل والإجراءات بدءاً من اتفاق التحكيم والأهلية اللازمة لإبرامه مروراً بنزاهة إجراءات التحكيم وعدالتها وضرورة احترام حقوق الدفاع وكذلك صحة تشكيل هيئة التحكيم والتقييد بحدود ونطاق مهمة المحكمين وصولاً إلى صحة التحكيم وإجراءاته فضلاً عن ضرورة عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام.

وأول ما يلاحظ على حالات الطعن بالبطلان التي نص عليها المشرع السوري في قانون التحكيم كثرتها وتنوعها واستيعابها لأكثر عدد من الفروض التي يمكن الطعن فيها على حكم التحكيم بالبطلان.

ثم إن دعوى البطلان تنصبّ على الخطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير، ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في القانون المصري لها صبغة شكلية، وعليه فإن صلاحية محكمة بطلان التحكيم لا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع ومراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم واقع النزاع وتكييف أو تفسير القانون أو تطبيقه، لأن ذلك كله لا يُعد من اختصاص محكمة الإستئناف عند نظرها في دعوى البطلان.

والجدير بالذكر أن معظم الحالات التي يقضي فيها القضاء المصري بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم إستناداً إلى أن حالات البطلان واردة في القانون على سبيل الحصر، وغالباً ما يتمسك مدعي البطلان إمّا إلى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو إستناد المدعي إلى عدم فهم المحكم للوقائع أو خطأه في تكييفها، وهذه كلها أسباب لا تؤدي إلى البطلان ولا تعدّ سبباً من الأسباب التي نص عليها المشرع المصري في المادة 53 من قانون التحكيم المصري رقم 4 لعام 1994.

إنّ الأسباب التي ذكرها المشرع المصري والتي تقبل دعوى البطلان على حكم التحكيم محدّدة حصراً، وهذه الأسباب تتعلّق جميعاً في الشكل والإجراءات دون الغوص في موضوع النزاع.

المحور الثالث- هل تقدير التعويض يندرج في حدود النظام العام:

لقد جاء في الحكم محل التعليق وتحديداً الفقرة (1) ما يلي:

"... فلا يحترم قاضي البطلان عند مخاصمة حكم التحكيم - من أن يمر على أسباب الحكم فاحصاً إياها، بعناية وفهم وبقظة ودراية سبيلاً إلى استظهار واستنبان مفترضات المطاعن في شأنه والتي قد تؤدي - حسب ظهورها الواضح الصريح وتأثيرها الجسيم - إلى إبطاله. ومن زاوية النظام العام..."

ونحن من جانبنا نقول: إن محكمة البطلان قد قررت من حيث النتيجة إبطال حكم التحكيم بتعليل المبالغة في التعويض.

والسؤال الآن، هل مسألة مقدار التعويض في خصومة التحكيم هي من متعلقات النظام العام الداخلي أو الدولي؟

ونحن نرى: إن مسألة مقدار التعويض إرتفاعاً أو إنخفاضاً ليست من متعلقات النظام العام وعلى حد علمنا لم نقرأ أو نسمع عن اجتهاد قضائي أبطل حكم تحكيم بعلّة أن جسامّة التعويض - على فرض ذلك - أنها من متعلقات النظام العام وبالتالي لا يجوز لمحكمة البطلان إبطال حكم التحكيم بتعليل أن المبالغة في التعويض - على فرض أن هناك مبالغة - لأن مقدار التعويض لا يتعارض مع الأسس الإجتماعية أو السياسية أو الاقتصادية أو الخلقية في الدولة مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع ، بل هو من حقوق الأطراف يتجادلون حوله ومن ثم يأتي دور المحكم ويحدده وفقاً لسلطته التقديرية باعتباره قاضي موضوع.

ويقول العلامة السنهوري فإنه من " .. غير المستطاع حصر النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغيّر، يضيق ويتسع حسب ما يعدّه الناس في حضارة معيّنة "مصلحة عامة" ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد النظام العام والآداب العامة تحديداً مطلقاً يتمشى وكل زمان ومكان، لأنه شيء نسبي وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون هو معيار المصلحة العامة وتطبيق هذا المعيار في حضارة معيّنة (مجتمع ما)، وبحيث أن لا يكون معيار النظام العام معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي بل هو معيار اجتماعي موضوعي يرجع فيه الشخص (القاضي) لما تواضع عليه الناس..." .

والسؤال الآن، لو افترضنا أن محكمة التحكيم حكمت للجهة المحكّمة بأقل 10% أو أقل 20% أو 50% مثلاً من التعويض المحكوم به فهل يبقى مقدار التعويض جسيماً ويدخل في متعلقات النظام العام؟

وإذا كان الأمر كذلك أو على هذا المنوال فكان من المنطقي للمحكمة مُصدرة الحكم أن تحدد ما هو مقدار التعويض ونسبته الذي يدخل في مفهوم النظام العام أو لا يدخل في دائرة النظام العام!!

ونحن نعتقد أن المحكمة مُصدرة الحكم غير قادرة على تحديد النسبة والمقدار لأن مسألة التعويض في خصومة التحكيم ليست من متعلقات النظام العام أصلاً حتى لو افترضنا أن مبلغ التعويض مبالغ فيه.

ونحن نعتقد أن المحكمة مُصدرة الحكم محل التعليق أقحمت عنوة وقسراً مسألة التعويض وزجتها في عداد النظام العام لكي تصل إلى الهدف المنشود وهو إبطال الحكم، تحت مسمّى مخالفة النظام العام!!

والواقع أنه من الصعب حصر فكرة مقدار التعويض من متعلقات النظام العام وتحديد الحالات المتعلقة بها، لأن المقصود بالنظام العام في دولة ما هو مجموعة الاصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الانسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت او اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرس نفسها على مختلف انواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرت بحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل ارادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقررها للبعض منهم قبل البعض الاخر من ناحية اخرى¹⁰⁷.

والذي نريد التركيز عليه في هذا الصدد:

إن أسباب البطلان محصورة ضمن نطاق معين فلا يجوز لمحكمة البطلان أن تدمجها بعضها ببعض بغية اعطاءها معنى واسعاً يرفضه القانون، فلا يجوز لها مثلاً تحت ستار مخالفة النظام العام النعي على القرار التحكيمي أنه فسّر القانون تفسيراً خاطئاً¹⁰⁸ كما لا يجوز تحت ستار الأخذ على المحكم أنه خرج عن مهمته إعادة النظر بالتفسير الذي اعطاه للبنود التعاقدية¹⁰⁹ ولهذا فإن إبطال حكم التحكيم في هذه القضية لم يكن في محلّه القانوني ولا يدخل مقدار التعويض كسبب في أسباب مخالفة النظام العام.

وعلى فرض أنّ جسامة التعويض من متعلقات النظام العام الداخلي فهي ليست من متعلقات النظام العام الدولي وهذا ما يثبت النظرية القائلة بوجود نظام قانوني تحكيمي يرعى التحكيم الدولي لا علاقة له بالأنظمة الوطنية التي على القاضي التقيد بها.

والنظام العام عبر الدول يسمو على القانون الواجب التطبيق في حال مخالفة هذا الأخير له وهذا النظام العام يستخلص من المبادئ والقواعد والقيم التي تأخذ بها معظم الدول التي تشكل

107- د. فتحي والي - الوسيط في قنون القضاء المدني قانون المرافعات المصري - مطبعة جامعة القاهرة - طبعة 1991 - ص 858 .

108- تمييز غرفة خامسة 136 تاريخ 10/31 / 2002.

109- تمييز غرفة خامسة رقم 4 تاريخ 2005/1/11.

المنظومة الدولية - وليس بالضرورة جميعها - كالقواعد المانعة للرشوة وللتمييز الديني والجنسي والعنصري والإتجار بالمخدرات وبالأعضاء البشرية، كما القواعد الآيلة الى حماية المتعاقد الضعيف الخ.. أما مقدار أو جسامة التعويض فهي ليست من متعلقات النظام العام الدولي.

وفي قرار للمحکم الإتحادية السويسرية سنة 1994 بقضية West Lan جاء فيه:

"ان الرقابة الواجب ممارستها في سويسرا على القرار التحكيمي يجب أن تتناول النظام العام عبر الدول أو الكوني الذي يتضمن المبادئ الأساسية للقانون التي تطبق بمعزل عن علاقة النزاع بدولة معينة".

كما جاء في القرار الصادر عن هيئة تحكيمية تابعة لغرفة التجارة الدولية رقم 8606 تاريخ 1997 ما يأتي:

"إنّ المحكم ليس تابعاً لنظام قانوني داخلي، وله الحق في تطبيق مجموعة قواعد عبر الدول". (المجلة اللبنانية للتحكيم، رقم 9 ص 20).

المحور الرابع - محكمة البطلان ليست محكمة موضوع:

في القسم الثالث من حيثيات الحكم وتحديداً الفقرة رقم 1 فقد جاء في حيثيات هذه الفقرة "... أنه في القانون المصري، فوفقاً لأحكام دعوى بطلان أحكام التحكيم التي هي الضمانة الكبرى المرتبطة بمصالح اطرافه، وبحسب طبيعتها، فلا شأن لقاضي البطلان بالنتيجة التي خلص إليها حكم التحكيم. كما أنّ أخطاء، الحكم المتعلقة بعيوب في التقدير بالنسبة لعناصر الواقع أو بمخالفة القانون لا تجعله بالضرورة موصوماً بالبطلان، وبطبيعة الحال لا يجوز للخصوم إعادة الجدل في عناصر النزاع الموضوعي أو إعادة طرحها من جديد على محكمة البطلان لمراجعتها ولا يملك القضاء تصحيح أو إتمام النتائج التي أثبتتها المحكم أو ردّ الأمور إلى نصابها أو أن يقوم أو يُصلح ما يكون في حكم التحكيم من عوج ..".

ولكن بالرغم من إقرار المحكمة بصحة تلك القواعد التي تلزم محكمة البطلان في عدم الخوض في موضوع الدعوى قد فوجئنا أن المحكمة مُصدرة الحكم محل التعليق أنها عملت عكس تلك القواعد التي أوردتها في حيثيات السابقة، حيث وجدناها تتحدث عن التعويض وأنه مبالغ فيه وجسيم ولهذا السبب فقد أبطلت المحكمة حكم التحكيم وبهذا الشكل تكون المحكمة قد وقعت في تناقض واضح ومُبين.

ولما كانت دعوى بطلان حكم التحكيم لا تسمح بحكم طبيعتها وبمقتضى القانون - لمحكمة البطلان بمراقبة التقدير الموضوعي للوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمها على هذه الوقائع كما لا يملك قاضي البطلان الحق في صحة الحكم أو عدالته¹¹⁰.

لأن أسباب الطعن بالبطلان لا تتعلق بموضوع النزاع الذي يبقى محصناً ولا يملك قضاء البطلان التعرّض له أو مناقشة مدى صواب أو خطأ ما ذهبت إليه هيئة التحكيم في شأنه ولا يملك حق التصدي له، فهذه الأمور تخرج عن نطاق الطعن بالبطلان، لأن في ذلك احترام لإتفاق الأطراف ولنهائية هذه الأحكام التحكيمية وهذا كله من شأنه ضمان فعالية حسم النزاعات وتفاذي إطالة الوقت.

فالمبدأ في دعوى بطلان حكم التحكيم، أنها توجّه نحو الحكم ذاته، ليس إلى ما يتضمنه من تقدير لوقائع الدعوى.¹¹¹

والجدير بالذكر أن القضاء بشكل عام أدرك طبيعة وحدود دوره الرقابي على أحكام التحكيم، معتبراً أن التحكيم كالقضاء يسعى لتحقيق الهدف ذاته، ألا وهو تحقيق العدالة. فدعوى البطلان لا

110- إن دعوى البطلان تتمثل خصومة خاصة لا تشكل امتداداً للدعوى التحكيمية، إذ أن ما يُعرض على محكمة البطلان ليس هو موضوع الدعوى التحكيمية أو قائع النزاع، وبذلك قرر الحكم محل التعليق بأن دعوى البطلان تتمثل مخاصمة لحكم التحكيم بسبب مخالفته نواح إجرائية محددة على سبيل الحصر، ويمتدح الإضافة إليها أو التبديل فيها أو القياس عليها تأكيداً للنطاق الضيق المحدد لدعوى البطلان.

111- وفي اجتهاد سابق صدر عن ذات المحكمة حيث جاء فيه: "الحكم الذي يُصدره المحكم هو حكم تحكيمي خالص يملك خصائصه الذاتية ويمنحه المشرع الحجية بمجرد صدوره، فإن الطعن فيه لا يطرح الدعوى التحكيمية من جديد أمام القضاء ومن ثم لا يجوز لمحكمة بطلان حكم التحكيم - وهي ليست محكمة أعلى - إعادة نظر النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم".
في دعوى التحكيم، تملك هيئة التحكيم سلطة الفصل في مسألة اختصاصها بالتحكيم المعروض عليها وصفة الأطراف فيه. (محكمة استئناف القاهرة، الدائرة السابعة التجارية - الدعوى رقم 18 لسنة 132 قضائية تحكيم تجاري، جلسة 2016/1/6).

منشور في مجلة التحكيم العالمية - العدد 30 لعام 2016 وفي الصفحة 501.

وفي اجتهاد آخر جاء فيه:

".. هذه الدعوى لا تتسع إعادة النظر في موضوع النزاع أو تعيب ما قضى بخ حكم التحكيم كما لا تمتد سلطة المحكمة إلى مراجعة وتقدير مدى ملامته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم سواء في فهم الواقع أو تكيفه أو تفسير القانون وتطبيقه أو قصور أسبابه أو كفايتها...".

(محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 62 تجاري، الدعوى رقم 72 لسنة 130 ق، جلسة 2015/4/8).

منشور في مجلة التحكيم العالمية - العدد 33 لعام 2017 وفي الصفحة 545.

تجيز إعادة طرح موضوع النزاع أمام القضاء الوطني، إذ إن في ذلك مساس بنهائية حكم التحكيم وبحججته المعترف بها في القانون المصري. بيد أنّ التحقق من توافر هذه الحالات من عدمه قد يؤدي إلى جعل القاضي الوطني يدخل في الموضوع، الأمر الذي لا تجيزه النصوص، والأمر الذي لم يقصده المشرع المصري أيضاً. هناك خطر رفيع بين التعرض للموضوع وبين ممارسة مجرد دور رقابي. وعلى القاضي الوطني، مهما بلغت الحجج القانونية المثارة أمامه من الطرف خاسر الدعوى التحكيمية طالب البطلان، ألاّ يتعرض لموضوع النزاع، وأن يتقيد بدوره الرقابي على أحكام المحكّمين.

ولكن المحكمة مُصدرة الحكم محل التعليق خالفت هذا النهج وأقمت نفسها في مسائل موضوعية ما كان ينبغي لها ان تتعرض لها وتضعها موضع البحث والمناقشة.

ومن المسلّم به أن محكمة الاستئناف عند نظرها في الطعن بطريق الإبطال لا تبحث أبداً في ما يمكن أن يشكل أسباباً استئنافية عادية لا مجال لبحثها إلاّ في إطار استئناف القرار التحكيمي، وبالتالي لا يكون لها في معرض نظر مثل هذا الطعن مراقبة كيفية تفسير المحكّم للقانون أو كيفية تطبيقه للقاعدة القانونية أو كيفية تفسير المستندات والعقود واستخراج وترتيب النتائج عليها، بل يقتصر دور محكمة الاستئناف في الحالة المعروضة مراقبة مدى تقيد المحكّم بالإجراءات الشكلية حصراً والتي تشكّل مخالفتها¹¹² سبباً لإبطال القرار التحكيمي، دون امكانية التوسع فيها أو استنباط أسباب غير واردة فيها تأويلاً أم قياساً.

والقول بخلاف ذلك يخرج الأمر من نطاق دعوى البطلان إلى نطاق دعوى الاستئناف (الطعن) ولما كانت دعوى بطلان حكم التحكيم لا تسمح بحكم طبيعتها وبمقتضى القانون -

112- بموجب المادة 800 / ا. م. م. "... لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزاً إلاّ في الحالات الآتية:

- 1- صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تحكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة.
- 2- صدور القرار عن محكّمين لم يعينوا طبقاً للقانون.
- 3- خروج القرار عن حدود المهمة المعيّنة للمحكّم أو المحكّمين.
- 4- صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم.
- 5- عدم اشمال القرار على جميع بياناته الإلزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها، وأسماء المحكّمين وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخه وتوقيع المحكّمين عليه.
- 6- مخالفة القرار قاعدة تتعلق بالنظام العام".

لمحكمة البطلان بمراقبة التقدير الموضوعي للوقائع وتفسير النصوص وإنزال حكمها على هذه الوقائع كما لا يملك قاضي البطلان الحق في صحة الحكم أو عدالته¹¹³.

ولهذا فالرقابة المنصوص عليها بالماد 53 من قانون التحكيم المصري لها صبغة شكلية لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تُسلط المحكمة رقابتها على كيفية تطبيق هيئة التحكيم للقانون، وتقتصر على التأكد من احترام بعض الشروط التي وردت في المادة المذكورة على سبيل الحصر، وهو الإتجاه الذي استقر عليه الفقه الذي يقرّ بأنّ رقابة قاضي الإبطال على القرارات التحكيمية، إنما هي رقابة شكلية لا تلج إلى أصل النزاع¹¹⁴.

وهذه القاعدة مقرّرة في أحكام عديدة أصدرها القضاء اللبناني، وهي محل إجماع فقهي لا مرأ فيه¹¹⁵. والقضاء العربي يلتزم بهذه القاعدة كذلك¹¹⁶.

113- إن دعوى البطلان تمثل خصومة خاصة لا تشكل امتداداً للدعوى التحكيمية، إذ أن ما يُعرض على محكمة البطلان ليس هو موضوع الدعوى التحكيمية أو قائع النزاع، وبذلك قرر الحكم محل التعليق بأن دعوى البطلان تمثل مخاصمة لحكم التحكيم بسبب مخالفته نواح إجرائية محددة على سبيل الحصر، ويمتنع الإضافة إليها أو التبديل فيها أو القياس عليها تأكيداً للنطاق الضيق المحدد لدعوى البطلان.

114- وقد نصت المادة 53 من قانون التحكيم المصري على ما يلي:

1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو سقط بانتهاء مدته.

ب- إذا كان أحد طرفي التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته.

ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تليغه تليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم بسبب عدم تليغه تليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته.

د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

هـ- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لإتفاق الطرفين.

و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع 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.

ز- إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو إذا كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم.

2- تقضي المحكمة التي تنتظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهور مصر العربية".

115- د. فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية، منشأة المعارف بالإسكندرية 2014 بند 376 ص 682.

116- على سبيل المثال: تمييز الأردن، 2010/10/5 في القضية رقم 3473 لسنة 2010، واستئناف عمان، 2011/6/13 في القضية رقم 381 لسنة 2011، تمييز دبي، 2008/5/25 في الطعن رقم 95 لسنة 2008 مدني، نقض أبو ظبي، 2009/10/22 في الطعن رقم 873 لسنة 2009، المحكمة الإتحادية العليا، أبو ظبي 2006/5/21، نقض تجاري، في

وعلى سبيل المثال فقد أقرت محكمة الإستئناف بتونس بوضوح أنّ الطعن ببطلان القرار التحكيمي ليس طعناً بالاستئناف، وبالتالي لا يمكن للمحكمة إعادة النظر في أصل النزاع ومناقشته، وجاء في حيثية الحكم: "حيث أنّ ما نسبته الطاعنة من مخالفة القرار التحكيمي للقانون وقضاءها بطلبات دون سند قانوني إنما يهدف في الحقيقة إلى مناقشة أصل النزاع المعروض أمام الهيئة التحكيمية ولا يجوز لهذه المحكمة مناقشته وإعادة النظر فيه طالما أنّ مراقبتها مناطها أوجه البطلان الواردة حصراً في صلب الفصل 42 من مجلة التحكيم فلا يجوز لهذه المحكمة مراجعة النزاع التحكيمي من حيث الموضوع أو من الناحية القانونية".

فالرقابة المنصوص عليها بالفصل 42 من مجلة التحكيم لها صبغة شكلية لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابتها على كيفية تطبيق هيئة التحكيم للقانون، وتقتصر على التأكد من احترام بعض الشروط التي وردت في الفصل المذكور على سبيل الحصر، وهو الإتجاه الذي استقر عليه الفقه¹¹⁷ وفقه القضاء التونسي¹¹⁸ الذي يقرّ بأنّ رقابة قاضي الإبطال على القرارات التحكيمية، إنما هي رقابة شكلية لا تلج إلى أصل النزاع¹¹⁹.

-
- الطعن رقم 56 لسنة 27 ق، محكمة البحرين الابتدائية، 2008/6/3 في القضية رقم 2006/46/8، استئناف تونس 2012/3/13 في القضية رقم 25825، وأحكام عديدة مشار إليها في العواج 2 ص 867-914 وهي صادرة من محاكم سوريا، وسلطنة عمان، ودولة قطر، والكويت، ولبنان، والمغرب، واليمن.
- 117- عن هذا الموضوع يراجع: عبد العزيز الدهماني، محكمة الاستئناف ومبدأ الرقابة الشكلية على أحكام التحكيم، مجلة القضاء والتشريع، عدد 4، أبريل 2007، ص. 13.
- 118- ينص الفصل 42 من مجلة التحكيم على أنه "يجوز طلب إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائياً، ولو اشترط الأطراف خلاف ذلك، في الأحوال التالية:
- أولاً- إذا كان قد صدر دون اعتماد على اتفاقية تحكيم أو خارج نطاقها.
 - ثانياً - إذا صدر بناء على اتفاقية تحكيم باطله أو خارج آجال التحكيم.
 - ثالثاً - إذا شمل أموراً لم يقع طلبها.
 - رابعاً - إذا خرق قاعدة من قواعد النظام العام.
 - خامساً - إذا لم تكن هيئة التحكيم متركبة بصفة قانونية.
 - سادساً - إذا لم تراخ القواعد الأساسية للإجراءات".
- 119- قرار تعقيبي مدني عدد 9532 مؤرخ في 15 جانفي 2002، الفصل 175 من م. م. ت. والفصل 78 من مجلة التحكيم والفصل 534 من م. ا. ع.
- تحكيم، رقابة محكمة التعقيب، رقابة محكمة الاستئناف، قضاء في الأصل.
- قرار تعقيبي مدني عدد 7560 مؤرخ في 2005/06/13 يؤخذ من مجمل أسباب الإبطال المحددة بالفصل 42 من مجلة التحكيم أنّ رقابة محكمة القرار المنتقد هي رقابة شكلية صرفة، وبذلك فإنّ الدفوع التي تستهدف أصل النزاع وكيفية فهم

المحور الخامس - معيار المحاكمة العادلة:

لقد جاء في حيثيات الحكم محل التعليق وتحديداً في الفقرة (7) ما يلي:

".. هناك دائماً، عند الفصل في كل نزاع، حدوداً حيوية توجبها الفطرة وتفرضها حقائق الأشياء غير مسموح بتخطيها أو الإطاحة بها، ولا يجوز إغفال تجاوزها الفاضح، وإلا تصادم ذلك مع مفهوم الحق في محاكمة عادلة منصفة..".

ونحن من جانبنا نقول إن أطراف الدعوى التحكيمية كانوا حاضرين جلسات التحكيم جميعها وقد أتاحت هيئة التحكيم الفرصة لكل طرف للدفاع عن نفسه وشرح وجهة نظره وإثبات ما يدّعيه وهيئة التحكيم لم تتعرض لحسم النزاع، إلا بعد أن طبقت مبدأ الوجاهية¹²⁰

هيئة التحكيم للوقائع وتمحيص الأدلة المعروضة عليها وطريقة شرحها لبند الصلح تخرج عن صلاحيتها،" نثرية محكمة التعقيب عدد 1 سنة 2005.

قرار تعقيبي عدد 2004/4287 (نثرية محكمة التعقيب لسنة 2005...)، قرار تعقيبي عدد 2003/31749 بتاريخ 10 جوان 2004، نثرية محكمة التعقيب لسنة 2004.

قرار تعقيبي مدني عدد 6699 مؤرخ في 2007/03/28: "لا يجوز تقديم طلب الإبطال بعد ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطالب حكم التحكيم أو من يوم بت المطلب من قبل هيئة التحكيم ان قدم إليها هذا المطلب، وفقاً للفصل 77 من هذه المجلة..."

إن رقابة محكمة الاستئناف المتعمّدة تنحصر في التثبيت من وجود التعليل من عدمه دون تجاوز ذلك للنظر في مطابقته للوقائع بناءً على أن الرقابة لا تتجاوز الجانب الشكلي وليست موضوعية باعتبار أن دور محكمة الاستئناف كمحكمة ابطل يختلف عن دورها كمحكمة استئناف التي تتعهد بالنظر في أصل النزاع وإعادة البت فيه بموجب المفعول الانتقائي للإستئناف، وأنها بوصفها محكمة إبطال ينحصر دورها في التحقق في ما إذا كانت الهيئة التحكيمية قد راعت المبادئ الأساسية للمرافعات وخاصة منها حق الدفاع".

120- يُعدّ الحق في الدفاع من أهم الضمانات المرصودة لإقامة محاكمة عادلة ولنا نحن المسلمين في رسالة عمر بن الخطاب المشهورة أسوة حسنة ما أوججنا إلى درها العالية. فالمساواة بين الخصمين أثناء مجلس القضاء، يعتبر مظهراً من مظاهر المحاكمة العادلة، وإعمال النظر في المسائل التي تعرض من قبلهم من تجليات هذه المحاكمة والمحافظة على رباطة الجأش أثناء المنازعة من أهم ضمانات الحق في الدفاع إلى غير ما تضمنته الرسالة المذكورة من قواعد ومبادئ سامية، ما زال الفكر القانوني المعاصر يحوم حول بعض منها، دون التمكن من النفاذ إلى جوهرها. والمقصود بمراعاة مبدأ الوجاهية في التحكيم أن يحاط تقديم أوجه الدفاع والمستندات بقدر من العلانية تسمح بإمكانية المناقشة الفعالة من قبل الأطراف، ويوجز البعض كل ذلك في عبارة مختصرة تتمثل في التزام المحكم بأن يؤمن للأطراف قضية عادلة.

ويجب أن تتم إجراءات التحكيم مواجهة بين الخصوم، فنظر المحكم للنزاع لا يكون إلا مواجهة بين الأطراف، وذلك على النحو المسلّم به أمام قضاء الدولة، إذ أن كل تحكيم يخل بمبدأ المواجهة يعتبر باطلاً. ولا يكفي احترام مبدأ المواجهة من الناحية الشكلية، بل يجب أيضاً احترامه في جوهره بأن يُمكن كل طرف من عرض دفاعه بالكامل.

ومكّنت الأطراف من إبداء كل ما عنّ على بالهم من دفوع وطلبات قبل أن تتصدى لمعالجتها.

وقد عرضت هيئة التحكيم لمختلف المآخذ التي أثارها الجانب الليبي لنفي مسؤوليته سواء بالنسبة للإدعاء بأنّ جدولاً زمنياً مفصلاً لمراحل تنفيذ المشروع وتصميماته كان مفروضاً تقديمه ولم يتم ذلك، وعدم تحديد موعد تسلّم موقع المشروع، وكذلك الرسومات في موعد معيّن، واقتراح موقع بديل الذي لم يتم الرد عليه في حينه، والزعم بأنّ جزءاً من رأس مال المشروع كان مفروضاً أن يتم تحويله قبل تاريخ معيّن، وهي جميعها أمور اعتبرتها هيئة التحكيم غير منتجة في الدعوى التحكيمية وعلى غير أسس مقبولة تعاقدياً، ومن ثم فقد رفضتها (الصفحات من

لا يقتضي مبدأ المواجهة فقط دعوة الأطراف إلى كل اجتماع أو جلسة تعدها هيئة التحكيم، واتخاذ الإجراءات في مواجهة الطرفين أو في جلسة يدعيان إليها، وإنما أيضاً تخويل كل طرف حق الإطلاع على كل ما يُقدّم في القضية من مذكرات وأوراق أو مستندات سواء قدّمت من الطرف الآخر أم من الخبراء، وإعطاء الفرصة الكاملة للقيام بهذا الإطلاع والرد عليها.

وفي السياق ذاته، لا يجوز للهيئة قبول أية مذكرة أو أوراق أو مستندات في غير جلسة من أحد الأطراف دون اطلاع الطرف الآخر عليها أو اعلانه بها. وإذا قبلت مثل هذه المذكرات والمستندات فإنها يجب ألا تعول عليها أو تتأثر بها في أحكامها. كما أنه وتطبيقاً لمبدأ الوجاهية، ليس للمحكّم أن يجري اتصالاً مع أحد الطرفين دون علم الطرف الآخر، ولهذا فإن خطاباته توجّه وجوباً إلى الطرفين معاً، كما يجب أن تعمل على أنّ كل خطاب يرسل من أحد الطرفين تسلّم منه نسخة للطرف الآخر.

تجدر الإشارة إلى أن وجوب احترام مبدأ المواجهة لا يقتصر على جلسات المرافعة فحسب بل يجب أن يراعى أيضاً في جلسات التحقيق، وكذا عند اتخاذ إجراءات الإثبات المختلفة سواء تمت أمام هيئة التحكيم أو أمام أحد أعضائها أو أمام الخبير.

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/11/10 بطلان حكم تحكيم على أساس أن أحد المحكّمين أجرى اتصالاً بأحد الطرفين لإجراء تحريات عن مسائل مشتركة تتصل بالقضية دون علم الطرف الآخر باعتبار أن ما أجره المحكّم يعتبر إخلالاً بمبدأ المواجهة.

ولا يجوز كذلك لهيئة التحكيم أن تأخذ في حكمها أي اعتبار لوسائل الدفاع والايضاحات والمستندات التي قدّمت من الخصوم دون أن يبلغ بها الطرف الآخر وتناقش مواجهة، بل فقط وسائل الدفاع والمستندات والايضاحات التي قدمت لها وأبلغت إلى الطرف الآخر، وكانت مناقشتها مناقشة حقيقية متاحة للطرفين.

على أنه يلاحظ انه يكفي لتحقيق مبدأ الوجاهية تمكين الخصوم من ابداء دفاعهم مواجهة ولهذا يكفي اخبار الخصم بالطلبات المقدمة من خصمه، علماً أن مبدأ الوجاهية يكون قد احترمت سواء حضر الطرف المعني لإبداء دفاعه أم لم يحضر، والحال كذلك إذا حضر ولم يبد دفاعاً ومهما كانت فاعلية الدفاع المقدم منه.

ويعتبر مبدأ المواجهة من صور الحق في الدفاع أي شرطاً لممارسته وبغيره لا تتوافر للأطراف خصومة عادلة، حيث قضت محكمة استئناف باريس بأن هذا الحق ينبع من النظام العام الدولي، فإن خولف كان جزءاً مخالفتها البطلان.

359 إلى 369) وعادت لتؤكد أن الخطأ الذي يعتد به في التحكيم القائم هو ذلك المنسوب إلى المحكم ضدهم والناشئ عن عدم احترام المادة الخامسة من العقد وعدم تسليم الشركة الكويتية المحكّمة الأرض المتفق عليها خالية من الشواغل والأشخاص وأي معوقات مادية أو قانونية، وبذلك يصدق في حق المحكم ضدهم ارتكاب خطأ تعاقدي يُعدّ أساساً للمسؤولية وفقاً للمواد 214 و217 و224 ومن القانون المدني الليبي.

وما يهمننا هنا في هذا الصدد فإن المحاكمة العادلة كانت متوافرة في هذه القضية التحكيمية فقد مكّنت هيئة التحكيم الأطراف من إبداء كل ما عنّ على بالهم من دفوع وطلبات.

والجدير بالذكر أن هيئة التحكيم لم تكن بالاستناد إلى المسؤولية التعاقدية وإنما استطردت إلى إضافة سبب آخر إلى المسؤولية أسمته "مسؤولية تقصيرية" ناشئة عن الإخلال بالتزامات قانونية "واستندت في ذلك إلى وجوب تنفيذ العقد بحسن نية وفقاً للمادة 148 من القانون المدني الليبي (الصفحتان 371 - 372) ومنع المصادرة والتجميد للمشروع أو إجراءات لها نفس التأثير" وذلك استناداً للقواعد الواردة في القانون رقم 5 لسنة 1996 بشأن تشجيع استثمار الأموال الأجنبية وما تضمنته من مزايا واعفاءات تم الاحتفاظ بها في ظل القانون رقم 9 لسنة 2010 (الصفحات 173 - 375) وكذلك مخالفة الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية التي تمنع اتخاذ تدابير تؤدي إلى الحجز والحراسة والتجميد أو المصادرة أو التصفية (الصفحات 376 - 379).

ان هيئة التحكيم استخدمت سلطتها التقديرية في تقدير مبلغ التعويض، تطبيقاً للرخصة التي حولتها إياها المادة العاشرة من الإتفاقية الوحيدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية وقد استلهمت الحلول الدولية التي تبنت استخدام الاسلوب المعروف بالـ (Discounted Cash Flow Method) لإحتساب القيمة الآتية للأرباح المستقبلية التي كانت ستستحق خلال عشرات السنوات المقبلة لو كان المشروع الإستثماري قد تحقق وبدأت الشركة الكويتية المستثمرة في جني أرباحها، كما كان يقتضي المجرى العادي للأمر.

وبذلك تكون هيئة التحكيم قد قامت في ظل السوابق التحكيمية الدولية المستقرة بإنزال حكم القانون العادل من تلقاء نفسها لإستخدامها سلطتها التقديرية المعترف بها وفقاً لكل من النظام القانوني الواجب التطبيق وإعمالاً لحكم القواعد الدولية بما لها من سمو وقوة الزامية.

أما فيما يتعلق بالضرر الأدبي فالبادي أن الحكم أقام تقديره بتحديد الضرر الأدبي الذي أصاب الشركة بمبلغ ثلاثين مليون دولار امريكي على أساسين:

أولهما توافر مسؤولية الدولة المضيفة وأجهزتها وارتكابها الخطأ الجسيم. (صفحة 403 من الحكم)، وثانيهما أن الشركة المستثمرة قد أصابها ضرر أدبي في سمعتها العالمية، من جراء الغاء المشروع الذي كانت قد بدأت الإتصال والتفاوض مع شركات عالمية من أجل تنفيذ هذا المشروع الاستثماري الضخم".

والجدير بالذكر إن تعويض الضرر الأدبي مبدأ أخذت به لجنة القانون الدولي في المادة 2/31 من مشروعها المتعلق بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً إذ نصت أن الخسارة تشمل أي ضرر سواء كان مادياً أو معنوياً، ينبج عن الفعل غير المشروع دولياً الذي ترتكبه الدولة.

أما عن الفوائد التأخيرية:

فقد قضت الهيئة التحكيمية بأن تدفع المحكم ضدها فائدة 4% وهي غير الفائدة التعويضية، يحكم بها للقائم بالدعوى جراً تأخر الخصم عن الوفاء بما التزم أو بما ترصد بزمته في الموعد المعين، وتعدّ بمثابة تعويض عما لحق الدائن من ضرر نتيجة التأخر في الوفاء سواء كان هذا الالتزام مدنياً أو تجارياً¹²¹ وتحسب وفقاً لما يلي:

1- تحسب الفائدة من تاريخ المطالبة القضائية (تاريخ رفع الدعوى) إذا كان المبلغ المطالب به محدداً على أسس ثابتة ومعلوم المقدار وقت الطلب، وغير خاضعة لتقدير القضاء ما لم تحدد بالاتفاق أو العرف التجاري، وينص القانون على خلاف ذلك.

2- وتحسب الفائدة من تاريخ صيرورة الحكم باتاً وقاطعاً إذا كان للقضاء سلطة في تقدير التعويض.

فالتعويض المطالب بسبب الاخلال بالعقد يخضع لتقدير القاضي فإن الفائدة تسري من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية.

121- د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني - ج 1 ص 758.

وبالنتيجة وفي ما يتعلق بمبلغ التعويض المادي الجابر للضرر الذي لحق بالمحتكمة، فإن هيئة التحكيم أعملت سلطتها التقديرية، وهي في ذلك لم تتجاوز اختصاصها الذي منحتها لها قواعد التحكيم وكذلك أحكام القانون المدني الليبي.

المحور السادس- التشكيك في نزاهة الخبراء:

لقد جاء في حيثيات الحكم محل التعليق وتحديدًا الفقرة رقم 17 ما يلي:

".. من العسير على المحكمة إدراك أن تحديد قيمة التعويض عن الكسب الفائت قد أُقيم وترتب على أساس فاسد استمدته هيئة التحكيم (الأغلبية) من تقارير خبرة حسابية صادرة عن مكاتب مالية ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية معدّة ومجهّزة سلفاً مقدّمة إليها من جانب المحكمة وحدها، مصحوبة بأمانى طموحة طيبة...".

ونحن من جانبنا نختلف مع المحكمة في الرأي حول هذا التوصيف وكيف عرفت المحكمة مُصدرة الحكم محل التعليق أن الخبراء كانوا مصحوبين بأمانى طيبة وطموحة، هذا اتهام بغير دليل، لأن الأصل هو براءة الذمة ما لم يثبت العكس بدليل مؤكد وقاطع، ثم أنه كيف استنتجت المحكمة أن هذه التقارير معدّة سلفاً فهذا اتهام في غير محله، ثم كيف عرفت المحكمة أن الخبرات الحسابية ارتكزت في تحصيل نتائجها على معلومات وبيانات ورقية، فنحن نختلف مع المحكمة في هذا الاستنتاج لأن القاضي ليس بخبير حسابي وكما هي القاعدة الأصولية فإن الخبرة الفنية لا تدحض إلا بخبرة فنية ماثلة، فإذا كان الجانب الليبي قد رضخ للخبرة ولم يبادر إلى تقديم خيرات معاكسة فما هو الحل إذن؟

الحل أن هيئة التحكيم استندت فيما استندت إليه في الحكم إلى أربعة تقارير "معدّة من مكاتب خبرة محاسبية متخصصة لأنّ الخبرات الحسابية صدرت عن مكاتب ذات سمعة مهنية عالية وهيئة التحكيم استندت إليها بعد أن وجدت التقارير سليمة ومقنعة كما اعتمدت معدلاً وسطاً بين المبالغ التي توصلت إليها التقارير. ولم يفت الهيئة التحكيمية أن تشير إلى أن الجهة المدعى عليها لم تقدّم أي تقرير خبرة مضاد للتقارير الأربعة وأن مناقشتها للتقارير الأربعة اقتصر على الشكل دون ان تتعرض إلى مضمونها التفصيلي والحسابي¹²².

122- إن استناد هيئة التحكيم إلى الخبرة في تقدير التعويض المترتب على فوات الكسب طوال مدة المشروع، المقدم من الشركة الكويتية المحتكمة ولما تتمتع به من سمعة، وأن الجهة المدعى عليها لم تقدّم أي تقارير تدحض الخبرة المقدمة من

ولما كانت الهيئة قد توصلت على ضوء التقارير الأربعة إلى أن معدل قيمة الخسارة اللاحقة بالمدعية من الفرص الضائعة الأكيدة والمحققة يربو على الملياري دولار امريكي وكانت الشركة المدعية قد اكتفت بأن طالبت في دعواها بمبلغ ملياري دولار امريكي، ثم قررت الهيئة تخفيض المبلغ إلى ملياري دولار امريكي. ثم ما لبثت الهيئة أن مارست سلطتها التقديرية وخفضت مبلغ الملياري دولار امريكي إلى مبلغ تسعمائة مليون دولار امريكي بعد أن استأنست بكلمة وكيل الجهة المدعى عليها في جلسة المرافعة الدكتور هشام صادق الذي دعا إلى إفساح الطريق لمزيد من التعاون الإقتصادي العربي المشترك في المستقبل.

وفي اجتهاد لمحكمة النقض المصرية جاء فيه:

من المقرر بقضاء النقض المصرية أن: "تقدير عمل أهل الخبرة من سلطة محكمة الموضوع التي لها أن تأخذ بتقرير الخبير كله كما لها أن تأخذ ببعض ما جاء فيه وتطرح بعضه، إذ هي لا تقضي إلا على أساس ما تظمن إليه" تقض مدني جلسة 30 نوفمبر 1995 - طعن 7085 لسنة 63 قضائية - سنة مكتب فني 46 - ج 2 صفحة 1285. كما أنه: "لمحكمة الموضوع سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة إليها والموازنة بينها وترجيح ما تظمن إليه منها، وأن تقرير الخبير من عناصر الإثبات التي تخضع لتقديرها دون معقب، فمتى رأت الأخذ به محمولاً على أسبابه وأحالت إليه اعتبر جزءاً مكتملاً لأسباب حكمها دون حاجة لتدعيمه بأسباب خاصة" نقض مدني - مصري- جلسة 27 ابريل 2010 - طعن 20133 لسنة 77 قضائية.

ثم إن استناد هيئة التحكيم إلى الخبرة في تقدير التعويض المترتب على فوات الكسب طوال مدة المشروع، المقدم من الشركة الكويتية المحكّمة ولما تتمتع به المكاتب المحاسبية من سمعة دولية، ولأن الجهة المدعى عليها لم تقدم أي تقارير تدحض الخبرة المقدمة من المحكمة باعتبار أن الخبرة، كما هو مستقر عليه أنها هي وسيلة إثبات، ومن الأمور الواقعية وليست القانونية التي يعود أمر تقديرها واعتمادها إلى هيئة التحكيم، في تقدير مقدار وقيمة الضرر، ولهذا لا يجوز ولا يليق بالمحكمة مُصدرة الحكم ان تصف حكم التحكيم بأنه سخيلاً وعبثياً (كما ورد في آخر حيثيات الفقرة رقم (10) من الحكم). وكان بإمكان المحكمة أن تقول أن الحكم مخالف للقانون مثلاً - على فرض انه مخالف للقانون - خاصة وأن حكم التحكيم محل دعوى البطلان قد صدر عن

المحكمة باعتبار ان الخبرة كما هو مستقر عليه هي وسيلة إثبات ولأن الأمور الواقعية وليست القانونية التي يعود امر تقديرها واعتمادها إلى هيئة التحكيم، في تقدير مقدار وقيمة الضرر.

هيئة تحكيم مشهود لها بالنزاهة والكفاءة والعلم ولها سمعتها الدولية الطيبة التي لا يُمارى أو يشكك فيها أحد من الناس على الاطلاق.

المحور السابع- إبطال حكم التحكيم بدون إيراد ومناقشة دفوع الطرفين:

من الملاحظ أن من يقرأ الحكم محل التعليق من بدايته وحتى نهايته لا يجد في حيثياته الأسباب التي تمسكت بها الجهة المدعية بالبطلان كما أنه لا يجد الدفوع التي واجهت بها الجهة المدعى عليها بالبطلان، دعوى البطلان ذاتها ولكن الأكيد أن الحكم كان يتضمن رأي المحكمة بدون أن تضع أقوال الطرفين موضع البحث والمناقشة وتمحيصها والرد عليها، بل كل ما في الأمر أن حيثيات الحكم كانت جميعها منصرفة إلى رأي المحكمة في حكم التحكيم ومن ثم كيف انتهت إلى النتيجة المؤسفة حينما أبطلت حكم التحكيم.

ولما كان يقتضي للحكم القضائي - أي حكم - كفايته الذاتية وحيث أن هذا لم يحصل مما يجعل الحكم مخالف للقانون، بأقوى درجات المخالفة ووصل إلى حد الخطأ المهني الجسيم.

المحور الثامن- الإبطال الجزئي لحكم التحكيم:

لنفترض أن حكماً تحكيمياً ما قضى في منطوقه الحكم لأحد الأطراف في نزاع مدني بتعويض مادي مع فائدة 20% بدلاً من 4% وبمعنى أن الحكم خالف النظام العام، ولنفترض أن صاحب المصلحة طلب بطلان الحكم لهذا السبب فالسؤال الآن، هل تقضي محكمة البطلان ببطلان الحكم أم تخفض فيه مقدار الفائدة إلى الحد المسموح به قانوناً إلى الحد الذي لا تخالف فيه الفائدة حد النظام العام؟

نحن نعتقد أن من واجب المحكمة الإبطال الجزئي لحكم التحكيم في مثل هذه الحالة أي ان تقوم محكمة البطلان بتخفيض مقدار الفائدة بدلاً من إبطال الحكم برمته.

وكذلك هو الحال في هذه الدعوى محل التعليق فلو افترضنا جلاً أن تحديد قيمة التعويض عن الكسب الفائت تدرج تحت مظلة النظام العام، فلماذا لم تقم المحكمة بتخفيض التعويض إلى الحد الذي يتناسب مع مفهوم النظام العام؟

الجواب على هذا السؤال أن مقدار التعويض عن الكسب الفائت لا يدخل أصلاً في نطاق

النظام العام !!

هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن ما حكمت به محكمة التحكيم في منطوق الحكم هو:
بالإزام المحتكم ضدّهم بأن يدفعوا للمحتكمة:

1- مبلغ 30,000,000 ثلاثين مليون دولار أمريكي تعويضاً عن الأضرار الأدبية.

2- 5,000,000 خمسة ملايين دولار اميركي.

3- 900,000,000 تسعمائة مليون دولار اميركي تعويضاً عن الكسب الفائت.

4- 1,940,000 مليون وتسعمائة وأربعين ألف دولار اميركي رسوم ومصاريف التحكيم.

5- فائدة بمعدل 4% على إجمالي المبالغ المحكوم بها من تاريخ صدور الحكم.

وكما هو ثابت في حيثيات الحكم أن المحكمة أبطلت حكم التحكيم بتعليل أن مبلغ ومقدار التعويض عن الكسب الفائت هو من ثوابت النظام العام، وهذا ثابت على سبيل المثال في الفقرة رقم 11 من الحكم حيث جاء ما يلي:

".. استعملت هيئة التحكيم سلطتها التقديرية فنزلت بالتعويض عن عنصر الكسب الفائت وحده ليصير فقط تسعمائة مليون دولار (وفوائده) هذا إذن لب وصميم الحكم المطعون فيه..".

وحيث أن المحكمة أبطلت حكم التحكيم بالكامل لهذا السبب.

والسؤال الآن ما هو ذنب باقي الفقرات الحكمية الأخرى التي لا علاقة لها بمقدار مبلغ التعويض عن الكسب الفائت؟

هل المطلوب معاقبة كل الفقرات الحكمية أم يمكن الإبطال الجزئي - هذا على فرض أن تعويض الكسب الفائت مخالف للنظام العام؟

كان من المفروض من المحكمة إذا هي اقتنعت بمخالفة مقدار التعويض عن الكسب الفائت للنظام العام كان من المفروض إذا سايرنا المحكمة بصحة الفرضية السابقة، كان من المفروض أن يصار إلى إبطال حكم التحكيم جزئياً - والابقاء على باقي الفقرات الحكمية الواردة في منطوق حكم التحكيم، ولكن هذا لم يحصل!!

الأمر الذي يجعل من الحكم محل التعليق انه قد خالف القانون وارتكب خطأ قانونياً فادحاً وصل إلى حد الخطأ المهني الجسيم.

الخلاصة

الوطن العربي يوشك أن يكون مثلاً واضحاً لمجموعة من الدول تشترك في خصائص مشتركة لا تكاد تتوافر لغيرها من التجمّعات الإقليمية الأخرى.

فلو أن رؤوس الأموال العربية إتّجهت للإستثمار الزراعي في أراضي السودان الشاسعة والصالحة للزراعة لأدى ذلك إلى اكتفاء الوطن العربي كله.

ولو اتجهت تلك الاستثمارات إلى مصر والمغرب ولبنان وغيرها من الاقطار العربية للاستغلال السياحي لإستطاعت أن توفر مناطق جذب سياحية عالمية.

وإذا كان الإستثمار الصناعي هو الركيزة الأساسية للتنمية فإنّ مناطق الوطن العربي بما فيها من كوادر بشرية غير عالية التكلفة صالحة للتصنيع سواء المتكامل بين هذه المناطق أو الذي يستقر في منطقة منها ويعم خيرها وعائدها الجميع.

وكما يقال إن راس المال جبان، والواقع أن رأس المال يبحث عن أمرين، فإذا وجدا في بلد من البلاد، فإنه لا يتردد في القدوم إليها. هذان الأمران هما الاستقرار السياسي والأمني وسيادة حكم القانون.

وقد عقدت الاتفاقية الموحّدة لإستثمار رؤوس الموال العربية في الدول العربية لكي تحقق لرؤوس الأموال قدراً من الأمان والحماية القانونية، ومع ذلك فإنّ هذه الاتفاقية لم تفعل تفعيلاً حقيقياً إلاّ أخيراً وبعد أكثر من ثلاثين سنة من ابرامها، وصدر أول حكم تحكيمي وفقاً لهذه الاتفاقية الذي تعرّض للبطلان بشكل مفاجئ وبطريقة مخالفة للقانون.

والخشية كل الخشية أن يؤدي هذا الحكم محل التعليق إلى ردة فعل عكسية تجعل من المستثمرين العرب أن يمتنعون عن إستثماراتهم في الوطن العربي ويذهبوا بها بعيداً إلى ما وراء الوراء نحو الدول الغربية أو ما بعدها.

رقم 2- حكم تحكيم بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية - طعن بالإبطال - قضاء بعدم جواز التمسك بحجية أحكام القضاء الوطني متى صدرت بالمخالفة لأحكام الإتفاقية - القضاء الوطني صاحب الولاية العامة أصدر الحكم الناقض - وجوب التقييد وعدم المجادلة باعتبار أن قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام - قضاء محكمة إستئناف القاهرة بعد الإحالة إقتصر على الفصل في إجراءات رفع الدعوى أو دفع شكلي فحسب دون الموضوع - محكمة النقض لا تتصدى في هذه الحالة للموضوع - نقض وإحالة مجدداً.

مع تعليق للدكتور حازم محمد عتلم¹ (مصر)

إنّ الإتفاق على إسناد الفصل في النزاع موضوع الدعوى للتحكيم طبقاً لأحكام الإتفاقية كافٍ لغلغ الطريق أمام الإعتصام بالقضاء الوطني لأيّ دولة طرف في الإتفاقية بما فيها جمهورية مصر العربية بإقامة أي دعوى مبتدأة وإختصاص محكمة الإستثمار العربية المنشأة بموجب الإتفاقية الموحدة بنظرها وأنه لا محلّ للتمسك بحجية أحكام القضاء الوطني متى صدرت بالمخالفة لأحكام الإتفاقية.

1- أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس.

ألحكم لم يظن أنه صادر عن محكمة إستئناف القاهرة وهي إحدى محاكم جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة التي أصدرت الحكم الناقض، ومن ثمّ وجب عليه الإلتزام بذلك الحكم والتقيد به، وأنه لا يجوز له المجادلة فيه بإعتبار أنّ قوّة الأمر المقضي تسمو على النّظام العام.

إذا كان قضاؤها (محكمة إستئناف القاهرة) قد إقتصر على الفصل في إجراءات رفع الدّعوى أو دفع شكلي فحسب دون الموضوع، فلا يمكن لمحكمة النّقض في هذه الحالة التصدي للموضوع نقض مع الإحالة.

(محكمة النّقض، أظعن الرّقم 18615 لسنة 88 قضائية، تاريخ 2019/10/10)

بإسم الشّعب

محكمة النّقض

الدائرة التجارية والإقتصادية

برئاسة السيّد القاضي/ نبيل عمران
 وعضوية السّادة القضاة/ محمود التركاوي
 صلاح عصمت
 نائب رئيس المحكمة
 د. مصطفى سالماني
 نوّاب رئيس المحكمة
 وياسر بهاء الدين

وبحضور السيّد رئيس النيابة العامة لدى محكمة النّقض/ جورج يوسف.
 والسيّد أمين السرّ/ خالد وجيه.

في الجلسة العلنية المنعقدة بمقرّ المحكمة بدار القضاء العالي بالقاهرة.
 في يوم الثلاثاء 13 من ربيع الآخر سنة 1441 هـ الموافق 10 من ديسمبر سنة 2019م.

أصدرت الحكم الآتي:

في الطعن المقيد في جدول المحكمة برقم 18615 لسنة 88 قضائية.

المرفوع من:

- 1- حكومة دولية ليبيا.
 - 2- وزارة الإقتصاد في دولة ليبيا.
 - 3- أهيئة العامة لتشجيع الإستثمار وشؤون الخصخصة في ليبيا.
 - 4- وزارة الماليّة في ليبيا.
- وتتوب عنهم إدارة القضايا للدولة الليبية ومقرّها مجمع المحاكم والنيابات الدور الثالث شارع السيدى طرابلس ليبيا ومحلّم المختار مكتب الأستاذة الدكتورّة/ حفيظة السيّد الحدّاد والأستاذ أحمد إمام خليل القصيفي المحاميان بالنقض والكائن بـ 116 طريق الحريرة برج الشلالات الوطنيّة - باب شرق - محافظة الإسكندرية.
- حضرت عنهم الأستاذة الدكتورّة/ حفيظة السيّد الحدّاد المحامية.

ضدّ

- 1- شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامّة والمقاولات العامّة والمنشآت الصناعيّة ويمثلها رئيس مجلس الإدارة السيّد/ عمر محمد حلمي دسوقي.
ويعلن في 3 شارع عباس العقاد - مدينة نصر - قسم أول مدينة نصر - محافظة القاهرة.
حضر عنه الأستاذ الدكتور/ حسن جميعي المحامي.
- 2- ألسيّد/ أالمتملّ القانون لشركة (س.أ.ر) للتمويل (FINANCIERE CER).
وموطنه داخل جمهوريّة مصر العربيّة مكتب معتوق بسيوني للمحاماة والإستشارات القانونيّة ويمثله رئيس قسم القضايا الأستاذ/ عثمان موافي المحامي الكائن مقرّه 12، 13 شارع محمد علي جناح (ألبرجاس سابقاً) - جاردن سيتي - قسم قصر النيل - محافظة القاهرة.
لم يحضر عنهما أحد.

ألوقائع:

في يوم 2018/10/1 طعن بطريق النّقض في حكم محكمة إستئناف القاهرة الصّادر بتاريخ 2018/8/6 في الدّعوى رقم 130/39ق، وذلك بصحيفة طلب فيها الطّاعن الحكم بقبول الطّعن شكلاً وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة.

وفي اليوم نفسه أودع الطّاعن مذكرةً شارحة وحافطة بمسئداته.
 وفي 2018/10/31 أعلنت المطعون ضدها الأولى بصحيفة الطّعن.
 وفي 2018/10/21 أعلنت المطعون ضدها الثانية بصحيفة الطّعن.
 وفي 2018/11/14 أودعت المطعون ضدها الأولى مذكرةً بدفاعها مشفوعة بمسئداتها
 طلبت فيها رفض الطّعن.

ثم أودعت النيابة العامة مذكرةً طلبت فيها نقض الحكم المطعون فيه.
 وبجلسة 2019/10/22 عرض الطّعن على المحكمة في غرفة مشورة فرأت أنه جدير
 بالنظر وحددت نظره جلسة للمرافعة.

وبجلسة 2019/11/26 سمعت المرافعة أمام هذه الدائرة على ما هو مبين بمحضر الجلسة
 حيث صمّم محامي الطّاعنة والمطعون ضدها الأولى والنيابة العامة كل على ما جاء بمذكرته
 والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم.

المحكمة:

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيّد القاضي المقرّر/ ياسر بهاء الدين،
 والمرافعة والمداولة.

حيث أنّ الطّعن إستوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث أنّ الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق تتحصّل في أنّ
 الطّاعنين أقاموا على الشركة المطعون ضدها الأولى الدعوى رقم 39 لسنة 130 ق إستئناف
 القاهرة، بطلب الحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر بتاريخ 2013/3/22 في التحكيم غير
 المؤسسي الذي عقدت جلساته بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، والذي قضى
 بإلزامهم أن يدفعوا لها المبالغ المبيّنة به والفوائد، وقالوا بياناً لذلك أنّ المطعون ضدها الأولى
 لجأت إلى التحكيم وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول
 العربية إعمالاً للشروط الوارد في البند 29 من العقد المبرم بينهما في 2006/6/8. وأنّه
 بموجب ذلك العقد أسند الطّاعنون إليها عملية تنفيذ مشروع إستثمار سياحي بمدينة طرابلس
 بدولة ليبيا، ثم صدر القرار 2-3 لسنة 2010 بإلغاء المشروع وثار النزاع بينهما فلجأت

المطعون ضدها الأولى إلى التحكيم، وإذ صدر لصالحها الحكم المشار إليه كانت الدّعى. وبتاريخ 2014/2/5 قضت المحكمة بعدم قبول الدّعى لعدم جواز الطّعن في الحكم. طعن الطّاعنون في هذا الحكم بطريق النّقض بالطّعن رقم 6065 لسنة 84ق، وبتاريخ 2015/11/4 نقضت المحكمة الحكم. وبعد أن عجل الطّاعنون السّير في الدّعى أمام محكمة إستئناف القاهرة تدخل المطعون ضده الثاني بصفته بطلب الحكم له بقبول تدخله إنضمامياً للطّاعنين بصفاتهم شكلاً، وفي موضوع تدخله الحكم بذات طلبات الطّاعنين بصفاتهم بصحيفة الدّعى، وقال بياناً لذلك أنه صدر بتاريخ 2013/5/13 من رئيس محكمة البداية الكبرى في باريس أمر بإيقاع حجز على ما للطّاعنين بصفاتهم من أموال لديه، ولدى مصرف سوسيتيه جنرال (ش.م) ومصرف B.I.A. (ألبند الدولي العربي) ونظراً لأنّ هذا الأمر قد تمّ تنفيذه بإيقاع الحجز فقد تدخل في الدّعى. وبتاريخ 2018/8/6 قضت المحكمة بعدم إختصاصها دولياً بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم موضوع الدّعى. طعن الطّاعنون في هذا الحكم بطريق النّقض بالطّعن رقم 18615 لسنة 88ق، وأودعت النيابة العامّة مذكرة أبدت فيها الرّأي بنقض الحكم المطعون فيه. وإذ عُرض الطّعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة رأت أنه جدير بالنظر وحددت جلسة لنظره، وبتلك الجلسة دفع وكيل الشركة المطعون ضدها الأولى بعدم قبول الطّعن على سند من أنّ المحامي الذي رفع الطّعن ووقّع صحيفته بصفته وكيلاً عن الطّاعنين بصفاتهم لم يقدّم سند وكالة صادراً عنّ يمثلهم، والنيابة العامّة إلترمت رأياً.

وحيث أنّ الدّفع المبدى من وكيل الشركة المطعون ضدها الأولى بعدم قبول الطّعن مردود بأنّ الثّابت من الأوراق أنه وقت إيداع صحيفة الطّعن بالنّقض تمّ إيداع سند وكالة المحامية الموقّعة على صحيفة الطّعن الأستاذة د. حفيظة السيّد علي محمد الحدّاد والصادر لها من المستشار د. خليفة سالم الجهمي بصفته رئيس دائرة القضايا للدّولة الليبية التي تتوب عن الحكومة والهيئات والمؤسسات العامّة في دولة ليبيا - وهي ذات الإدارة الثّابت في الحكم النّاقض أنّ الطّاعنين بصفاتهم قد أعلنوا لديها- والمصدّق عليه من السّقارة الليبية بالقاهرة برقم 4051 في 2018/4/24، ومن الخارجيّة المصريّة برقم 103436 بتاريخ 2018/9/24 تصديقات أحمد عرابي، ومن وزارة العدل برقم 5775 بتاريخ 2018/9/25، والمودّع برقم 2991 لسنة 2018 مكتب توثيق نقابة المحامين، والذي يبيح لها الطّعن بطريق النّقض، ومن ثمّ يكون الدّفع قد جاء على غير سند من الواقع أو القانون متعيّناً رفضه.

وحيث أنّ ممّا ينعاه الطّاعنون بصفاتهم على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، وفي بيان ذلك يقولون أنّ الحكم النّاقض الصّادر في الطّعن رقم 6065 لسنة 84 ق قد فصل في مسألة عدم وجود تعارض بين أحكام الإتّفاقية الموحّدة لإستثمار رؤوس الأموال العربيّة في الدّعى العربيّة وملحقها وبين قانون التّحكيم المصري رقم 27 لسنة 1004 في شأن مدى جواز رفع دعوى بطلان أحكام التّحكيم وفقاً للقانون الأخير بما لازمه ومقتضاه إختصاص محكمة إستئناف القاهرة وحدها بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم الصّادر بتاريخ 2013/3/22 إلتزاماً بحجّية الحكم النّاقض الذي قضى صراحة بإختصاصها بنظرها بحكم بات. بما كان يتعيّن معه على محكمة الإحالة إتّباعه في تلك المسألة وعدم مخالفته أو المساس بحجّيته، غير أنّ الحكم المطعون فيه خالف هذا النّظر وقضى بعدم إختصاص محكمة إستئناف القاهرة دولياً بنظر دعوى بطلان حكم التّحكيم، ممّا يعيب الحكم المطعون فيه ويستوجب نقضه.

وحيث أنّ هذا النّعي سديد، ذلك أنّه من المقرّر في قضاء هذه المحكمة أنّه إذا نقضت محكمة النّقض حكم محكمة الإستئناف وأحالت القضية إلى المحكمة التي أصدرته فإنّه يتحمّ على المحكمة الأخيرة أن تتبّع الحكم النّاقض في المسألة القانونيّة التي فصل فيها. والمقصود بالمسألة القانونيّة في هذا الشأن هي الواقعة التي تكون قد طرحت على محكمة النّقض وأدلت برأيها فيها عن قصد وبصيرة فيحوز حكمها في هذا الخصوص حُجّية الشّيء المحكوم فيه في حدود ما تكون قد بنّت فيه، بحيث يمتنع على المحكمة المُحال إليها عند إعادة نظرها للدّعى أن تمسّ هذه الحجّية، ويتبيّن عليها أن تقصر نظرها على موضوع الدّعى في نطاق ما أشار إليه الحكم النّاقض، ولا تستطيع محكمة النّقض بدورها عند نظرها ذات الطّعن للمرّة الثّانية أن تسلك ما يتعارض مع تلك الحجّية. وكما لا يجوز لمحكمة النّقض ذاتها أن تعيد النّظر فيما إستندت ولايتها بالفصل فيه، فلا يجوز لمحكمة الإحالة - ولا تتسع ولايتها- لأنّ تسلّط على قضاء الحكم النّاقض وآلّا تتبّع حكم محكمة النّقض في المسألة القانونيّة التي فصل فيها، ولا يشفع لها في ذلك حتّى أن تكون محكمة النّقض قد أخطأت وهي تفصل في المسألة المطروحة عليها، إذ لا معقب على قضائها. وكان من الأصول المقرّرة أنّه ولئن كان لمحكمة الإحالة أن تقيم حكمها على فهم جديد لواقع الدّعى الذي تحصله ممّا يقدّم إليها من دفاع وعلى أسس قانونيّة أخرى غير التي جاءت بالحكم المطعون فيه وإستوجب نقضه، إلّا أنّ ذلك مشروط بالأّ تخالف محكمة الإحالة قاعدة قانونيّة قرّرتها محكمة النّقض في حكمها النّاقض، وكان الإختصاص يُعدّ مطروحاً على محكمة

النقض ولو لم يرد بشأنه نعي في صحيفة الطعن، ومن ثم فإنّ النقض الكلي في الموضوع يشمل صحة إختصاص المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه ويجوز حكم النقض حجية الشيء المحكوم فيه في هذه المسألة ويمتنع على محكمة الإحالة عند إعادة نظر الدعوى المساس بهذه الحجية. وكان النص في المادة 272 من قانون المرافعات على أنه "لا يجوز الطعن في أحكام محكمة النقض بأي طريق من طرق الطعن، يدلّ على أنّ أحكام محكمة النقض لا يجوز تعييبها بأي وجه من الوجوه وهي واجبة الإحترام فيما خلصت إليه، أخطأت المحكمة أم أصابت، بإعتبار أنّ محكمة النقض هي قمة السلطة القضائية في سلم ترتيب المحاكم ومرحلة النقض هي خاتمة المطاف في مراحل التقاضي وأحكامها باتّة لا سبيل إلى الطعن فيها. لما كان ذلك، وكان الثابت من أوراق الطعن أنّ الحكم الناقض قد إنتهى إلى القضاء بنقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف القاهرة للفصل فيها مجدداً بهيئة أخرى، بحكم حائز لقوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم، متضمناً الفصل في مسألة قانونية تتعلّق بجواز إقامة دعوى بطلان أصلية على حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، وأن يكون ذلك طبقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ومن ثمّ إنعقاد الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة بنظرها. مما كان لازمه أن تتقيّد محكمة الإستئناف بإعتبار أنّ الحكم يظلّ محتفظاً بقوة الأمر المقضي أمام جميع محاكم الجهة القضائية التي أصدرته إحدى محاكمها فلا تجوز المجادلة فيه أمامها، بل يجب أن تتقيّد به لأنّ قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام. غير أنّ الحكم المطعون فيه خالف ذلك عن إدراك، وقضى بعدم إختصاص محكمة إستئناف القاهرة دولياً بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم مسبباً قضاءه في هذا الخصوص بأنّ الإتفاق على إسناد الفصل في النزاع موضوع الدعوى للتحكيم طبقاً لأحكام الإتفاقية سالفه الذكر كافٍ لغلق الطريق أمام الإعصام بالقضاء الوطني لأي دولة طرف في الإتفاقية بما فيها جمهورية مصر العربية بإقامة أي دعوى مبتدأة وإختصاص محكمة الإستثمار العربية المنشأة بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بنظرها وأنّه لا محلّ للتمسك بحجبة أحكام القضاء الوطني متى صدرت بالمخالفة لأحكام الإتفاقية. دون أن يفطن إلى أنّه -حكم- صادر عن محكمة إستئناف القاهرة وهي إحدى محاكم جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة التي أصدرت الحكم الناقض، ومن ثمّ وجب عليه الإلتزام بذلك الحكم والتقيّد به، وأنّه لا يجوز له المجادلة فيه بإعتبار أنّ قوة الأمر المقضي تسمو على النظام العام. لما كان ذلك، فإنّ الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه

بما حجه عن الفصل في موضوع دعوى بطلان حكم التحكيم، وهو ما يعيبه ويوجب نقضه بغير حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن.

ولما كان النص في الفقرة الأخيرة من المادة 269 من قانون المرافعات المدنية والتجارية يوجب على محكمة النقض إذا كان الطعن للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع، إلا أن إلتزام محكمة النقض بذلك لا يقوم أصلاً، في حالة نظر الموضوع على درجة واحدة - كما هي الحال بالنسبة لإختصاص محكمة إستئناف القاهرة بنظر أيّ دعوى مبتدأة ببطلان أحكام التحكيم - إلا إذا كانت تلك المحكمة قد فصلت في موضوع النزاع، أمّا إذا كان قضاؤها قد إقتصر على الفصل في هذه الحالة التصدي للموضوع، إذ يترتب على ذلك إختزال إجراءات التقاضي في مرحلة واحدة حال تصدي محكمة النقض لموضوع النزاع بعد قضاؤها بنقض الحكم المطعون فيه، وهو أمر يتعارض مع مبادئ العدالة التي لا يجوز إهدارها في سبيل سرعة الفصل في دعاوى بطلان حكم التحكيم، بما يوجب أن تكون مع النقض الإحالة.

لذلك

نقضت المحكمة الحكم المطعون فيه، وألزمت الشركة المطعون ضدها الأولى المصروفات، ومبلغ مائتي جنيه مقابل أتعاب المحاماة، وأحالت دعوى البطلان رقم 39 لسنة 130 ق إستئناف القاهرة إلى محكمة إستئناف القاهرة للفصل في موضوعها عن دائرة أخرى.

أمين السرّ	الأعضاء	نائب رئيس المحكمة
خالد وجيه	نواب الرئيس	
	د. مصطفى سالم	نبيل عمران
	محمود التركاوي	
	صلاح عصمت	

تعليق الدكتور حازم محمد عتلم (مصر)

على حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 10 ديسمبر 2019
بمناسبة النزاع بين الدولة الليبية وشركة الخرافي الكويتية

أولاً- وقائع النزاع وتطور مآله القضائي إلى الآن²:

ترتّب على الإنهاء الإفرادي من قِبَل الحكومة الليبية في 2010 لعقد B.O.T. كان قد أبرم في 2006 لمدة 83 عاماً بين كلٍّ من مصلحة التنمية السياحية الليبية (الهيئة العامة الليبية للإستثمار الآن) وشركة محمد عبد المحسن الخرافي الكويتية، بغرض قيام هذه الأخيرة بتشييد على نفقتها الخاصة مدينة سياحية داخل الجمهورية الليبية، أن استحدثت بمؤدى الشرط التحكيمي الوارد بالمادة 29 من العقد الشركة الكويتية لتحكيم الدولي الحرّ في مواجهة هيئة الإستثمار الليبية فضلاً عن الحكومة الليبية لما قدرته من إمتداد العقد إليها؛ وذلك لأغراض النظر في طلبها التعويضي عمّا فاتها من كسب محقق جرّاء الإنهاء المبسر لهذا العقد. وإتفق الخصوم على إنعقاد هذا التحكيم -إجرائياً- وفق قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي على أن تكون القواعد الموضوعية واجبة الإنطباق على النزاع هي تلك المضمنة في القانون الليبي والإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المبرمة في 1980 التي لا تكفل أحكامها - إلى الآن - إجازة الطعن على أحكام هيئات التحكيم الصادرة وفقاً لها (المادة 8/2 من ملحقها التي صارت إثر تعديل هذه الإتفاقية في 2013 - بحذافيرها - المادة 8/3 منه). وصدّر في هذا الشأن، في 2013/3/22، قرار هيئة التحكيم بكفالة مبلغ تعويض للشركة الكويتية قدره ما يناهز المليار دولار أمريكي؛ إنصرف في حينها إلى نصف متوسط ما قدره لها الخبراء الفنيين. غير أنّ الحكومة الليبية والهيئة العامة الليبية للإستثمار سرعان ما إستحدثت إثر ذلك دعوى إبطال هذا القرار التحكيمي أمام محكمة إستئناف القاهرة بالتأسيس على القانون المصري للتحكيم رقم 27 أصدّار في 1994. وإذ صارت هذه الأخيرة داخل منطوق حكمها الصّادر في 2014/2/5 إلى الزود بأحكام المادة 8/2 ملحق الإتفاقية الموحدة للإستثمار؛ فقد قضت بعدم قبول

2- أنظر لمزيد من التفصيل في هذا الشأن جملة الأحكام الصادرة إلى الآن في هذا النزاع فضلاً عن الدراسات جدّ المعمّقة ذات العلاقة بها، الأعداد 19، 21، 22، 29 والعدد 31-32 من مجلة التحكيم العالمية، بيروت.

الدّعى؛ على الرّغم من نظرها في أوجه إبطال القرار التّحكيمي التي أوردتها الطّاعنون عليه بالتّأسيس على القانون المصري، بل وإزكائها بالفعل لها داخل حيثيات حكمها.

ويبدو - بحسب ما سوف يُرى - أنّ هذا التناقض في حكم هذه الأخيرة هو الذي دعا محكمة النقض المصريّة إلى قبول الطّعن من قِبَل المدّعين وإلى القضاء من قِبَلها في 2015/11/4 بنقض هذا الحكم وإحالة النزاع مرّة ثانية إلى هيئة مغايرة لمحكمة إستئناف القاهرة لأغراض الفصل مجدّداً في موضوع الدّعى، وفقاً للقانون المصري للتّحكيم. وإثر ذلك، صدر - أيضاً - في 2018/8/6 ألكم الثّاني لمحكمة إستئناف القاهرة، التي أكّدت في حينه على نحو قاطع عدم إجازة إستحداث القانون المصري للتّحكيم من قِبَل المدّعين بالنظر في يقين المحكمة إلى حظر الإتفاقيّة الموحّدة للإستثمار التي تعلو على التّشريعات المصريّة بالنظر إلى إنصراف مصر بين أطرافها سائر أوجه الطّعن على قرارات هيئات التّحكيم المنعقد إختصاصها وفقاً لأحكام هذه الإتفاقيّة بموجب قانون إرادة الخصوم. غير أنّه إذ طعن ثانية المدّعون على هذا الحكم الأخير أمام محكمة النقض، فقد قضت هذه الأخيرة - في حكمها الصّادر في 2019/12/10 محلّ التعلّيق هنا - بنقض الحكم الثّاني لمحكمة إستئناف القاهرة بمناسبة ذات النزاع، والإحالة من ثمّ مرّة ثانية من قِبَلها إلى هيئة أخرى لمحكمة إستئناف القاهرة للنظر في دعوى بطلان القرار التّحكيمي وفقاً للقانون المصري للتّحكيم. وهو ما ربّ أن قدّرت هنا محكمة النقض عدم ملاءمة الإستحداث من قِبَلها للمادة 269 من قانون المرافعات المصري؛ التي تقضي فقرتها الأخيرة بأنّه "إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، أو كان الطّعن للمرّة الثّانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه، وجب عليها أن تحكم في الموضوع".

وإذا كان هذا المآل المضطرب هو ما لحق - إلى الآن - بالقرار التّحكيمي الصّادر في 2013/3/22 إزاء هذا النزاع أمام القضاء المصري بل وأمام محكمة الإستثمار العربيّة التي كانت قد قضت في 2017/2/7 بعدم إختصاصها ولائياً بنظر الدّعى التي كانت قد إستحدثتها أمامها الهيئة العامّة للبيبة للإستثمار، فالواقع إن عكسه هو ما تحقّق بالفعل في تواتر أمام القضاء الفرنسي (المحاكم الابتدائيّة، محكمة إستئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسيّة) الذي نظر - كذلك - في دعوى بطلان هذا القرار التّحكيمي إثر طعن المؤسّسة الليبية للإستثمار على كفالة الصّيغة التّنفّذية لهذا القرار على أموالها القائمة بفرنسا. وإنتهت كلّ من محكمة إستئناف باريس في

2014/10/28 ومحكمة النقض الفرنسية في 2016/6/8 إلى صحة القرار التحكيمي بالتأسيس على القانون الفرنسي وحده، بالنظر على نحو ما هو مبرر من عدم إنصراف آثار الإتفاقية الموحدة إلى الجمهورية الفرنسية³.

وأياً ما كان عليه الوضع في هذا الشأن الأخير، فإنّ تعقينا هنا سوف ينعقد - فحسب- لأغراض تحليل الحكم الثاني لمحكمة النقض المصرية؛ والذي سوف تطلّبه بعض الإحالة الموجزة من قبلنا لحكمي محكمة إستئناف القاهرة؛ بالنظر إلى الإعتماد المتبادل الجوهرى الذى ترتّب في الواقع بحسب ما سوف نرى بينهم؛ وبصفة خاصة بين الحكم الأول لمحكمة إستئناف القاهرة وما صار إليه إثر ذلك الموقف الغير متوقّع لمحكمة النقض في حكميها الصّادرين في 2015 و2019.

ثانياً- الإشكاليات القانونية التي يثيرها حكم محكمة النقض محلّ التعليق:

والواقع إنه إذا ما إستوقفنا هنا - فحسب - ألحكم الثاني الصّادر عن محكمة النقض المصريّة بمناسبة موقفها في شأن تعضيد النظر في دعوى إبطال القرار التحكيمي الصّادر في النزاع بين ليبيا وشركة الخرافي في إطار الحدود التي أسلفنا الإشارة إليها، ومن خلال الإلتزام من قبلنا بالحياد القانوني إزاء تحليل هذا الأخير بالنظر إلى الإتصال الذي لا يزال قائماً لحظة كتابة هذا التعليق للقضاء المصري إزاءه (على الرّغم من أنّ محكمة النقض الفرنسيّة قد أركت في حكمها الصّادر في 2016/6/8 صحته في إطار من التحليل الجامع المانع وفي عبارات جازمة حاسمة)، فإنه يمكن - ابتداءً- إفراد الإشكاليات القانونية التي يثيرها هذا الحكم الثاني لمحكمة النقض المصريّة فيما يأتي:

- 1- ألموقف المتواتر لمحكمة النقض إزاء التدرج الهرمي للمعاهدات النّافذة بمصر داخل نظامها القانوني الداخلي عامّة، وفي ظلّ القانون المصري للتحكيم بصفة خاصّة.
- 2- إلغاء محكمة النقض الحكم الثاني - ألمسند في عقيدتنا - الصّادر عن محكمة إستئناف القاهرة الذي حاجّ برفض دعوى إبطال القرار التحكيمي إلى الإتفاقية الموحدة المضمون لها في عقيدتها العلوّ على القانون المصري للتحكيم.

3- أنظر في هذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية، مجلّة التحكيم العالمية، بيروت، أعدد 32، أكتوبر 2016، ص 837-857.

3- الأسباب الواقعية التي يبدو أنها قد إستحدثت في هذا النزاع القضاء المتواتر لمحكمة النقض في شأن إزكاء الإنطباق الضّروري في عقيدتها لقانون التّحكيم المصري عليه.

ثالثاً- الموقف المتواتر لمحكمة النقض إزاء التدرج الهرمي للمعاهدات النّافذة في مصر داخل نظامها القانوني الداخلي عامّة وفي ظلّ القانون المصري للتّحكيم بصفة خاصّة:

واقع الأمر إنّه إزاء الإشكاليّة النظرية لموقع المعاهدات الدوليّة داخل الأنظمة القانونيّة الداخليّة للدول⁴، فقد تواترت المحاكم العليا المصريّة، وبصفة خاصّة محكمة النقض فيما يعنينا هنا، على ضمان العلوّ للمعاهدات الدوليّة التي تتصرف مصر بين أطرافها - بل وقواعد العرف الدوليّ ذاتها - على التّشريعات المصريّة السابقة بل واللاحقة على نفاذ هذه المعاهدات داخل الإقليم المصري. وإذا كان هذا هو الوضع في ذلك الشّأن، فإنّ إزكائه القضائي كان له في إستمراريّة ما يستحقّه؛ خاصّة وأنّ مجمل الدساتير الجمهوريّة المصريّة المتعاقبة وإلى الآن في ظلّ دستور 2014 (المرسوم بدستور 2013 المعدّل في 2014) لم تبيّن على نحو جازم موقع مثل هذه المعاهدات داخل هرم التدرج القاعدي للنّظام القانوني المصري؛ خلافاً لدستور المملكة المصريّة لسنة 1923، الذي كان جدّ صريحاً في ضمان علوّ المعاهدات الدوليّة والعرف الدوليّ معاً على ذات أحكامه (المادّة 154)؛ شأن ما يُركيه الآن الدّستور الهولندي (المادّة 63).

إذ واقع الأمر إنّه منذ صدور الدساتير الجمهوريّة، تواترت هذه الأخيرة - وعلى نحو ما هو قائم أيضاً في الدّستور الحالي (لسنة 2013 المعدّل في 2014 بحسب عنوانته) - على ضمان أن "يمثّل رئيس الجمهوريّة الدولة في علاقاتها الخارجيّة ويبرم المعاهدات ويصدّق عليها بعد موافقة مجلس النواب وتكون لها قوّة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدّستور،،" (المادّة 151). وعلى الرّغم من ذلك، فقد تواتر قضاء محكمة النقض في إستمراريّة لم تتشدّد أبداً عنها على ضمان موقع متميّز للمعاهدات النّافذة بمصر؛ حيث تمخّضت في ظلّها القاعدة العامّة عن ضمان العلوّ لها على التّشريعات المصريّة السابقة واللاحقة على إعتماها (شأن في الواقع موقف الدّستور الفرنسي

4- أنظر لمزيد من التّفصيل في هذا الشّأن للباحث: أصول القانون الدولي العام، الجزء الأوّل (المُدخل- المصادِر)، الطّبعة الرابعة، القاهرة، دار النّهضة العربيّة، 2017، ص 15-172.

الحالي الصادر في 1958، المادة 55)، بل وإستثناءً على ضمان القيمة الدستورية أو فوق الدستورية للبعض من القواعد الأمرة للقانون الدولي العام⁵:

1- إذ القاعدة العامة في شأن ضمان العلو للمعاهدات الدولية على التشريعات المصرية السابقة واللاحقة على نفاذها بمصر إستنتتها محكمة النقض في ظلّ الدساتير الجمهورية منذ حكمها الصادر في 1956/3/8 (السنة 7ق) - الذي إستند إليه صراحةً الحكم الثاني لمحكمة إستئناف القاهرة في النزاع محلّ الدراسة - والذي أكّدت بمناسبة محكمتها العليا "أن من المسلّم به في فقه القانون الدولي العامّ أنّه إذا تعارضت أحكام المعاهدة مع أحكام قانون داخلي فإنّ أحكام المعاهدة وحدها تكون هي الواجبة التطبيق سواء كان القانون الداخلي قد صدر قبل إبرام المعاهدة أو صدر بعد إبرامها، ذلك لأنّ المعاهدة رابطة عقديّة بين دولتين لا تتأثّر بما يكون للدولتين من تشريعات سابقة عليها، أو بما تصدره إحداها من تشريعات لاحقة تعارض أحكامها... وأنّه وإن كانت الإجراءات في الدعاوى تخضع لقانون القاضي الذي يحكم في الدعوى، إلاّ أنّ تلك الإجراءات إذا كانت قد نظّمت بمعاهدة بين بلد القاضي والبلد الآخر، وجب على القاضي إتباع ما نصّ عليه في المعاهدة، ولو كان مخالفاً لما نصّ عليه في القانون الداخلي للقاضي، وذلك تطبيقاً لأحكام القانون الدولي العام على ما سبق بيانه"⁶.

والواقع إنّ هذا الحكم المبكر لمحكمة النقض الصادر في مستهلّ اعتماد الدساتير الجمهورية أضحى منذ حينها وإلى الآن مبدأً قانونياً يركبه في ديمومة القضاء المصري وعلى حدّ سواء العادي والإداري والدستوري، وأكّده من بعد ذات محكمة النقض في مناسبات عديدة؛ شأن ما ترتّب بمناسبة حكمها الصادر في 1969 الذي أكّدت بمناسبة "أنّ الحكم المطلوب تنفيذه غير مُذيل بالصيغة التنفيذية على ما تقتضيه المادة الخامسة

5- أنظر لمزيد من التفصيل في هذا الشأن، للباحث:

Les normes internationales en matière de droits fondamentaux, Rapport présenté au XXV Congrès de l'Institut International de droit d'Inspiration Française.

منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، السنة 41، يناير 1999، ص 7-48.

6- مجموعة أحكام محكمة النقض (السنة 7ق)، 1956، ص 274 وما بعدها. وقد صدر هذا الحكم عن الدائرة المدنية للمحكمة برئاسة المرحوم المستشار محمد فؤاد جابر وعضوية كل من المستشارين المرحوم إسحاق عبد السيد ومحمد عبد الواحد علي والمغفور له طيّب الذّكر (والد صاحب هذا التعليق) المرحوم المستشار محمد متولي عتلم والمرحوم المستشار إبراهيم عثمان يوسف.

من إتفاقية تنفيذ الأحكام التي عُقدت بين دول الجامعة العربية وإنضمت إليها كلٌّ من الجمهورية العربية المتحدة (مصر) والمملكة العربية السعودية. غير أنَّ الحكم المطعون فيه أجاز تنفيذه وذهب في تبرير ذلك إلى أنه لا حاجة لتذليل الأحكام الصادرة في المملكة... وحيث إنَّ هذا مردود ذلك أنه لما كانت المادة 497 من قانون المرافعات تقضي بأنه إذا وُجدت معاهدة بين ج.ع.م. وغيرها من الدول بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية فإنه يتعين إعمال أحكام هذه المعاهدات. ومن الثابت أنَّ كلاً من ج.ع.م. والمملكة العربية السعودية قد انضمتا إلى إتفاقية تنفيذ الأحكام⁷. وهو ذات ما صارت إليه أيضاً - مؤخراً - محكمتنا العليا في حكمها الصادر في 2019 الذي أكدَّت فيه "أنَّ الشركة الطاعنة ذهبت إلى أن الحكم المطعون فيه قد خالف نصاً في معاهدة. وحيث إن هذا النعي شديد بالنظر إلى أن إتفاقية بروكسل بشأن توحيد بعض القواعد المتعلقة بالحجز التحفظي على السفن المبرمة في 10/5/1953 والتي وافقت عليها مصر بالقانون رقم 135 لسنة 1955 أصبحت بصدور القرار الجمهوري الخاص بها وبعد موافقة مجلس النواب قانوناً من قوانين الدولة... ويعتبر قانوناً واجب التطبيق ولو تعارض مع أحكام أي قانون وطني. إذ إنه ليس للدول (الأطراف) في إتفاقية أو معاهدة التحلل من أحكامها بعمل منفرد وذلك أخذاً بأحكام القانون الدولي العام في شأن المعاهدات والاتفاقيات. ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بصحة الحجز الواقع على السفينة المملوكة للشركة الطاعنة بموجب أمر على عريضة وليس بناءً على حكم قضائي وفق نصوص الإتفاقية آنفة البيان، فإنه يكون قد خالف النظر المتقدم وأخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه"⁸.

2- وفي شأن علو المعاهدات الدولية على كل من قانون المرافعات وقانون التحكيم المصري ذاته فيما يعيننا هنا لأغراض النزاع بين ليبيا وشركة الخرافي خاصة وقد إستحدث هذا الأخير لأغراض النظر في دعوى إبطال القرار التحكيمي الصادر لأغراض حسم النزاع بينهما من قبَل الحكم الأول لمحكمة إستئناف القاهرة بل ومن قبَل

7- حكم محكمة النقض الصادر في 28 يناير 1969 (السنة 20ق)، مجموعة أحكام محكمة النقض، 1969، العدد الأول، ص 176.

8- حكم محكمة النقض الصادر في 28 مارس 2019 (السنة 88ق)، الموقع الإلكتروني للمحكمة، ص 4-5.

محكمة النقض ذاتها في حكمها الصادرين في هذا الشأن، فالواقع إن قضاء هذه الأخيرة لم يكن قد شدَّ أبداً في شأن كفالة العلوِّ للمعاهدات الدولية النافذة بمصر على أحكامهما حال التعارض بينها. إذ هذا على سبيل المثال لهوَّ شأن الحكم الصادر في 2015 عن محمكتنا العليا الذي أكَّدت بمناسبته أنه "لما كان من المقرر أن الأصل في تنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي - ومنها أحكام المحكِّمين - أن يتم طبقاً لنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك بتقديم طلب الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الابتدائية التي يُراد التنفيذ في دائرتها، إلا أن المشرِّع خرج عن هذا الأصل في المادة 301 من هذا القانون التي تنصَّ على أن العمل بالقواعد المنصوص عليها فيه لا يُخلُّ بأحكام المعاهدات المنعقدة أو التي تتعقد بين مصر وغيرها من الدول. ومؤدى ذلك أن تكون المعاهدة بعد نفاذها القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد ولو تعارضت مع أحكام القانون المشار إليه. ولما كانت مصر قد انضمت إلى اتفاقية نيويورك الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكِّمين الأجنبية وتنفيذها في 8 يونيو 1959 فإنها تكون قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات أو أي قانون آخر بمصر. وإذ نصَّت المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك لعام 1958 على أن تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبَّعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ.. ولا تُفرض (لذلك الغرض) شروطاً أكثر شدة ولا رسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تُفرض للإعتراف وتنفيذ أحكام المحكِّمين الوطنيين... وإذ صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 متضمناً القواعد الإجرائية الخاصة بالتحكيم من بدايتها حتى تمام تنفيذ أحكام المحكِّمين، وهو في هذا الخصوص قانون إجرائي يدخل في نطاق عبارة قواعد المرافعات الواردة بنصوص إتفاقية نيويورك، فإنه تضمَّن قواعد مرافعات أقل شدة سواء في الاختصاص أو شروط التنفيذ من تلك الواردة في قانون المرافعات فيكون الأول هو الواجب التطبيق بحكم الاتفاقية التي تُعد من قوانين الدولة؛ بالنظر إلى عقده الاختصاص في شأن تنفيذ أحكام المحكِّمين الأجنبية في التحكيم التجاري الدولي إلى رئيس محكمة استئناف القاهرة وفقاً لإجراءات أكثر يسراً من تلك الواردة في قانون المرافعات... ولما كان ذلك وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر هذه الدعوى معلومة القيمة طبقاً لنص المادة 75

من قانون الرسوم القضائية ورتّب على ذلك أنه يُستحق عليها رسماً نسبياً وخدمات، فإنّه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه⁹.

رابعاً- حكم محكمة النقض - محل التعليق - في شأن نقض الحكم الثاني لمحكمة إستئناف القاهرة، والإحالة:

والواقع إن محكمتنا العليا إذ نقضت في 4/11/2015 الحكم الأول الصادر في 5/2/2014 عن الدائرة التجارية لمحكمة إستئناف القاهرة - لأسباب سوف يعنّ لنا تحليلها على نحو موجز في الفقرة التالية (خامساً) - وأحالت من ثم الطعن الليبي في شأن إبطال القرار التحكيمي الصادر في النزاع بين هذه الأخيرة وشركة الخرافي الكويتية إلى هيئة ثانية لمحكمة إستئناف القاهرة للنظر ثانية في موضوع الدعوى بالتأسيس - بحسب ما أكدت محكمة النقض - "على مدى جواز إقامة دعوى بطلان أصلية على حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية طبقاً لقانون التحكيم (المصري) في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"¹⁰، فقد صارت الهيئة الثانية لمحكمة إستئناف القاهرة إلى القضاء في 6/8/2018 بعدم الإختصاص الدولي بنظرها بالتأسيس على ما أورده على نحو ما سوف نرى الآن من صحيح القانون. غير أن محكمة النقض - بمناسبة حكمها محل التعليق هنا- قضت على الرغم من ذلك بإبطاله، وبإحالة دعوى بطلان القرار التحكيمي لأغراض الفصل في موضوعها من قِبَل هيئة ثالثة مغايرة لمحكمة إستئناف القاهرة!

1- الحكم الثاني لمحكمة إستئناف القاهرة الصادر في 6 أغسطس 2018¹¹:

أ- إستهلّت في واقع الأمر محكمة إستئناف القاهرة حيثيات حكمها - وعلى نحو ما لم تتكره البتة عليها إثر ذلك محكمة النقض في حكمها محل التعليق هنا - بالتأكيد،

9- حكم محكمة النقض الصادر في 6 أبريل 2015 (السنة 76ق)، الموقع الإلكتروني للمحكمة، ص 4-7.

10- الحكم الأول لمحكمة النقض، مجلة التحكيم العالمية، العدد 29، مرجع سابق، ص 533.

11- صدر هذا الحكم برئاسة المستشار عادل أحمد الصفتي رئيس المحكمة وعضوية كل من المستشارين خالد فتحي عبد الجواد وخالد السيد الهاكع نواب رئيس المحكمة.

أنظر في الحكم، الموقع الإلكتروني لمحكمة إستئناف القاهرة، ص 1 - 15 .

بحق، على أنه "حيث إن المقرر في قضاء محكمة النقض أنه لا تثريب على محكمة الإحالة إذا هي استخلصت الواقعة - التي نقض الحكم السابق في خصوصها - من مصدر آخر بين عناصر الدعوى؛ إذ إن كل ما حرّمه القانون هو مخالفة رأي محكمة النقض في المسألة التي تكون قد فصلت فيها، أما ما عدا ذلك من الحكم في الدعوى على خلاف اتجاه محكمة النقض أو بالموافقة للحكم الأول المنقوض فلا خلاف في جوازه. ولمحكمة الإحالة أن تبني حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى تحصيله - حرّة - من جميع عناصرها. لما كان ذلك وكان فهم الواقع في الدعوى الحالية يقتضي تفسير نصوص الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية - في الحدود اللازمة لذلك - لأنها كانت نافذة (ومُسند إليها قانون إرادة الخصوم بمناسبة العقد المبرم في 2006/6/8) حتى تاريخ صدور حكم التحكيم¹².

ب- فالواقع إنه يُستظهر إذن مما سبق أن محكمة الإستئناف قد انتوت من ثم هنا - على نحو جد مبرر ومنفق مع صحيح القانون - أن تُسند - فحسب - حكمها إلى المبدأ الذي استنتته في استمرارية، على ما تقدم، محكمة النقض في شأن ضمان العلو من قبلها لأحكام المعاهدات الدولية النافذة بمصر على تشريعاتها الداخلية السابقة واللاحقة على حد سواء على إعتماها حال التعارض الإحتمالي بينهم. بل وقد أسندت صراحةً - كذلك - هنا قضاءها إلى الحكم، سالف الإشارة إليه، الصادر في 1956 عن محكمة النقض (السنة 7ق) الذي كانت قد انتهت فيه إلى "أن من المسلم به في فقه القانون الدولي العام أنه إذا تعارضت أحكام المعاهدة مع أحكام قانون داخلي فإن أحكام المعاهدة وحدها تكون هي الواجبة التطبيق سواء كان القانون الداخلي قد صدر قبل إبرام المعاهدة أو صدر بعد إبرامها؛ ذلك لأن المعاهدة رابطة تعاقدية بين دولتين لا تتأثر بما يكون للدولتين من تشريعات سابقة عليها أو بما تصدره إحداها من تشريعات لاحقة تُعارض أحكامها... وأنه وإن كانت الإجراءات في الدعاوى تخضع لقانون القاضي الذي يحكم في الدعوى، إلا أن تلك الإجراءات إذا كانت قد نُظمت بمعاهدة بين بلد القاضي والبلد الآخر، وجب على القاضي إتباع ما نصّ عليه في

12- المرجع السابق ص 6.

المعاهدة ولو كان مخالفاً لما نصّ عليه في القانون الداخلي للقاضي، وذلك تطبيقاً لأحكام القانون الدولي العام على ما سبق بيانه..¹³.

ج- وإذ أسندت، بحق، على نحو ما تقدّم حيثيات حكمها فحسب إلى مبدأ علو المعاهدات النافذة بمصر على تشريعاتها الداخلية ولو تعارضت هذه الأخيرة معها - في غير إسناد من ثم من قبلها على هذا النحو إلى قانون التحكيم المصري¹⁴ ومن باب أولى في غير إحداث على نحو مبرر ووفقاً لصحيح القانون لأية مجابهة بين إجازة هذا الأخير استحداث دعوى إبطال القرارات التحكيمية وحظر الإتفاقية الموحدة بموجب ملحقها في شأن التوفيق والتحكيم لذلك (المادة 8/2 منه التي أضحت الآن بعد تعديل الإتفاقية في 2013 هي المادة 8/3 المنقولة حرفياً عن سابقتها)¹⁵، - فقد أكدت من ثم المحكمة أنه "حيث إن الثابت أن الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية الموقعة في مدينة عمان بتاريخ 1980/11/26 تمت الموافقة على انضمام مصر لها... بما مؤداه أن هذه الاتفاقية طبقاً لأحكام دستور جمهورية مصر العربية تصبح جزءاً من النظام القانوني المصري، ومن ثم فهي واجبة الإحترام من جانب سلطاتها العامة بما فيها السلطة القضائية التي يتعيّن عليها الإلتزام بمبدأ سُمو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية. وهو المبدأ الذي أكدته محكمة النقض منذ بزوغ فجر قضائها بحكمها الصادر في 1956/3/8... وحيث إن النص في الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم.. " يدل على أن المشرّع إشتراط لتطبيق أحكام قانون التحكيم على كل تحكيم تكون مصر مقرّه ألاّ يكون ذلك منطوياً على تنحية لأحكام إتفاقية دولية معمول بها في جمهورية مصر العربية لصالح أحكام قانون التحكيم... ورائده في إيراد هذا القيد هو تأكّيده على

13- حكم محكمة النقض، 1956 (لسنة 7ق) ، مشار إليه في المرجع السابق، ص 10 - 11.

14- حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر في 2018/8/6 ، المرجع السابق، ص 11-12.

15- أنظر لمزيد من التفصيل في هذا التعديل : الأستاذتان المحامية سمر مغيزل والمحامية رولا الحاج: تعديلات الاتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، مجلة التحكيم العالمية، العدد 29، سابق الإشارة إليه، ص 63 - 78.

الإلتزام بمبدأ سُمُو المعاهدات الدولية على القوانين الداخلية الذي نصّت عليه المادة 27 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 وتجسيدا لإحترام مصر لتعهداتها الدولية ولمبدأ حُسن النية بما مؤداه أن ذلك القيد حتى لو لم ينص عليه المشرع، فإنه يجب العمل به من تلقاء ذات المحكمة وبغير حاجة لطلب الخصوم... خاصةً كان الثابت بما لا نزاع فيه أن الإتفاقية الموحدة إنضمت إليها دولة ليبيا (أطراف المدعين المستقبلية للإستثمار) ودولة الكويت (بلد المدعى عليها المستثمر)¹⁶.

د- وإذ إستنتت من ثم على هذا النحو صحيح القانون بالتأسيس على هذه المنهاجية العلمية الراسخة في القانون الدولي وفي ظل المبادئ المتواترة لمحكمةنا العليا، فقد أعقبت إثر ذلك محكمة إستئناف القاهرة أنه "لا ينال من هذا النظر القول بأن قضاء محكمة النقض بنقض الحكم الصادر من هيئة المحكمة بهيئة مغايرة والإحالة هو في حقيقته قضاء ضمني بإختصاص القضاء المصري بنظر الدعوى الحالية. فإن ذلك مردود عليه بأن نص المادة 2/3 من الإتفاقية على أن تكون الأولوية في التطبيق لأحكامها عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف قاطع في دلالته على أنه يلزم سلطات الدولة الطرف في الإتفاقية، ومن بينها سلطتها القضائية، أن تُغلب فيما يُعرض عليها من منازعات تطبيق نصوص الإتفاقية عند تعارضها مع القانون الداخلي وأن تكون أحكامها متوائمة معها." وخلصت إذن مما تقدم - مخاطبة بحق على ما يبدو محكمةنا العليا - إلى التأكيد على أنه "من ثم فإنه لا محل للتمسك بحجية أحكام القضاء الوطني- ولو حازت قوة الأمر المقضي- متى صدرت بالمخالفة لأحكام الإتفاقية. لأن مجال تطبيق هذه الحجية إنما يكون فقط أمام محاكم الدولة المكونة لسلطتها القضائية، ولا تتعداها إلى المخاطبين بأحكام الإتفاقية، كما أنها لا تعلق على نصوصها. والقول بغير ذلك من شأنه أن يفتح الباب على مصراعيه لأن تكون أحكام المحاكم الوطنية تكئة تبيح للدولة التهرب من تنفيذ إلتزاماتها الدولية"¹⁷.

ه- وإذ قضت على هذا النحو من خلال الإستهداء بمبدأ علوّ الإلتزامات الدولية للدول على التزماتها بموجب تشريعاتها الداخلية ذلك التنازع الشكلي في القوانين الواجبة

16- حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر في 2018/8/6 ، المرجع السابق ، ص 10-12.

17- حكم محكمة إستئناف القاهرة الصادر في 2018/8/6 ، المرجع السابق، ص 13.

الانطباق على هذا النزاع، فقد صار إثره إلى المحكمة أن ترتب من ثم آثار حظر إستحداث دعوى إبطال القرار التحكيمي الصادر في النزاع بين ليبيا وشركة الخرافي؛ بحسب ما تضمنته المادة 8/2 من ملحق الإتفاقية الموحدة، واجبة الانطباق بموجب قانون إرادة الخصوم. إذ في إطار من الترتيب المنطقي لهذه المقدمة الوضعية الأخيرة المضمنة داخل الملحق، فقد أكدت المحكمة أنه لما كان النص في المادة 25 من الإتفاقية على أنه تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيقها عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الإستثمار العربية، والمادة 27 على أنه يكون لكل طرف اللجوء إلى القضاء (الوطني) للفصل في النزاع في الحالات التالية... (4) عدم إتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم (5) عدم صدور قرار التحكيم في المدة المقررة لأي سبب من الأسباب...، فإنه عند الأخذ بمفهوم المخالفة فإنه (في حالة اتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم وصدور قرار هيئة التحكيم في المدة المقررة عندئذ يُسلب حقهما في اللجوء بدعوى مبتدأة ناشئة عن تطبيق الاتفاقية إلى القضاء الذي يُقصد به... جميع جهات القضاء الوطني للدول الأطراف في الإتفاقية¹⁸.

و- إذ سايرت حتى المُنتهي محكمة إستئناف القاهرة منهج إسنادها إلى مبدأ علو المعاهدات الدولية على النظامين التشريعي والقضائي المصري معاً لأغراض النظر في دعوى إبطال القرار التحكيمي محل النظر وكانت قد قُدرت - بحق - أن تنحّي من جانب، القانون المصري للتحكيم لعلو الإتفاقية الموحدة عليه وأن تُغلق من جانب آخر، طريق الزود من قِبَل الطاعنين بالقضاء المصري لأغراض النيل من سلامة هذا القرار، فقد صارت من ثم إثر ذلك إلى التأكيد على هذا النحو على الإختصاص الإستثنائي لمحكمة الإستثمار العربية بنظر دعوى إبطاله. إذ من المعلوم أن الإتفاقية الموحدة قد ضمنت لهذه الأخيرة حين إبرامها في 1980 وقبل إستحداث تعديلات 2013 إختصاصين عظيمي الأهمية في شأن متابعة تنفيذ والنظر في دعاوى إبطال هذا القرار التحكيمي؛ على الرغم من قضائها في عامي 2014 و 2017 بعدم إختصاصها ولائياً بنظر هذه الدعوى. إذ من جانب، فإنه من شأن المادة 1/29 من

18- المرجع السابق، ص 8-9.

الإتفاقية أن "تختص (محكمة الإستثمار) بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الإستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الإتفاقية أو الناتجة عنها"؛ أي في حالتنا نظر المحكمة دعوى طلب تنفيذ القرار التحكيمي من قبل شركة الخرافي (بالتوازي مع ذات الطلب في شأن استحداث الصيغة التنفيذية لهذا القرار من الدولة المطلوب تنفيذه في إقليمها على نحو ما تحقق هنا بالجمهورية الفرنسية).

بل من جانب آخر، فإن الإختصاص الثاني لمحكمة الإستثمار - وهو ذلك الذي إستحث بحق خلوص محكمة إستئناف القاهرة إلى القضاء بعدم اختصاصها الدولي بنظر موضوع الدعوى وإلى عدم القضاء بعدم قبول الدعوى على نحو ما انتهت إليه الهيئة الأولى للمحكمة في حكمها الصادر في 2014/2/5 بحسب ما سوف نرى على نحو موجز بعد قليل - إنما ضمنته كذلك المادة 35 من ذات الإتفاقية. إذ مؤدى هذه الأخيرة، في هذا الشأن، أنه "للمحكمة أن تقبل التماس إعادة النظر في الحكم إذا ما تضمن تجاوزاً خطيراً لقاعدة أساسية في الإتفاقية أو في إجراءات التقاضي أو عند تكشّف واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر...".

وإذ إستحثت من ثم بصفة خاصة محكمة إستئناف القاهرة أحكام المادة 1/29 من الإتفاقية إثر قضائها بحظر إستحداث إختصاص القضاء المصري لأغراض النيل من سلامة القرار التحكيمي، فقد قدرت - بحق - أنه "في الدعوى الحالية نكون بصدد دعوى هي في حقيقتها صورة من صور المنازعات الناتجة عن تطبيق الإتفاقية، والتي ينعقد لمحكمة الإستثمار العربية دون غيرها من المحاكم الوطنية الإختصاص بنظرها والفصل فيها. والقول بغير ذلك من شأنه - أولاً - أن يكون نص المادة 1/29 من الإتفاقية نصاً عبثياً لا حظّ له من التطبيق، وثانياً - أن من شأن ذلك إختلاق حائل يحول بين المخاطبين بأحكام الإتفاقية وبين التحصّن بنظامها القضائي الخاص الذي استنته لهم وكاشف عن تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعدها..¹⁹. وإذ انتهت من ثم إلى مجمل ذلك المحكمة بالتأسيس على علوّ أحكام الإتفاقية الموحّدة على قواعد الإختصاص التشريعي والقضائي للمحاكم المصرية بموجب أنظمتها القانونية الداخلية، فقد خلصت من ثم - وعن حق - في منطوق حكمها إلى التأكيد على "إنه لما كان ما تقدم وكانت محكمة الإستثمار العربية هي هيئة قضائية تابعة لجامعة الدول العربية، قصد من إستحداثها إيجاد آلية

19- المرجع السابق، ص 12.

قضائية متخصصة في منازعات الإستثمار، ومن ثم فهي محكمة دولية إقليمية. وبما أن محكمة إستئناف القاهرة خلصت إلى أن هذه المحكمة هي المختصة بالفصل في الدعوى الحالية والتدخل الإضمامي فيها، لذا فهي تقضي بعدم إختصاصها دولياً بنظرهما...²⁰.

2- نقض حكم محكمة إستئناف القاهرة من محكمة النقض، والإحالة من قبل الأخيرة إلى هيئة ثالثة لمحكمة إستئناف القاهرة للنظر في موضوع الطعن:

أ- نقض الحكم بالتأسيس على ضمان محكمة إستئناف القاهرة العلوّ للإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على قانون التحكيم المصري!:

i- وإذا كنا قد عرضنا بقدر من التفصيل للحكم الثاني الصادر عن محكمة إستئناف القاهرة، فإن ذلك كان مرجعه يقيننا الجازم في عدّه ما كان يُفترض أن تزود به محكمة النقض بمناسبة حكمها محل التعليق هنا. غير إن هذه الأخيرة في هذا الحكم نقضت، على الرغم من ذلك، هذا الأخير. وأسندت موقفها في هذا الشأن إلى أنها، في حكمها الأول الصادر بهيئة مغايرة في 4/11/2015²¹، كانت قد انتهت "إلى القضاء بنقض (الحكم الأول الصادر في 5/2/2014 الذي سوف نحيل إليه على نحو موجز داخل الفقرة - خامساً - التالية) وإحالة القضية إلى محكمة إستئناف القاهرة للفصل فيها مجدداً بهيئة أخرى، بحكم حائز لقوة الأمر المقضي بين الخصوم أنفسهم، متضمناً الفصل في مسألة قانونية تتعلق بجواز إقامة دعوى بطلان أصلية على حكم التحكيم الصادر وفقاً لأحكام الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية؛ وأن يكون ذلك طبقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"²². وأليس ذلك هو ما اضطلعت به - بالفعل - محكمة إستئناف القاهرة حين حسمت هذا النزاع وفقاً لمنهاجية قانونية

20- المرجع السابق، ص 15.

21- انظر في هذا الحكم، والتعليق عليه من السيد المحامي محمد أمين الداعوق، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد 29، يناير 2016، ص 529 - 562.

22- انظر في قانون التحكيم المصري، للباحث: تدويل العقود الإدارية السيادية في ظل القانون المصري للتحكيم لسنة 1994 (المعدل بالقانون رقم 9 لسنة 1997)، مجلة مصر المعاصرة، تُصدرها الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، العدد 491، يوليو 2008، ص 89-107.

جد رصينة، تباينت عن تلك التي سايرها الحكم الأول للمحكمة؛ ولم تؤاخذها عليه هنا محكمة النقض بمناسبة حكمها محل التعليق هنا، حين تأكيدها على أنه "من الأصول المقررة أنه... لمحكمة الإحالة أن تقيم حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى الذي تحصله مما يُقدّم إليها من دفاع وعلى أسس قانونية أخرى غير التي جاءت بالحكم المطعون فيه واستوجب نقضه"²³.

ii- غير أن النعي - الغير مبرر والغير مستقيم بأي حال - من قبل محكمة النقض على حكم محكمة استئناف القاهرة قد يُتصور إسناده، ابتداءً، بصفة خاصة - وفي غير توفيق من قبلها بحسب ما نرى - إلى إنكار هذه الأخيرة، بحق، لاختصاصها الدولي بنظر دعوى إبطال القرار التحكيمي. إذ أكدت، في هذا الشأن، محكمة النقض:

"أن الحكم المطعون فيه... قضى بعدم إختصاص محكمة إستئناف القاهرة دولياً بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم مسبباً قضاءه في هذا الخصوص بأنّ الإتفاق على إسناد الفصل في النزاع موضوع الدعوى للتحكيم طبقاً لأحكام الإتفاقية سألقة الذكر كافٍ لغلغق الطريق أمام الإعتماد بالقضاء الوطني لأي دولة طرف بالإتفاقية بما فيها جمهورية مصر العربية بإقامة أي دعوى مُبتدأة و اختصاص محكمة الإستثمار العربية المنشأة بموجب الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بنظرها وأنه لا محل للتمسك بحجية أحكام القضاء الوطني (أي الحكم الأول لمحكمة النقض..) متى صدرت بالمخالفة لأحكام الاتفاقية"²⁴.

وخلصت إذن - بالتأسيس بصفة خاصة على هذه الحيثية المستغربة منذ أول وهلة - إلى القضاء بأن "محكمة استئناف القاهرة، وهي إحدى محاكم جهة القضاء العادي صاحب الولاية العامة التي أصدرت الحكم الناقض، ومن ثم وجب عليها الإلتزام بذلك القيد والتقييد به وأنه لا يجوز المجادلة فيه بإعتبار أن قوة الأمر

23- صدر الحكم الثاني لمحكمة النقض برئاسة نائب رئيس المحكمة المستشار نبيل عمران وعضوية كل من نواب الرئيس المستشارين محمود التركاوي والدكتور مصطفى سالمان وصلاح عصمت، فضلاً عن المستشار ياسر بهاء الدين.

أنظر فيما أكدته هنا محكمة النقض في هذا الحكم محل التعليق، الموقع الإلكتروني للمحكمة، ص 5.

24- المرجع السابق، ص 6.

المقضي تسمو على النظام العام. ولما كان ذلك، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما حجه عن الفصل في موضوع دعوى بطلان حكم التحكيم؛ وهو ما يعيبه ويوجب نقضه بغير حاجة إلى بحث باقي أسباب الطعن²⁵. غير أن المؤكد، في ضوء تحليلنا السالف لحكم محكمة إستئناف القاهرة، أنها ليست هي التي خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه حين النظر من قبلها في دعوى بطلان القرار التحكيمي.

ب- الإحالة للمرة الثالثة من قبل محكمة النقض إلى هيئة مغايرة لمحكمة إستئناف القاهرة للنظر في موضوع الدعوى!:

i- وإذ نقضت إذن على هذا النحو محكمة النقض الحكم الثاني لمحكمة إستئناف القاهرة، فقد قدرت - كذلك - عدم الذود بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 269 من قانون المرافعات؛ ذات العلاقة بالتصدي من قبلها للفصل في موضوع الدعوى²⁶. إذ من المعلوم أنه من مؤدى هذه الأخيرة أنه "إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع". غير أن محكمة النقض كان لها هنا موقف مغاير، منكر للعدالة بالنظر إلى استنتاجاته المزيد من إبطاء إجراءات النقاضي في مواجهة الطاعنين والمدعي عليها معاً. إذ خلصت في هذا الشأن محكمة النقض إلى أنه "لما كان النص في الفقرة الأخيرة من المادة 269 من قانون المرافعات المدنية والتجارية يُوجب على (المحكمة) إذا كان الطعن للمرة الثانية أن تحكم في الموضوع، إلا أن التزام محكمة النقض بذلك لا يقوم أصلاً في حالة نظر الموضوع على درجة واحدة - كما هي الحال بالنسبة لإختصاص محكمة إستئناف القاهرة بنظر أي دعوى مُبتدأة ببطلان أحكام التحكيم - إلا إذا كانت تلك المحكمة قد فصلت في موضوع النزاع. أمّا إذا كان قضاؤها قد اقتصر على الفصل في إجراءات رفع الدعوى أو دفع شكلي فحسب

25- المرجع السابق، ذات الموضوع.

26- أنظر لمزيد من التفصيل في هذا الشأن، أستاذنا الفاضل الدكتور فتحي والي، قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ذات الموضوع.

دون الموضوع، فلا يكون لمحكمة النقض في هذه الحالة التصدي للموضوع. إذ يترتب على ذلك اختزال إجراءات التقاضي في مرحلة واحدة حال تصدي محكمة النقض لموضوع النزاع بعد قضائها بنقض الحكم المطعون فيه. وهو أمر يتعارض مع مبادئ العدالة التي لا يجوز إهدارها في سبيل سرعة الفصل في دعاوى بطلان حكم التحكيم، بما يوجب أن تكون مع النقض الإحالة²⁷.

ii- والواقع إن محكمة النقض إذ نعت على هذا النحو - في غير حق - على محكمة إستئناف القاهرة ما انتهت إليه على نحو ما تقدّم في شأن القضاء من قبلها بعدم الإختصاص الدولي بنظر دعوى إبطال القرار التحكيمي بل وإذا كان من الثابت كذلك أنّ هذه الأخيرة قد نظرت في موضوع الدعوى بالتأسيس على الإتفاقية الموحدة النافذة بمصر والتي تعلق على قانونها الداخلي في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وانتهت من ثمّ إلى عدم إختصاص القضاء المصري - جملة ومنه محكمة النقض ذاتها - بنظر موضوع الدعوى، فإنه لما يترتب على ذلك أن يصير على هذا النحو غير مبرر البتة موقف هذه الأخيرة في شأن عدم الإنفاذ التلقائي - الواجب عليها وفقاً لذات صياغة هذه الفقرة الأخيرة - لمقتضياتها، وأياً ما كان سوف يصير إليه في هذا الشأن منطوق حكمها وحيثياته. ولا شك - على نحو ما تقدم - أن الرأي عندنا إنه كان لزاماً أن يتمخض ما انتهت إليه محكمتنا العليا في حكمها محل التعليق هنا عن الإزكاء الصريح لما انتهت إليه محكمة إستئناف القاهرة وموياً له؛ في منطوقه وحيثياته معاً، على النحو المرتب ابتسار ما صارت إليه إذن - في غير حق - من إحالة الدعوى مرة ثالثة إلى هيئة مغايرة لمحكمة إستئناف القاهرة. إذ هذه الإحالة المتواترة، بقدر ما أطررت في الإضرار بالمصالح المادية والأدبية المشروعة للشركة المدعى عليها، قد فتحت شهية المدعين للمزيد من الطعون منذ الإحالة الأولى، وبصفة خاصة منذ صدور الحكم الثاني لمحكمة استئناف القاهرة - الذي أصاب صحيح القانون ولم يخطئ في تطبيقه - والذي كان، وحده، كفيلاً بإستحاث نظر محكمة النقض لموضوع الدعوى إثر نقضها له. ولا يُخفي أن هذه الطعون قد كبدت - إلى الآن - الحكومة

27- حكم المحكمة محل التعليق، المرجع السابق، ص 7.

الليبية، سواءً أم أمام القضاء الفرنسي (المحاكم الابتدائية لباريس نانثار وباربينيون ومحكمة إستئناف باريس ومحكمة النقض الفرنسية) أو أمام القضاء المصري أو أمام محكمة الإستثمار العربية من النفقات ما قد يتجاوز قيمة التعويض المقضي به في مواجهتها من قبل هيئة التحكيم!

خامساً- الأسباب الواقعية التي يبدو أنها قد إستحدثت في هذا النزاع الموقف المتواتر لمحكمة النقض في شأن إزكاء الإطباق الضروري في عقيدتها لقانون التحكيم المصري:

والواقع إنه في غير مصادرة من قبلنا - على نحو ما هو مفترض على نحو جازم - على الأسباب الحقيقية التي حدثت بمحكمة النقض في حكمها محل التعليق هنا إلى الشذوذ عما أعلنت هامته دوماً من مبادئ قانونية ذات المحكمة منذ إنشائها في 1949 لأغراض ضمان العلو للمعاهدات الدولية النافذة بمصر؛ تارة على الوثيقة التأسيسية ذاتها في ظل دستور 1923، وتارة أخرى في ظل الدساتير الجمهورية على مجمل التشريعات الداخلية السابقة واللاحقة على نفاذها بالإقليم المصري (واستثناءً على ضمان القوة الدستورية أو فوق الدستورية للبعض منها في مواجهة مثل هذه التشريعات)، فإنه يمكن الافتراض - من قبلنا - بإمكانية رد هذا الموقف لها إلى بعض الأسباب "الواقعية" - غير المُسندة في غير شك إلى صحيح القانون بالنظر إلى ثبوت على نحو ما تقدّم عدم الإختصاص الدولي لمجمل المحاكم المصرية إزاء هذه الدعوى بحسب ما أورد حيثياته على نحو معمق بحق الحكم الثاني لمحكمة إستئناف القاهرة - والتي يمكن إختصارها فيما يأتي:

1- الحكم الأول لمحكمة استئناف القاهرة الصادر في 2014/2/5²⁸:

أ- وحقيقة الأمر إن التناقض الصارخ في شأن البحث عن القانون الواجب التطبيق على دعوى إبطال القرار التحكيمي الصادر في النزاع بين ليبيا وشركة الخرافي يمكن رده ابتداءً إلى هذا الحكم. إذ هذا الأخير عدّ من جانب، منذ مبدئاً حيثياته هذا القرار تحكيمياً "يجري في مصر" بحسب منطوق الفقرة الأولى من المادة (1) من قانون التحكيم المصري؛ على النحو المرتب من ثم إسقاط المحكمة حالات الإبطال الواردة في المادة

28- أنظر في هذا الحكم، مجلة التحكيم العالمية، بيروت، العدد 22، إبريل 2014، ص 393-423.

53 منه عليه، بل - وكذلك - بإبطاله جملةً وتفصيلاً بحسب ما صارت بالفعل إليه في حيثيات حكمها. غير أن ذات المحكمة إذ أرادت من جانب آخر وعن قصد فيما نرى، أن تنبّه في آخر هذه حيثيات إلى أن ملحق الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية - الواجب التطبيق على النزاع بجانب القانون الليبي - والذي يعلو على قانون التحكيم المصري يحظر دعاوى إبطال القرارات التحكيمية الصادرة بالتأسيس عليه، فقد رتب ذلك أن صارت آخرًا في منطوق حكمها إلى القضاء "بعدم قبول الدعوى"²⁹.

وإذا كان تحليل هذا الحكم ليس موضعه هنا، فإنه قد يكون من الكافي - لأغراض محاولة إستشفاف أسباب ما صارت إليه محكمة النقض بمناسبة حكمها محل التعليق هنا - أن نوه إلى ما ذهب إليه حكم الإستئناف الأول حين إسقاطه في مستهل حيثياته قانون التحكيم المصري على هذا القرار التحكيمي.

إذ نعت عليه المحكمة - في خطابها إلى محكمة النقض - فصله في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، ومجاوزته حدود الشرط التحكيمي، ومخالفته النطاق الشخصي لشرط التحكيم حين الإحتجاج به في مواجهة الحكومة الليبية، ومسحه القانون الليبي الواجب كذلك تطبيقه على النزاع، بل وتشويهه أيضاً الإتفاقية الموحدة بالنظر في عقيدتها إلى تخلف المجال الموضوعي لإنطباقها، ولإنصراف قرار الإنهاء الإفرادي للعقد إلى قرار إداري مستقل عن العقد لا يجوز التعويض عنه، ولمخالفته النظام العام بمصر، بل - وبحسب ما ذهبت أيضاً - لإفتقار المحكمين في نظرها إلى الحياد والإستقلالية والثقافة القانونية المميزة.....!"³⁰.

ب- والواقع إنّ المدقق في هذا الحكم إذا لم ينصرف إلى مواجهته بالقرار التحكيمي الصادر في 2013/3/22 على نحو ما صارت إليه بالفعل محكمة النقض في حكمها الأول الصادر في 2015/11/4 بالنظر إلى ما خلصت إليه بمناسبة إلى نقض هذا الحكم والإحالة إلى هيئة مغايرة بحسب ما ترخصه لها المادة 269 من قانون المرافعات المصري، سوف يستقر - لأول وهلة - يقينه إلى تناقض منطوق هذا الحكم مع حيثياته المبتدأة من جانب (عدم قبول الدعوى من قبل المحكمة على الرغم من إبطالها القرار

29- المرجع السابق، ص 413.

30- المرجع السابق، بصفة خاصة، ص 401-407.

التحكيمي في مستهل حيثياتها) ومن جانب آخر، إلى الإسناد المتناقض للقانون الواجب التطبيق على الدعوى من قبل المحكمة وأخيراً، إلى بعث الإعتقاد في إنصراف القرار التحكيمي ذاته إلى عمل مادي خالص غير قضائي مفتقد جملة وتفصيلاً إلى أية حجية للأمر المقضي؛ خلافاً لواقع الأمر! فهل هذه الخشية في شأن تحصين هذا الأخير - المنعدم بحسب عقيدة الحكم الأول لمحكمة الإستئناف - هو الذي دق ناقوس الخطر لدى محكمة النقض في حكمها الأول، بل والثاني، لأغراض الإستحاثات - المحظور - من قبلها لبسط الإختصاص القضائي المصري إزاء هذه الدعوى؛ على الرغم من الإنعقاد الإستثنائي لإختصاص محكمة الإستثمار العربية في هذا الشأن؟

2- إستقالة محكمة الإستثمار العربية عن الإضطلاع بالفاعل بإختصاصاتها:

من المعلوم إنه منذ تعديل الإتفاقية الموحدة في 2013، فقد إنحسرت كلية، وبصفة خاصة في حق القلة القليلة من الدول العربية التي أقرته، الإختصاصات الرقابية للمحكمة العربية للإستثمار؛ بالنظر إلى ما رتبته هذا التعديل من إلغاء للمادة 35 من الإتفاقية المبرمة في 1980. ونقصد بذلك - على نحو ما تقدم - حكمها ذي العلاقة بإختصاص المحكمة في قبول "التماس إعادة النظر في الحكم (الصادر وفقاً لنصوص الإتفاقية) إذا ما تضمن تجاوزاً خطيراً لقاعدة أساسية في الإتفاقية أو في إجراءات التقاضي أو عند تكشف واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر...³¹. ومن الثابت - كذلك - أن هذه المحكمة سواء في ظل الأحكام التي أصدرتها قبل تعديل 2013 - والتي تعيننا بصفة خاصة هنا بالنظر إلى عدم نفاذ هذا الأخير بأثر رجعي إزاء النزاع محل الدراسة - أو بمناسبة ما أصدرته إثر هذا التاريخ (مجموع ما صدر عنها إلى الآن منذ قيامها إنصرف وفقاً للموقع الإلكتروني لمحكمة الإستثمار إلى 14 حكماً) قضت في مجملها بعدم الإختصاص تارة الموضوعي وتارة أخرى الولائي). وكان هذا على سبيل المثال؛ فيما يعيننا هنا، شأن موقف المحكمة في حكمها الصادرين في 2014/6/12 و 2017/2/7 في الدعوى التي إستحدثتها أمامها الهيئة العامة الليبية للإستثمار في مواجهة شركة الخرافي والحكومة الليبية معاً. وأياً ما كان عليه

31- أنظر لمزيد من التفصيل في هذا الشأن، المحامية سمر مغيزل والمحامية رولا الحاج: تعديلات الإتفاقية الموحدة....، مجلة التحكيم العالمية، العدد 29، سابق الإشارة إليه، ص 63-78.

الرأي فيما إنتهى إليه دوماً قضاء المحكمة وهو ما يخرج عن إطار هذه الدراسة، فهل هذا هو ما استحث إنصراف محكمة النقض هنا إلى تمعد بسط الإختصاص القضائي المصري - المحظور كما قدّمنا - إزاء دعوى إبطال القرار التحكيمي محل النظر خشية تحصينه؛ إثر قضاء محكمة الإستثمار العربية بعدم إختصاصها الولائي بنظره، خاصة في أعقاب السهام القاتلة التي رمته بها في غير أساس على نحو ما تقدم محكمة إستئناف القاهرة في حكمها الأول؛ وذلك في ظل حظر أحكام ملحق الإتفاقيه الموحدّة الطعن على هذا القرار بدعوى الإبطال؟

3- حظر دعاوى إبطال القرارات التحكيمية بالمخالفة للقواعد العامة في ظل الإتفاقيه الموحدّة:

وإذا كانت الإتفاقيه الموحدّة قد جيء تعديلها في 2013، إلا أن هذا التعديل - على نحو ما ألمحنا فيما سبق - لم يلحق أي تغيير بأحكام ملحقها، في شأن التوفيق والتحكيم. إذ المادة 8/2 من ملحق الإتفاقيه المبرمة في 1980؛ التي تنصّ على أن "يكون قرار هيئة التحكيم ... نهائياً وملزماً يتوجب على الطرفين الإمتثال له وتنفيذه بمجرد صدوره ما لم تحدد الهيئة مهلة لتنفيذه أو لتنفيذ جزء منه، ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم" صارت - فحسب - إثر هذا التعديل المادة 8/3 منه بذات صياغتها الأولى. ومن المعلوم إن هذا الحكم يصطدم في غير شك، وعلى سبيل الإطلاق، مع مجمل الإتفاقيات الدولية ذات العلاقة سواء بفض منازعات الإستثمار (اتفاقيه واشنطن لسنة 1965 بصفة خاصة) أو بالإعتراف بأحكام المحكمين الأجنبيّة وتنفيذها (اتفاقيه نيويورك لسنة 1958 بصفة خاصة)، بل ومع لوائح مجمل المراكز الدولية للتحكيم (الإكسيد غرفة التجارة الدولية - السيرسيكا) ومع قواعد اليونسترال والتشريعات الداخليّة المقارنة للدول في شأن التحكيم. ولا يقدر في ذلك الترخيص المتأخر من قِبَل بعض الدول (شأن فرنسا وسويسرا وبلجيكا والسويد)، بل وذات لائحة غرفة التجارة الدولية، لترتيب مثل هذا التحصين لقرارات هيئات التحكيم من الإستحثاث اللاحق لدعاوى إبطالها³². إذ هذه الأخيرة - في مجملها - فضلاً عن أنها لم تلق البتّة النجاح الذي تصوّر لها، قيّدت تحقيق مثل هذا الأثر بالإرتضاء المسبق "الصريح" - قبل صدور القرار التحكيمي - من قِبَل الخصوم على ذلك. فهل إفتراض المشرعون السياسيون للإتفاقيه الموحدّة تحقق هذا القبول الصريح من قبل أطراف منازعات الإستثمار

32- أنظر بصفة خاصة في هذا الشأن الدراسة المعمقة للمحامي الدكتور غالب محمصاني: إلغاء مراجعة الإبطال ضد قرارات التحكيم، مجلة التحكيم العالمية، العدد 21، يناير 2014، ص 41 - 57.

العربية المسند القانون الواجب التطبيق عليها إلى هذه الاتفاقية، أم المفترض هنا الإستثنيات اللاحق في مواجعتهم بالقاعدة الرومانية - التي لا تجد كقاعدة عامة موضع قدم لها إلا داخل قاعات الدرس بكليات الحقوق - في شأن عدم جواز الإعتذار بالجهل بالقانون. فهل هذا - أيضاً - هو ما يمكن أن يُردّ إليه الموقف غير المسند قانوناً لمحكمة النقض بمناسبة حكمها محل التعليق هنا؟

رقم 3- حكم تحكيم رياضي - هيئات تحكيم تابعة لمركز التسوية والتحكيم في مصر - قانون الرياضة تضمن في المادتين 66 و 69 منه إختصاص مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية إصدار لائحة النظام الأساسي للمركز - إنشائه وتخويله حصراً دائرة البطلان في المركز سلطة نظر دعاوى الإبطال - ذلك يعني الأحكام التحكيمية بما في ذلك الأجنبية منها - طعن بالنقض - مخالفة المواد 2 و 81 و 92 مكرر (ب) و 92 مكرراً (ج) من لائحة نظام المركز عن حدود التفويض التشريعي المخول له بالمادتين 69 و 70 من قانون الرياضة - هذه المواد من لائحة النظام الأساسي خالفت المعايير الدولية والتفويض التشريعي المعطى لها في هذه المواد من قانون الرياضة - هذه المواد من اللائحة حصنت الأحكام التحكيمية في مادة التحكيم الرياضي الصادرة عن المركز من رقابة قضاء الدولة - إحالة الى المحكمة الدستورية العليا - للنظر بدستورية هذه المواد.

إرتأت المحكمة شبهة عدم دستورية المادتين 66 و 69 من قانون الرياضة المصري رقم 71 لسنة 2017 لمخالفتها لضمائني إستقلال وحيدة القضاء المنصوص عليهما في المادة 94 من الدستور.

ارتأت المحكمة شبهة عدم دستورية المواد 2 و81 و92 مكرراً (ب) و92 مكرراً (ج) من لائحة المركز لمخالفتها ما نصت عليه المواد 53 و84(2) و97 و170 من الدستور من حيث وجوب المساواة بين المواطنين لدى القانون، والتزام التشريعات الرياضية بالمعايير الدولية، وإستقلال القضاء وحيدته، وخطر تحقيق أي عمل من رقابة القضاء، والتزام حدود التفويض التشريعي وتدرج التشريعات.

تضمنت المادتان 92 و81 من لائحة المركز خروجاً عن حدود التفويض التشريعي السوارد بالمادة 69 من قانون الرياضة، والتي حوّلت مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية سلطة إصدار قرار يُنظّم فيه قواعد وإجراءات الوساطة والتحكيم وفقاً للمعايير الدولية، وخروجاً كذلك عن الإلتزام المفروض على المركز بالمادة 70 من قانون الرياضة بمراعاة الميثاق الأولمبي والمعايير الدولية ونصوص قانون الرياضة والضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وعن الإلتزام بقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 (قانون التحكيم المصري) بإعتبره الشريعة العامة للتحكيم في جمهورية مصر العربية.

إنّ لائحة المركز لم تلتزم بالمعايير الدولية في خصوص دعاوى بطلان أحكام التحكيم إذ نظمت في المواد 81 و92 مكرراً (ب) و92 مكرراً (ج) دعوى البطلان، على نحو يثير شكوكاً حول تحصين أحكام التحكيم الرياضي من رقابة القضاء.

من الأولى في مقام إنباع "المعايير الدولية" - وفقاً لما توجبه المادة 84(2) من الدستور والمادة 69 من قانون الرياضة- ألا يتمّ نظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم الرياضي داخل المركز، لاسيّما في ظلّ الشكوك القانونية المثارة حول عدم إستقلالية المركز عن اللجنة الأولمبية المصرية.

إنّ قرار رئيس اللجنة الأولمبية رقم 2 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام لائحة النظام الأساسي للمركز، قد ألقى بوضوح إمكانية الرجوع الى قانون التحكيم المصري فيما يتعلّق بدعوى البطلان على الرغم من أنّ هذا القانون هو الشريعة العامة للتحكيم في جمهورية مصر العربية، حيث بات محظوراً على أطراف التحكيم الرياضي إقامة دعاوى البطلان أمام المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون التحكيم المصري رغم الطعن فيها بطريق النقض بعد ذلك، على خلاف الحقّ المقرّر لسائر أطراف دعاوى التحكيم الأخرى، وبالمخالفة للمادة 53 من الدستور.

المادة 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز... تتيح للمركز إبطال أحكام التحكيم الرياضي ولو كانت أجنبية، وهو أمر يخالف نصوص الإتفاقية الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها "إتفاقية نيويورك 1958".

إن مؤدى تلك المادة هو تحويل ما يُسمى دائرة البطلان بالمركز - وهو مجرد مركز للتحكيم - سلطة لا تملكها محاكم الجمهورية ذاتها، هي سلطة إبطال أحكام التحكيم الأجنبية.

إن المادتين 69 و 92 من قانون الرياضة والمواد 2 و 81 و 92 مكرراً (ب) و 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز لازمة للفصل في الطعن المائل، ومن ثم فإن المحكمة تقضي بوقف نظره وبإحالة الأوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية التي تقدم بيانها عملاً بالفقرة الأولى من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

(محكمة النقض، الدائرة التجارية والإقتصادية، الطعن رقم 1458 لسنة 89 قضائية، جلسة

24 ديسمبر 2019)

.....

.....

حيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون ضده الأول بصفته أقال على الطاعن والمطعون ضدهم من الثاني الى الرابع بصفاتهم الدعوى رقم 47 لسنة 135ق لدى محكمة إستئناف القاهرة بطلب الحكم ببطلان حكم التحكيم الصادر في 2018/1/10 من مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري في الدعوى رقم 56 لسنة 1ق/2017 الذي قضى بقبول الدعوى شكلاً وفي الموضوع بإلغاء قرار اعتماد نتيجة إنتخابات مجلس إدارة نادي المنصورة الرياضي للدورة 2018/2017 التي أجريت بتاريخ 2017/11/3 بدون إدراج إسم المحتكم "الطاعن" ببطاقة التصويت ضمن أسماء المرشحين على منصب الرئاسة، مع ما يترتب على ذلك من آثار أخصها إعادة إجراء الإنتخابات المذكورة على مقعد الرئيس بين كافة المرشحين بمن فيهم المحتكم "الطاعن" بعد إدراج إسمه ببطاقات التصويت ضمن أسماء المرشحين على المقعد المذكور. وبياناً لذلك قال إن حكم التحكيم آنف البيان شابه

البطلان لعدم وجود شرط أو مشاركة تحكيم، ولفرض نظام التحكيم الرياضي لدى المركز المشار إليه على نحو إجباري بالمخالفة للمادة 97 من الدستور، وكذلك توقيع حكم التحكيم من رئيس هيئة التحكيم فقط دون باقي أعضائها. وبتاريخ 2018/11/25 قضت المحكمة ببطلان حكم التحكيم موضوع الدعوى. طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض، وأودعت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي بنقض الحكم المطعون فيه، وإذ عُرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة حدّدت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إرتأت المحكمة شبهة عدم دستورية المادتين 66 و69 من قانون الرياضة المصري رقم 71 لسنة 2017 ("قانون الرياضة")، لمخالفتها لضمانتي إستقلال وحيدة القضاء المنصوص عليهما في المادة 94 من الدستور. فقد نصت المادة 66 من قانون الرياضة على أن "ينشأ باللجنة الأولمبية المصرية مركز مستقل يسمّى ((مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري) تكون له الشخصية الاعتبارية، يتولّى تسوية المنازعات الرياضية الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون والتي يكون أحد أطرافها من الأشخاص أو الهيئات أو الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون، وذلك عن طريق الوساطة أو التوفيق أو التحكيم الرياضي"، كما نصت المادة 69 من ذات القانون على أن "يصدر مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية قراراً بالنظام الأساسي للمركز ينظّم قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم فيه وفقاً للمعايير الدولية بناء على إقتراح مجلس إدارة المركز، ويصدر بالنظام والقواعد اللازمة للعمل في المركز قراراً من اللجنة الأولمبية، ويُنشر هذا القرار في الوقائع المصرية على نفقة اللجنة". وبيّن من المادة 66 المذكورة أنها ألحقت مركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري ("المركز") باللجنة الأولمبية المصرية على الرغم من وصف المركز بالمستقل في ذات المادة. وبموجب التفويض التشريعي في المادة 69 من ذات القانون، أصدر رئيس مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية القرار رقم 88 لسنة 2017، المعدّل بالقرار رقم 2 لسنة 2018، بلائحة النظام الأساسي للمركز ("لائحة المركز"). وبيّن من لائحة المركز أنها أقامت روابط عديدة بين المركز من ناحية وبين اللجنة الأولمبية المصرية من ناحية أخرى. إذ تنصّ المادة 12 من لائحة المركز على أن يدير المركز مجلس إدارة يصدر بتشكيله قرار من اللجنة الأولمبية المصرية ("مجلس إدارة المركز")، ويكون رئيس مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية هو نفسه رئيس مجلس إدارة المركز، ويُمثّله أمام القضاء وأمام الغير. كما تنصّ المادة 13 من لائحة المركز على إشراف مجلس إدارة المركز على شؤون المركز من كافة النواحي المالية والإدارية، أخصّها إقتراح لائحة المركز أو تعديلها، وإختيار المصرف الذي تودع

فيه أمواله، وإعتماد ميزانيته السنوية، وإعتماد تعيين الأمين العام والعاملين بالمركز. فضلاً عن إختصاص مجلس الإدارة بتشكيل هيئات التحكيم واللجنة الإستشارية، وتنظيم عمل كل منها، وطريقة الإستعانة بالخبراء، وكذا تمتعه بسلطة واسعة في قيد الأسماء بقوائم المحكمين المعتمدين لدى المركز وتحديد أتعابهم.

كل هذه الروابط بين المركز واللجنة الأولمبية المصرية من شأنها إثارة شكوك جدية حول مدى إستقلال المركز لا سيما في الحالات التي قد تكون فيها اللجنة الأولمبية المصرية طرفاً في الدعاوى المعروضة على أي من هيئات التحكيم بالمركز. مع أنه من المفترض إبتداءً أن يتيح الهيكل التنظيمي للمركز الإستقلال اللازم لهيئات التحكيم التابعة له بحسبانها هيئات ذات إختصاص قضائي. كما ينبغي أن يبعث ذلك الهيكل التنظيمي الطمأنينة في نفوس أطراف التحكيم، بتمتع هيئات التحكيم بالإستقلال والحيادة اللازمين لأداء مهمتها على الوجه الأكمل. فلا يكفي مجرد إستقلال وحيادة هيئات التحكيم التابعة للمركز عن اللجنة الأولمبية المصرية وعن أطراف كل نزاع، بل يجب أن تتمتع تلك الهيئات بمظهر الإستقلال والحيادة في نظر كل من يلجأ إلى المركز لتسوية منازعة رياضية. وهو ما يستوجب إستقلال المركز عن اللجنة الأولمبية المصرية على المستويين التنظيمي والمالي، حتى تضطلع هيئات التحكيم التابعة للمركز بالفصل في دعوى التحكيم المطروحة عليها من خلال ترضية قضائية متوافقة في مضمونها مع أحكام الدستور، بما لزمه أن تضطلع بتقرير هذه الترضية القضائية هيئات تحكيم تتوافر في شأنها ضمانات الحيادة والإستقلال.

وتؤكد التجربة الدولية ذلك الفهم، إذ أدت ذات الإعتبارات إلى فصل محكمة التحكيم الرياضي Court of Arbitration for Sport (CAS) عن اللجنة الأولمبية الدولية International Olympic Committee التي كانت قد رعتها إبتداءً منذ إنشائها، حيث تم الإتفاق دولياً فيما يُعرف بإتفاقية باريس عام 1994- ضماناً لإستقلال المحكمة- على إنشاء مؤسسة للتحكيم الدولي معنية بالرياضة بإسم "المجلس الدولي للتحكيم الرياضي" International Council of Arbitration for Sport (ICAS) ليضم تحت لوائه محكمة التحكيم الرياضي ويكون مسؤولاً عن إدارتها وتمويلها، بما في ذلك تعديل لائحة محكمة التحكيم الرياضي CAS Code، وإضافة أسماء الى قوائم المحكمين المقبولين لدى محكمة التحكيم الرياضي أو رفعها منها، والفصل في طلبات رد المحكمين، والإشراف على مكتب محكمة التحكيم الرياضي CAS Court Office.

ومن ناحية ثانية، فقد إرثأت المحكمة شبهة عدم دستورية المواد 2 و 81 و 92 مكرراً (ب) و 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز لمخالفتها ما نصت عليه المواد 53 و 84(2) و 97 و 170 من الدستور من حيث وجوب المساواة بين المواطنين لدى القانون، وإلتزام التشريعات الرياضية بالمعايير الدولية، وإسئقلال القضاء وحيدته، وحظر تحصين أي عمل من رقابة القضاء، وإلتزام حدود التفويض التشريعي وتدرج التشريعات، ذلك أنه من المستقر عليه في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة 170 من الدستور على أن "يصدر رئيس مجلس الوزراء اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعطيل، أو تعديل، أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، إلا إذا حدد القانون من إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها"، مفاده أنه يتعين أن يكون القرار الصادر باللائحة التنفيذية في نطاق التفويض المنصوص عليه في القانون، فإذا خرج القرار عن نطاق هذا التفويض بأن إنطوى على أي عيب من العيوب المشار إليها، فقد قوته الملزمة كتشريع فلا ينزل منزلته، وأصبح معدوم الأثر قانوناً، ويكون لمحاكم السلطة القضائية من تلقاء ذاتها ألا تمتد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر تنفيذاً له.

ولقد تضمنت المادتان 2 و 81 من لائحة المركز خروجاً عن حدود التفويض التشريعي الوارد بالمادة 69 من قانون الرياضة، والتي حولت مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية سلطة إصدار قرار ينظم فيه قواعد وإجراءات الوساطة والتوفيق والتحكيم وفقاً للمعايير الدولية، وخروجاً كذلك عن الإلتزام المفروض على المركز بالمادة 70 من قانون الرياضة بمراعاة الميثاق الأولمبي والمعايير الدولية ونصوص قانون الرياضة والضمانات والمبادئ الأساسية للنقاضي في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وعن الإلتزام بقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ("قانون التحكيم المصري") بإعتبره الشريعة العامة للتحكيم في جمهورية مصر العربية.

فمن حيث المبدأ، لا يعيب قانون الرياضة واللوائح المنفذة لأحكامه سعيها الى إخراج المنازعات الرياضية من إختصاص محاكم الدولة ليتم الفصل فيها عن طريق التحكيم، أو أي من الطرق البديلة لتسوية المنازعات، من خلال النص على ذلك في العقود الرياضية أو لوائح الهيئات والإتحادات الرياضية المختلفة. إذ أن قواعد الهيئات والإتحادات الرياضية الدولية فضلاً عن المبادئ القانونية الدولية في مجال الرياضة Lex Sportiva، يستلزمان منح الهيئات والإتحادات الرياضية الوطنية درجة كبيرة من الإستقلالية والحرية، بالمعنى الواسع، في تنظيم

شؤون الألعاب الرياضية، بما يشمل تنظيمها لآليات إنفاذ قواعد اللعبة والفصل في المناعات المتعلقة بها بعيداً عن أجهزة الدولة قدر المستطاع. وبذلك فإن أضحي اللجوء الى المركز هو الآلية الوحيدة لتسوية المنازعات الرياضية في مصر، على نحو قد يوحي في ظاهره بأنه طريق إجباري لتسوية تلك المنازعات، إلا أن إتجاه قانون الرياضة ولائحة المركز في هذا الصدد إنما جاء مسابرة للإتجاه الدولي في الحد من تدخل الدولة في شؤون الهيئات والإتحادات الرياضية. كما أن فكرة إخراج المنازعات الرياضية من إختصاص محاكم الدولة تتماشى مع ما إنتهجه اللجنة الأولمبية الدولية منذ عام 1981 في إنشاء سلطة خاصة تكون صاحبة ولاية الفصل في المنازعات الرياضية الدولية بإجراءات مرنة وسريعة ومعقولة التكاليف. وعلى هذا الأساس أنشئت محكمة التحكيم الرياضي في لوزان بسويسرا، وباتت مثلاً يُحتذى في مجال تسوية المنازعات الرياضية الدولية.

غير أن لائحة المركز لم تلتزم المعايير الدولية في خصوص دعاوى بطلان أحكام التحكيم، إذ نظمت في المواد 81 و92 مكرراً (ب) و92 مكرراً (ج) دعوى البطلان، على نحو يثير شكوكاً حول تحصين أحكام التحكيم الرياضي من رقابة القضاء، في حين أن محكمة التحكيم الرياضي بسويسرا، باعتبارها النموذج الدولي الأبرز في مجال تسوية المنازعات الرياضية، لا تختص بنظر دعوى البطلان، وتظل المحكمة الفيدرالية السويسرية هي المختصة - حتى اليوم- بنظر دعاوى البطلان على تلك الأحكام، باعتبار أن مقر التحكيم الذي يجري وفقاً لقواعد محكمة التحكيم الرياضي هو دائماً مدينة لوزان بسويسرا طبقاً للقاعدة رقم 28 من القواعد الإجرائية للائحة تلك المحكمة. فإذا كان هذا شأن النموذج الدولي الأبرز في هذا الصدد، فمن الأولى في مقام إتباع "المعايير الدولية"- وفقاً لما توجبه المادة (2)84 من الدستور والمادة 69 من قانون الرياضة - ألا يتمّ نظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم الرياضي داخل إطار المركز، لا سيما في ظلّ الشكوك القانونية المثارة حول عدم إستقلالية المركز عن اللجنة الأولمبية المصرية.

ومن ناحية أخرى، فإن قرار رئيس اللجنة الأولمبية رقم 2 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام لائحة النظام الأساسي للمركز، قد ألغى بوضوح إمكانية الرجوع الى قانون التحكيم المصري فيما يتعلّق بدعوى البطلان، على الرغم من أن هذا القانون هو الشريعة العامة للتحكيم في جمهورية مصر العربية، حيث بات محظوراً على أطراف التحكيم الرياضي إقامة دعاوى البطلان أمام

المحكمة المختصة المنصوص عليها في المادة 9 من قانون التحكيم المصري، ثم الطعن فيها بطريق النقض بعد ذلك، على خلاف الحق المقرّر لسائر أطراف دعاوى التحكيم الأخرى، وبالمخالفة للمادة 53 من الدستور.

وأخيراً، فإنّه لما كانت المادة 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز، المعدلة بالإستدراك الصادر بقرار رئيس اللجنة الأولمبية المصرية رقم 7 لسنة 2018، وهو في حقيقته تعديل للمادة لا إستدراكاً لها، تنصّ على أنه كما تختصّ الدائرة (المنشأة لنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الرياضي المصري) بدعوى البطلان في أي حكم تحكيم رياضي صادر من أي هيئة تحكيم رياضي خارج جمهورية مصر العربية. وترُفع دعوى البطلان في حكم التحكيم الداخلي أو الخارجي بموجب صحيفة دعوى تُقدّم الى أمين عام المركز أو من يقوم مقامه...". فإنّها بذلك تتيح للمركز إبطال أحكام التحكيم الرياضي ولو كانت أجنبية، وهو أمر يخالف نصوص الإتفاقية الخاصة بالإعتراف بأحكام المحكمين الأجبيين وتنفيذها ("إتفاقية نيويورك 1958")، Awards (New York, 1985) والتي أضحت منذ إنضمام مصر إليها عام 1959، قانوناً من قوانين الدولة واجبة التطبيق ولو تعارضت مع أحكام قانون المرافعات أو أي قانون آخر بمصر. إذ إنّ المادة 15 (هـ) من إتفاقية نيويورك 1958 تقصر سلطة إبطال حكم التحكيم الأجنبي على المحكمة المختصة في الدولة التي صدر فيها، أو بموجب قانونها الإجرائي، ذلك الحكم. كما أنّ المادة 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز تخالف أحكام الباب السادس (بطلان حكم التحكيم) من قانون التحكيم المصري، إذ من شأن تطبيقها تجاهل فكرة المقرّر القانوني للتحكيم Seat of Arbitration، والسماح لدائرة البطلان بالمركز بالإفتتاح على دور محكمة البطلان المختصة في الدولة التي إختارها الأطراف كمقرّر قانوني للتحكيم، بما يمنح المركز في مصر - بغير حق - إختصاصاً عالمياً بنظر دعاوى بطلان أحكام التحكيم الرياضي الأجنبية الصادرة من أي هيئة تحكيم رياضي، ويخلق حالة من التنازع الإيجابي في الإختصاص بغير مقتضى. بل إنّ مؤدّى تلك المادة هو تحويل ما يُسمّى دائرة البطلان بالمركز - وهو مجرد مركز للتحكيم - سلطة لا تملكها محاكم الجمهورية ذاتها - هي سلطة إبطال أحكام التحكيم الأجنبية.

وحيث إنّ المادتين 66 و 69 من قانون الرياضة والمواد 2 و 81 و 92 مكرراً (ب) و 92 مكرراً (ج) من لائحة المركز لازمة الفصل في الطعن المائل، ومن ثمّ فإنّ المحكمة تقضي بوقف نظره وبإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية

التي تقدّم بيانها عملاً بالفقرة الأولى من المادة 29 من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.

لذالك

حكمت المحكمة بوقف نظر الطعن تعليقاً، وأحالت الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للنظر في دستورية المادتين 66 و69 من قانون الرياضة رقم 71 لسنة 2017 فيما تضمنته من إختصاص مجلس إدارة اللجنة الأولمبية المصرية بإصدار لائحة النظام الأساسي لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري بما يخلّ بإستقلال وحيده هيئات التحكيم التابعة له. وكذا المواد 2 و81 و92 مكرراً (ب) و92 مكرراً (ج) من لائحة النظام الأساسي لمركز التسوية والتحكيم الرياضي المصري الصادرة بقرار رئيس اللجنة الأولمبية المصرية رقم 88 لسنة 2017، والمعدّلة بالقرار رقم 2 لسنة 2018، فيما تضمنته من خروج عن حدود التفويض التشريعي الوارد بالمادتين 69 و70 من قانون الرياضة، وعدم إلزامها المعايير الدولية، وتحصين أحكام التحكيم الرياضي الصادرة عن المركز من رقابة القضاء، وإهدار مبدأ المساواة بين المواطنين لدى القانون في شأن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الرياضي الصادر عن المركز أمام محاكم الدولة.

برئاسة	نواب الرئيس	أمين السرّ
نائب رئيس المحكمة	الأعضاء	خالد وجيه
نبيل عمران	محمد التركاوي	د. مصطفى سالماني
	د. محمد الأهواني	صلاح عصمت

رقم 4- حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية في باريس - إتفاق الخصوم في مشاركة التحكيم على خضوعهم لأحكام القانون المصري - قانون التحكيم المصري واجب التطبيق سواء كان التحكيم تجارياً دولياً أو غير ذلك إحتراماً لسلطة الإرادة.

إنّ المشرّع إشتراط في الفقرة الأولى للمادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994... بالنسبة للتحكيم الذي يجري في الخارج، إتفاق الأطراف المسبق على إخضاعه لأحكام هذا القانون، إحتراماً لمبدأ أكدته تشريعات وطنية وإتفاقيات دولية هو أنّ إرادة الأطراف سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم، وهو ما يعرف بسلطان الإرادة، ويستوي في ذلك أن يكون التحكيم الذي يجري في الخارج تجارياً دولياً أو غير ذلك.

إنّ مشاركة التحكيم قد تضمنت إتفاق الخصوم على خضوعهم لأحكام قانون جمهورية مصر العربية، وكانت الدعوى المطروحة على هذه المحكمة مقامة بطلب بطلان حكم التحكيم آنف البيان، وهو ما يستتبع - إعمالاً لإرادة الخصوم في الخضوع الإختياري للقانون المصري - إخضاع الدعوى الحالية لقانون التحكيم المصري، المنظم لدعوى بطلان حكم التحكيم، والمُحدّد للمحكمة المختصة بنظرها ومن ثمّ فإنّ الإختصاص بنظر الدعوى الحالية ينعقد لمحكمة إستئناف القاهرة عملاً بنصّ المادة 1/54 من قانون التحكيم.

(محكمة إستئناف القاهرة، دائرة 62 تجاري، دعوى البطلان رقم 64 لسنة 132 قضائية،

جلسة 2018/5/10)

.....

.....

وحيث إنّ الطّلب الأصلي المبدى بالمذكّرتين المقدّمتين بجلستني 2016/7/2، 2016/12/3 من وكيل المدّعى عليهما الأولى والثّانية، حاصله عدم إختصاص المحاكم المصريّة بنظر الدّعوى الحاليّة، نظراً لأنّ موضوعها متعلّق بحكم تحكيم أجنبي صادر من غرفة التّجارة الدّولية بباريس ووفقاً قاعدها، ومن ثمّ فهو لا يخضع لدعوى البطلان التي ينظّمها القانون المصري.

وحيث إنّ هذا الطّلب غير سديد، ذلك بأنّ المقرّر أنّ المشرّع إشتراط في الفقرة الأولى للمادّة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التّحكيم في الموادّ المدنيّة والتّجارية لسريان أحكامه على كلّ تحكيم يجري في مصر أو في خارجها، ألاّ يؤدّي ذلك إلى الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدّولية المعمول بها في جمهوريّة مصر العربيّة، وإشتراط فضلاً عن ذلك بالنسبة للتّحكيم الذي يجري في الخارج، إتفاق الأطراف المسبق على إخضاعه لأحكام هذا القانون، إحتراماً لمبدأ أكدته تشريعات وطنيّة وإتفاقيات دوليّة هو أنّ لإرادة الأطراف سلطة تحديد القانون الواجب التّطبيق على معاملاتهم، وهو ما يُعرف بسلطان الإرادة، ويستوي في ذلك أن يكون التّحكيم الذي يجري في الخارج تجاريّاً دوليّاً أو غير ذلك، وإن سكت النصّ عن إيراد هذه الحالة الأخيرة، التي تستخلص من روحه ومعقوله وفحواه، لأنّ دلالة مفهومه من باب أولى توجب عدم التمسك بحرفيّة النصّ، أو التّوقف عند معناه اللّفظي، لإشترك الحالة المسكوت عنها مع الحالة المنصوص عليها في العلة، وهي إتفاق الأطراف المسبق على إخضاع منازعتهم التّحكيميّة للقانون المصري، والقول بغير ذلك يؤدّي إلى الإخلال بتوقّعات أطراف المنازعة التّحكيميّة - غير التّجارية الدّولية- بمفاجأتهم بتطبيق قانون غير الذي وقع عليه إختيارهم، وهو ما ينال من مبدأ سلطان الإرادة، ومن الأمان القانوني المتطلّب في معاملاتهم القانونيّة. لما كان ذلك، وكان الثّابت من الصّورة طبق الأصل الرّسمية لحكم التّحكيم رقم 17071/VRO/AGF الصادر بتاريخ 2013/7/18 من هيئة التّحكيم الدّولي بغرفة التّجارة الدّولية بباريس - المقدّمة بجلسة 2016/2/3 رفق حافظة مستندات المدّعى عليهما الأولى والثّانية- أنّه أورد بمدوّناته أنّ مشاركة التّحكيم قد تضمّنت إتفاق الخصوم على خضوعهم لأحكام قانون جمهوريّة مصر العربيّة، وكانت الدّعوى المطروحة على هذه المحكمة مقامة بطلب بطلان حكم التّحكيم آنف البيان، وهو ما يستتبع- إعمالاً لإرادة الخصوم في الخضوع الإختياري للقانون المصري-

إخضاع الدّعى الحاليّة لقانون التّحكيم المصري، المنظّم لدعوى بطلان حكم التّحكيم، والمحدّد للمحكمة المختصة بنظرها، ومن ثمّ فإنّ الإختصاص بنظر الدّعى الحاليّة ينعقد لمحكمة إستئناف القاهرة عملاً بالمادّة 1/54 من قانون التّحكيم. بما مؤداه أنّ الدّفع بعدم إختصاص المحاكم المصريّة بنظر الدّعى يكون قد طُرح بغير سند يشفع له من الواقع والقانون، ويتعيّن لذلك رفضه، والقضاء بإختصاصها بنظرها.

وحيث إنّ الطّلب الإحتياطي للمدّعى عليهما الأولى والثّانية، حاصله سقوط حقّ المدّعية في إقامة دعواها الحاليّة لتقديمها الى القضاء بعد مضي أكثر من 90 يوماً، من تاريخ إعلانها بحكم التّحكيم.

وحيث إنّ هذا الطّلب سديد، ذلك بأنّ المقرّر أنّ الدّعى تعتبر مرفوعة من وقت إيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة - ولو كانت غير مختصة -، وأنّه وفقاً للمادّة 1/54 من قانون التّحكيم فإنّ دعوى بطلان حكم التّحكيم يجب أن ترفع خلال التسعين يوماً التّالية لتاريخ إعلان هذا الحكم للمحكوم عليه، يضاف إليه ميعاد المسافة وفقاً للقواعد العامّة، وأنّه يترتّب على عدم مراعاة هذا الميعاد - المتعلّق بالنّظام العام - سقوط الحقّ في رفع دعوى البطلان، وتقضي المحكمة بالسقوط من تلقاء ذاتها. لما كان ذلك، وكان الثّابت بالأوراق أنّ حكم التّحكيم قد تمّ إعلانه للمدّعية بتاريخ 2014/1/12، التي رفعت الدّعى الحاليّة ببطلانه، بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2015/8/8، وكان الثّابت أيضاً أنّه لم يطرأ منذ تاريخ إعلانها بحكم التّحكيم، وحتى تاريخ رفع الدّعى أي سبب من شأنه إيقاف الميعاد الذي يتعيّن خلاله رفع دعوى البطلان. بما مؤداه أنّ المدّعية لم تلتزم برفع دعواها خلال الميعاد القانوني وهو تسعون يوماً. ولا ينال ممّا خلصت إليه المحكمة أنّ المدّعية تمسّكت في صحيفة دعواها ببطلان إجراءات إعلانها بحكم التّحكيم، بقالة أنّ هذا الإعلان تمّ في جمهوريّة مصر العربيّة، في حين أنّه كان من المتعيّن أن يتمّ إعلانها في موطنها المختار الكائن في دولة الكويت. فإنّ ذلك مردود عليه بأنّ المقرّر أنّ البطلان الناشئ عند عدم مراعاة إجراءات الإعلان، بما في ذلك إجراؤه على غير موطن المعلن إليه، ولو مع قيام دليله، هو بطلان نسبي غير متعلّق بالنّظام العام، وأنّ وسيلة التّمسك به ممّن شرّع هذا البطلان لمصلحته، يتمّ في صورة دفع شكلي، وأنّه يتعيّن على الخصم أن يبدي دفوعه الشّكليّة، في بداية منازعته لخصمه، أي قبل أن يتعرّض للموضوع سواء بإبداء دفاع فيه، أو حتى إبداء طلب يمهدّ أو يهيئ أو يدعم مواجهته المزمعة للموضوع، بل وقبل أن

يُبدى دفعاً غير شكلي، أي أن الحق في إبداء هذه الدفوع يسقط إذا ما صدر قبله من صاحبها قول أو فعل يدل على تصديده لموضوع الدعوى، أو تأهبه للرد على موضوعها بطلب يستهدف تمكينه من الرد على هذا الموضوع. وإذا كان ذلك، وكان الثابت من صحيفة إفتتاح الدعوى، أن المدعية وإن تمسكت فيها ببطلان إعلانها بحكم التحكيم، إلا أن ذلك جاء تالياً لدفاعها الأول: بعدم قبول وبطالان جميع إجراءات طلب تنفيذ حكم التحكيم لتقديمه ممن لا يعترف له القانون المصري بالشخصية القانونية، ثم لدفاعها الثاني: بعدم صفة طالب الإجراءات ومدعي الخصومة في أمر التنفيذ وبطالانها، ثم لدفاعها الثالث: إنعدام صفة مقدم الطلب الصادر له أمر التنفيذ ومباشرة الإجراءات لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في مصر. بما مؤداه أن ما أبدته المدعية من طلبات مشفوعة بدفاع يؤازرها، سواء مسّت موضوع دعواها أو مسألة فرعية فيها، وسواء قصدت من ذلك النزول عن دفعها بالبطلان، أو لم تقصد، أو لم تنتبه إلى كيفية التمسك به، فإنها بتعرضها لما تعرضت له من دفاع تكون قد أسقطت حقها في التمسك ببطلان إعلانها بحكم التحكيم عملاً بالمادة 1/108 من قانون المرافعات. كما لا ينال مما خلصت إليه المحكمة آنفاً - عدم رفع الدعوى الحالية خلال الميعاد القانوني - تضمين المدعية بحكم التحكيم - المقدمة بجلسة 2016/2/3 رفق حافظة مستندات المدعى عليهما الأولى والثاني -، إذ إن المقرر أن القاضي الموضوع أن يستتب من وقائع الدعوى، ومن مسلك الخصوم فيها القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته. وإذا كان ذلك، وكان الثابت من الصحيفة المفتوحة لدعوى المدعية، ومذكرتها المقدمة بجلسة 2016/10/1، أنها أفصحت فيهما عن أسانيدها القانونية التي تساندت إليها في دفعها ببطلان إعلانها بحكم التحكيم، وكانت المحكمة تستخلص من مناقشة المدعية لموضوع الصورة الضوئية لهذا الإعلان، ثم جدها لها عندما أشرفت دعواها على نهايتها، فضلاً عن عدم تمسكها بهذا الجحد، أو المطالبة بتقديم أصل الإعلان لمطابقته على صورته الضوئية، سواء في مذكرتها الأخيرتين المقدمتين بجلستي 2017/3/5، 2017/12/7 أو على مدار الجلسات التي نظرت فيها الدعوى حتى تاريخ حجزها للحكم، ما يدل أن منازعتها غير صريحة في إنعدام هذه المطابقة، وغير متممة بالجدية، وليس من شأنها إهدار القرينة القانونية المنصوص عليها في المادة 12 من قانون الإثبات بأن الصورة الفوتوغرافية للمحرر الرسمي تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، ومن ثم فإنه لا بأس على المحكمة إن هي اعتمدت في قضائها على الصورة الضوئية للإعلان.

وحيث إنّه، لما كان ما تقدّم، فإنّه يتعيّن القضاء بسقوط حقّ المدّعية في إقامة دعواها. وحيث إنّّه عن المصاريف شاملة مقابل أتعاب المحاماة، فإنّ المحكمة تلزم بها المدّعية، عملاً بالمادتين 1/184 من قانون المرافعات، و1/187 من قانون المحاماة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة في مادّة تجاريّة:

أولاً- برفض الدّفع بعدم إختصاص المحاكم المصريّة بنظر الدّعوى، والقضاء بإختصاصها بنظرها.

ثانياً- بسقوط حقّ الشّركة المدّعية في رفع الدّعوى، وألزمها بمصاريفها، ومائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

صدر هذا الحكم وتلي علناً يوم الخميس 24 من شعبان سنة 1439 هـ الموافق 10 من مايو سنة 2018م.

أمين السرّ	أعضو- نائب رئيس المحكمة	أعضو- نائب رئيس المحكمة	رئيس المحكمة
عزت إبراهيم	خالد السيد هاع	محمد محمدي قنصوه	خالد فتحي عبد الجواد

الهيئة التي سمعت المرافعة، ووقّعت على مسودّة الحكم مشكّلة من السّادة القضاة:

عادل أحمد الصفتي	رئيس المحكمة
خالد فتحي عبد الجواد	الرئيس بالمحكمة
خالد السيد الهاع	نائب الرئيس بالمحكمة

أمين السر	رئيس المحكمة
-----------	--------------

رقم 5- إرتضاء الأطراف على الإجراءات يندمج في إتفاق التحكيم - ملزم للطرفين وهيئة التحكيم - إتفاق تكميلي على الإعتداد بصور المستندات - إندماجه في إتفاق التحكيم - جحد أحد الأطراف المستندات - إغفالها من هيئة التحكيم دون طرح الأمر على المناقشة من الطرف الثاني - خروج هيئة التحكيم على الإتفاق واستبعاده والذي هو قانون الأطراف بما لا يخالف النظام العام - إبطال حكم التحكيم.

ما إرتضاء الأطراف من إجراءات سواء في شرط التحكيم أو أمام هيئة التحكيم إنما يندمج إندماجاً فعلياً في إتفاق التحكيم ذاته ويعدّ جزءاً لا يتجزأ منه بوصفه من القواعد التكميلية الإختيارية المقيدة الملزمة للأطراف وهيئة التحكيم.

هيئة التحكيم طرحت صراحة صور المستندات المقدمة من الشركة الطاعنة - بمجرد جدها من المحتكم - دون تمحيص واقعي قانوني أو مناقشة وجاهية لمضمون ما جاء فيها. خرجت بذلك على الإتفاق الإجرائي التكميلي بأن إستبعده أو أغفلته أو تجاهلته ومن ثمّ جرّده من كلّ قيمة.

بحسبان أنّ الإتفاق على التحكيم هو قانون الأطراف ونطاقه، فإنّ هيئة التحكيم تكون بهذه المثابة قد خالفت نصّ الفقرة "د" من المادة 53 من قانون التحكيم التي تجيز إبطال حكم التحكيم إذا إستبعد المحكم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(محكمة إستئناف القاهرة، الدائرة (7) تجاري، الدعوى رقم 30 لسنة 134 قضائية، تاريخ

(2018/1/8)

.....

المحكمة

5. وحيث إنه وبحسبان أن التّحكيم يُعدّ نظاماً متفرداً ومختلفاً عن القضاء فإنّه وعلى خلاف الحال في القضاء لا ينشأ إلا عن إتفاق متبادل، كما لا تنشأ سلطة المُحكّم إلا عن طريق هذا الإتفاق. ففي حين لا يُلزم القاضي (كقاعدة) إلا بإتباع الأوضاع والقيود المحددة في القوانين الإجرائيّة التي تحكم عمله القضائي، وتبعاً للوسيلة أو الشّكل أو العمل الإجرائي الذي يوجبه المشرّع القضائي. فإنّ الأطراف في الخصومة التّحكيميّة لا يَنقِدُوا عند نظر نزاعهم إلا بما إتفقوا أو توافقوا عليه، فهم ينصبون القواعد الموضوعيّة والإجرائيّة التي تكفل تحقيق مصلحتهم جميعاً أو تتلاءم معها، وفي حال إتفاقهم على إجراءات أو قواعد محدّدة يسير عليها المحكّم، فعليه وعليهم الإلتزام بها.
6. بناء على ما سبق، وكان ممّا تنعاه الشّركة المدّعية على الحكم المطعون فيه مخالفة هيئة التّحكيم لإتفاق الطّرفين بشأن حجّية الصّور الضّويّة وفي بيان ذلك تقول أنّها إتّفتت والإتحاد المحتكم أمام هيئة التّحكيم وبالجلسة الإجرائيّة الأولى على تقديم المستندات المحتجّ بها في النزاع التّحكيمي بلغتها الأصليّة والسّماح بقبول الصّور الضّويّة المقدّمة دون إخلال بحقّ أي من الطّرفين في مناقشة مضمون المستند (صورته) المقدم من خصمه والمنازعة فيه وذلك على أن تفصل هيئة التّحكيم في النزاع بشأن صحّة صورة أي مستند، ورغم ذلك فقد عوّلت هيئة التّحكيم في حكمها على جحد المحتكم كافّة صور المستندات التي قدّمها المحتكم ضدها في الدّعوى دون أن تناقش مضمون أيّ منها.
7. وحيث أنّ هذا النّعي في محلّه، فحسبما جاء بمدوّنات حكم هيئة التّحكيم فإنّه يبيّن أنّها ربّبت على جحد الإتحاد المحتكم لصور مستندات الشّركة المحتكم ضدها عدم الإعتداد بتلك الصّور، وذكر الحكم أنّ ما إستندت إليه الشّركة من وقائع لا يعدو أن يكون مجرد أقوال مرسلّة دون دليل يُساندها وصور ضويّة ليست لها أي حجّية بعد جردها، وترتيباً على ذلك خلص الحكم، تبريراً لنتيجته، إلى أنّ الشّركة لم تثبت زعمها بوقوع

خطأ تعاقدي من جانب الإتحاد المحتكم "أصلياً"، فزعمها هنا لا سند أو دليل. في حين أن الثابت للمحكمة أن طرفا التحكيم كانا قد إتفقا أمام هيئة التحكيم على قبول الصور الضوئية المقدمة من كل منهما دون إخلال بحق كل منهما في المنازعة بشأن مضمون صورة المستند المحتج به.

8. ذلك أن الأصل أن قواعد الإثبات ومسائله المختلفة، تلك المقررة أساساً في قانون الإثبات ليست من النظام العام، فيجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، بحيث لا يقيّد الخصوم بالقواعد التشريعية الإجرائية التي تتعلق بقبول وقوة الأدلة وتحقيقها أمام القضاء. وعلى هذا النحو يجوز لأطراف التحكيم أن يتفقوا على إجراءات الإثبات الواجبة الإتباع للتدليل على الوقائع القانونية التي يتمسكون بها في التحكيم، ومن ذلك الإتفاق على القواعد المتعلقة بقبول الدليل ووظيفته وقوته في الإثبات ومدى حجّية صور الأوراق العرفية المحتج بها من كل منهم، دون إلزام عليهم بإتباع القواعد المعمول بها عادة في محاكم الدولة.

9. هذا الإتفاق الإجرائي يعدّ إتفاقاً صحيحاً، فما إرتضاه الأطراف من إجراءات سواء في شرط التحكيم أو أمام هيئة التحكيم إنما يندمج إندماجاً فعلياً في إتفاق التحكيم ذاته ويعدّ جزءاً لا يتجزأ منه بوصفه من القواعد التكميلية الإختيارية المفيدة الملزمة لأطرافه وهيئة التحكيم، جميعاً. ولكن يشترط أن لا يُشكّل إعمال هيئة التحكيم لما إتفق عليه في هذا الشأن إخلالاً بمبدأ المساواة بين الخصوم ومبدأ المواجهة ومبدأ ضمان حقوق الدفاع، بإعتبارها من المبادئ الإجرائية الكلية ذات الأصول الثابتة التي لا يجوز الخروج عليها في كل خصومة صوتاً لمعنى ومفهوم العدالة ذاته.

10. وحيث إنه متى كان ذلك، وبغير الدخول في التفاصيل أو مراقبة صحة التعليل الذي إعتده حكم التحكيم محلّ الدعوى المطروحة، فإنّ الواضح أن هيئة التحكيم لم تتبّع إتفاق طرفي التحكيم التكميلي الخاصّ بحجّية المحتوى الموضوعي لصور المستندات المقدمة من كل منهما، ذلك إنها طرحت صراحة صور المستندات المقدمة من الشركة الطاعنة - بمجرد جردها من المحتكم - دون تمحيص واقعي قانوني أو مناقشة وجاهية لمضمون ما جاء بها، فتكون قد خرجت بذلك على الإتفاق الإجرائي التكميلي بأن إستبعدته أو أغفلته أو تجاهلته ومن ثمّ جرّده من كلّ قيمة. وبحسبان أن الإتفاق في

التحكيم هو قانون الأطراف ونطاقه، فإن هيئة التحكيم تكون بهذه المثابة قد خالفت نصّ الفقرة "د" من المادة 53 من قانون التحكيم التي تحيز إبطال حكم التحكيم إذا إستبعد المحكم تطبيق القانون الذي إتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

11. ومع التسليم بسلطة هيئة التحكيم في تقدير كل دليل أو مستند يُقدّم إليها، وبصرف النظر عن احتمالات حصول الشركة الطاعنة على نتيجة تحكيمية مختلفة، تكون هيئة التحكيم قد خرقت مبدأ المواجهة المعتبر جزءاً من النظام العام الذي لا يجوز التفريط فيه، وتكون أيضاً قد أخذت بواجباتها ولم تحترم المهمة الموكولة إليها مجاوزة بذلك حدود التفويض المخوّل لها من طرفي التحكيم بإهدارها قاعدة تحكيمية إتفاقية ذات أهمية ظاهرة ومعتبرة تمثّل قيماً عليها في خصوص تحري حقيقة الواقع الحاصل في النزاع المعروف عليها وتحقيق أدلته.

12. وحيث متى كان ما تقدّم، يضحى الحكم المطعون عليه معيباً بعبء يبطله، ومن ثمّ تقضي المحكمة بإبطاله دون أن يكون من الضروري البحث في الأسباب الأخرى لدعوى الطعن بالبطلان، وتلتزم المدعى عليه بالمصروفات القضائية.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة: بإبطال حكم التحكيم المطعون فيه والصادر بتاريخ 2017/2/18، وألزمت الإتحاد المدعى عليه بالمصروفات القضائية ومبلغ مئة جنية أتعاب محاماة. صدر هذا الحكم وتلي علناً بجلسة يوم الإثنين الموافق 2018/1/8.

أمين السر	الأعضاء	رئيس المحكمة
رمضان حسن	محمد صبحي	إسماعيل إبراهيم الزبيدي
	أشرف بكّار	

الاجتهاد القضائي المغربي

تفضل بتزويدنا هذه الأحكام الأستاذ زكريا الغزاوي¹ (المغرب)

رقم 1- عقد شحن بحري - إتفاقية هامبورغ - تضمن وثيقة الشحن شرط حل النزاع بطريق التحكيم وفق قانون الولايات المتحدة - إدلاء بعدم التحفظ القبلي على الشرط - غير ملزم لعدم إعتبار شرط التحكيم قائما - المحكمة ردت طلب إبطال حكم التحكيم شكلا - لم تتطرق إلى مضمون الإتفاقية - وجوب سلوك مسطرة التحكيم وليس المحكمة - إدلاء بأنه كان على المحكمة وهيئة التحكيم تطبيق أحكام إتفاقية هامبورغ لكون شرط التحكيم مخالف لها - مخالفة ذلك تهم هيئة التحكيم وليس المحكمة ومخالفتها ذلك لا أثر له على صحة الشرط التحكيمي.

إن المحكمة.... لم تتطرق إلى موضوع النزاع حتى يُعاب عليها عدم تطبيق مقتضيات إتفاقية هامبورغ، بل الدَعوى من جانبها الشكلي فقط، إذ إعتبرت- وعن صواب- أنه كان يجب على الطالبة سلوك مسطرة التحكيم وليس اللجوء إلى المحكمة.

إن ما أثير حول عدم تطبيق المحكمة للفقرة الرابعة من المادة 22 من إتفاقية هامبورغ والمادة 23 منها لكون الشرط التحكيمي مخالف لها لما نصّ على تطبيق قانون الولايات

1- أستاذ زائر بكليات الحقوق في المغرب.

المتحدة الأمريكية على مسطرة التحكيم وليس قواعد الإتفاقية المذكورة، فهو يهّم الهيئة التحكيمية وليس المحكمة، إذ إن الأولى هي الملزمة بتطبيق بنود الإتفاقية السالفة الذكر دون أن يكون لمخالفتها لأحكامها أي أثر على صحة شرط التحكيم.

(محكمة النقض، الغرفة التجارية، القسم الأول، رقم القرار 1/427، تاريخ 2016/11/3)

.....

.....

بناءً على مقال النقض المودع بتاريخ 2015/10/7 من طرف الطالبة المذكورة أعلاه بواسطة نائبها الأستاذ كثير الشلانفة، والرّامي إلى نقض القرار رقم 3121 ألسّادر بتاريخ 2015/5/28 في الملف رقم 2015/8232/1121 عن المحكمة الإستئنافية التجارية بالبيضاء.

وبناءً على مذكرة الجواب المودعة بتاريخ 2016/7/21 من طرف المطلوب ربّان الباخرة بواسطة محاميه الأستاذ صلاح الدين بن رحال والرّامية إلى رفض الطلب.

وبناءً على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1978.

وبناءً على الأمر بالتخلّي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2016/9/22.

وبناءً على الإعلام بتعيين القضيّة في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/10/6 أخّرت لجلسة 2016/11/3.

وبناءً على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهما.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرّر السيّد محمد القادري والإستماع إلى ملاحظات المحامي العام ألسيّد رشيد بناني.

وبعد المداولة طبقاً للقانون،

حيث يُستفاد من مستندات الملف والقرار المطعون فيه، أنّ الطالبة شركة كارجريل ماروك تقدّمت بتاريخ 2013/9/30 بمقال لتجارية البيضاء، عرضت فيه أنّها استوردت بضاعة متكوّنة من 6600 طن من "Gluten De Mais" و6600 طن من "DDGS" على متن الباخرة

"فيطوشا"، بمقتضى سندات شحن، من ميناء لوزيانا- دارو- بالولايات المتحدة الأمريكية، وأنه عند تفريغ البضاعة المذكورة بميناء الوصول وُجد بها عوار حسب معينة الخبير الوزاني عبد العالي في تقريره الأول المؤرخ في 2013/9/4 الذي حدّد سبب الأضرار في إحتراق وتلوّث عدوي للبضاعة المشحونة في قعر الباخرة رقم 4 مقدراً قيمتها في مبلغ 14,545,469.76 درهماً، كما إعتبر في تقريره الثاني المؤرخ في 2013/9/9 أنّ البضاعة فقدت من قيمتها الغذائيّة والشرائية، ممّا اضطرّت معه المدّعية إلى تحمّل مصاريف أخرى تتعلّق بإفراغ البضاعة ونقلها وتخزينها وإحراقها البالغة 11,000,000.00 درهم حسب تقدير الخبير، ولأجل ذلك التمسّت الحكم على المطلوب ربّان باخرة "فيطوشا" بأدائه لها مبلغ 30,000.00 درهم مع الفوائد القانونيّة، وحفظ حقّها في الإدلاء بطلباتها النهائيّة. وأجاب المدّعي بأنّ الإختصاص للبتّ في الطّلب الحالي يرجع الى هيئة تحكيمية بنيويورك حسب البند الثامن من وثيقة الشّحن وليس للقضاء المغربي، مؤكّداً أنّه بالفعل باشر مسطرة التّحكيم في مواجهة المدّعية ووجّه لها طلباً بتاريخ 2013/8/11 يخبرها فيه بذلك، ملتصقاً بالحكم بعدم الإختصاص. ثمّ أدلى دفاع المدّعية بمقال إدخال الغير في الدّعوى مؤرخ في 2014/1/28 إلتمس فيه إدخال المطلوب الثاني التجاري وفا بنك في الدّعوى والحكم عليه بالتّضامن مع المدّعي عليه بأداء المبالغ المطالب بها كتعويض في الملف الحالي، بإعتباره سلّم للمدّعية كفالة تضامنيّة في حدود مبلغ 11,000,000.00 درهم. وأدلى بمذكرة تعقيبيّة مشفوعة بمقال إضافي مؤدّى عنه الرّسوم القضائيّة، إلتمس فيه رفع المبلغ المطلوب الى 5,690,279.34 درهماً، وبعد إستكمال الإجراءات، أصدرت المحكمة حكمها القاضي بعدم قبول الطّلب، أيّد إستئنافاً بمقتضى القرار المطعون فيه من لدن المدّعية شركة كارجيل ماروك بوسيلة فريدة.

في شأن الوسيلة الفريدة:

حيث تنعى الطّاعنة على القرار خرق القانون وإنعدام التعليل وإنعدام الأساس القانوني، بدعوى أنّها تمسكت أمام المحكمة مُصدرته بأنّ مقتضيات إتفاقية هامبورغ هي الواجبة التّطبيق على النّازلة الحاليّة بإعتبارها من النّظام العام حسب المادتين الثّانية و23 من ذات الإتفاقية وليس مقتضيات الفصل 230 م ق ل ع، التي هي تُعتبر قواعد عامّة تسبقها في التّطبيق القواعد المتمّمة بالنّظام العام، غير أنّ المحكمة مُصدّرة القرار المطعون فيه خرقت هذا المبدأ القانوني لما طبّقت على النّازلة مقتضيات الفصل 230 ق ل ع بدل مقتضيات إتفاقية هامبورغ لسنة 1978.

كما أنّ المحكمة المذكورة علّلت قرارها بعدم أحقيّة الطالبة مبدئياً في التمسك بمقتضيات المادتين 22 و 23 من قواعد إتفاقية هامبورغ بعلّة "أنّه لم يسبق لها أن تحفظت على شروط البند التحكيمي المضمّن بسند الشّحن"، فهي بذلك إعتبرت ضمناً أنّ التّحفظ المذكور يُعدّ شرطاً للتمسك لاحقاً بمقتضيات إتفاقية هامبورغ، والحال إنّ المواد 2 و 22 و 23 من الإتفاقية المذكورة لا تُلزم المرسل إليه بضرورة التّحفظ القبلي على الشرط التحكيمي الوارد في سند الشّحن لقبول طعنه فيه لاحقاً بالبطلان، خاصّة وأنّ الفقرة الرّابعة من المادّة 22 أعلاه تنصّ على "أنّ التّحكيم ينبغي أن يطبق وجوباً بمقتضيات إتفاقية هامبورغ تحت طائلة بطلان الشرط التحكيمي المخالف". هذا وأنّ الشرط التحكيمي المدوّن في ظهر سند الشّحن موضوع النزاع ينصّ على تطبيق القانون الأميركي وليس قواعد الإتفاقية المذكورة، ممّا يجعله باطلاً، علماً أنّ المادّة الثّانية من الإتفاقية توجب تطبيق مقتضيات الإتفاقية مهما كانت جنسيّة الباخرة وجنسيّة أطراف عقد النّقل البحري، والمحكمة التي لم تراعى ما ذكر يتعيّن نقض قرارها.

لكن، حيث إنّ المحكمة أصدرت القرار المطعون فيه لما ثبت لها من سند الشّحن موضوع الدّعى أنّ طرفيه (الطالبة والمطلوب) إتفقا على إسناد الإختصاص لفضّ النزاعات التي قد تنشأ عن تنفيذ عقد النّقل المبرم بينهما، لهيئة تحكيمية بمدينة نيويورك بالولايات المتّحدة الأميركيّة، أيّدت الحكم المسنّأف الذي قضى بعدم قبول الطّلب، بعلّة "أنّه يجب على الطالبة إحترام الشرط التحكيمي الوارد بالسند المذكور، وذلك باللّجوء الى مسطرة التّحكيم قبل مباشرتها للمسطرة القضائيّة"، مستندة في ذلك إلى مقتضيات الفصل 230 من ق ل ع النّاصة على أنّ "الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنّسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلاّ برضاها معاً أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"، فهي بذلك لم تتطرّق إلى موضوع النزاع حتى يُعاب عليها عدم تطبيق مقتضيات إتفاقية هامبورغ، بل تناولت الدّعى من جانبها الشكلي فقط، إذ إعتبرت - وعن صواب - أنّه كان يجب على الطالبة سلوك مسطرة التّحكيم وليس اللّجوء إلى المحكمة، تنفيذاً للشرط التحكيمي المبرم بينها وبين المطلوب (ربّان الباخرة)، وبخصوص ما أثير حول عدم تطبيق المحكمة للفقرة الرّابعة من المادّة 22 من إتفاقية هامبورغ والمادّة 23 منها لكون الشرط التحكيمي مخالف لها لما نصّ على تطبيق قانون الولايات المتّحدة الأميركيّة على مسطرة التّحكيم وليس قواعد الإتفاقية المذكورة، فهو يهّم الهيئة التحكيمية وليس المحكمة، إذ أنّ الأولى هي الملزّمة بتطبيق بنود الإتفاقية السّالفة الذّكر دون أن يكون لمخالفتها لأحكامها أي أثر على صحّة الشرط التحكيمي. أمام ما ورد بتعليقها من "أنّ الطالبة لم يسبق لها

أن أبدت أي تحفظ حول الشروط الواردة بوثيقة الشّحن" فهو مجردّ تزيّد يستقيم القرار بدونه، وبذلك جاء غير خارق لأي مقتضى ومعللاً بما يكفي ومبنيّاً على أساس، والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب، وتحميل الطالبة المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد عبد الإله حنين رئيساً والمستشارين السادة محمد القادري مستشاراً مقررّاً وسعاد الفرحاوي وبوشعيب متعبد وخديجة العزوزي الإدريسي أعضاء، ومحضر المحامي العام السيد رشيد بناني، ومساعدة كاتبة الضبط السيدة مونية زيدون.

كاتبة الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

رقم 2- حكم تحكيمي - طعن بإعادة النظر - العقد أوكل في أحد فصوله فض النزاع وفق نظام التحكيم لدى المحكمة المغربية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية - التزام في العقد على تنفيذ الحكم التحكيمي دون أجل - افتراض التنازل عن أي طعن - التنازل يعتبر تنازلاً صحيحاً عن الطعن بإعادة النظر.

المادة 18 من نظام التحكيم للمحكمة المغربية للتحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية ICC التي أوكل لها الفصل 16 من العقد الرابطة بين الطرفين إجراء التحكيم لفض كل النزاع يثور بينهما تنص في البند الثاني منها على أن الطرفين بقبولهما عرض نزاعهما على هذه المحكمة يلتزمان بتنفيذ الحكم الذي سيصدر وبدون أجل ويفترض معه تنازلهما عن أي طعن من طرق الطعن التي يمكن لهما التنازل عنها بصفة صحيحة، فإن تنازل الطاعنة المذكورة يُعتبر تنازلاً صحيحاً عن الطعن بإعادة النظر في غياب أي تنصيص من طرف المشرع على إستبعاد أي شرط مخالف لممارسة هذا الطعن.

(محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء، قرار رقم 1088/2014)

.....

.....

وحيث أنه بالنظر إلى كون العقد المتضمن الإتفاق على التحكيم يعود إلى تاريخ 4 فبراير 2006، وبالتالي، تبقى مقتضيات الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية المنسوخة هي الواجبة للتطبيق عملاً بأحكام المادة الثانية من القانون رقم 05.08 التي تنص على أن المقتضيات

المنسوخة من الباب الثامن من ق م م تظلّ مطبقة على إتفاقيات التّحكيم المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيّز التّطبيق أي قبل 2007/12/6.

وحيث أنّه كان من المنصوص عليه في الفصل 319 القديم من ق.م.م. أنّه لا يقبل حكم المحكّمين الطّعن في أيّة حالة فقد أتاح لأطراف الحكم التّحكيمي الطّعن فيه بإعادة النّظر طبقاً للفصل 326 القديم من ق.م.م. دون أن يستبعد أي شرط مخالف لذلك كما فعل في القانون الجديد المشار إليه أعلاه لما إستعاض عن الطّعن بإعادة النّظر بالطّعن بالبطلان بمقتضى الفصل 326 من ق.م.م.

وحيث أنّه لما كانت المادّة 18 من نظام التّحكيم للمحكمة المغربية للتّحكيم التّابعة لغرفة التّجارة الدوليّة ICC التي أوكل لها الفصل 16 من العقد الرّابط بين الطّرفين إجراء التّحكيم لفضّ كل نزاع يثور بينهما تنصّ في البند الثّاني منها على أنّ الطّرفين بقبولهما عرض نزاعهما على هذه المحكمة يلتزمان بتنفيذ الحكم الذي سيصدر وبدون أجل ويُفترض معه تنازلهما عن أي طعن من طرق الطّعن التي يمكن لهما التنازل عنها بصفة صحيحة، فإنّ تنازل الطّاعنة المذكور يُعتبر تنازلاً صحيحاً عن الطّعن بإعادة النّظر في غياب أي تنصيص من طرف المشرّع على إستبعاد أي شرط مخالف لممارسة هذا الطّعن.

وحيث يتعيّن تبعاً لذلك ردّ دفع الطّاعنة بشأن قبول الطّعن بإعادة النّظر شكلاً لعدم قيامه على أساس وردّ باقي دفوعها بشأن أسباب الطّعن بإعادة النّظر موضوعاً لعدم وجود ما يبرّرها. وحيث إنّ طلب إرجاع الوديعة القضائيّة المحكوم بها إبتدائياً لا مبرر له طالما أنّه من المقرّر حسب الفصل 407 من ق.م.م. أنّه يحكم على الطّرف الذي يخسر طلب إعادة النّظر بغرامة.

وحيث يكون من المناسب والحالة هذه ردّ الإستئناف وتأييد الحكم المستأنف لموافقته الصّواب، فيما قضى به.

وحيث أنّ خاسر الدّعوى يتحمّل صائرهما.

لهذه الأسباب

تصرّح محكمة الإستئناف التّجارية بالدار البيضاء وهي تبتّ إنتهائياً علنياً وحضورياً.

في الشكل: بقبول الإستئناف.

في الجوهر: برده وتأييد الحكم المستأنف وتحميل الطاعة ألسائر.

وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

كاتبه الضبط
طه عليني

ألمستشارة
أمال المنيعي

ألمستشارة
مليكة الغازي

الرئيس
محمد ضيضير

رقم 3- شرط تحكيم - وجوب النص على تعيين المحكم أو المحكمين أو طريقة تعيينهم - عدم النص على ذلك - إتفاق التحكيم غير نافذ - عدم تصحيح هذا البطلان - لجوء الى المحكمة للتصريح ببطلان شرط التحكيم - لا خرق لقاعدة الإختصاص بالإختصاص.

من المقرر حسب الفصل 317 من ق.م.م أنه يجب، تحت طائلة البطلان، أن يُنصّ في شرط التّحكيم، إمّا على تعيين المحكم أو المحكمين، وإمّا على طريقة تعيينهم. وبالتالي فإنّ عدم التّنصيب على ذلك يجعل إتفاق التّحكيم غير نافذ وعرضة للتّصريح ببطلانه ما لم يتمّ تصحيح هذا البطلان طبقاً لمقتضيات الفصل 327-5 من ق.م.م عن طريق الإجراءات الواجب إتباعها إذا لم يتمّ تعيين الهيئة التّحكيمية مسبقاً وكيفية وتاريخ إختيار المحكمين أو لم يتفق الأطراف على ذلك.

في ظلّ غياب السّعي إلى الإجراءات المذكورة لتشكيل الهيئة التّحكيمية، يبقى شرط التّحكيم غير نافذ وعديم الأثر ويسوغ معه اللّجوء إلى المحكمة باعتبارها صاحبة الولاية العامّة للتّصريح ببطلانه كجزاء عن عدم إحترام الأطراف شروط صحّة إتفاق التّحكيم، وهو ما ليس فيه أيّ خرق لقاعدة الإختصاص بالإختصاص المعترف بها للهيئة التّحكيمية، عملاً بالفقرة الأولى من الفصل 327-9 من ق.م.م.

(محكمة الإستئناف التجارية بالدار البيضاء، قرار رقم 2014/1284، جلسة 2014/3/11)

.....

.....

حيث يُستفاد من وثائق الملف أنّ المستأنف عليها تقدّمت بواسطة محاميها إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء بمقال إفتتاحي مؤدّى عنه بتاريخ 2012/10/28 تعرض فيه النّازلة أنّها شركة تعنى بنقل البضائع وتوزيعها في جموع التراب الوطني، وأنّها بتاريخ 2009/02/1 وقّعت عقداً مع المستأنفة الهدف منه تعيين هذه الأخيرة من أجل إستغلال مجموعة من الشّاحنات لحمل البضائع، وإتفق الطّرفان في الفقرة 4 من الفصل 2 من العقد على أنّه في حال وقوع نزاع بينهما أن تتمّ محاولة تسويته بسلوك مسطرة التّحكيم، وفي حال فشل محاولة التّسوية هاته سيجدر اللّجوء إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء للنظر في النزاع، وأنّ هذا الشرط باطل نظراً لكون بند التّحكيم لم يحترم الشّروط الواجب تطبيقها من أجل شرعيّته، علماً أنّ العقد أبرم بتاريخ 2009/02/1 أي أنّه يقع تحت طائلة أحكام الفقرة الثّانية من الفصل 317 من ق.م.م. التي تنصّ على أنّه (يجب تحت طائلة البطلان أن ينصّ في شرط التّحكيم، إمّا على تعيين المحكّم أو المحكّمين، وإمّا على طريقة تعيينهم). وبالرجوع الى بند التّحكيم المضمّن في العقد يتبيّن أنّه لا يتوافر على أيّ تعيين للمحكّمين ولا على طريقة تعيينهم، وبالتالي أصبح شرط التّحكيم ملغى بمجرد عدم الإشارة إلى هذه النّقط، وأنّ المبادئ العامّة للقانون الواردة في ق.ل.ع.، تشير إلى أنّ عدم إحترام الشّروط القانونيّة يفسخ معه شرط التّحكيم، لذا تلتمس الحكم ببطلان شرط التّحكيم المبرم بين الطّرفين وبعدم مواجهة العارضة به وترك الصّائر على عاتق المستأنفة.

وحيث أصدرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء الحكم المستأنف أعلاه.

وحيث جاء في أسباب إستئناف الطّاعنة، لئن كان الفصل 317 من ق.م.م. رتب جزاء البطلان دون تحديد طبيعته ومداه، فإنّ الفصل 327-5 من ق.م.م. نصّ على الإجراءات الواجب إتباعها في حالة عدم تعيين الهيئة التّحكيمية مسبقاً، وكيفيّة وتاريخ إختيار المحكّمين في حالة عدم إتفاق الأطراف على ذلك، وهو ما يعتبر تراجعاً عن البطلان المنصوص عليه في الفصل 317 من ق.م.م.، وأنّ المستأنف عليها لم تثبت سلوكها الإجراءات المنصوص عليها في الفصل 327-5 من ق.م.م. إذ لو سلكتها لتمّ تعيين الهيئة التّحكيمية وفق تلك الإجراءات، وستكون هذه الأخيرة هي المختصّة بالقول مدى صحّة صراحة شرط التّحكيم من عدمه، عملاً بمبدأ الإختصاص بالإختصاص، وأنّه تأكيداً على هذا المبدأ جاء في الفقرة الأولى من الفصل 327-9 من ق.م.م. أنّه

(على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تبحث إما تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف أو في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة إتفاق التحكيم، وذلك بأمر غير قابل للطعن وفق شروط النظر في الموضوع نفسها، وفي الوقت نفسه، وأن الحكم المطعون فيه لم يراع ذلك، لذا يرجى إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي التصريح برفض الطلب.

وحيث أدلت نائبتا المستأنف عليها بمذكرة جوابية مؤرخة في 01/12/9 جاء فيها أن نصّ الفصل 327 من ق.م.م هو نصّ صريح وواضح ولا يحتاج إلى تأويل أو تفسير ولا إجتهد مع النصّ، وأنه مادام موضوع النزاع يتعلّق ببطلان شرط التحكيم وليس إتفاق التحكيم، فإنه لا مجال لإعمال الفصولين 327-5 و327-9 من ق.م.م لكونهما يتعلّقان بإتفاق التحكيم، وأنّ المشرّع لو أراد إعمال هذه المقتضيات حتى على شرط التحكيم لنصّ على ذلك في الفصل 317 من ق.م.م التي تتعلّق بشرط التحكيم لذا يرجى ردّ الإستئناف وتأييد الحكم المستأنف.

وحيث أدلى نائب المستأنفة بمذكرة تعقيبية مؤرخة في 14/1/27، جاء فيها أن المطعون ضدها تناست الفصل 307 من ق.م.م الذي ينصّ على أن (إيقاف التحكيم هو إلزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حلّ نزاع نشأ أو ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية. يكتسي إتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم) بحيث أنّ صراحة هذا الفصل لم تجعل أي تفرقة قائمة بين إتفاق التحكيم وشرط التحكيم اللذين ينتجان الآثار نفسها ويضعان للأحكام نفسها.

وبعد إدراج الملف بجلسة 28/1/14 حضرها دفاع المستأنف عليها، وحاز نسخة من مذكرة تعقيب نائب المستأنفة، والتمس مهلة للتعقيب، فاعتبرت القضية جاهزة وحجزت للمداولة لجلسة 14/2/11 ومددت لجلسة 14/3/11.

التعليق

حيث تتمسك الطاعنة بأوجه الإستئناف المبسوطه أعلاه.

وحيث أنه بمطالعة ملحق العقد المبرم بين الطرفين بتاريخ 2009/02/01 يتبين أنه يتضمّن شرطاً يلتزم بمقتضاه الطرفان في حالة وقوع نزاع ناجم عن هذا العقد اللجوء إلى التحكيم لحلّه، وإنه في حال تعذر ذلك يتمّ اللجوء إلى المحكمة التجارية التابع لها المقرّ الإجتماعي للشركة.

وحيث أنه من المقرر حسب الفصل 317 من ق.م.م أنه يجب، تحت طائلة البطلان، أن ينصّ في شرط التحكيم، إمّا على تعيين المحكم أو المحكمين، وإمّا على طريقة تعيينهم. وبالتالي فإنّ عدم التنصيص على ذلك يجعل إتفاق التحكيم غير نافذ وعرضة للتصريح ببطلانه ما لم يتمّ تصحيح هذا البطلان طبقاً لمقتضيات الفصل 327-5 من ق.م.م عن طريق الإجراءات الواجب إتباعها إذا لم يتمّ تعيين الهيئة التحكيمية مسبقاً وكيفية تاريخ إختيار المحكمين أو لم يتفق الأطراف على ذلك.

وحيث أنه، وفي ظلّ غياب السعي إلى الإجراءات المذكورة لتشكيل الهيئة التحكيمية، يبقى شرط التحكيم غير نافذ وعديم الأثر ويسوغ معه اللجوء إلى المحكمة باعتبارها صاحبة الولاية العامة للتصريح ببطلانه كجزاء عن عدم إحترام الأطراف شروط صحة إتفاق التحكيم، وهو ما ليس فيه أي خرق لقاعدة الإختصاص بالإختصاص المعترف بها للهيئة التحكيمية، عملاً بالفقرة الأولى من الفصل 327-9 من ق.م.م.

وحيث يتعيّن تبعاً لذلك ردّ الإستئناف لعدم إستناده إلى ما يبرّره وتأييد الحكم المستأنف لموافقته الصواب في ما قضى به. وحيث أنّ خاسر الدعوى يتحمّل صائرهما. تصرّح محكمة الإستئناف التجارية بالذار البيضاء، وهي تبتّ إنتهائياً، علنياً، حضورياً. في الشكّل: بقبول الإستئناف. في الجوهر: برده وتأييد الحكم المستأنف وتحميل الطاعنة الصائر. وبهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بنفس الهيئة التي شاركت في المناقشة.

الرئيس والمقرّر	المستشارة	المستشارة	كاتب الضبط
محمد ضيضير	ملیكة الغازي	أمال المنيعي	طه عليني

الاجتهاد القضائي اليمني

تفضل بتزويدنا هذا الحكم الأستاذ شاهر الصالحى¹ (اليمن)

– إجراءات تحكيمية – حكم بحسم الخلاف تسوية بين
الفريقين خلال الإجراءات – صلح وليس حكماً
تحكيمياً.

إنّ ما تمّ بين الطرفين هو إتفاق صلح وتسوية خلاف بناءً على التراضي، وهذا هو ما
ذهبت إليه الشّعبة التجاريّة في حكمها المطعون فيه موضحةً أنّ ما تمّ في النزاع هو عبارة عن
صلح وليس حكماً تحكيمياً كما يدّعيه الطّاعن.

ما ورد بالطّعن بإنعدام الصّفة وعدم التّحكيم مردود بما هو ثابت من خلال محرّر
الصلح.

(المحكمة العليا بأمانة العاصمة، الدائرة التجاريّة أ، الطّعن التجاري رقم 2012/49351)

.....

.....

لمّا كان الطّعن قد إستوفى شروط قبوله شكلاً وفقاً لقرار دائرة فحص الطّعون الصادر برقم
(707) وتاريخ يوم السّبت 1433/3/26هـ الموافق 2012/2/18 إقتضى الفصل فيه من حيث
الموضوع، وعليه وبعد الإطّلاع على الأوراق- مشتملات الملفّ- يتبيّن أنّ الطّعن بالنقض قد

1- أمين عام المركز اليمني للتوفيق والتحكيم - محكم ومستشار قانوني - مستشار وزير العدل.

تضمنت أسبابه بطلان الحكم المطعون فيه الصادر من الشعبة التجارية بإستئناف الحديدة لعدم توكيل الطاعن لإبنه عمار وبطلانه أيضاً لمخالفة إجراءات التقاضي ولعدم التحكيم... إلخ.

غير أنه بالرجوع إلى حكم التحكيم الصادر من المحكم نذير مجيد عبد الرحمن الأسود المؤرخ 2010/7/29م يتبين أن أسباب الطعن في غير محلها، إذ أن الثابت من ألفاظ التحكيم إتفاق طرفي النزاع سليم عبد الرزاق وإبنه عمار كطرف أول وعبدالله صالح التام عن حمدي صالح التام كطرف ثانٍ على تفويض المحكم المذكور تفويضاً مطلقاً وأنه بعد المناقشة تمت التسوية بحسم الخلاف بين الطرفين برضاتهما وقبولهما بإستلام الطرف الثاني للبضاعة بالحالة التي عليها من عيوب وأضرار ومن ثم التعويض من الطرف الأول بنسبة 45% خمسة وأربعين في المائة من قيمة البضاعة الإجمالية على نحو ما ورد بالحكم، مما يتبين أن ما تم بين الطرفين هو إتفاق صلح وتسوية خلاف بناءً على التراضي، وهذا هو ما ذهبت إليه الشعبة التجارية في حكمها المطعون فيه موضحةً أن ما تم في النزاع هو عبارة عن صلح وليس حكماً تحكيمياً كما يدعيه الطاعن، وأنه بعد المناقشة تم التوصل إلى الصلح بالقبول من الطرفين، وعليه قضت الشعبة التجارية بقبول الدفع ورفض دعوى البطلان وذلك موافق لما يظهر جلياً من خلال ما تضمنه الحكم المبني على إرادة طرفيه وهذا ما تقتضيه أحكام المادة (46) تحكيم التي تنص على أنه (إذا إتفق طرفا التحكيم على تسوية النزاع خلال سير إجراءات التحكيم فعلى لجنة التحكيم إنهاء الإجراءات وإثبات إتفاق التسوية في صورة وثيقة منهية للخصومة).

كما أن الصلح وفقاً لما ورد بأحكام المادة (677) مدني عقد يحسم المنازعات التي تناولها ويترتب عليه إنقضاء الحقوق والإدعاءات، وما ورد بالطعن بإنعدام الصفة وعدم التحكيم مردود بما هو ثابت من خلال محرر الصلح. أما قول الطاعن أن الحكم خالف الإجراءات المنصوص عليها بقانون المرافعات وقانون التحكيم فما هي الإجراءات المحتاجة مع حسم النزاع بإرادة الطرفين سوى إنهاء الإجراءات والعدول إلى إثبات ما إتفق عليه الطرفان في صورة وثيقة منهية للخصومة وذلك ما جرى به العمل. ولما سلف بيانه فإن ما ورد بأسباب الطعن مجرد إطالة أمد النزاع دون سند من الواقع والقانون جدير بالرقص.

وعليه وبالبناء على ما سبق وبعد النظر والمداولة وعملاً بأحكام المادتين (292، 300) من قانون المرافعات..

تصدر الدائرة التجارية (أ) الحكم الآتي:

- 1- في الموضوع رفض الطعن بالنقض لما عللنا سابقاً.
- 2- مصادرة مبلغ الكفالة على الطاعن.
- 3- يتحمل الطاعن المصاريف القضائية للمطعون ضده مبلغاً قدره خمسون ألف ريال.
- 4- تعاد الأوراق إلى الشعبة التجارية باستئناف محافظة الحديدة، وإعلان كل طرف بنسخة من الحكم.

ألقاضي / محمد علي البدري

رئيس الدائرة التجارية (أ)

نائب رئيس المحكمة العليا

القاضي/ عبدالله علي المهدي	القاضي/ علي عوض ناصر صلاح	القاضي/ محمد عبد الرحمن الحمادي	القاضي/ علي عبد الله باسويد
عضو الدائرة التجارية (أ) عضو المحكمة العليا	عضو الدائرة التجارية (أ) عضو المحكمة العليا	عضو الدائرة التجارية (أ) عضو المحكمة العليا	عضو الدائرة التجارية (أ) عضو المحكمة العليا

أمين سرّ الدائرة

عبد الملك صالح أحمد الشرامي

باب الاجتهاد الدولي

الأحكام التحكيمية الصادرة عن مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي

تفضل بتزويدنا هذا الحكم الدكتور إسماعيل سليم¹ (مصر)

– عقد توريد وجبات أغذية لشركة حكومية – شرط حل النزاع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات مركزي تحكيم – هيئة التحكيم أعملت قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي – إدلاء بعدم إصدار حكم التحكيم في مهلة اثني عشر شهرا – المادة 45 من قانون التحكيم يوجب التقيّد بالمهلة – طلب إنهاء الإجراءات – قواعد المركز أوكلت لهيئة التحكيم تقدير الموعد المناسب – هيئة التحكيم غير ملزمة بإصدار الحكم خلال عام – عدم وضوح نص العقد بإشارته إلى حد أدنى وحد أقصى لعدد الوجبات – طلب بدل الحد الأدنى لعدد الوجبات المتفق على تقديمها ولو لم تطلب – هيئة التحكيم تفسر نص بنود العقد بما هو أقرب لقصد المتعاقدين – طلب التحكيم بفائدة على المبالغ المطالب بها – تستحق من تاريخ تقديمها

1- مدير مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

من هيئة التحكيم لأنها غير معلومة بتاريخ المطالبة –
مقدارها خمسة في المائة لأن الطرفين تاجرئين – طلب بدل
خدمات نظافة مقدمة لمواقع تقول أنها لم تكن
ملحوظة عقدا – الأصل إثبات أصل مصدر هذا الدين –
رفض الطلب.

مع تعليق للأستاذ طارق بدوي² وللمحامي محمد الشربيني³ (مصر)

أماذة 25 من قانون التحكيم أعطت الحق لأطراف التحكيم في الإتفاق على إجراءات التحكيم للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها.
إن شرط التحكيم الوارد في البند التاسع (22) من العقد موضوع النزاع أخضع التحكيم المائل لقواعد مركزي القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز ...

إن هيئة التحكيم وبموجب الأمر الإجرائي المؤرخ في 15 أغسطس 2016 أعلت قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي دون قواعد مركز... الأمر الذي تكون معه قواعد مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي هي واجبة التطبيق على الدعوى التحكيمية المائلة.

2- طارق بدوي (tarek.badawy@shahidlaw.com)، شريك بمكتب عبد الشهيد للمحاماة والاستشارات القانونية بقسم التحكيم وفض المنازعات، أستاذ غير متفرغ بالجامعة الأمريكية بالقاهرة، ومحام مقيد بجدول نقابة المحامين المصرية ومحام مقاطعة أوناريو بكندا.

3- محمد الشربيني (mohamed.elsherbini@shahidlaw.com)، محام أساسي بمكتب عبد الشهيد للمحاماة والاستشارات القانونية بقسم التحكيم وفض المنازعات، مقيد بجدول نقابة المحامين المصرية.
يود الكاتبين تقديم الشكر للأستاذ جورج غالي، المحام بمكتب عبد الشهيد للمحاماة والاستشارات القانونية، لمساهماته في هذا التعليق عن طريق الأبحاث القانونية الخاصة بالتشريعات وأحكام القضاء.

قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، لم تلزم هيئة التحكيم بإصدار حكم منه للخصومة خلال مدة معينة، بل أوكلت لهيئة التحكيم تقدير الموعد المناسب لإصدار الحكم المنهي للخصومة.

لا يجوز التحدي في هذا الشأن بنص المادة 45 من قانون التحكيم باعتبار أنها لا تقرّر قاعدة آمرة.

إن طلب المحاكم ضدها بإنهاء إجراءات الدعوى التحكيمية يكون جديراً بالرفض، إذ إن هيئة التحكيم ووفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي غير ملزمة بإصدار حكم منه للخصومة خلال عام من بداية النزاع.

هيئة التحكيم استعملت سلطتها المقررة لها في اختيار القواعد الإجرائية في حال اختلاف الطرفين على القواعد الإجرائية واجبة التطبيق.

المقرّر قانوناً أنه في حالة عدم وضوح نص العقد (الحد الأدنى والحد الأقصى المنصوص عليهما) فإنه يحق للقاضي التدخل لتفسير العقد بما يراه أقرب لقصد المتعاقدين.

إن المتعارف عليه أن المورد في المناقصات يقوم بإعداد عرضه في ضوء الكمية المطلوب توريدها، وأن العرض يتم تحديده في ضوء الموازنة بين الكمية المطلوبة وهامش الربح المراد تحقيقه، الأمر الذي يكون معه من العسير إعداد عرض دون الوقوف على الحد الأدنى لعدد الوجبات المطلوبة، والقول بغير ذلك يؤدي إلى إنهيارات إقتصادية عقود التوريد.

العقد موضوع الدعوى التحكيمية نصّ على أن متوسط عدد العاملين بالشركة والشركات المعاونة من 120 إلى 150 موظف بالنسبة إلى موظفي الشركة، ومن 50 إلى 70 بالنسبة إلى الشركات المعاونة، وإن كانت ألفاظ النص غير جازمة بأن هذا هو الحد الأدنى المطلوب توريد الأغذية إليه، إلا أن تفسير البند المذكور في ضوء ما أوردنا من تفسير باقي بنود العقد، وفي ضوء طبيعة المناقصات يجعلنا نرجح أن الحد الأدنى والأقصى الواردين في العقد ليسا على سبيل الإسترشاد ولكن على سبيل الإنزام.

عن طلب المحكمة الفوائد القانونية، فالمقرّر قانوناً وفقاً للمادة 226 من القانون المدني أن محلّ الإنزام إذا كان مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين في

الوفاء به، فإنّ المدين مُلزم بدفع فائدة قدرها أربعة بالمائة في المسائل المدنية وخمسة بالماية في المسائل التجارية، على أن تسري هذه القواعد من تاريخ المطالبة القضائية.

إنّ مطالبة المحكمة والمتمثلة في قيمة فروق بين الوجبات الفعلية والحد الأدنى الوارد في العقد، هي مطالبة بمبلغ نقدي تمّ تحديده بموجب السلطة التقديرية لهيئة التحكيم ولم يكن له أسس واضحة، الأمر الذي ترى معه الهيئة إستحقاق المحكمة للفائدة القانونية على فروق أسعار الوجبات والمشروبات وفقاً للمادة 226 مدني من تاريخ حكم التحكيم.

بما أنّ الشركة المحتكم ضدها شركة مساهمة فإنّها تعدّ تاجراً وفقاً لصريح نصّ المادة العاشرة (من قانون التجارة)، ووفقاً للقانون الذي أنشئت بموجبه والذي لا يستثنيها من القوانين السارية في جمهورية مصر العربية، وبالتالي فدفاع المحتكم ضدها بعدم خضوعها لأحكام قانون التجارة لا يتفق وصحيح القانون.

إنّ العقد موضوع الدعوى التحكيمية تجارياً بالنسبة لكلّ من طرفي النزاع، والذي لأجله تكون مقدار الفائدة المستحقة خمسة بالمائة على قيمة الوجبات المقضي بها، يتمّ احتسابها بدءاً من تاريخ حكم التحكيم.

إنّ الأصل هو براءة الذمة وعلى من يدعي إنشغالها إثبات ذلك، وأنّ الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام، فمن يدعي أنّه يداين شخصاً فإنّه يكون مدعياً خلاف الثابت أصلاً من ثمّ يقع عليه إثبات مصدر هذا الدين.

إنّ مستندات المحكمة خلت من أية فواتير تثبت توريدها أدوات النظافة التي تطالب بها إلى المحتكم ضدها، فإنّه هدياً بما تقدّم فإنّ طلبها يكون جديراً بالرفض.

(مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أفضية التحكيمية رقم 1060 لسنة

2015، صادر بتاريخ 26 سبتمبر 2017، ثلاثة محكمين)

.....

.....

تاسعاً- المذكرات الختامية للمحكمة:

189. بتاريخ 18 أبريل 2017، تقدّمت المحكمة لدى المركز بمذكرتها الختامية في الدّعى التحكيمية مدعّمة بالمستندات المؤيِّدة لمستحقّات المحكمة طرف المحكّم ضدها، وذلك دون إبداء دفاع جديد إلّزاماً بتعليمات الهيئة.
190. أشارت المحكمة في مستهلّ مذكرتها إلى تحفظها بكافة مذكراتها بحقّها في تعديل طلباتها في ضوء ما يسفر عنه الحساب الختامي مع المحكّم ضدها بعد إنتهاء مدّة التّعاقّد بتاريخ 22 سبتمبر 2016.
191. وأعدّت الإدارة الماليّة بالشركة المحكمة بياناً حسابياً ختامياً مدعّماً بالفواتير الشهريّة يشمل جميع مستحقّاتها عن بنود المواد الغذائيّة المحدّدة صراحةً بالصفحة 29 من العقد.
192. كذلك تقدّمت المحكمة ببيان ختامي يشتمل على مستحقّاتها عن أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة المورّدة من المحكمة إلى المحكّم ضدها في أماكن خارج نطاق معسكر المحكّم ضدها.
193. أشارت المحكمة في مذكرتها بالقسم الأوّل إلى أنّ العقد محلّ التّداعي من عقود الإذعان ويجب أن يفسّر لصالح المحكمة، ولا يجوز أن يكون ضاراً بمصلحة الطّرف المدّعي (المحكمة) طبقاً لما تقضي به المادّة 151 من القانون المدني.
194. وأكدت على أنّ حسن نيّة المحكمة وحسن أدائها خلال فترة التّعاقّد بيّن بجلاء من واقعات الدّعى التحكيمية، وأنّ المحكمة لم تمتنع يوماً عن الاستمرار في تنفيذ العقد على الرّغم من نشوب خلاف بينها وبين المحكّم ضدها، وامتناع الأخيرة عن سداد بعض مستحقّات المحكمة مقابل خدمات التّغذية والنّظافة.
195. ولعلّ خير قرينة على ذلك طلب المحكّم ضدها مدّة العقد ثلاثة أشهر بعد إنتهاء مدّته الأصليّة، مع الأخذ في الإعتبار ما ورد على لسان وكيل المحكّم ضدها بجلسة المرافعة الموضوعيّة من سوء مستوى الخدمات المقدّمة من الشركة المحكمة، وهو ما يثور مع التّساؤل عن كميّة طلب المحكّم ضدها مدّة العقد ثلاثة أشهر إضافيّة على الرّغم من تدني مستوى الخدمات المقدّمة من المحكمة.

196. واستتكرت كفيّة أن تكون المحكّم ضدّها غير ملزمة بسحب أيّة كميّة من وجبات التّغذية وفي ذات الوقت يكون لها معاقبة المحكّمة على نقص بعض الأصناف وتوقيع غرامة قاسية عليها، وأنّ من سوء النّيّة أن تعاقب المحكّم ضدّها الشركة المحكّمة بتوقيع غرامات هائلة لنقص بعض أصناف التّغذية من بين مئات الأصناف.
197. وأيضاً، أشارت إلى أنّ طبيعة عقود توريد البضائع والخدمات وآليّة تنفيذها تفرض وضع طالب التّوريد في موقف أفضل من المورد، حيث أنّ طالب التّوريد هو من يحدّد كميّة التّوريد التي تلزمه ويلتزم المورد بتوفيرها وإلاّ كان محلّاً بالالتزامات التّعاقديّة ويتحمّل غرامات قاسية.
198. وإستنتجت المحكّمة أنّه وفقاً لما سبق وعلاوة على إلّزام المحكّم ضدّها بسحب كميّات التّوريد بموجب العقد محلّ الدّاعي - ومصدر الإلتزام هنا هو العمل القانوني القائم في صورة عقد ملزم للطرفين - فإنّ مصدر إلّزام المحكّم ضدّها بسحب كميّات تقع بين الحدّين الأدنى والأقصى مصدره المباشر النصّ القانوني للمادّة 115 من قانون التّجارة.
199. وأنّ ما قامت به المحكّم ضدّها من تفسير خاطئ للعقد محلّ الدّاعي ودفعها بعدم إلّزامها بسحب أيّة كميّات تعاقديّة من وجبات التّغذية لخلوّ العقد من تحديد كميّات التّوريد على وجه قاطع يكون جديراً بالإنّتفات عنه، ذلك أنّ مصدر إلّزام المحكّم ضدّها بسحب كميّات من وجبات التّغذية ما بين الحدّين الأدنى والأقصى مصدره القانون، المادّة 115 تجاري، وليس العقد فقط.
200. علاوة على ذلك، فإنّ طبيعة التّعاقّد محلّ الدّاعي تستلزم تحديد للكميّة اليوميّة التي تلتزم المحكّمة بتوريدها، خاصّة وأنّ العقد تضمّن العديد من الغرامات التي توقع على المحكّمة حال نقص كميّات التّوريد اليوميّة التي تلزم عمالة المحكّم ضدّها بمعسكرها والزوّار وعمال شركة المقاوله، وهو الأمر الذي إستلزم المحكّمة بالقيام بتوفير كميّات تكفي الحدّ الأقصى المذكور في العقد (220 فرد/اليوم) لنفاذي تلك الغرامات القاسية.
201. وتمسّكت المحكّمة بثبوت قيد الشركة المحكّم ضدّها بالسجّل التجاري يضيفي عليها صفة التّاجر وفقاً لنصوص قانون التّجارة رقم 17 لسنة 1999، وأنّه لا يقيد بالسجّل إلاّ التّجار، ومن ثمّ فإنّ مجادلة المحكّم ضدّها في هذا الشّأن لا محلّ لها وجديرة بالإنّتفات عنها.

202. وأوضحت المحكمة أن طلباتها جميعها مديونيات وليست تعويضاً، وهي مستحقة على المحكم ضدها، وتتفي صفة التعويض عن كافة تلك الطلبات.

203. وفيما يخص مستحقات المحكمة عن مقابل توريدات التغذية، فقد استندت المحكمة في مذكرتها الختامية بتمسكها بنود العقد والمعنوية "المواد الغذائية"، والواردة بالصحة (29) من العقد، والتي ورد بها على وجه التفصيل تحديد المواد الغذائية، التي يلتزم متعهد الأغذية (المحكمة/المورد) بتوريدها.

204. وبناءً على ما سبق، يكون من الثابت أن المحكم ضدها ملتزمة بموجب العقد (المصدر الأول للإلتزام) بسداد مقابل وجبات التغذية المقدمة من المحكمة طبقاً لأعداد العمالة الفعلية المتواجدة بالموقع.

205. كذلك إن المحكم ضدها ملتزمة بموجب القانون ونص المادة 115 تجاري (المصدر الثاني للإلتزام) بسحب كميات تقع ما بين الحد الأدنى والأقصى (170-220 فرد/اليوم) فتم محاسبتها - طبقاً للعقد- على أساس الأعداد الفعلية للوجبات المقدمة من المحكمة متى تجاوزت الحد الأدنى الوارد بالعقد (170 فرد/اليوم، وحال كان العدد الفعلي أقل من الحد الأدنى فإنها تلتزم بسداد الفارق للمحكمة.

206. وردت المحكمة بشأن تساؤل الهيئة عن تغاير المبلغ المستحق شهرياً عن مقابل الحد الأدنى، بأن ذلك يرجع إلى عدة أسباب، منها إختلاف عدد أيام بعض أشهر السنة الميلادية، وكذلك أن الوجبات المقدمة شهرياً للعاملين بمعسكر المحكم ضدها "فطار- غداء- عشاء" كانت تشتمل في بعض الأيام على "وجبة عشاء شرقي" تزيد قيمتها (45 جنيه/الوجبة) عن قيمة وجبة العشاء العادية (41 جنيه/الوجبة)، وكذلك لتضمن بعض الأشهر لوجبات رمضانية ووجبات السحور.

207. وبشأن ما جاء بمذكرة المحكمة الختامية عن مستحقات المحكمة مقابل توريدات وخدمات النظافة، فقد تمسكت المحكمة بما جاء بمذكراتها السابق تقديمها في الدعوى الماثلة وتمسكت به جلسة المرافعة الموضوعية، وأن المحكمة إلتزمت في العقد بتقديم خدماتها داخل نطاق معسكر (كامب) الشركة المحكم ضدها.

208. وأكدت على أنه يبين من كل ما سلف -على وجه صريح ودقيق وقاطع- حدود إلتزام الشركة المحكمة فيما يخص خدمات النظافة، وذلك بإقتصار تقديم تلك الخدمات "داخل

معسكر الشركة"، فقط دون غير من مواقع الحفر والإستكشاف الخاصة بالمحتكم ضدها في مناطق أخرى (سبعة حقول)، وكذا إلزام المحتكمة بنظافة "المكاتب والطرق الداخليّة للموقع" على أن يتمّ تحديد فئات التكلفة بالنسبة "لمكاتب الشركة وطرق الربط الداخليّة" كسعر ثابت/ على أساس شهري.

209. ومن ثمّ يكون زعم المحتكم ضدها بشمول العقد لجميع حقولها أو مواقعها لا سند له في العقد موضوع الدّعى الماثلة، بل يناقض هذا الدّفاع صراحة بنود التّعاقّد ويخالفه بالكلية، بما يحمل هذا الدّفاع إلى هاوية العدم ويكون جديراً بالإلتفات عنه.

210. وأنه وعلى الرّغم من إقتصار العقد على إلزام المحتكمة بتقديم خدمات ومواد النّظافة داخل معسكر المحتكم ضدها، وعدم إلزامها تعاقدياً - بالكلية - بتقديم أيّة خدمات أو مواد ومهمّات نظافة خارج حدود المعسكر (الكامب)، زعمت المحتكم ضدها تقصير المحتكمة في تنفيذ إلزاماتها بتخلّفها عن توفير العمالة التي كان يجب أن تقوم بتلك الخدمات لمواقع مستجدة خارجة المعسكر.

211. ومتى إنستقام كل ما تقدّم، فيكون حقّ المحتكمة في طلب إلزام المحتكم ضدها بسداد مقابل أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة التي تمّ توريدها من جانب المحتكمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحتكم ضدها.

212. وتقدّمت المحتكمة رفق هذه المذكرة الختامية ببيان ختامي أعدته إدارتها الماليّة مبيناً به المبلغ المستحقّ شهرياً عن مقابل أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة، مضافاً إليه هامش ربح (20%).

213. وإختتمت المحتكمة مذكرتها الختامية بعرض لطلباتها الختامية، والتي تمثّلت في: أولاً- إلزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي مبلغ 3.127.804.26 جنيه مصري (ثلاثة ملايين ومائة وسبعة وعشرين ألفاً وثمانمائة وأربعة جنيهاً وستّة وعشرين قرشاً) مقابل فروق مسحوبات وجبات التّغذية والمشروبات عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافةً إلى الفوائد القانونيّة المستحقّة، ثانياً- إلزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي 542.273.76 جنيه مصري (خمسمائة وإثنين وأربعين ألفاً ومائتين وثلاثة وسبعين جنيهاً وستّة وسبعين قرشاً، مقابل أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة التي تمّ توريدها من جانب المحتكمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحتكم ضدها عن الفترة

من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافة إلى الفوائد القانونية المستحقة.

عاشراً- المذكرات الختامية للمحتكم ضدها:

214. بتاريخ 8 مايو 2017، تقدّمت المحتكم ضدها لدى المركز بمذكرتها الختامية مدعّمة بالمستندات المؤيِّدة لها.

215. إستهلّت المحتكم ضدها مذكرتها الختامية بتمسكها بكافة الطلبات والدفع وأوجه الدّفاع السابق لها إيدأوها، وأعربت أنّها سوف تقتصر فقط في هذه المذكرة - ونفاذاً لقرار الهيئة- على تقديم مذكرة ختامية تتناول فيها بعض ما أثير أثناء جلسة المرافعة وتردّ على بعض ما جاء بالمذكرة الختامية للمحتكمة.

216. وبذلك، تكون المحتكم ضدها قد قسمت مذكرتها الختامية إلى قسمين: الأول يتعلّق بالرّد على بعض ما جاء بمذكرة المحتكمة الختامية، والثاني يتضمّن بعض البيانات والمعلومات التي طلبتها أهيئة جلسة المرافعة.

217. ردت المحتكم ضدها بخصوص إدعاء المحتكمة بأنّ العقد محلّ النزاع هو من عقود الإذعان وأنّه يجب أن يفسّر لصالح المحتكمة بأنّ هذا الإدعاء يستوجب التّعريف على طبيعة عقود الإذعان، وقامت بتفسير وشرح مبسّط لعقود الإذعان مع إعطاء أمثلة لذلك، وإستندت في ذلك إلى بعض آراء الفقهاء وأحكام محكمة النّقض الصّادرة في هذا الشّأن.

218. وأوضحت أنّه بإنزال ما سبق على العقد محلّ التّداعي فإنّه لا يبيّن أنّ العقد يتعلّق من قريب أو بعيد بسبعة تعتبر من الضّروريات بالنسبة للمحتكمة، وأنّ المحتكمة أيضاً ليست محتكرة للخدمات محلّ العقد، وإنّما طالبة لها ومستفيدة منها، وبناءً على ذلك، فإنّ العقد محلّ التّداعي لا يندرج ضمن عقود الإذعان كما زعمت المحتكمة.

219. وعقبّت على ما جاء بمذكرة المحتكمة بشأن حسن نيّتها وحسن أدائها خلال فترة التّعاقد، بأنّ المحكمة كانت قد تمكّنت من تحقيق أرباح من العقد محلّ التّداعي على نحو حال بينها وبين مجرد التّفكير في الإمتناع عن تنفيذ إلّزاماتها أو فسخ العقد (إذا تمّ افتراض ذلك)، وأنّ هذا المسلك يدحض زعم المحتكمة أنّها تعرّضت لخسائر فادحة، وأنّه وفقاً للمجرى

العادي للأمر فإنّ من يتعرّض لخسائر فادحة، أو حتى خسائر عادية، لا يتمسك بتنفيذ العقد الذي يُعدّ تنفيذه مصدراً لتلك الخسائر.

220. وبخصوص ما جاء بمذكرة المحكمة الختامية من تعسف المحكم ضدها وحيدتها عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، فقد أبدت المحكم ضدها دهشتها إزاء نعت المحكمة لها بذلك، لأنّ المحكم ضدها ترى أنّ إيراد الحدين الأدنى والأقصى في العقد كان على سبيل الإسترشاد، وذلك رغم أنّ المحكمة قد أقرتّ بتلك الحقيقة في البند (39) من مذكرة تعقيها المودعة في 16 نوفمبر 2016.

221. وقد لاحظت المحكم ضدها أنّ المحكمة قد خلطت بين أمرين مختلفين: أولهما هو مسألة وجود حدّين أدنى وأقصى للوجبات المطلوب توريدها، وثانيهما هو مستوى مخزون المواد الغذائية الواجب على المحكمة توفيرها في الموقع.

222. ولذلك فإنّ تعمد المحكمة الخلط بين كميّة الوجبات الواجب عليها تقديمها في مواقع المحكم ضدها، ومستوى مخزون الموادّ الغذائية الواجب توافره، تكون قد باءت بالفشل.

223. وبشأن الطّبيعة الخاصّة لعقود التّوريد وآليّة تنفيذها، فترى المحكم ضدها أنّ المحكمة ما زالت تتأثر جاهدة وتسعى لإثبات إنطباق المادّة 115 من قانون التجارة على العقد محلّ النزاع، وقد فاتت المحكمة أنّ تطبيق تلك المادّة يتطلّب توافر شرط جوهري وهو وجود إتفاق بين الموردّ وطالب التّوريد على حدّين أدنى وأقصى للكميّة التي يلتزم المورد بتوريدها أو وجود إتفاق بينهما على الحدّ الأدنى وحده، وهو ما لا يتوافر في العقد محلّ التّداعي أو في أيّ إتفاق آخر، غير أنّ المحكمة قد سبق لها أن أقرتّ في البند 39 من تعقيها المودع لدى المركز بأنّ إيراد البندين بالعقد كان على سبيل الإسترشاد.

224. وعمّا جاء بشأن ثبوت صفة التّاجر للمحكم ضدها وتقيدها بنصوص قانون التجارة، فلقد استقرتّ المحكم ضدها على أنّ تحيل الهيئة إلى شرح المحكم ضدها المستفيض لهذه المسألة في بيان الدّفاع المقدّم مسبقاً، البند (29) وإلى المستندات المؤيّد لموقفها.

225. وبشأن مستحقّات المحكمة عن مقابل توريدات التّغذية، ومع تمسك المحكم ضدها بأوجه دفاعها المسبقة، فإنّ المحكم ضدها أوردت تقنياً لهذه المطالبة وذلك بشرح الإجراءات التي كانت متّبعة في إعداد الوجبات وسداد قيمتها ثمّ تكشف اللّثام عن الوجبات التي أسقطتها

المحكّمة من حساباتها، من حيث إجراءات إعداد المحكّمة للوجبات وسداد المحكّم ضدها مقابلها، والوجبات التي أخفتها المحكّمة عمداً.

226. وأوضحت المحكّم ضدها أيضاً أنه لا يخفى على الهيئة أنّ إخفاء المحكّمة لعدد 7081 وجبة جافة قيمتهم 247.835.5 جنيه مصري، وإخفاء عدد 535 وجبة كبار زوّار من حساباتها وقيمتها 111.235 جنيه مصري، كان جزءاً من محاولتها إثبات صحّة هذه المطالبة وذلك بإثبات أنّ عدد الوجبات التي تلقتها المحكّم ضدها قد قلت عن الحد الأدنى -الوهمي- للوجبات الواجب إعدادها.

227. وتطرقت المحكّم ضدها إلى القسم الثالث من مذكرتها والمتعلّقة بمستحقّات المحكّمة عن مقابل توريدات وخدمات النظافة، فقد تمسّكت هنا أيضاً بما تقدّمت به المحكّم ضدها من دفع ببيان الدفاع المودع لدى المركز إضافة إلى ردّها على التّعقيب، والتي تعتبرها المحكّم ضدها أجزاءً لا تتجزأ من ردّها على هذه المطالبة.

228. كما أنّ المحكّمة لم تثبت أحقيّتها في هذه المطالبة، واستدلّت في ذلك إلى أنّ البند 3/13 من الشّروط العامّة للعقد قد أوجبت المحكّمة على أن تدرج مطالبتها تفصيلاً في الفاتورة التي تقدّمها للمحكّم ضدها وأن تكون الفاتورة مدعّمة بالمستندات الدّالة على ذلك، إلّا أنّ المحكّمة قد خالفت هذا البند وذلك بتقاعسها عن تقديم تفصيلات مطالباتها لمقابل أدوات ومواد النظافة، ولم تحدّد تلك الأدوات والمواد ولا تبيّن قيمتها.

229. فضلاً عن ذلك فقد تقاعست المحكّمة عن أن تقدّم للهيئة أيّة مستندات دالة على تسليمها تلك المواد والأدوات إلى المحكّم ضدها وتواريخ تسليمها.

230. وأشارت المحكّم ضدها إلى قيام المحكّمة بإخفاء أنّها تلقت من المحكّم ضدها مبلغاً قدره 486.366 جنيه مصري نظير تنفيذها خدمة من خدمات النظافة رغم أنّ أسعار خدمات النظافة الواردة في العقد محلّ الدّاعي تشمل أجر المحكّمة عن نظافة الأسرة والملابس وكيّها بمبلغ ستّة جنيهات عن السّريّر/الأفرد الواحد.

231. وتنفيذاً لقرارات هيئة التحكيم الصّادرة في 28 مارس 2017، تقدّمت المحكّم ضدها رفق هذه المذكرة بمجموعة مستندات متعلّقة بعدد الوجبات الفعلية المدفوعة عن الوجبات، وموقع تقديم خدمات النظافة، ووصفاً للحقول (المواقع)، ونوعيّة خدمات النظافة وأسعارها، المواقع والأماكن الواجب أن تشملها خدمات النظافة.

232. وبناءً على هذه المستندات المرفقة ترى المحكم ضدّها أنّ إلّتزام المحكّمة التّعاقدي هو تقديم خدمات النظافة السّابق وصفها في كلّ مواقع وحقول الشّركة ولا يحقّ لها أنّ تقصرها على مكان معيّن فقط.

233. واستدلّت المحكّمة ضدّها بشأن تحديد رصيد المخزون بنصّ المادّة رقم 42 من القسم الرّابع من العقد، والخاصّ بكيفيّة تحديد مستوى المخزون من الموادّ الغذائيّة، والذي ينتج عنه وجود ثلاثة معايير لقياس مستوى المخزون.

234. وأنّته المحكّمة ضدّها مذكرتها الختاميّة بسرّد لطلّباتها، التي تمثّلت بتمسّكها بكافّة أوجه الدّفاع والطلّبات السّابق إداؤها في بيان الدّفاع والرّد على التّعقيب وأنّشاء الجلسة الإجماليّة وجلسة المرافعة.

طلّبات الطّرفين:

أولاً- طلّبات المحكّمة:

235. طلّبت المحكّمة بموجب الثّابت بإخطار اللّجوء إلى التّحكيم الحكم بالآتي:

1. إلّزام المحكّمة ضدّها بسداد إجماليّ مبلغ 987416 جنيهاً مصرياً (تسعمائة وسبعة وثمانين ألفاً وأربعمائة وستة عشر جنيهاً مصرياً)، مقابل مستحقّات المحكّمة عن الفارق بين المحاسبة لعدد الوجبات الفعليّة المورّدة والحدّ الأدنى خلال العام الأوّل من التّعاقّد.

2. إلّزام المحكّمة ضدّها بتنفيذ إلّتزامها التّعاقدي بسداد مقابل توريدات وجبات التّغذية إلى المحكّمة عن أشهر العام الثّاني من التّعاقّد طبقاً للتّوريد الفعليّ أو الحدّ الأدنى التّعاقدي أيّهما أكثر.

3. إلّزام المحكّمة ضدّها بسداد إجماليّ 120452 جنيهاً مصرياً (مائة وعشرين ألفاً وأربعمائة وإثنين وخمسين جنيهاً مصرياً) وذلك مقابل موادّ النظافة المُباعَة للمحكّمة ضدّها لإستخدامها في المواقع المستجّدة على المواقع التّعاقديّة، وإلّزامها مستقبلاً بسداد مقابل مستنقل لتوريدات موادّ النظافة للمواقع المستجّدة.

4. إلّزام المحكّمة ضدّها بسداد الفائدة طبقاً لسعر البنك المركزي عمّا يُحكّم به لصالح الشّركة المحكّمة وذلك من تاريخ المصروفات التي تكبّدتها المحكّمة وحتى تمام السّداد.

236. ووفق الثّابت ببيان الدّعى، تمسّكت المحكمة بالقضاء لها بالآتي:

1. إلزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي مبلغ قدره 2.184.205 جنيه مصري (فقط مليونان ومائة وأربعة وثمانون ألفاً ومائتين وخمسة جنيهاً مصري) مقابل فروق مسحوبات وجبات التّغذية عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 حتى 31 يوليو 2016، وما يضاف إليه من مبالغ قد تستحقّ عن الفترة من 31 يوليو 2016 وحتى تاريخ صدور حكم التّحكيم بخلاف الفوائد القانونيّة المستحقّة.

2. إلزام المحتكم ضدها بسداد مبلغ 200.000 جنيه مصري (مائتي ألف جنيه مصري) مقابل أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة التي تمّ توريدها من جانب المحكمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحتكم ضدها برأس غارب عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 حتى 31 يوليو 2016 وما يضاف إليها من مبالغ قد تستحقّ عن الفترة من 31 يوليو 2016 وحتى تاريخ صدور حكم التّحكيم بخلاف الفوائد القانونيّة المستحقّة.

237. ووفق الثّابت بمذكرة التّعقيب على بيان الدّفاع، تمسّكت المحكمة بالقضاء لها بالآتي:

1. إلزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي مبلغ قدره 216502 جنيه مصري (فقط مليونان وستة عشر ألفاً وخمسمائة وإثنان جنيهاً مصرياً) مقابل فروق مسحوبات وجبات التّغذية عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 حتى 31 يوليو 2016، وما يُضاف إليه من مبالغ قد تستحقّ عن الفترة من 31 يوليو 2016 وحتى تاريخ صدور حكم التّحكيم بخلاف الفوائد القانونيّة المستحقّة.

2. إلزام المحتكم ضدها بسداد مبلغ 503.539 جنيه مصري (خمسمائة وثلاثة آلاف وخمسمائة وتسعة وثلاثين جنيه مصري) مقابل أدوات ومواد النّظافة الإضافيّة التي تمّ توريدها من جانب المحكمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحتكم ضدها عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 حتى 31 أكتوبر 2016 وما يضاف إليها من مبالغ قد تستحقّ عن الفترة من 31 أكتوبر 2016 وحتى تاريخ صدور حكم التّحكيم بخلاف الفوائد القانونيّة المستحقّة.

238. ووفق الثّابت بالمذكرات الختاميّة، تمسّكت المحكمة بالقضاء لها بالآتي:

1. إلزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي مبلغ قدره 3.127.804.2 جنيه مصري (ثلاثة ملايين ومائة وسبعة وعشرين ألفاً وثمانمائة وأربعة جنيهاً وستة وعشرين قرشاً)

مقابل فروق مسحوبات وجبات التغذية والمشروبات عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافة إلى الفوائد القانونية المستحقة.

2. إلزام الشركة المحكّم ضدها بسداد إجمالي مبلغ 542.273.76 جنيه مصري (خمسمائة وإثنين وأربعين ألفاً ومائتين وثلاثة وسبعين جنيهاً وستة وسبعين قرشاً) مقابل أدوات ومواد النظافة الإضافية التي تمّ توريدها من جانب المحكمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحكّم ضدها عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافة إلى الفوائد القانونية المستحقة.

ثانياً- طلبات المحكّم ضدها:

239. طلبت المحكّم ضدها بموجب الثابت ببيان الدفاع الحكم بالآتي:

1. بتعديل البند (1) من قرارات الهيئة الواردة في الأمر الإجرائي المؤرخ 15 أغسطس 2016، وذلك بإعمال شرط التحكيم الذي يوجب تطبيق قواعد التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد مركز ... معاً على هذه الدعوى.
2. رفض هذه الدعوى التحكيمية وإلزام المحكمة بمصروفات التحكيم كافة وأن تسدّد إلى المحكّم ضدها كل ما تكبّدته من نفقات ومصروفات في هذه الدعوى التحكيمية.
3. بموجب الثابت بمذكرة المحكّم ضدها التعقيبية، تمسكت المحكّم ضدها بطلباتها الواردة في بيان الدفاع والحكم بإلزام الشركة المحكمة بالآتي:
أصلياً: إنهاء إجراءات التحكيم للأسباب الواردة في الجزء الأول من الرد.
إحتياطياً: وقف الدعوى تعليقاً لحين الفصل في الطلب الرقم ... - وأمر محكمة إستئناف القاهرة.

وعلى سبيل الإحتياط:

أولاً- بتعديل البند (1) من قرارات الهيئة الواردة في الأمر الإجرائي المؤرخ 15 أغسطس 2016، وذلك بإعمال شرط التحكيم الذي يوجب تطبيق قواعد التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد مركز ... معاً على هذه الدعوى.

ثانياً- رفض هذه الدّعى التّحكيمية وإلزام المحكمة بمصروفات التّحكيم كافّة وأنّ تسدّد إلى المحتكم ضدها كلّ ما تكبّدته من نفقات ومصروفات في هذه الدّعى التّحكيمية.

4. ووفق الثّابت بالمذكّرات الختامية، تمسّكت المحتكم ضدها بالقضاء لها بالآتي:
أصلياً: إنهاء إجراءات التّحكيم للأسباب الواردة في الجزء الأوّل من الرّد على التّعقيب المودع في المركز يوم 18 ديسمبر 2016.
إحتياطياً: وقف الدّعى تعليقاً لحين الفصل في الطّلب الرقم... - أوامر محكمة استئناف القاهرة.

وعلى سبيل الإحتياط:

أولاً- بتعديل البند (1) من قرارات الهيئة الواردة في الأمر الإجرائي المؤرّخ 15 أغسطس 2016، وذلك بإعمال شرط التّحكيم الذي يوجب تطبيق قواعد التّحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد مركز... معاً على هذه الدّعى.
ثانياً- رفض هذه الدّعى التّحكيمية وإلزام المحكمة بمصروفات التّحكيم كافّة وأنّ تسدّد إلى المحتكم ضدها كلّ ما تكبّدته من نفقات ومصروفات في هذه الدّعى التّحكيمية.

هيئة التّحكيم

240. بعد الإطلاع على بيان الدّعى والمذكّرات والمستندات المقدّمة من طرفي التّحكيم، وما تمّ سماعه في جلسات المرافعة وما سجّل في محاضر الجلسات وسائر الأوراق والمداولة قرّرت هيئة التّحكيم إصدار الحكم التّالي:

241. من المقرّر قانوناً وطبقاً للمادّة 3/22 من قانون التّحكيم فإنّ لهيئة التّحكيم الفصل في الدّفوع المتعلّقة بعدم إختصاصها قبل الفصل في الموضوع، أو ضمّها إلى الموضوع لفصل فيهما معاً، والمستقرّ عليه أن حكم المادّة 3/22 لا يقتصر على الدّفوع المتعلّقة بعدم الإختصاص فقط، ولكنّه يشمل غيره من الدّفوع الإجرائيّة والذي لأجله تتصدّى هيئة التّحكيم للفصل في الدّفوع الشكليّة التي أوردتها المحتكم ضدها في مذكرتها الختامية.

242. وحيث أنّ المحكّم ضدها طلبت في الرّد على التّعقيب المقدّم منها بجلّسة 18 ديسمبر 2016 إنهاء إجراءات التّحكيم، وذلك إستناداً إلى المادّة 45 من قانون التّحكيم رقم 27 لسنة 1994 والتي تلزم هيئة التّحكيم بإصدار حكمها خلال إثني عشر شهراً وذلك في حالة عدم إتّفاق الطّرفين.

243. وإذ أنّ المحكّم ضدها لجأت إلى محكمة إستئناف القاهرة بتقديمها الطّلب لإستصدار أمر بإنهاء إجراءات التّحكيم، والذي فُضي فيه بالرّفص بتاريخ 4 يناير 2017، وتطلّمت المحكّم ضدها من رفض الأمر بموجب الدّعوى وأمر تحكيم أمام الدّائرة (7) تجاري بمحكمة إستئناف القاهرة، والتي قضت برفض التّظلم.

244. ولما كانت المادّة 25 من قانون التّحكيم أعطت الحقّ لأطراف التّحكيم في الإتّفاق على إخضاع إجراءات التّحكيم للقواعد النّافذة في أيّ منظمّة أو مركز تحكيم في جمهوريّة مصر العربيّة أو خارجها. وحيث أنّ شرط التّحكيم الوارد في البند التّاسع (22) من العقد موضوع النزاع أخضع التّحكيم المائل لقواعد مركزي القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز... وإذ أنّ هيئة التّحكيم وبموجب الأمر الإجرائي المؤرّخ 15 أغسطس 2016 أعلّمت قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي دون قواعد مركز...، الأمر الذي تكون معه قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي هي واجبة التّطبيق على الدّعوى التحكيمية الماثلة.

245. ولما كانت قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، لم تلزم هيئة التّحكيم بإصدار حكم منه للخصومة خلال مدّة معيّنة، بل أوكلت لهيئة التّحكيم تقدير الموعد المناسب لإصدار الحكم المنهي للخصومة، وبذلك لا يجوز التّحدي في هذا الشّأن بنصّ المادّة 45 من قانون التّحكيم بإعتبار أنّها لا تقرّر قاعدة أمرّة، وقد قضت محكمة النقض بأنّ "مؤدّي نصّ المادّة 45 من قانون التّحكيم أنّ المشرّع المصري قد ارتأى ترك أمر تحديد الميعاد اللازم لإصدار حكم التّحكيم المنهي للخصومة كلّها لإرادة الأطراف ابتداءً وانتهاءً، وبذلك يكون قد نفى عن الميعاد اللازم لإصدار هذا الحكم وصف القاعدة الإجرائيّة الأمرّة فتضحى تبعاً لذلك القواعد الوارد ذكرها في المواد 19 و20 و22 و23 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي هي واجبة الأعمال على إجراءات الدّعويين التّحكيميتين".

246. هذا فضلاً عن أنّ محكمة إستئناف القاهرة رفضت طلب المحتكم ضدها بإنهاء إجراءات الدّعى التحكيمية في الإستئناف بموجب حكم نهائي حائز قوّة الأمر المقضي. وإذ أنّه من المستقرّ عليه في قضاء النّقض أنّه "متى أصبح الحكم إنتهائياً فقد حاز قوّة الأمر المقضي بحيث يُمنع الخصوم في الدّعى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فُصل فيها بأيّة دعوى تالية يُثار فيها النزاع ولو بأدلة قانونيّة أو واقعيّة لم يسبق إثارتها في الدّعى الأولى أو أثّرت ولم يبحثها الحكم الصّادر فيها.

247. وهدياً بما تقدّم فإنّ طلب المحتكم ضدها بإنهاء إجراءات الدّعى التحكيمية يكون جديراً بالرفض، إذ أنّ هيئة التحكيم ووفقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي غير ملزمة بإصدار حكم منه للخصومة خلال عام من بداية النزاع.

248. أمّا عن طلب المحتكم ضدها وقف الدّعى التحكيمية لحين الفصل في الأمر، فطلبها ليس له محلّ لرفض الأمر المذكور، ورفض التّظلم منه على النّحو الذي تقدّم معنا.

249. وأمّا عن طلب المحتكم ضدها بتعديل البند (1) من قرارات هيئة التحكيم الواردة في الأمر الإجرائي المؤرّخ 15 أغسطس 2016 وذلك بإعمال قواعد مركزي القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز... فلا ترى هيئة التحكيم وجه لتعديل القرار المذكور، وإعادة طرحه مرّة أخرى، فهبيئة التحكيم إستعملت سلطتها المقرّرة لها قانوناً في إختيار القواعد الإجرائيّة في حال إختلاف الطّرفين على القواعد الإجرائيّة واجبة التّطبيق والحال كذلك.

250. أمّا بشأن الطّلبات الموضوعيّة الواردة في المذكرة الختاميّة للمحتكمة، فبالنسبة لطلبها بالزام المحتكم ضدها بسداد إجمالي مبلغ قدره 3.127.804.2 جنيه مصري (ثلاثة ملايين ومائة وسبعة وعشرين ألفاً وثمانمائة وأربعة جنيهاً وستة وعشرين قرشاً) مقابل فروق مسحوبات وجبات التّغذية والمشروبات عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافة إلى الفوائد القانونيّة المستحقّة، فقد أقامت المحكمة طلبها على سند من القول أنّها تعاقدت مع الشّركة المحتكم ضدها على توريد وجبات التّغذية للعاملين في مواقع العمل الخاصّة بها، وأنّ العقد تضمّن تحديداً لمتوسّط عدد العاملين بالشّركة المحتكم ضدها، وهو الأمر الذي فرض حدّين أدنى وأقصى لكميات التّوريد التي تلتزم المحتكمة بتوريدها يومياً.

251. ودفعت المحكم ضدّها طلب المحتكمة بأنّ حدّين الأدنى والأقصى الواردين في العقد ليسا على سبيل الإلزام ولكنهما على سبيل الإسترشاد، وأضافت أنّ المحتكمة قد أغفلت الإشارة إلى البند 3/3 من القسم السّابع من العقد والمتعلّق بجداول الأسعار والذي ينصّ على أنّه سيتمّ تحديد عدد الوجبات طبقاً لأعداد العمالة الفعلية المتواجد بالموقع ما عدا الزوّار ومقاولي الخدمة، وأنّ هذا الجدول يؤكّد بجلاء أنّ أساس المحاسبة سيكون وفقاً لأعداد العمالة الفعلية المتواجدة بالموقع لا على أساس حدّين أدنى أو أقصى أو متوسطات تتفرد المحتكمة بتحديدّها.

252. وإذ أنّ المقرّر قانوناً أنّه في حالة عدم وضوح نصّ العقد فإنّه يحقّ للقاضي التّدخل لتفسير العقد بما يراه أقرب لقصد المتعاقدين، وفي هذا قضت محكمة النّقض بأنّ "من حيث إنّ قضاء محكمة النّقض قد استقرّ على أنّه متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود فيها فإنّه لا يجوز إخضاعها لقواعد التّفسير للحصول على معنى آخر باعتباره هو مقصود العقّاقدين، والمقصود بالوضوح في هذا المقام هو وضوح الإرادة لا اللفظ. فإذا لم يتخيّر المتعاقدين اللفظ المعبّر عن حقيقة قصدهما، أو أحاط بعبارتها الواضحة من الملابسات ما يرجّح معه حمل معناها على معنى آخر مغاير فإنّه يحقّ للقاضي التّدخل لتفسير العقد بما يراه أوفى إلى قصدهما وأوفى بمرادهما على أن يبيّن في حدود سلطته الموضوعية الأسباب المقبولة التي تبرّر مسلكه. وأنّه إذا شاب العبارة غموض أو إيهام لا يكشف عن إرادة المتعاقدين فلمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسيرها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بظروف الدّعى وملابساتها.

253. ولما كان البند 42 من العقد والمعنون "مستوى المخزون من المواد الغذائية" يلزم المحتكمة بتوريد وحفظ المخزون من المواد الغذائية بحقول المحكم ضدّها لاستيفاء التزاماتها طبقاً لبنود العقد، شريطة أن يكفي هذا المخزون لمدى لا نقلّ عن عشرة أيّام أو ما يكفي لتقديم 3 وجبات من الصّنف أو حسب السّعة التخزينية. ولما كان البند المذكور لا يتصوّر تنفيذه دون تحديد عدد الوجبات التي سوف يقوم العمّال باستهلاكها خلال عشرة أيّام، وتحديد عدد الوجبات التي سيستهلكها العمّال خلال هذه المدة مقرون بتحديد عددهم، الأمر الذي يجعل من الضّروري القول بالزامية البند الوارد فيه حدّين لعدد العمّال، والقول بأنّه عدد إسترشادي وليس إلزامي، يجعل من المتعدّر تنفيذ هذا البند، خصوصاً وأنّ البند المذكور رتبّ على مخالفة المحتكمة له جزاء مالي.

254. ومن نافلة القول أنّ المحكّمة تعاقبت مع المحتكم ضدها عن طريق تقديم أفضل عرض مالي وفني في المناقصة المطروحة بتاريخ 7 مايو 2014، وحيث أنّ المتعارف عليه أنّ المورد في المناقصات يقوم بإعداد عرضه في ضوء الكمية المطلوبة وتوريدها، وإذ أنّ العرض يتمّ تحديده في ضوء الموازنة بين الكمية المطلوبة وهامش الربح المراد تحقيقه، الأمر الذي يكون معه من العسير إعداد عرض دون الوقوف على الحد الأدنى لعدد الوجبات المطلوبة، والقول بغير ذلك يؤدّي إلى إنهيار اقتصاديات عقود التوريد.

255. حيث أنّ العقد موضوع الدّعى التحكيمية نصّ على أنّ متوسط عدد العاملين بالشركة والشركات المعاونة من 120 إلى 150 موظف بالنسبة إلى موظفي الشركة، ومن 50 إلى 70 بالنسبة إلى الشركات المعاونة، وإن كانت ألفاظ النصّ غير جازمة بأنّ هذا هو الحد الأدنى المطلوب لتوريد الأغذية إليه، إلّا أنّ تفسير البند المذكور في ضوء ما أوردنا من تفسير باقي بنود العقد، وفي ضوء طبيعة المناقصات يجعلنا نرجّح أنّ الحد الأدنى أو لأقصى الواردين في العقد ليسا على سبيل الإسترشاد ولكن على سبيل الإلزام.

256. وأمّا ما تحدّث به المحتكم ضدها من عدم إحتساب الحد الأدنى للوجبات المطلوب توريدها إلى الشركات المعاونة، والإكتفاء بإحتساب الحد الأدنى لموظفي الشركة، فلا نرى وجه للتفرقة بين العاملين في الشركة والشركات المعاونة، فهناك حدّ أدنى من الوجبات المحكّمة ملزمة بتوريده، والإخلال بتوريده سوف يترتب عليها جزاء مادي وفقاً للعقد، فالعقد لم يغيّر في الجزاء المترتب على المخالفة في توريد وجبات بين العاملين في الشركة والعاملين في الشركات المعاونة، الأمر الذي نرى معه أنّه لا يوجد تغيير في الحكم.

257. وأمّا ما دفعت به المحتكم ضدها من أنّ البند 3/3 من القسم السابع من العقد والمتعلّق بجداول الأسعار والذي جاء فيه أنّه سيتمّ تحديد عدد الوجبات طبقاً لأعداد العمالة الفعلية المتواجدة بالموقع ما عدا الزوار ومقاولي الخدمة، يدلّ على أنّه لا يوجد حدّ أدنى متفق عليه، ولكن سيتمّ المحاسبة في ضوء عدد الوجبات التي تمّ توريدها فقط، فهذا الدّفع مردود عليه من جهة أنّ هذا البند لا يناقض ما جاء في العقد من النصّ على حدّ أدنى وحدّ أقصى لعدد الوجبات الغذائية المطلوب توريدها، ومن قواعد التفسير أنّ إعمال النصّ خير من إهماله، فإمكان الجمع بين البندين لازمه عدم إهمال أحدهما لصالح الآخر، ووجه الجمع بين البندين أنّ المطلوب توريده من الوجبات الغذائية ليس عدد وجبات معينة العدد برقم

واحد، ولكنها تقع بين حدّين، فالوجبات التي سيتمّ المحاسبة عليها هي الوجبات التي تمّ توريدها بالفعل والتي تقع بين الحدّ الأدنى والحدّ الأقصى الوارد بالعقد.

258. أمّا بشأن ما أوردته المحكّم ضدّها في مذكرتها الختامية من أنّ المحكّمة أسقطت عدد 7081 وجبة جافّة و535 وجبة كبار زوّار بقيمة 359070.35 جنيه، وإذ أنّ صريح البند 3/3 من القسم السّابع من العقد يستبعد صراحة وجبات كبار الزوّار من وجبات العمّال التي يجب إحتسابها، الأمر الذي ترى معه هيئة التّحكيم طرح دفع المحكّم ضدّها وإستبعاد وجبات كبار الزوّار من الوجبات التي تقع في نطاق الحدّ الأدنى والحدّ الأقصى المتّفق عليه. أمّا فيما يتعلّق بالوجبات الجافّة، وحيث أنّها تندرج ضمن الوجبات التي تلتزم المحكّمة بتوريدها ضمن الوجبات المحدّدة للعاملين بالشركة والشركات التابعة وفقاً للعقد، الأمر الذي ترى معه هيئة التّحكيم خصم قيمتها من قيمة الوجبات والمشروبات التي تطالب بها المحكّمة.

259. وحيث أنّ المحكّمة ذكرت في مذكرتها الختامية أنّ قيمة فروق الوجبات المستحقّة لها بمبلغ 2803016.58 جنيه، وحيث أنّ قيمة الوجبات الجافّة التي تمّ توريدها بمبلغ 247835.35، الأمر الذي يضحى معه قيمة الوجبات المستحقّة للمحكّمة 2555181.23 جنيه بعد خصم قيمة ما تمّ توريده من الوجبات الجافّة، وعليه فإنّ إجمالي قيمة فروق الوجبات والمشروبات المستحقّة للمحكّمة عن كامل مدّة العقد بمبلغ 2879968.91 جنيه.

260. وبناء على ما تقدّم، فإنّ هيئة التّحكيم ترى، والحال كذلك، بأحقّية المحكّمة في مقابل فروق مسحوبات وجبات التّغذية والمشروبات عن كامل فترة التّعاقد بين طرفي التّحكيم بقيمة 28799968.91 جنيه مصري (مليونان وثمانمائة وتسعة وسبعين ألف وتسعمائة وثمانية وستين ألف جنيه وواحد وتسعين قرشاً).

261. أمّا عن طلب المحكّمة الفوائد القانونيّة، فالمقرّر قانوناً وفقاً للمادّة 226 من القانون المدني أنّ محلّ الإلتزام إذا كان مبلغاً من النّقود وكان معلوم المقدار وقت الطّلب، وتأخّر المدين في الوفاء به، فإنّ المدين ملزم بدفع فائدة قدرها أربعة في المئة في المسائل المدنيّة وخمسة في المائة في المسائل التجاريّة، على أنّ تسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائيّة.

262. وإذ أنّ محكمة النّقض قضت بأنّ "المادّة 226 من القانون المدني تشترط لسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائيّة أن يكون محلّ الإلتزام مبلغاً من النّقود معلوم المقدار وقت

الطلب والمقصود يكون الإلتزام معلوم المقدار - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون تحديد مقداره قائماً على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير وإذا كان التعويض المطلوب هو مما يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإنّ تحديده لا يكون إلاّ بصدور الحكم النهائي في الدعوى ولا تسري الفائدة عليه إلاّ من تاريخ صدور الحكم النهائي في الدعوى، وبالقدر المبيّن في المادة سالفه الذكر.

263. وإذ أنّ مطالبة المحكمة والمتمثلة في قيمة فروق الوجبات بين الوجبات الفعلية والحد الأدنى الوارد في العقد، هي مطالبة بمبلغ نقدي تمّ تحديده بموجب السلطة التقديرية لهيئة التحكيم ولم يكن له أسس واضحة، الأمر الذي ترى معه الهيئة إستحقاق المحكمة للفائدة القانونية على فروق أسعار الوجبات والمشروبات وفقاً للمادة 226 مدني من تاريخ حكم التحكيم.

264. وحيث أنّ المادة الأولى من ملحق (د) من القانون رقم 15 لسنة 1998 الصادر بشأن الترخيص لوزير البترول في التعاقد وشركة ... تنصّ على أن "تشكل شركة مساهمة تحمل جنسية مصر العربية بتصريح من الحكومة طبقاً لأحكام هذه الإتفاقية المشار إليها فيما بعد وعقد التأسيس هذا. وتخضع الشركة القائمة بالعمليات لكافة القوانين واللوائح السارية في ج.م.ع. إلى الحدّ الذي لا تتعارض فيه هذه القوانين واللوائح مع أحكام هذا العقد وهذه الإتفاقية المشار إليها".

265. وإذ أنّ المادة 10 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1997 تنصّ على أن "يكون تاجراً: ... 2- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيّاً كان الغرض الذي أنشئت من أجله".

266. وبما أنّ الشركة المحتكم ضدها شركة مساهمة فإنها تعدّ تاجراً وفقاً لصريح نصّ المادة العاشرة، ووفقاً للقانون الذي أنشئت بموجبه والذي لا يستثنيها من القوانين السارية في جمهورية مصر العربية، وبالتالي فدفاع المحتكم ضدها بعدم خضوعها لأحكام قانون التجارة لا يتفق وصحيح القانون.

267. وإذ أنّ العقد موضوع الدعوى التحكيمية تجارياً بالنسبة لكلّ من طرفي النزاع، والذي لأجله تكون مقدار الفائدة المستحقة خمسة في المائة على قيمة فروق الوجبات المقضي بها، يتمّ حسابها بدءاً من تاريخ حكم التحكيم.

268. وأما عن طلب المحكمة إلزام المحكّم ضدّها بأداء مبلغ 542.273.76 جنيه مصري (خمسائة واثنين وأربعين ألفاً ومائتين وثلاثة وسبعين جنيهاً وستة وسبعين قرشاً) مقابل أدوات ومواد النظافة الإضافية التي تمّ توريدها من جانب المحكّمة لمواقع خارج نطاق معسكر المحكّم ضدّها عن الفترة من 30 سبتمبر 2014 وحتى 22 ديسمبر 2016، إضافة إلى الفوائد القانونية المستحقّة.

269. وحيث أنّ المادة (1) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية تنصّ على أنّ "على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه".

270. وإذ أنّه وكما هو مستقرّ قانوناً أنّ الأصل هو براءة الذّمة وعلى من يدّعي إشغالها إثبات ذلك، وأنّ الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذّمة من كلّ الإلتزام، فمن يدّعي أنّه يدين شخصاً فإنّه يكون مدّعياً خلاف الثّابت أصلاً ومن ثمّ يقع عليه عبء إثبات مصدر هذا الدّين.

271. وحيث أنّ بنود العقد غير واضحة فيما يتعلّق بنطاق الإلتزام المحكّمة بالنظافة وما اذا كانت تشمل كامل مواقع المحكّم ضدّها أم قاصرة على موقع، وإذ أنّ مستندات المحكمة خلت من أيّة فواتير تثبت توريدها أدوات النظافة التي تطالب بها إلى المحكّم ضدّها، فإنّه وهدياً بما تقدّم فإنّ طلبها يكون جديراً بالرّفص.

272. أمّا بالنسبة لمصروفات التّحكيم، حيث أنّ المادة 46 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي تنصّ على أنّ "1- يتحمّل مصاريف التّحكيم من حيث المبدأ الطّرف خاسر الدّعوى، ومع ذلك يجوز لهيئة التّحكيم أن توزّع كلا من تلك المصاريف بين الأطراف إذا ما رأت ذلك معقولاً في ضوء ظروف الدّعوى".

273. وهدياً بما سبق فإنّ هيئة التّحكيم ترى وفي ضوء ظروف الدّعوى الماثلة وما لها من سلطة تقديرية إلزام المحكّم ضدّها بخمسة وسبعين في المائة من مصاريف التّحكيم، وإلزام المحكّمة بخمسة وعشرين في المائة من مصاريف التّحكيم.

منطوق الحكم:

في ضوء الوقائع والدّفاع والطلّبات والتّسبب أعلاه، وبعد المداولة قانوناً، فقد أصدرت هيئة التّحكيم بالإجماع حكمها التّالي منطوقه:

- 1- إلزام المحتكم ضدها بأداء مبلغ 2879968.91 جنيه مصري (مليونان وثمانمائة تسعة وسبعين ألفاً وتسعمائة وثمانية وستين جنيهاً وواحد وتسعين قرشاً) قيمة الفروق بين الوجبات والمشروبات الفعلية والحد الأدنى الوارد في العقد، وفائدة خمسة في المائة تستحقّ بدءاً من تاريخ حكم التحكيم، ورفض ما عدا ذلك من طلبات.
- 2- إلزام المحتكم ضدها بخمسة وسبعين في المائة من مصاريف التحكيم، وإلزام المحتكمة بخمسة وعشرين في المائة من مصاريف التحكيم، على أن يتحمل كل طرف أتعاب المحاماة الخاصة به.

(رئيس هيئة التحكيم)

(المحكّم المسمّى عن المحتكم ضدها)

(المحكّم المسمّى عن المحتكمة)

تعليق الأستاذ طارق بدوي والمحامي محمد الشربيني (مصر)

على حكم التحكيم النهائي الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 2017

من مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

في القضية التحكيمية رقم 1060 لسنة 2015

مقدمة وملخص الوقائع:

1. تتعلّق هذه القضية التحكيمية بعقدٍ مبرمٍ بين المُحتكَمة، وهي شركة مساهمة مصرية (وفهم من سياق الحكم إقتصار نشاط المُحتكَمة على مجال التّوريد) والمُحتكَم ضدها، وهي شركة مساهمة مصرية منشأة بالقانون رقم 15 لسنة 1998⁴ تعمل في مجال إستخراج الثّروات الطّبيعية (تنفيذ وإدارة العمليّات البتروليّة)، والذي تقوم المُحتكَمة بموجبه بتوريد وجبات غذائيّة وتقديم خدمات نظافة إلى الشّركة المُحتكَم ضدها، وذلك بعد أن وقع الإختيار عليها للتّعاقد معها ضمن مناقصة مطروحة بتاريخ 7 مايو 2014. وتمّ إبرام العقد بتاريخ 10 نوفمبر 2014، مع إتفاق الأطراف على سريانه بأثر رجعي بتاريخ 23 سبتمبر 2014، وتضمن العقد حدّ أدنى وأقصى للوجبات التي يتمّ توريدها وإلتزاماً على عاتق المُحتكَم ضدها بسداد مقابل الحدّ الأدنى في حالة إستهلاكها لكميّات أقلّ من الحدّ الأدنى، وهو ما يعرف ببند "الأخذ أو الدّفع" (Take or Pay)، وهو شرط شائع في هذا النوع من العقود، حيث يُعتبر من الترتيبات الماليّة التي يتّخذها المستثمر للحدّ من المخاطر الماليّة، فيتفق مع الطّرف الآخر (المورّد له) على شراء الخدمة المنتجة بحدّ أدنى، بحيث يسدّد المورّد له مقابل الحدّ الأدنى المتفق عليه في حالة إستهلاكه لمعدل أقلّ، في حين يتمّ السدّد مقابل الإستهلاك الفعلي في حالة ما إذا تجاوز معدل الإستهلاك الحدّ الأدنى المتفق عليه.

2. ووفقاً للوقائع التي سردها الحكم، فقد تضمّن العقد محلّ الدّاعي جميع التّفاصيل المتعلّقة بالإلتزامي توفير وجبات العمّال الغذائيّة وخدمات النّظافة الملّقيا على عاتق المُحتكَمة. فقد

4- قانون رقم 15 لسنة 1998 بشأن التّرخيص لوزير البترول في التّعاقد مع الهيئة المصريّة العامّة للبترول وشركة دبلن إنترناشيونال بتروليوم (إيجيببت) ليمتد وشركة تتجانيفا للزيت أل تي دي في شأن البحث عن البترول وإستغلاله في منطقة غرب غارب بالصّحراء الشّرقية.

تضمّن العقد "تحديداً وتفصيلاً لأنواع المنتجات التي تلتزم المحكّمة بتقديمها ضمن وجباتها المقدّمة للعاملين ومواعيد تقديم تلك الوجبات"، وفرض العقد متوسط الوجبات الموردّة بحدّ أدنى 170 وجبة و220 وجبة كحدّ أقصى. كما تضمّن العقد تفصيلاً لخدمات النظافة الملتمّزة بها المحكّمة وأرفق به جداول بتحديد المواقع المملوكة للمحتكم ضدها والتي تُقدّم بها المحكّمة خدمات النظافة المذكورة.

3. وحال نشوء نزاع بين الطرفين، بدأت المحكّمة في إجراءات التحكيم إستناداً إلى شرط التحكيم المتضمّن في العقد. وقد أتى في طيّات إخطار التحكيم المؤرّخ 17 نوفمبر 2015 ما ذهب إلى المحكّمة من إرتكاب المحتكم ضدها لمخالفتين أساسيتين، **أولهما** هو محاسبة المحتكم ضدها على الوجبات الفعلية التي تمّ توريدها بدلاً من محاسبتها على الحدّ الأدنى الإلزامي والذي لم تقم بسحبه من المحكّمة. **وثانيهما** رفض المحتكم ضدها سداد مقابل خدمات نظافة ومواد نظافة إضافية طلبتها من خارج المنقّق عليه في العقد.

4. وإختتمت المحكّمة إخطارها بطلب إلزام المحتكم ضدها بسداد الفارق بين قيمة الوجبات الفعلية والحدّ الأدنى التعاقدية الإلزامي لعام التّعاقّد الأول، وكذلك سداد أعلى القيمتين من مقابل الحدّ الأدنى أو عدد الوجبات الموردّة فعلياً عن العام التالي. طالبت كذلك إلزام المحتكم ضدها سداد مقابل مواد النظافة الموردّة إليها خارج نطاق الإتفاق التعاقدية، بالإضافة إلى سعر الفائدة.

5. وخلال السير في إجراءات الدّعوى وتبادل المذكرات أمام هيئة التحكيم، تقدّمت المحتكم ضدها بطلب إصدار أمر من محكمة إستئناف القاهرة بإنهاء إجراءات التحكيم، إستناداً إلى المادة 45 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بشأن إصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ("قانون التحكيم")، وعلى سند من القول بخلوّ شرط التحكيم وكذلك محضر الجلسة الإجرائية من الإتفاق على ميعاد إصدار هيئة التحكيم للحكم المنهي للخصومة بالإضافة إلى مرور أكثر من إثني عشر شهراً على بدء إجراءات التحكيم دون إصدار الحكم المنهي للخصومة؛ وهو الأمر الذي رفضته المحكمة ورفضت التّظلم المقدّم بخصوصه كذلك.

بيان حجج الأطراف:

6. تلخّصت حجج المُحتكَمة ببيان دعواها في ثلاث نقاط أساسية:

(أ) مخالفة المُحتكَم ضدّها لنصوص التّعاقد إستناداً إلى المادّتين 110 و115 من القانون رقم 17 لسنة 1999 بشأن إصدار قانون التّجارة ("قانون التّجارة")، والتّسبب في أضرار وخسائر فادحة للمُحتكَمة، وذلك بعدم الإلتزام بسحب الحدّ الأدنى من الوجبات المُورّدة كما يلزمها العقد.

(ب) طلبت المُحتكَم ضدّها توريد معدّات ومواد نظافة إضافية خارجة عن النّطاق المتّفق عليه في التّعاقد بين الأطراف، وبالتالي إستحقاق المُحتكَم لمقابلها، إستناداً إلى المادّة 149 من قانون التّجارة.

(ج) مخالفة المُحتكَم ضدّها لنصّ المادّة 148 من القانون رقم 131 لسنة 1948 بشأن إصدار القانون المدني ("القانون المدني") ومبادئ حسن النّيّة في تنفيذ العقد بزعمها وجود الحدّ الأدنى للتّوريد بغاية الإسترشاد وتحديد مبلغ ثابت لمعدّات النظافة المُورّدة كما جاء بالعقد.

7. وحيث نصّ شرط التّحكيم بالعقد محلّ النزاع على تطبيق القواعد الخاصّة بمركزي تحكيم مختلفين؛ إنقسمت أوجه دفاع المُحتكَم ضدّها إلى قسم إجرائي وقسم موضوعي؛ وتلخّصت في الآتي:

(أ) إتّجهت إرادة طرفي النزاع إلى تطبيق قواعد المركزين المذكورين معاً على "نحو لا يقلّ بسلامة إجراءات الدّعوى التّحكيمية". ولا شكّ أنّ هذا الدّفع يُثير صعوبات إجرائية، حيث أنّه من غير المتصوّر أن يتمّ الوصول إلى طريقة لتطبيق قواعد مركزين مختلفين على قدم المساواة، سواء تواجد كلا المركزين في دولتين مختلفتين أو إنتميا إلى ذات الدّولة؛ فلا يمكن تفادي النّتيجة الحتمية والمتمثّلة في إهدار إختصاص مركز تحكيمي على حساب الآخر؛ وهو ما إنتهت إليه الهيئة التّحكيمية.

(ب) عدم أحقيّة المُحتكَمة في المطالبة الأولى، حيث جاءت عبارة العقد واضحة، عملاً بالمادّة 1/150 من القانون المدني، ولم تنصّ على أيّ حدّ أدنى أو أقصى لعدد الوجبات التي يتمّ توزيعها للعاملين لدى المُحتكَم ضدّها؛ بل حدّد العقد صراحة أنّ السّداد سيكون

وفقاً لأعداد العمّال الفعلية والتي يتمّ التّوريد لها، ممّا لا يصحّ معه الإستناد إلى المادّة 115 من قانون التّجارة كما فعلت المَحْكَمَة.

(ج) أحكام قانون التّجارة بما فيها المادّة 115 لا تسري على المَحْكَمَة ضدها والتي لا تزاوّل أعمال تجارية في معنى قانون التّجارة.

(د) ألزم العقد المَحْكَمَة بتوريد خدمات النّظافة لجميع المواقع الخاصّة بشركة المَحْكَمَة ضدها؛ بل وقد ساعدت المَحْكَمَة ضدها المَحْكَمَة في توفير عمّال نظافة حين تبيّن وجود نقص في العمالة لدى المَحْكَمَة.

8. ولم يلقَ دفاع المَحْكَمَة ضدها قبولاً لدى المَحْكَمَة والتي عقيبت على بيان الدّفاع السّابق، وتلخّص تعقيبيها في الآتي:

(أ) المادّة 25 من قانون التّحكيم تعطي هيئة التّحكيم سلطة إختيار إجراءات التّحكيم المطبّقة في حالة عدم إتفاق الأطراف على تلك القواعد.

(ب) تذبذبت المَحْكَمَة ضدها في موقفها تجاه تعديل شرط التّحكيم، ولم تبدِ أيّ إعتراض على إقتراح المَحْكَمَة بإختيار إعمال القواعد المناسبة لكلا المركزين.

(ج) قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (أحد المركزين) ("مركز القاهرة للتحكيم") كفيلة بتحقيق الضّمانات العادلة لكلا الطّرفين خلال سير العمليّة التّحكيمية.

(د) المَحْكَمَة ضدها، وهي شركة مساهمة مصرية، يخضع نشاطها، والذي تمارسه بشكل محترف، لأحكام قانون التّجارة بإعتباره عملاً تجارياً يمارس من المَحْكَمَة ضدها بصفتها تاجراً مقيّداً بالسّجل التجاري وفقاً لأحكام المادّة 5 والمادّة 1/20 من قانون التّجارة.

(هـ) تفسير الفقه والقضاء لمفاد المادّة 1/150 من القانون المدني على أنّ المقصود منها هو وضوح إرادة الأطراف لا وضوح ألفاظ التّعاقّد؛ فيجب البحث عن النية المشتركة للأطراف دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

(و) الإتفاق على السّداد مقابل عدد الوجبات الفعلية الواردة من المَحْكَمَة للمَحْكَمَة ضدها لا ينفى واقع تحديد العقد متوسط لعدد العمّال المورّد لهم الوجبات الغذائيّة؛ وهو ما يؤدّي

إلى إلزام قانوني على المُحتكم ضدها بسحب حدّ أدنى من الوجبات طبقاً للمادة 198 من القانون المدني؛ فالإلتزام في هذه الحالة هو إلزام قانوني وليس تعاقدياً.

(ز) عدم جواز إحتجاج المحتكم ضدها بنقص في الأغذية المُوردة من المُحتكمة والدفع بعدم إستحقاق تلك الأخيرة لفروق الأسعار بين الوجبات المُوردة فعلياً وسعر الحد الأدنى، خاصة وأنّ المُحتكم ضدها "أعملت حقها التعاقدي" وأوقعت جزاءات على المُحتكمة متمثلة في إستقطاع بعض المبالغ من مستحققاتها.

(ح) تحديد بنود العقد، عكس ما تدعيه المُحتكم ضدها، نطاق توفير خدمات النظافة داخل معسكر المُحتكم ضدها فقط، دون غيره من المواقع الأخرى المملوكة لها.

9. إغتنتم المُحتكم ضدها فرصة الردّ على تعقيب المُحتكمة، وأثارت، ضمن أوجه دفاعها، وجه دفاعي إجرائي جديد للمرة الأولى خلال إجراءات الدّعى التحكيمية. ويمكن إيجاز أوجه دفاعها في الآتي:

(أ) مرور أكثر من إثني عشر شهراً على بدء الدّعى التحكيمية، من تاريخ 22 نوفمبر 2015 المتفق عليه بين الأطراف، دون صدور حكم منهي للخصومة ودون وجود إتفاق بين الأطراف على ميعاد لإصدار حكم التحكيم؛ ممّا يحقّ للمحتكم ضدها طلب إنهاء إجراءات التحكيم إستناداً على المادة 45 من قانون التحكيم؛ وهو الطّلب الذي تقدّمت به المُحتكم ضدها أمام محكمة إستئناف القاهرة. وبناءً على هذا، طلبت المُحتكم ضدها من الهيئة وقف الدّعى التحكيمية لحين الفصل في الطّلب المقدم أمام محكمة الإستئناف؛ مع إعمال شرط التحكيم المتفق عليه بين الأطراف. ويلاحظ أنّه كما سبق الذكر، قد تمّ رفض هذا الطّلب من المحكمة في مرحلة لاحقة.⁵

(ب) وجود إتفاق مسبق بين طرفي التحكيم على قواعد التحكيم المطبقة (في إشارة هنا إلى شرط التحكيم)؛ ممّا لا يجعل محلاً لتطبيق المادة 25 من قانون التحكيم التي تفترض غياب إتفاق على القواعد المطبقة.

(ج) كون العقد المبرم بين الطرفين عقد مدني وبالتالي لا يخضع لأحكام المادة 115 من قانون التجارة، بل ولا يخضع لأحكام هذا القانون مجملاً من باب أولى. وذلك لأنّ

5- لم تتوافر لدينا نسخة من حكم المحكمة الذي بتّ في التّظلم المقدم من المحتكم ضدها.

العقد محلّ النزاع لا يتعلّق بنشاط المُحتكم ضدها من إستخراج الثّروات الطّبيعيّة، بالإضافة إلى كون العقد مدنيّاً بالنّسبة للمُحتكم ضدها وفقاً لما تنصّ عليه المادة 3 من قانون التّجارة.

المذكرات الختامية:

10. تقدّمت المُحتكمة بمذكرتها الختامية، والتي أرفقت بها مستندات مؤيّدّة لمستحقّاتها تجاه المُحتكم ضدها. وخلال مذكرتها، أثارت المُحتكمة دعواً جديداً، بالمخالفة لتعليمات الهيئة، بوصف العقد محلّ التّداعي كعقد من عقود الإذعان؛ حيث لا يمكن تفسيره بما يضرّ بمصلحة المذعن (أي المُحتكمة) إستناداً إلى المادة 151 من القانون المدني. وخلال المذكرة، كرّرت المُحتكمة دفعها السابقة مدعومة بوقائع إضافيّة وتفسيرها لطبيعة عقود التّوريد بالإضافة إلى إنتقاد إدعاءات المُحتكم ضدها.

11. وبالمثل، قدّمت المُحتكم ضدها مذكرتها الختامية كذلك، ونفت إدعاء المُحتكمة بوصف العقد محلّ التّداعي بعقد إذعان، حيث لا يتعلّق العقد بسلعة ضروريّة للمُحتكمة ولا تُعتبر تلك الأخيرة محتكرة للخدمات محلّ العقد. وإضافةً، تناولت المُحتكم ضدها إعادة لدفعها وردودها السابقة لإثبات عدم أحقيّة المُحتكمة في طلباتها.

حكم هيئة التّحكيم:

12. بالنّسبة لطلب المُحتكم ضدها إنهاء إجراءات التّحكيم، أُمستند إلى المادة 45 من قانون التّحكيم،⁶ وكذلك طلبها وقف السّير في إجراءات الدّعوى التّحكيمية إلى حين الفصل في الطّلب المقدم أمام محكمة إستئناف القاهرة؛ فقد رفضت الهيئة تلك الطّلبات وأكّدت أنّ:

6- تنصّ المادة 45 من قانون التّحكيم على أنّه: "(1) على هيئة التّحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلّها خلال الميعاد الذي يتفق عليه الطّرفان. فإن لم يوجد إتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التّحكيم. وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرّر هيئة التّحكيم مدّ الميعاد على ألاّ تزيد فترة المدّ على ستّة أشهر ما لم يتفق الطّرفان على مدّة تزيد على ذلك. (2) وإذا لم يصدر حكم التّحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة جاز لأيّ من طرفي التّحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون، أن يُصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التّحكيم. ويكون لأيّ من الطّرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

- (أ) المادة 3/22 من قانون التحكيم⁷ تمنح الهيئة الحق في الفصل في جميع الدفوع الإجرائية والشكالية المتعلقة بالدعوى التحكيمية محل النزاع.
- (ب) أصدرت الهيئة أمراً إجرائياً بإعمال تطبيق قواعد مركز القاهرة للتحكيم دون المركز الآخر، وذلك بعد إتفاق الطرفين على تطبيق قواعد مركزين مختلفين طبقاً للمادة 25 من قانون التحكيم.⁸
- (ج) وحيث أصبحت قواعد مركز القاهرة للتحكيم هي القواعد المطبقة، لم تُلزم هذه الأخيرة هيئة التحكيم بإصدار حكم تحكيم خلال مدة معينة؛ ولا يجوز بالتالي إعمال المادة 45 من قانون التحكيم والتي، بدعم القضاء، ليست قاعدة أمر.
- (د) طلب وقف الدعوى التحكيمية مرفوض حيث رفضت المحكمة الطلب المقدم من المُحكّم ضدها بإنهاء إجراءات الدعوى التحكيمية.

13. بالنسبة لطلب المُحكّم بسداد فروق الأسعار بين الوجبات المُوردة فعلياً وأسعار الحد الأدنى المتفق عليه؛ إستندت هيئة التحكيم إلى سلطتها في تفسير نصوص العقد في حالة عدم وضوحها طبقاً لقص المتعاقدين؛ وهو المبدأ الذي أيدته الهيئة بأحكام القضاء. وبتطبيق هذا المبدأ على النزاع المائل، أكّدت الهيئة على أحقية المُحكّم في طلبها هذا، إستناداً على أن:

7- تنص المادة 3/22 من قانون التحكيم على أنه: "[...] 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 الدفوع، فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من هذا القانون".

8- تنص المادة 25 من قانون التحكيم على أنه: "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبناها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة؛ ويُرجح في هذا الخصوص أن هيئة التحكيم قد غلبت الإعتبارات العملية على حفية الإتفاق، ولئن كانت المحكمة قد بادرت برفع دعاها التحكيمية أمام مركز القاهرة للتحكيم، ولما كانت هيئة التحكيم قد شكّلت طبقاً لقواعده، يستتبط أن هيئة التحكيم قد إعتبرت أن قواعد مركز القاهرة للتحكيم هي الأوثق بالنزاع هدياً بما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية فيما يتعلّق بمعايير تحلي القضاء المصري عن إختصاصه لصالح محاكم أجنبية بناءً على إتفاق الأطراف. لذا، وحرصاً منها وحفاظاً على مصلحة الأطراف، وفي غياب التدقيق في إعتراض المُحكّم ضدها، بوشرت الإجراءات طبقاً لقواعد المركز.

(أ) تفسير النص العقدي الدال على تحديد متوسط عدد العاملين المؤرد لهم الوجبات يدل على أن هذا المتوسط يمثل "الحد الأدنى المطلوب لتوريد الأغذية له"، وهو حدٌ إلزامي وليس إسترشادياً كما إدعت المحاكم ضدها.

(ب) تحديد العقد قواعد المحاسبة التي ستنم وفقاً للوجبات التي تم توريدها فعلياً لا يتعارض مع وجود حدٍ أدنى وحدٍ أقصى لعدد الوجبات الغذائية المؤرّدة كما جاء في العقد.

(ج) للمحكمة الحق في الفوائد القانونية على المبلغ الذي حكمت به هيئة التحكيم؛ وذلك بناءً على تطبيقات أحكام القضاء للمادة 226 من القانون المدني؛⁹ التي تؤدي إلى سريان الفوائد من تاريخ صدور الحكم وليس من تاريخ المطالبة القضائية. وقد استندت الهيئة إلى سريان الفوائد من تاريخ صدور الحكم بناءً على اتجاه القضاء لتعريف المبلغ "معين المقدار" والذي يقضي بأن تعيين المقدار يفيد بأن مبلغ الدين (الحق المتنازع فيه) غير قابل للنزاع فيه من ظاهر الأوراق،¹⁰ بحيث يمكن تحديده على أسس ثابتة لا يكون للقضاء معها سلطة في تقديره.¹¹ وتقديرنا في هذه الحالة أن الهيئة قد اعتبرت أن تعيين المقدار للحق المتنازع فيه في القضية محل التعليق قد أتى مع صدور الحكم، أخذه في الحسبان تذبذب المحكمة في تعيين المبلغ المطالب به وتغييره أكثر من مرة، بالإضافة إلى كون اعتراض المحاكم ضدها على أحقية المحكمة في المبالغ المطلوبة مما يجعل الحق المطالب به متنازع فيه وفقاً للأحكام التي نستند إليها.

14. بالنسبة لطلب المحكمة سداد مقابل خدمات ومعدات نظافة إضافية خارج ما هو متفق عليه في التعاقد؛ رفضت الهيئة الطلب المذكور؛ وذلك إستناداً على:

9- تنص المادة 226 من القانون المدني على أنه: "إذا كان محل الإلتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للذاتن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدّد الإتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

10- نقض مدني - أطنع رقم 372 لسنة 36 قضائية - تاريخ الجلسة 16 مارس 1971؛ نقض مدني - أطنع رقم 4167 لسنة 68 قضائية - تاريخ الجلسة 22 نوفمبر 2010؛ نقض مدني - أطنع رقم 3141 لسنة 61 قضائية - تاريخ الجلسة 7 ديسمبر 1996.

11- نقض مدني - أطنع رقم 3141 لسنة 61 قضائية - تاريخ الجلسة 7 ديسمبر 1996.

(أ) عدم وضوح نصوص التعاقّد فيما يتعلّق بالنطاق الملتمزّة به المُحتكّمة لتقديم خدمات النّظافة.

(ب) عدم قدرة المُحتكّمة على إثبات تلك المديونيّة من خلال أيّة مستندات تطبيقاً للمادّة 1 من القانون رقم 25 لسنة 1968 بشأن إصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتّجارية ("قانون الإثبات")¹².

التعليق على تناول الهيئة لمسألة إختصاص قواعد المركز في تنظيم الدّعى التحكيمية:

15. وكما سجّلت صفحات الحكم، فقد تجادل الأطراف خلال إجراءات الدّعى على نقطتين أساسيتين: فأمّا أولهما، فهو مسألة إختيار القواعد المؤسسية واجبة التطبيق على وقائع الدّعى، مع الأخذ في الإعتبار إتفاق الأطراف في شرط التّحكيم على إعمال قواعد مركزين مختلفين، أحدهما كان مركز القاهرة للتّحكيم. وأمّا ثانيها، فهو إعمال المادّة 45 من قانون التّحكيم، التي تلزم هيئة التّحكيم بإصدار حكمها التّحكيمة في خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التّحكيم.

(1) ألقواعد الواجب تطبيقها على وقائع النزاع:

16. جاء شرط التّحكيم المتضمّن في العقد لينصّ على تطبيق قواعد مركز القاهرة للتّحكيم وقواعد مركز تحكيم آخر لم يُذكر إسمه في نسخة الحكم التي تمّت مراجعتها.

17. وبالرغم من ذلك، بدأ الجدل بين طرفي التّحكيم حول كفيّة تطبيق شرط التّحكيم، وإعمال قواعد المركزين بالشكل الذي يحقّق العدالة المنصفة للمحتكّمة والمحتكم ضدها.

18. وحيث تمسّكت المُحتكّمة ضدها بعدم تعديل شرط التّحكيم وإعمال إتفاق الأطراف المتمثّل في تطبيق قواعد المركزين معاً، طالبت المحتكّمة بإعمال المادّة 25 من قانون التّحكيم، مبدية رغبتها في منح هيئة التّحكيم سلطة إختيار إجراءات التّحكيم التي تراها مناسبة.

12- تنصّ المادّة 1 من قانون الإثبات على أنّه: "على الدّائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه".

19. وحسبت هيئة التحكيم ذلك النزاع المشار إليه مرتين، كانت الأولى حينما أصدرت الأمر الإجرائي بإعمال قواعد مركز القاهرة للتحكيم دون غيرها، والثانية جاءت متضمنة في منطوق حكمها، الذي وافقت من خلاله الهيئة على حجة المحكمة بإنطاق المادة 25 من قانون التحكيم، لتعطي لنفسها الحق في أن تحكم في إختصاص مركز القاهرة للتحكيم وتعمل قواعده، مفضلة إياها على قواعد المركز الآخر والمتفق عليه سيان بين الأطراف. ونرى في هذا المنطق بعض القصور، نفضله في الآتي.

(2) تطبيق المادة 25 من قانون التحكيم لا محل له أو سند:

20. فقد جاءت المادة 25 من قانون التحكيم، مستخدمة ألفاظاً واضحة ومحددة لا يجوز الخروج عنها أو تأويلها، حيث نصت على الآتي:

"لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

21. وحيث أصابت الهيئة في إعتبارها خلاف الأطراف على كيفية تطبيق شرط التحكيم غياباً لإتفاقيهما في معنى المادة 25 من قانون التحكيم، إلا أن تطبيق بقية المادة في هذه الحالة لا مفر من أن يتم بشكل حرفي. هذا وقد تمت الإشارة آنفاً إلى إختلاف الأطراف على القواعد المستحق إعمالها وتطبيقها على الدعوى الماثلة، مما يصحّ معه القول بغياب الإتفاق بين الأطراف على "الإجراءات المطبقة؛ وهو ما يختلف كلياً عن غياب الإتفاق على "القواعد" ذاتها، كما سنتناول أدناه.

22. فالمجادلة بين طرفي الدعوى هنا تستحق توصيفها بغياب الإتفاق على كيفية إعمال شرط التحكيم، أي كيفية إعمال قواعد المركزين المختارين في آن واحد؛ وبالتالي فنحن نشهد في الحالة الماثلة غياب الإتفاق على الإجراءات المطبقة على الدعوى. وتتجلى هنا مدى أهمية التطبيق الحرفي للمادة 25.

23. فقد جانب الهيئة الصواب في الإستناد إلى المادة 25 لتفضل قواعد مركز على حساب المركز الآخر، خاصة وإنه تم الأخذ في الحسبان إتفاق الأطراف على كلا المركزين في شرط التحكيم بداءة.

24. وبالرغم من هذا، فلا نستطيع تبرئة شرط التحكيم ذاته من المحاسبة المنطقية، فليس من المتصور أن يكون التحكيم ذو طبيعة مؤسسية بالرجوع لقواعد مركزين مختلفين؛ خاصة وأن في هذا مخالفة للتطبيق اللفظي للمادة 25، والتي جاءت لتعطي الحق للأطراف في إخضاع إجراءات التحكيم لقواعد مركز أو منظمة (بصيغة المفرد). وبذلك، كان بالأحرى للهيئة اعتبار شرط التحكيم، على الأقل فيما يتعلق بالقواعد المطبقة على النزاع، شرطاً لا يتمشى ومعنى المادة 25 فيما يتعلق بطبيعة التحكيم المؤسسي؛ بل على العكس، كان على الهيئة اعتبار طبيعة التحكيم في هذه الحالة تحكيمياً غير مؤسسي حتى ولو تمت إدارته من قبل مركز القاهرة للتحكيم.

25. وإستكمالاً للتطبيق الحرفي للمادة 25، فقد احتوت ذات المادة الحل الأمثل الذي كان من الممكن للهيئة إتباعه، حال ما إذا تمّ اعتبار شرط التحكيم غير معقول وغير صحيح، وهو فصل المعنى اللفظي "لإجراءات التحكيم" عن "قواعد المركز".

26. فالمقصود بالإجراءات في هذه المادة هو أية مجموعة من المواد الإجرائية التي يتمّ تطبيقها على الدعوى التحكيمية ذاتها، بما فيها قانون التحكيم نفسه؛ ونستدلّ على ذلك بإنطباق إجراءات قانون التحكيم على الدعاوى التحكيمية غير المؤسسية والتي لا تخضع عادةً، وبطبيعة التعريف، لقواعد أي مؤسسة أو مركز تحكيمي؛ وهو ما نرى أنه كان على الهيئة ذكره في هذه الدعوى كنتيجة لإفتقار شرط التحكيم للمنطق وعدم إلزامه بالمادة 25.

27. وجاء رأينا معضداً بموقف الفقه المصري، فننتفّق مع الدكتور فتحي والي، فيما يتعلّق بالتفرقة بين لفظ "إجراءات" ولفظ "قواعد"، على عموميّة معنى الأول ليُشمل القواعد والقوانين وجميع الإجراءات التي تنطبق على النزاعات التحكيمية؛ وكذلك عدم أحقيّة الهيئة في إستعمال المادة 25 لتفضيل تطبيق قواعد مركز تحكيم بعينه. ويؤكد الدكتور فتحي والي على أن:

"وجوب مراعاة المحكّمين لإجراءات التحكيم المصري، عند عدم إتفاق الأطراف على إجراءات تحكيم أو الإحالة إلى تحكيم مؤسسي أو نصوص تحكيم في قانون معين، هو أمر واجب الإحترام في كلّ تحكيم يجري في مصر، سواء كان تحكيمياً وطنياً أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً، إذ نصّ المادة 25 تحكيم يسري على نوعي التحكيم. ولهذا فإنّ سلطة المحكّمين تقتصر على تكملة الإجراءات التي ينصّ عليها قانون التحكيم. فليس لها أن تقوم

بناء نظام إجرائي كامل خاصّ بالنزاع المطروح مخالفاً للنظام الإجرائي الذي ينصّ عليه قانون التحكيم ما لم يتفق الطرفان على ذلك. كما أنه ليس لهيئة التحكيم - دون موافقة الطرفين - أن تقرّر تطبيق نظام إجرائي ينصّ عليه قانون تحكيم أجنبي أو قواعد مركز تحكيم معيّن، إذ مثل هذا الإختيار يتعارض مع ما تنصّ عليه المادة 25 من وجوب 'مراعاة أحكام هذا القانون'.¹³

28. وهو ذات النهج الذي إتبعته محكمة الإستئناف في حكمها الصادر في الطعن رقم 32 لسنة 133، والتي أبرزت من خلاله الفارق بين لفظ "إجراءات" ولفظ "قواعد" في تفسيرها للمادة 25 من قانون التحكيم، وأقرت أنه: "وبحسب الأصول التحكيمية فإنّ أطراف التحكيم هم أصحاب الشأن في تنظيم سير الإجراءات التحكيمية فإذا لم يختاروا نظام إجرائي معيّن أو عندما لم يتفقوا على قواعده التفصيلية فلا يحول ذلك دون إستمرار دعوى التحكيم وإصدار الحكم فيها ويكون لهيئة التحكيم حرية تنظيم الدعوى التحكيمية بحيث يتمّ ذلك على ضوء الأسس التي ترى هيئة التحكيم مناسبتها وملاءمتها لطبيعة النزاع التحكيمي وظروفه وعناصره المختلفة، مع ضرورة مراعاة حقوق الدفاع ونواحي أحكام القانون الإجرائي الساري على التحكيم".

29. ويبرز من الصيغة التي إختارتها محكمة الإستئناف عدّة ملاحظات: أولها يظهر في تفريق المحكمة الواضح بين "النظام الإجرائي" من جانب، و"القواعد التفصيلية" من جانب آخر، فجاءت المحكمة لتضع أساس تطبيق المادة 25 في حالة من إحدى الحالتين، وهما عدم إتفاق الأطراف على "نظام إجرائي معيّن" أو "عدم إتفاق الأطراف على القواعد التفصيلية"، ممّا يتّضح معه بدون أدنى شكّ الإختلاف بين تعريف اللفظين في نظر المحكمة بإستعمالها لفظ "أو" بدلاً من "و". وأمّا ثاني الملاحظات، فإنّ المحكمة، في تفسيرها للمادة 25، أعطت الهيئة الحرية في "تنظيم الدعوى التحكيمية" وهو ما يختلف تماماً عن حال ما إذا كانت المحكمة قد أعطت هيئة التحكيم السلطة لتفضيل قواعد مركز تحكيم معيّن بحسب هواها بشكل صريح. وأمّا آخر تلك الملاحظات، فقد قيّدت المحكمة سلطة هيئة التحكيم في إستعمال المادة 25 بمراعاة أحكام "القانون الإجرائي الساري على التحكيم"، في تفرقة واضحة وصريحة بين

13- أذكتور فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً، منشأة المعارف، طبعة 2014، ص.387.

"الإجراءات" و"القواعد"، وفي تأكيد منها على أن لفظ إجراءات ليس بالضرورة مقترن بقواعد المركز، بل ويمكن إطلاقه على نصوص القانون كذلك.

30. وفي المُجمل، فلم يذكر حكم محكمة الإستئناف المشار إليه، والذي تمّ تأكيده ورفض الطعن عليه من قبل محكمة النقض، أية سلطة صريحة للهيئة في إختيار قواعد المركز التي قد تروق لها دون الآخر، ناهيك عن وضع قواعد أو أسس لهذه السلطة المزعومة؛ خاصةً وإن كان المركز الذي كان ليتمّ إهدار إختصاصه لصالح مركز آخر قد تمّ الإتفاق على قواعده بين الأطراف كذلك.

31. وأخيراً، فلا بدّ من إضافة أنه لا يتأتى إلى علمنا تناول حالة مماثلة في أروقة القضاء المصري حيث إتفق الأطراف على تطبيق قواعد مركزين مختلفين معاً في ذات شرط التحكيم.

3) صحة تطبيق المادة 45 من قانون التحكيم:

32. وحيث أثبتنا فيما سبق غياب الإتفاق على كيفية إعمال شرط التحكيم بين الطرفين، وما يستتبعه من إستحالة إستئناف إجراءات الدّعى في إطار التحكيم المؤسسي، تستوجب تلك النتيجة بالتبعية وجوب إنطباق المادة 45 من قانون التحكيم.

33. فنحن نتفق مع النتيجة التي توصلت إليها الهيئة، من وجوب تطبيق قواعد المركز التحكيمي على الدّعى بالأولوية على المادة 45 من قانون التحكيم، حيث جاءت أحكام القضاء المصري لتؤكد على عدم إنتماء حكم المادة 45 من قانون التحكيم للقواعد الأمرة والنظام العام، بل ولا يترتب على مخالفتها أي بطلان.

34. ومع ذلك، فتعرض تلك النتيجة التي توصلت لها الهيئة للعوار هو ثمار للطريق الذي سلكته الهيئة منذ البداية للتّصل من تطبيق المادة 45، والذي إعتد في أساسه على المغالطة في تفسير المادة 25 والتي إستعملتها الهيئة لتفضيل تطبيق قواعد مركز القاهرة للتحكيم بالأولوية على قواعد المركز الآخر المتفق عليه في شرط التحكيم، كما سبق أن أوردنا.

35. بحيث يصبح لا مفرّ أمام الهيئة من تطبيق المادة 45، والتي تلزمها بإصدار الحكم المنهي للخصومة خلال سنة من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، في غياب إتفاق الأطراف على ميعاد آخر. ونبدي هذا الرأي، واضعين في الحسبان رفض محكمة إستئناف القاهرة لأطلب المقدم

من المُحتكم ضدها بإنهاء إجراءات التحكيم وكذلك تبعاً لرفض التّظلم المقدم من المُحتكم ضدها، والذي لم تتسنّ لنا فرصة مراجعة حكمه لتضمينه في هذا التّعليق.

36. وغنيّ عن الذّكر أنّ وجوب إنطباق المادّة 45 في غياب إتّفاق الأطراف ما هو إلا دليل دامغ على تقديرنا المشار إليه أنفاً بإعتبار لفظ "إجراءات" شاملاً لجميع الإجراءات التي تنطبق على الدّعوى التحكيمية، سواء كانت قواعد مركز أو مؤسّسة تحكيمية، أو إجراءات قانون التّحكيم المحلي.¹⁴

❖ التّعليق على الجانب الموضوعي لحكم الهيئة:

1) تفسير نصوص التّعاقّد لتحديد أحقيّة المُحتكمة في طلباتها من عدمه:

37. في إستنادها إلى تفسير المادّة 150 من القانون المدني، إنحازت الهيئة إلى جانب المُحتكمة، عملاً لسلطتها الممنوحة لها من هذه المادّة في تفسير العقود بناءً على نيّة الأطراف؛ فقد جاءت المادّة 150 من القانون المدني لتتصّ على أنّ:

"1- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

2- أمّا إذا كان هناك محلّ لتفسير العقد، فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التّعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

38. وإلتجأت الهيئة لإعمال سلطتها في تفسير العقد بما يتفق مع المادّة 2/150 من القانون المدني، والتي تعطيها الحق في البحث عن النيّة المشتركة للأطراف دون الوقوف عند معنى الألفاظ. وكان هذا الإتّجاه هو الملاذ الآمن للهيئة عند إصدار حكمها بالنظر لطبيعة العقد

14- وجدير بالذّكر أنّه في جميع الأحوال فقد إستقرت أحكام القضاء المصري على نفي وصف القاعدة الأمره (نقض مدني - أطن رقم 648 لسنة 73 قضائية - تاريخ الجلسة 13 ديسمبر 2005؛ نقض مدني - أطن رقم 3869 لسنة 78 قضائية - تاريخ الجلسة 23 إبريل 2009) أو قاعدة من النّظام العام عن المادّة 45 من قانون التّحكيم؛ مما يستتبط منه قوة احتمالية رفض آية محاولة للطن بالبطلان على حكم التّحكيم محلّ التّعليق تكون مستندة على عدم تطبيق الهيئة للمادّة 45؛ وهو ما يرجّح أيضاً كونه السبب الذي تمّ على أساسه رفض الطّلب المقدم من المحتكم ضدها أمام المحكمة لإنهاء إجراءات التّحكيم (مع العلم بعدم توافر آية أحكام لنا متعلّقة بالدّعوى محلّ التّعليق بخلاف حكم التّحكيم).

محلّ التّداعي؛ فحيث تأتي عبارات العقد غير واضحة أو متناقضة بالنّحو الذي يسمح معه لكلّ طرف تقديم تفسيره الشّخصي لإلتزاماته وواجباته تجاه الطّرف الآخر، فلا مفرّ من إعتبار عبارات العقد غير واضحة بشكل قاطع. وبإزالة ما سبق على حجج طرفي العقد بالإضافة إلى الإلتزامات المتضمّنة في العقد، فقد جاء هذا الأخير ليحتوي غموضاً جلياً بالنّسبة لعدد الوجبات الواقع على المُحتكمة الإلتزام بتوريدها، ذلك بالإضافة إلى المغالطة في تطبيق مبدأ الأخذ أو الدّفع.

39. وحيث يتلخّص هذا المبدأ في الإلتزام على المشتري (أو المُورّد له) بسداد قيمة الحدّ الأدنى من القيمة المُورّدة والمتفق عليها بالعقد حتى وإن كانت قيمة المنتج المُورّد شهرياً أقلّ من الحدّ الأدنى المتفق عليه؛ فقد جاء نصّ العقد محلّ التّداعي ليبدو متعارضاً في بنود منه مع مبدأ الأخذ أو الدّفع، بتحديد متوسطّ لعدد العمّال المُورّد لهم الوجبات وتحديد الإلتزام الواقع على عاتق المُحتكم ضدها بسداد قيمة الوجبات المُورّدة فعلياً. وهو ما فرض على الهيئة اللّجوء إلى سلطتها في تفسير نيّة المتعاقدين إستناداً للمادّة 150 من القانون المدني.

40. ونرى أنّ لّجوء الهيئة لسلطتها في تفسير العقد وفقاً لنوايا الأطراف كان بالفعل الوسيلة الوحيدة للهيئة للحكم في طلبات المُحتكمة، أمام التّباين الواضح بين الطّريقتين المختلفتين لكلّ من المُحتكمة والمُحتكم ضدها في تفسير نصوص التّعاقد وإلتزامات كلا الطّرفين. بل وتأكيداً، فلا يستدعي موقف هيئة التّحكيم أي إنتقاد أو محاولة لتقويض حكمها؛ فاللّجوء لتفسير العقود وفقاً لنيّة الأطراف أمر بديهي ومتعارف عليه في نطاق التّحكيم التجاري، حيث يتضمّن هذا الأخير بطبيعة الحال جدلاً بين الأطراف على إلتزامات كلّ منهما تجاه الآخر وتقديم تفسيرهم الخاص لنصوص التّعاقد، ممّا يستدعي في أغلب الأحوال من هيئات التّحكيم التّدخل وفقاً للمادّة 150 وتقديم تفسيرها للعقود محلّ التّداعي وفقاً لنيّة الأطراف.

41. وبالرّغم من إستقرار أحكام القضاء على عدم جواز تفسير وتأويل نصوص العقود بطريقة تخالف ظاهر النصّ، خاصّةً متى كانت عبارة العقد واضحة، بل وذهبت بعض الأحكام إلى أبعد من ذلك ووصفت الخروج عن هذه القاعدة بتشويه ومسح لعبارة العقد الواضحة¹⁵؛ إلّا أنّ أحكام القضاء إستدركت ذلك المبدأ بالإستثناء التي لجأت إليه الهيئة، وهو أنّه في حالة

15- نقض مدني - الطّعن رقم 607 لسنة 63 قضائيّة - تاريخ الجلسة 27 مارس 2007.

إحاطة ألفاظ العقود بملايسات ترجّح أكثر من معنى، فعلى القاضي التدخّل لتفسير العقد بما يراه مناسباً لمقاصد المتعاقدين ونيتهم منذ البداية. وقد إستقرّ القضاء، في مثل على ذلك، على أنه:

"وقد خالف القرار المطعون فيه نصّ المادّة 150 من القانون المدني حينما إنحرف في تفسيره لمحضر الصلح عن عبارته الواضحة على أنه إذا قيل بوجود غموض في هذه العبارة فكان يجب البحث عن نية الطرفين المشتركة"¹⁶.

و

في مجال تفسير العقود يتعيّن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة بالإرادة الحقيقية، على أن تكون هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي إتقى عندها المتعاقدان، فهي التي يؤخذ بها، دون الإعتداد بما لأيّ متعاقد منهما من إرادة فردية"¹⁷.

و

"الأصل في تفسير العقود - مدنيّة كانت أم إداريّة - أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أمّا إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصّي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات. والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكنّ الظروف تدلّ على أنّ المتعاقدين أساءوا إستعمال التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر ففي هذه الحالة لا يؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يُعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان دون أن يُرمى ذلك بالمسح والتشويه فالعبرة في تفسير العقود والتّعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعيّة تمكّن من الكشف عنها"¹⁸.

16- نقض مدني - الطعن رقم 135 لسنة 26 قضائية - تاريخ الجلسة 3 يناير 1962.

17- نقض مدني - الطعن رقم 16621 لسنة 52 قضائية - تاريخ الجلسة 26 مايو 2009.

18- نقض مدني - الطعن رقم 333 لسنة 10 قضائية - تاريخ الجلسة 2 ديسمبر 1967.

42. وقد أثبتت الهيئة إلتزامها بالقاعدة التي أرساها القضاء في حالة اللجوء إلى تفسير أحكام ونصوص العقود وفقاً لنية المتعاقدين، فحينما بررت الهيئة تفسيرها لنية العقود إستناداً إلى معقولية إلتزامات المتعاقدين وتماشياً بنود العقد مع بعضها البعض (وهو عكس ما إدعته المُحكّم ضدّها)، والأعراف المتداولة في نطاق المناقشات، بالإضافة إلى الوقائع والمكاتبات المتبادلة بين الطرفين؛ تناسبت تسببات الهيئة مع أحكام القضاء والتي تلزم القاضي الذي يخرج عن المعنى الحرفي لألفاظ التّعاقّد بتبرير قراره، حيث ألزمت محكمة النّقض القاضي الذي "يحمل العبارة على معنى مغاير لظاهرها أن يبيّن في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرّر هذا المسلك"¹⁹.

43. وحيث إلتزمت الهيئة بالقاعدة السابقة من الإستناد إلى وقائع الدّعى ومجمل المعنى في نصوص التّعاقّد والأعراف المتداولة في المناقشات، كما سبق الذّكر، تكون قد سارت على المعايير التي وضعتها محكمة النّقض لبيان الأسباب المعقولة التي لها أن تبرّر سلوك الهيئة من البحث عن نية المتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للفظ. فقد أوضحت محكمة النّقض صراحةً أنّه:

"من العوامل التي يستهدي بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع إلى طبيعة التّعامل حيث يختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد، ومن العوامل الموضوعية أنّ تخصيص حالة بالذّكر يجعلها تنفرد بالحكم، وأنّ عبارات العقد يفسّر بعضها بعضاً، بمعنى أنّه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها بإعتبارها جزءاً من كلّ وهو العقد، ومن العوامل الخارجية: الطّريقة التي ينفذ بها العقد، وتكون متّفقة مع ما يوجبّه حسن النية في تنفيذ العقود، حيث لا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقّد بما ورد فيه، ولكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وقواعد العدالة بحسب طبيعة الإلتزام"²⁰.

44. ومع ذلك، فنرى إنّ من المثير للتساؤل عدم إلتزام الهيئة بالقاعدة التي وضعتها لنفسها وعدم إنتهاجها لذات المبدأ في تعاملها مع طلب المُحكّمّة الثّاني، والذي يتعلّق بسداد مقابل خدمات

19- نقض مدني - أطلع رقم 103 لسنة 44 قضائية - تاريخ الجلسة 30 نوفمبر 1977؛ نقض مدني - أطلع رقم 2327 لسنة 54 قضائية - تاريخ الجلسة 16 مارس 1989؛ نقض مدني - أطلع رقم 715 لسنة 55 قضائية - تاريخ الجلسة 24 يناير 1990.

20- نقض مدني - أطلع رقم 16621 لسنة 52 قضائية - تاريخ الجلسة 26 مايو 2009.

نظافة إضافية خارج النطاق المتفق عليه في العقد. وحيث نازعت المحنكم ضدها هذا الإدعاء بتفسيرها الخاص لنص العقد، مؤكدة على أن العقد كان يشمل جميع مواقع ومعسكرات المحنكم ضدها، لم تر الهيئة التدخل لفض الإشتباك في التفسير وحل الغموض الخاص بتلك المسألة. فبالرغم من إقرارها بعدم وضوح نصوص العقد فيما يخص تلك الخدمات، لم تلجأ الهيئة للحل الذي إنتهجه في الطلب الأول ولم تطبق المعايير التي حددتها لها أحكام القضاء، بل إكتفت بإلقاء المسؤولية على عاتق المحنكمة، ولومها على عدم توفير الأدلة الكافية والمستندات الدالة على أداءها لخدمات خارج نطاق العقد. هذا مع ملاحظة عدم مراجعتنا لأوراق القضية، بطبيعة الحال، بخلاف الحكم، والذي نعتمد عليه وحده في تعليقنا.

(2) تحديد نشاط الأطراف وتأثيره على تحديد نوع العقد:

45. وحيث إستندت المحنكم ضدها في دفاعها إلى المادة 3 من قانون التجارة،²¹ مدعية أن العقد بالنسبة لها يعتبر عقداً مدينياً ولا تسري على نشاطها أحكام قانون التجارة، وذلك بالإستناد إلى نوع الخدمات المذكورة في العقد بدلاً من نشاط الشركة ذاتها؛ إختلفت معها هيئة التحكيم، وإستندت إلى القانون الخاص المنشئ للشركة المحنكم ضدها، والذي ينص على إنشائها كشركة مساهمة مصرية، مما يجعلها، في نظر الهيئة، تاجراً يمارس نشاطاً تجارياً، وتسري عليه بالتالي أحكام قانون التجارة وفقاً للمادة 10 من هذا الأخير والتي تنص على أن الشركات التي تتخذ شكلاً منصوص عليه في القانون تعتبر تاجراً.

46. ونستحسن رأي الهيئة في إستنتاجها بأن المحنكم ضدها تُعتبر في تفسير قانون التجارة تاجراً، وبالتالي يسري عليها أحكام قانون التجارة؛ وحيث دعمت أحكام القضاء هذا الإستنتاج حينما أرست مبدأ أنه:

"يتوقف تحديد صفة التاجر على العمل الذي يزاوله، فإذا زاول أعمالاً تجارية إعتبر تاجراً وبالتالي خضع للأنظمة التي خص بها القانون للتجار"²².

21- تنص المادة 3 من قانون التجارة على أنه: "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على إلتزامات هذا الطرف وحده، وتسري على إلتزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك".

22- نقض مدني - أطنع رقم 9573 لسنة 80 قضائية - تاريخ الجلسة 27 مارس 2012.

و

"ثبوت وصف التاجر لكل شركة تتخذ أحد الأشكال المتعلقة بالشركات أيًا كان الغرض الذي أنشئت من أجله"²³.

47. وجاء ربط الهيئة للمادة 10 من قانون التجارة²⁴ بالمادة 3 من ذات القانون منطقيًا وفي محلّه؛ فحيث إعتبرت الهيئة المُحتكم ضدّها تاجرًا وبالتالي تسري عليها أحكام قانون التجارة، فيكون من اللزوم المنطقي أن يتمّ إعتبار العقد تجاريًا بالنسبة لها وليس مدنيًا.

(3) تاريخ بدء سريان الفوائد:

48. وأخيرًا، فقد جاء تأسيس الهيئة لقضائها بالفوائد المطلوبة من المُحتكمة وسريانها بدءًا من تاريخ صدور الحكم منقّطًا مع أحكام محكمة النقض. فإن كانت أحكام القضاء قد أسست قاعدة أن:

"الفوائد القانونيّة تسري من تاريخ المطالبة القضائيّة كلّما كان محلّ الإلتزام مبلغ من النقود معلوم المقدار وقت الطلّب بمعنى أن يكون تحديد مقداره قائمًا على أسس ثابتة لا يكون معها للقضاء سلطة في التقدير"²⁵.

49. إلا أنّها في العديد من المناسبات والنزاعات قد أرست الإستثناء لتلك القاعدة، والتي إعتمدت عليه الهيئة في كون التعويض المطلوب غير محدّد المقدار إلا من تاريخ صدور الحكم، وأقرت أن:

"وإذ كان التعويض المطلوب هو ممّا يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإنّ تحديده لا يكون إلا بصدور الحكم النهائي في الدّعوى ولا تسري الفائدة عليه إلا من تاريخ صدور هذا الحكم"²⁶.

23- نقض مدني - أطلعن رقم 9573 لسنة 80 قضائيّة - تاريخ الجلسة 27 مارس 2012.

24- تنصّ المادة 10 من قانون التجارة على أنّه: "يكون تاجرًا: 1- كل من يزاول على وجه الإحتراف بإسمه ولحسابه عملاً تجاريًا.

2- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بالشركات أيًا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله".

25- نقض مدني - أطلعن رقم 170 لسنة 55 قضائيّة - تاريخ الجلسة 20 يونيو 1994.

26- نقض مدني - أطلعن رقم 5176 لسنة 64 قضائيّة - تاريخ الجلسة 8 يوليو 1996.

و

“هذا التعويض هو ما يكون للقاضي سلطة واسعة في تقديره فإنه لا يكون معلوم المقدار وقت طلبه مهما كان تحديد المالك لهذا التعويض في صحيفة دعواه. ولا يصدق عليه هذا الوصف إلا بصدور الحكم النهائي في الدعوى ومن ثم فلا تستحق الفوائد عنه إلا من تاريخ هذا الحكم النهائي”²⁷.

أخلاصة:

وإجمالاً لما سبق، فقد رأينا إعمال الهيئة صائباً لسلطتها التقديرية في تفسير نصوص الإتفاق وفقاً لنية الأطراف وقت التعاقد وبما يتفق مع عبارات العقد ووقائع وملابسات الدعوى التحكيمية، مستندة في ذلك إلى صحيح القانون والمستقر عليه من أحكام القضاء المصري فيما يخص المبادئ العامة لتفسير نصوص العقد ونية الأطراف. وبخلاف ذلك، فقد أغفلت الهيئة الداعي المنطقي والضروري لتمحيص كيفية إعمال شرط تحكيمى هو الأول من نوعه، على حد علمنا، وغاب عنها إمكانية خطأ الأطراف في صياغة شرط تحكيم كان من الأحرى إعتباره منذ البداية مناقضاً لصحيح إجراءات قانون التحكيم وطبيعة التحكيم المؤسسي؛ وذلك بدلاً من اللجوء إلى التفسير الظاهري للمادة 25 من قانون التحكيم والتي تحتاج، إعمالاً لمقتضيات العدل والإنصاف بين الأطراف، إلى تطبيقها تطبيقاً حرفياً.

27- نقض مدني - الطعن رقم 194 لسنة 33 قضائية - تاريخ الجلسة 23 يونيو 1966.

أحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى في واشنطن (الإيسير)

– معاهدة استثمار ثنائية بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة كندا – نشوء نزاع بين الشركة المصرية المستثمرة وكندا بسبب إستثمارات هذه الشركة في شركة إتصالات كندية – إختصاص محكمة التحكيم لدى الإكسيد للنظر في النزاع – إختلاف حول تعريف مصطلح "مستثمر" – الإستثناءات من المعاملة الوطنية للمستثمر – مرور الزمن على الدعوى التحكيمية – معيار المعاملة العادلة والمنصفة – التوقعات المشروعة للمستثمر – معيار الحماية الكاملة والأمن – صدور الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات – عدم مخالفة كندا لإلتزاماتها بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية.

ترجمة ملخص حكم الاكسيد الصادر بتاريخ 27 مارس 2020 بين:

شركة جلوبال تليكوم القابضة ش.

(المدعية)

ضدّ

كندا

(المدعى عليها)

الفضية رقم ARB /16/16

النزاع الحالي قُدّم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ("ICSID") إستناداً إلى الإتفاقية المبرمة بين حكومة كندا وحكومة جمهورية مصر العربية لتعزيز وحماية الإستثمارات التي دخلت حيز التنفيذ في 11 مارس 1997 ("BIT") وإتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، والتي دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966 ("إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار" "ICSID Convention").

إن المدّعية هي شركة (GTH) Global Telecom Holding S.A.E أو "المدّعية"، وهي شركة مساهمة تأسست بموجب قوانين جمهورية مصر العربية ("مصر") ومدرجة في البورصة المصرية. GTH، التي كانت تُعرف سابقاً بإسم Orascom Telecom Holding SAE، تعمل في مجال شبكات الإتصالات ألبوالة في العديد من الأسواق حول العالم. مكتبها مسجّل [...] في القاهرة ، مصر.

أمّا المدّعي عليها فهي كندا (يُشار إليها أيضاً بإسم "المدّعي عليها")، وهي دولة ذات سيادة. كانت كندا دولة طرف في إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار منذ 1 ديسمبر 2013.

تتم ممارسة الرقابة على صناعة الإتصالات اللاسلكية الكندية بشكل أساسي من قبل هيئتين حكوميتين كنديتين. تدير وزارة الصناعة الكندية (Industry Canada)، التي يرأسها وزير الصناعة ("الوزير") ، طيف الترددات على الراديو في كندا بموجب قانون الإتصالات الراديوية. وتنظّم لجنة الراديو والتلفزيون والإتصالات الكندية ("CRTC") شركات الإتصالات وفقاً لقانون الإتصالات.

بموجب قواعد الملكية والرقابة في شركة الإتصالات الكندية، لا يمكن لغير الكندي أن يمتلك أكثر من 33/1٪ من الأسهم التي لها حق التصويت في شركة قابضة تابعة لشركة إتصالات كندية.

طلبات الطرفين:

تؤكد GTH أنّ المحكمة التحكيمية مختصة للنظر في هذا النزاع وأنّ كندا قد إنتهكت إتفاقية الإستثمار الثنائية (BIT) من جراء عدم (أ) معاملة GTH معاملة عادلة ومنصفة، (ب) ضمان الحماية الكاملة والأمن لإستثمارات GTH، (ج) ضمان التحويل غير المقيد لـ إستثمار GTH، (د) معاملة إستثمار GTH بشكل لا يقلّ تفضيلاً عن المعاملة التي توفرها لإستثمارات مستثمرها.

تطلب GTH من المحكمة أن:

- (أ) تعلن أنها مختصة للنظر في طلبات GTH في هذا التحكيم؛
- (ب) تعلن قبول كل طلب من طلبات GTH في هذا التحكيم؛
- (ج) رفض جميع إعتراضات كندا بشأن الإختصاص والمقبولية؛
- (د) تعلن أن كندا قد أخلت بالتزاماتها تجاه GTH بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية إذ منعت كندا بيع Wind Mobile إلى شركة مُزوِّدة الخدمة اللاسلكية؛ على وجه التحديد:
 - (i) مخالفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة طبقاً للمادة الثانية (2) (أ) من إتفاقية الإستثمار الثنائية،"
 - (ii) مخالفة معيار الحماية الكاملة ومعيار الأمن طبقاً للمادة الثانية (2) (ب) من إتفاقية الإستثمار الثنائية، و
 - (iii) ضمان النقل غير المقيّد طبقاً للمادة التاسعة (1) من إتفاقية الإستثمار الثنائية؛
- (هـ) تعلن أن كندا قد أخلت بالتزاماتها تجاه GTH بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية عندما عاملت كندا GTH وفق مخاوف تتعلق بالأمن القومي، على وجه التحديد:
 - (1) مخالفة معيار المعاملة العادلة والمنصفة طبقاً للمادة الثانية (2) (أ) من إتفاقية الإستثمار الثنائية
 - (2) مخالفة معيار الحماية الكاملة ومعيار الأمن طبقاً للمادة الثانية (2) (ب) من إتفاقية الإستثمار الثنائية، و
 - (3) أحمائية من خلال المعاملة الوطنية بموجب المادة الرابعة (1) من إتفاقية الإستثمار الثنائية
- (و) تعلن أن كندا قد إنتهكت معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً للمادة الثانية (2) (أ) ومعيار الحماية الكاملة والأمن طبقاً للمادة الثانية (2) (ب) من إتفاقية الإستثمار الثنائية نظراً لمعاملتها التراكمية في ما خصّ إستثمار GTH،

ز) أن تأمر كندا بدفع إلى GTH أالمبالغ التالية التي تمّ تقييمها إعتباراً من 30 سبتمبر 2018، ليتمّ تحديثها حتى تاريخ صدور الحكم التحكيمي (أو أي مبلغ آخر تحدّده المحكمة على أنه مناسب):

[...]

ح) تأمر كندا بدفع جميع تكاليف ونفقات التّحكيم، بما في ذلك الرّسوم القانونيّة لـ GTH، وأتعاب ومصاريف أي خبراء، وأتعاب ونفقات المحكمة، والتكاليف الأخرى للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID؛ وكلّ ما تراه المحكمة مناسباً.

وتقول كندا أنّ المحكمة ليست مختصة للنظر في هذا النزاع، وترفض كلّ مطالبات GTH بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية BIT.

تطلب كندا من المحكمة أن تُصدر قراراً:

أ) تُعلن فيه أنّ GTH ليست "مستثمراً" من جمهوريّة مصر العربيّة حسب المعنى المقصود في المادّة الأولى من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري (FIPA) وأنّ المحكمة تفتقر إلى الإختصاص بشأن طلبات GTH.

وإلاّ بدلاً عن ذلك،

ب) تُعلن عن أنّ إعتقاد إطار التّحويل (transfer framework) لا يخالف إلتزامات كندا بموجب الموادّ الثنائية (2) (أ)، والثانية (2) (ب)، والتاسعة (1) من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري FIPA؛

ج) تُعلن أنّ مراجعة الأمن القومي لطلب GTH للحصول على التّحكّم في التّصويت في GTH يندرج ضمن إستثناء تسوية المنازعات المنصوص عليه في المادّة الثنائية (4) (ب) من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري FIPA؛ وأنّ المحكمة تفتقر إلى الإختصاص للنظر في طلبات GTH المتعلقة بمراجعة الأمن القومي.

في البديل الآخر،

(د) تعلن عدم قبول، وفقاً للتحفظ الوارد في المادة الرابعة (2) (د) ومرفقها، الإدعاء بأنّ مراجعة الأمن القومي لطلب GTH للحصول على التحكم في التصويت في GTH يشكل مخالفة للمادة الرابعة (1) من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري FIPA؛ و

(هـ) تعلن أنّ مراجعة الأمن القومي لطلب GTH بالحصول على التحكم في التصويت في شركة Wind Mobile لم يخالف إلتزامات كندا بموجب المادتين 2 (أ) و 2 (2) (ب) من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري FIPA؛

(و) تعلن أنّ معاملة كندا التراكمية لإستثمارات GTH لم تنتهك إلتزامات كندا بموجب المادتين 2 (أ) و 2 (2) (ب) من إتفاقية تشجيع وحماية الإستثمار الأجنبي الكندي-المصري FIPA.

وفي جميع الحالات،

(ز) ردّ مطالبة GTH بالتعويضات والأمر بتحمّل GTH تكاليف التحكم، بما في ذلك التكاليف التي تكبّتها كندا للتمثيل القانوني والمساعدة.

[...]

حول صحّة إعطاء صفة مستثمر لشركة GTH وفقاً للمادة 1(ز) من إتفاقية الإستثمار الثنائية:

- المواد ذات الصلة في إتفاقية الإستثمار الثنائية:

النسخة الإنكليزية من المادة 1 (ز) هي على الشكل التالي:

Article I (g) of the BIT defines “investor” as follows: (g) “investor” means [...] in the case of the Arab Republic of Egypt: any natural or juridical person, including the Government of the Arab Republic of Egypt who invests in the territory of Canada. [...] the term “juridical person” means any entity established in accordance with, and recognized as a juridical person by the laws of the Arab Republic of Egypt: such as public institutions, corporations, foundations, private companies, firms, establishments and organizations, and having permanent residence in the territory of the Arab Republic of Egypt.

أشار الطرفان أيضاً إلى النسختين العربية والفرنسية لهذه المادة، والتي تُعدّ جميعها مع اللغة الإنجليزية نصوصاً متساوية في الحجية.

فتعريف "investisseur" في المادة 1 (و) من النسخة الفرنسية للاتفاقية جاءت على الشكل التالي:

«investisseur désigne» [...] Dans le cas de la République arabe d'Égypte : toute personne physique ou morale, y compris le gouvernement de la République arabe d'Égypte, qui fait un investissement sur le territoire canadien : [...] par le terme « personne morale », il faut entendre toute entité constituée en conformité avec les lois de la République arabe d'Égypte et reconnue comme personne morale par ces lois: dont les institutions publiques, les personnes morales proprement dites (ou corporations) les fondations, les compagnies privées, les firmes, les établissements et les associations, ayant le droit de résidence permanente sur le territoire de la République arabe d'Égypte.

وتنصّ النسخة العربية من المادة الأولى (ز) على ما يأتي:

"(ز) "المستثمر" يعني:

[...]

في حالة جمهورية مصر العربية:

أيّ شخص طبيعي أو إعتباري بما في ذلك حكومة جمهورية مصر العربية يستثمر في إقليم كندا:

[...]

2- ويعني "شخص إعتباري" أي منشأة تكونت أو أنشئت وفقاً لقوانين جمهورية مصر العربية مثل المنشآت العامة والشركات العامة والخاصة والمؤسسات والمنظمات والتي لها إقامة دائمة في إقليم جمهورية مصر العربية.

يوجد في إتفاقية الإستثمار الثنائية BIT تعريفان منفصلين ومختلفين لكلمة "مستثمر" وفقاً لما إذا كان المستثمر كندياً أو مصرياً.

في هذا التحكيم، فقط التعريف الأخير هو ذات صلة. ضمن التعريف الوارد في المادة الأولى (ز) للمستثمر المصري، تُنسب معانٍ منفصلة للمستثمر الذي هو شخص طبيعي وللمستثمر

الذي هو شخص إعتباري. نظرًا للوضع غير المتنازع عليه بالنسبة لـ GTH أنها شركة بالتالي، فإن تعريف الشخص الإعتباري في المادة الأولى (ز) من BIT فقط هو مناسب لتحديد ما إذا كانت GTH مستثمرًا محميًا.

وكما هو واضح من النظرة الأولى، فإن النسخ اللغوية الثلاثة لمعاهدة الإستثمار الثنائية ليست متطابقة. [...]

لا تثير هذه الإختلافات شكوكًا بشأن الشرط الوارد في إتفاقية الإستثمار الثنائية والذي يقضي بضرورة إنشاء المستثمر المصري الذي هو شخص إعتباري، وفقًا للقوانين المصرية ويجب أن يكون إتخذ له محل إقامة دائمة على الأراضي المصرية.

تشير المحكمة إلى أن كلا الطرفين قد قدم مذكرات بشأن النقطة التي تشير إلى أن النسخة الفرنسية من معاهدة الإستثمار الثنائية تشير إلى "ayant le droit de résidence Permanente"، والتي تُترجم باللغة الإنجليزية على أنها "having the right to permanent residence" أي "لها الحق في الإقامة الدائمة" في مصر. في ظاهرها، يبدو أن هذه الإشارة تضع معيارًا مختلفًا عن النسخ الإنجليزية والعربية الأصلية التي تتطلب من المستثمر "أن يكون له إقامة دائمة". لم يقترح أي من الطرفين ولا خبرائهما أن النسخة الفرنسية تحدّد معيارًا مختلفًا يجب أن يسود على النسخ الأخرى من معاهدة الإستثمار الثنائية.

على أي حال، تعتبر المحكمة أنه قد ثبت، في الواقع، أن GTH قد تم تأسيسها - ليس فقط لها الحق في أن تنشأ - وفقًا لقوانين مصر، وظلت كذلك عند تاريخ تقديم طلب التحكيم، وأنها تُعتبر كشخص إعتباري بموجب قوانين مصر وظلت كذلك حتى تاريخ طلب التحكيم.

إن ما تقدّمت به كندا بأن GTH "ليست كيانًا مؤسسًا وفقًا لقوانين مصر" لأنه يُزعم أن GTH ليس لها محل إدارة رئيسي في مصر يتمّ دحضه من خلال إبراز GTH لمقتطف معاصر من السجل التجاري، تمت الموافقة عليه من قبل الحكومة المصرية، يؤكد بأن مقرّ GTH يقع في مصر.

بعد أن تمّ إثبات هذا الشرط الأوّل لإعطاء صفة مستثمر مؤهل بموجب المادة الأولى (ز) (2)، بقي للمحكمة مهمّة تحديد ما إذا كانت GTH لديها إقامة دائمة في الأراضي المصرية في التاريخ ذي الصلة. لم يتمّ تعريف مصطلح "الإقامة الدائمة" (permanent residence) في معاهدة الإستثمار الثنائية. وبالمثل، إتفق كل من خبراء القانون المصريّين الذين تمتّ تسميتهم من

الطرفين على أن المصطلح غير معرف عنه في القانون المصري، وقد إتفق الطرفان في مرافعاتهما، وأكداً مجدداً في جلسة الإستماع، أنه مفهوم متفق عليه مستقلاً وارد في المعاهدة. وبالتالي، سوف تسترشد المحكمة في تفسيرها لمصطلح "الإقامة الدائمة" بقواعد تفسير المعاهدات المنصوص عليها في إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، بما في ذلك على وجه الخصوص المواد من 31 إلى 33.

المادة 31: القاعدة العامة في التفسير

- 1- تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.
- 2- بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الديباجة والملاحق، يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي:
 - (أ) أي إتفاق يتعلّق بالمعاهدة ويكون قد تمّ بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقدها؛
 - (ب) أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.
- 3- يؤخذ في الإعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي:
 - (أ) أي إتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها؛
 - (ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمّن إتفاق الأطراف على تفسيرها؛
 - (ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف.
- 4- يُعطى معنى خاص للفظ معيّن إذا ثبت أن نية الأطراف قد إتجهت إلى ذلك.

المادة 32: الوسائل التكميلية في التفسير

يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 أو لتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقاً لتلك المادة:

- (أ) أن يترك المعنى غامضاً أو غير واضح؛ أو
(ب) أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة.

المادة 33: تفسير المعاهدات الموثقة بلغتين أو أكثر

- 1- إذا وثقت المعاهدة بلغتين أو أكثر يكون لنصّها بأيّ من هذه اللغات نفس القوة ما لم تنصّ المعاهدة أو يتفق الأطراف على أنه عند الإختلاف يسود نصّ معيّن.
- 2- لا يعتبر نصّ المعاهدة الذي يصاغ بلغة غير اللغات التي وثقت بها المعاهدة رسمياً إلاّ إذا نصّت المعاهدة أو إتفق الأطراف على ذلك.
- 3- يفترض أنّ الألفاظ لها نفس المعنى في كلّ نصّ رسمي.
- 4- فيما خلا الحالات التي يسود فيها نصّ معيّن وفقاً لأحكام الفقرة الأولى، إذا أظهرت مقارنة النصوص الرسمية إختلافاً في المعنى لم يزله تطبيق المادتين 31 و32، يؤخذ بالمعنى الذي يوفّق بقدر الإمكان بين النصوص المختلفة مع أخذ موضوع المعاهدة والغرض منها بعين الإعتبار.

لم تجد المحكمة أي سند في إتفاقية الإستثمار الثنائية لإدعاء كندا بأنّ "الإقامة الدائمة"، على النحو المستخدم في إتفاقية الإستثمار الثنائية، يتطلب روابط قويّة ودائمة "يجب أن تكون أقوى من روابط الكيان بأي ولاية قضائية أخرى في الوقت الذي يُقيّم فيه معيار إستمرارية الإقامة". أمّا بالنسبة لشركة دولية تعمل في مجال الأعمال التجارية في العديد من الأسواق، فإنّ يُطلب منها أن يكون لديها محلّ إقامة دائمة واحد هو قيد إستثنائي وخروج عن الوسائل العرفية والشرعية لممارسة الأعمال التجارية التي لا ينبغي أخذها في الإعتبار إلاّ في حال نصّت إتفاقية الإستثمار الثنائية نفسها على ذلك أو أن نراجع إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات VCLT، أو أعمالها التحضيرية أو [...] لتبرير مثل هذا الإستنتاج. لم تقدّم كندا مثل هذه الأدلّة. فإعتبرت المحكمة أنّ الشخص الإعتباري يمكن أن يكون لديه أكثر من محلّ إقامة دائمة في حالة عدم وجود قيد إلزامي في القوانين المعمول بها.

على هذا النحو، إعتبرت المحكمة أنّ GTH تلبّي شروط "المستثمر" كما هي محدّدة في BIT.

حول حجب المادة الثانية (4) (ب) من إتفاقية الإستثمار الثنائية الإختصاص عن المحكمة التحكيمية بشأن مطالبات GTH المتعلقة بطلب التحكّم بالتصويت:

[...]

تنصّ المادة 2 (4) من إتفاقية الإستثمار الثنائية على ما يأتي:

(أ) "أية قرارات لأيّ من الطرفين المتعاقدين غير مخالفة لإجراءات هذا الإتفاق بالنسبة لإمكانية السّماح بإمتلاك أو عدمه، لن تكون خاضعة لأحكام المادتين¹ 13 و² 15 لهذا الإتفاق.

(ب) قرارات أي من الطرفين المتعاقدين بعدم السّماح بتأسيس أي شركة أعمال جديدة أو إمتلاك شركة أعمال قائمة أو حصّة فيها بواسطة مستثمرين حاليين أو مرتقبين ليست خاضعة لأحكام المادة 13 من هذه الإتفاقية".

سعت GTH إلى تحويل الأسهم التي لا تملك بموجبها حقّ التصويت من الفئة D في Wind Mobile إلى أسهم لها حقّ التصويت من الفئة B.

إعتبرت كندا أنه يُستبعد أي قرار يقع في نطاق المادة 2 (4) من إتفاقية الإستثمار الثنائية من تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة. ورأت أنّ تحويل الأسهم الذي قامت به GTH هو عبارة عن إكتساب ملكية الأسهم، وفي هذه الحالة، تُعتبر أيضًا بمثابة إستحواذ على Wind Mobile.

[...]

تتطبق المادة الثانية (4) على قرارات عدم السّماح بالإستحواذ على مشروع تجاري قائم أو على حصّة في هذا المشروع.

[...]

تكمن الصّعوبة التي تواجهها كندا في أنّ إتفاقية الإستثمار الثنائية تشير إلى "الإستحواذ على مشروع تجاري قائم، أو حصّة في مؤسسة"، ولكن لا تشير إلى إكتساب السيطرة على التصويت. لا يمكن إعتبار أحدهما بالضرّورة مدمجًا في الآخر. في غياب وجود إشارة في BIT إلى

1- تسوية المنازعات بين المستثمر والطرف المتعاقد المضيف.

2- المنازعات بين الاطراف المتعاقدة.

إكتساب السيطرة القانونية، وبما يتوافق مع القاعدة العامة للتفسير في المادة 31 (1) من إتفاقية VCLT، فإن غالبية المحكمة التحكيمية تعتبر أن BIT تشير في المادة الثانية (4) (ب) إلى الإستحواذ على مؤسسة أو حصة فيها بمعنى الملكية وليس السيطرة.

لذلك، قررت المحكمة، بالأغلبية، أنها لا تستطيع قبول حجج كندا بأن التدابير المطعون فيها تندرج في نطاق المادة الثانية (4) (ب) من معاهدة الإستثمار الثنائية إذ أن ذلك يعتبر قراراً بعدم السماح بإمتلاك مشروع تجاري قائم أو حصة في هذا المشروع. وبالتالي، فإن الطعن في الإختصاص مرفوض.

حول ما إذا كانت المادة الرابعة (2) (د) من BIT تحرم المحكمة من الإختصاص للنظر في طلبات المدعية بالمعاملة الوطنية:

اعتبرت GTH أن كندا خالفت إلتزامات المعاملة الوطنية الواردة في إتفاقية الإستثمار الثنائية.

ردت كندا بأن هذا الإدعاء يستبعده التحفظ الذي وضعته هي في المادة الرابعة (2) (د) من معاهدة الإستثمار الثنائية، وبالتالي، فإن المحكمة التحكيمية تنقر إلى الإختصاص الموضوعي في هذه الدعوى.

رداً على ذلك، تقول GTH بأنه يجب رفض هذا الطعن لأن (أ) كندا لم تمارس حقها في وضع أو الإستمرار في إستثناء بموجب المادة الرابعة (2) (د)، و(ب) لأنه على أي حال، لم تتحفظ بحق الإستمرار في إستثناءات فيما يتعلق بالإستثمارات في قطاع الإتصالات.

تنص المادة 4(2)(د) من إتفاقية الإستثمار الثنائية أن إلتزام الأطراف المتعاقدة بالمعاملة الوطنية "لا ينطبق على [...] حق كل طرف متعاقد في منح أو الإستمرار في إستثناء القائمة بالنسبة للقطاعات أو المواضيع المدرجة في ملحق هذه الإتفاقية".

ينص ملحق الإتفاقية على ما يلي:

"1- طبقاً للمادة 4 والفقرة الفرعية (2-د)، تحتفظ كندا بحق إتخاذ، منح، وحفظ إستثناءات في القطاعات أو الأمور في القائمة التالية:

- الخدمات الإجتماعية (مثل الأجهزة المنوط بها تنفيذ القانون - أمان الدّخل أو التّأمين، الأمن الإجتماعي أو التّأمين، الرّفاهية الإجتماعية، التّعليم العامّ، التّدريب العامّ، الصّحة ورعاية الطّفل).

- الخدمات في أيّ قطاع آخر .

- الأوراق الماليّة الحكوميّة كما هو موضح في SIC 8152.

- إشرطات الإقامة بالنّسبة لتملّك الأراضي الواقعة على المحيط.

- إجراءات منفّدة لإتفاقات المناطق الشّمالية الغربيّة والبتروول والغاز في YUKON.

2- لأغراض هذا الملحق، تعني عبارة "SIC"، فيما يتعلّق بكندا، الأرقام الخاصّة بالتبويب الصّناعي على النّحو المبيّن في هيئة الإحصاء الكنديّة، التّبويب الصّناعي، الإصدار الرّابع، 1980.

كنقطة أولية، تلاحظ المحكمة أنّ المادّة الرّابعة (2) (د) من معاهدة الإستثمار الثّنائية تتعلّق بالإستثناءات من المعاملة الوطنيّة، وهي حماية ملموسة ممنوحة بموجب معاهدة الإستثمار الثّنائية. تحتجّ كندا بهذه المادّة لتظعن بإختصاص المحكمة.

إنّ القرار في هذا القسم من الحكم التّحكيمي أُخذ من قبل أغلبيّة المحكمة.

على المحكمة أن تحدّد، وفقاً للمادّة الرّابعة (2) (د) وملحق معاهدة الإستثمار الثّنائية، أن كانت التّدابير المتّخذة في قطاع الإتّصالات السلكية واللاسلكية مستثناة من نطاق التّزامات المعاملة الوطنيّة لكندا.

لذلك عالجت المحكمة سؤالين رئيسيين: (أ) هل وضعت كندا إستثناءً صحيحاً بموجب المادّة الرّابعة (2) (د)؟ و (ب) وإذا كان الأمر كذلك، فهل يشمل هذا الإستثناء قطاع الإتّصالات؟

فيما يتعلّق بكلّ من هذه الأسئلة، فإنّ مهمّة المحكمة الأساسيّة هي تفسير الموادّ ذات الصّلة من BIT وفقاً للمادّة 31 (1) من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات VCLT.

تنصّ المادّة الرّابعة من معاهدة الإستثمار الثّنائية على مبدأ عام في الفقرة (1)، مع مراعاة عدد من الإستثناءات المنصوص عليها في الفقرة (2).

يوضّح النصّ أنّ الحقّ في وضع إستثناء في قطاع أو مسألة يخضع لشرط واحد فقط: يجب إدراج القطاع أو المسألة في الملحق.

في الملحق، تحتفظ كندا "بحقّ إتخاذ، منح، وحفظ إستثناءات" في خمس فئات، بما في ذلك "الخدمات الإجتماعيّة" و"الخدمات في أيّ قطاع آخر". لكننا الحقّ في وضع إستثناءات على إلتزامها بالمعاملة الوطنيّة في ما يتعلّق بـ"الخدمات".

تؤكّد GTH أنّه يجب على كندا ممارسة حقّها في وضع إستثناءات، بعد إشتراط تبليغ المستثمرين الذين يخضعون لحماية معاهدة الإستثمار الثنائيّة BIT".

وجدت محكمة التحكيم أنّ التفسير الصحيح والمنطقي للمادة الرابعة (2) (د) والملحق، هو تفسير كندا. وعلى وجه الخصوص، لا يوجد ببساطة أيّ أساس في نصّ معاهدة الإستثمار الثنائيّة لفرض شرط إجرائي إضافي يؤدي إلى تفعيل الإستثناء.

فيما يتعلّق بالملحق، يجب قراءة الإشارة إلى "الخدمات في أيّ قطاع آخر" في سياق الإستثناءات الأربعة الأخرى المدرجة.

لا يترك النصّ أيّ شكّ في أنّ كندا الحقّ في إتخاذ إستثناءات من إلتزامها بالمعاملة الوطنيّة في "الخدمات"، وترفض المحكمة إخضاع هذا الحقّ لمتطلبات الإشعار أو أيّ عقبة إجرائيّة أخرى غير مُدرجة في معاهدة الإستثمار الثنائيّة.

تنتقل المحكمة الآن إلى مسألة ما إذا كانت "الخدمات في أيّ قطاع آخر" تشمل قطاع الإتصالات، وهو القطاع المعنيّ في هذه القضية. لا تجد المحكمة صعوبة في القول بأنّ الخدمات في أيّ قطاع آخر تشمل قطاع الإتصالات.

خلصت المحكمة إلى أنّ طلب شركة GTH بشأن المعاملة الوطنيّة، والذي يتعلّق حصريّاً بقطاع الإتصالات، هو مُستثنى من نطاق أحكام المعاملة الوطنيّة في BIT. وبناءً على ذلك، يُرفض الطلب المتعلّق بالمعاملة الوطنيّة.

[...]

حول ما إذا كانت الطلبات قد سقطت بمرور الزمن وفقاً للمادة 13 (3) (د) من إتفاقيّة الإستثمار الثنائيّة:

تنصّ المادة 13 (3) (د) من إتفاقيّة الإستثمار الثنائيّة على ما يأتي:

"يمكن للمستثمر أن يتقدّم بنزاعه وفقاً لما ورد في الفقرة 1 للتحكيم وبما يتفق مع الفقرة (4) فقط في إحدى الحالات الآتية: [...] ألا يكون قد مرّ أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ علم

المستثمر بالإخلال المزعوم أو من التاريخ المفترض لعلمه بهذا الإخلال وعلمه بأنه قد تعرّض لخسارة أو ضرر".

بعد الإطلاع على حجج الطرفين بشأن مسألة التقادم المسقط، قرّرت المحكمة أن إدعاء GTH بأنها تعرّضت لمخالفة مركّبة ومشاركة (*composite*) هي مسألة تتعلق بالأساس، وليس مسألة إختصاص. أمّا لأغراض الإختصاص، على المحكمة أن تقرّر فقط ما إذا كان الإختيار ذي الشقين المنصوص عليه في المادة الثالثة عشرة (3) (د) من معاهدة الإستثمار الثنائية مستوفاً: أي أنّ GTH قد علمت فقط فعلياً أو بشكل إستدلالي قائم على قرينة (أ) بالإخلال المزعوم كما هو مذكور في مطالبتها و (ب) بالخسارة الناتجة أو الضرر الناتج، خلال فترة التقادم البالغة ثلاث سنوات قبل تقديم طلب التحكيم في 28 مايو 2016. إذا ثبت أنّ واحداً أو أكثر من الإخلالات أصبح معلوماً، أو كان من المفترض أن يصبح معلوماً للمستثمر قبل أكثر من ثلاث سنوات من تقديمه نزاعه إلى التحكيم، فإنّ الدّعى المتعلقة بهذا الإنتهاك المحدّد ستسقط بمرور الزمن بموجب المادة الثالثة عشرة (3) (د).

يُسقط مرور الزمن الدّعى فقط إذا، بالإضافة إلى معرفة المستثمر بالمخالفة قبل أكثر من ثلاث سنوات من تقديمه طلب التحكيم، كانت الخسارة أو الضرر الناتجين عن هذا الإنتهاك قد أصبحا معروفين/أيضاً لذلك المستثمر قبل أكثر من ثلاث سنوات من تقديمه دعواه.

تعتبر المحكمة، أنه بموجب المادة الثالثة عشرة (3) (د) من معاهدة الإستثمار الثنائية، من أجل معرفة المستثمر، سواء فعلياً أو بشكل إستدلالي، بأنه قد تكبّد خسارة أو ضرراً بسبب الإخلال المزعوم، يجب أن تكون جميع الإجراءات أو الإغفالات اللازمة لتشكيل الخلل المزعوم قد حصلت.

لذلك، تردّ المحكمة إعتراض كندا على الإختصاص بناءً على المادة الثالثة عشرة (3) (د) بإعتبار أن لا أساس له.

حول ما إذا كان للمدّعية صفة لتقديم طلبات تتعلق بمعاملة WIND MOBILE:

تتعلق المادة الثالثة عشرة من إتفاقية الإستثمار الثنائية "بتسوية المنازعات بين المستثمر والطرف المتعاقد المضيف". تنصّ في بعض الأجزاء ذات الصلة على ما يلي:

1- "تمّ تسوية أيّ نزاع بين أي طرف متعاقد ومستثمري الطرف المتعاقد الآخر بخصوص إدعاء المستثمر بأنّ إجراءً قد إتخذ أو لم يتخذ من قِبَل الطرف المتعاقد الأول بصورة تمثّل إخلالاً لهذه الإتفاقيّة وبحيث تسببت في خسارة أو ضرر نتيجة هذا الإخلال بصورة وديّة بينهم قدر المستطاع.
[...]

3- يمكن للمستثمر أن يتقدّم بنزاعه وفقاً لما ورد في الفقرة 1 للتحكيم وبما يتفق مع الفقرة 4 فقط في إحدى الحالات الآتية:

(أ) موافقة المستثمر كتابة على ذلك.

(ب) تنازل المستثمر عن حقّه في إقامة أو الإستمرار في أيّ دعاوى قضائيّة متعلّقة بالإجراء الذي يزعم أنّه إنتهاك لهذه الإتفاقيّة أمام محاكم الطرف التّعاقدي المهني أو أي وسيلة لتسوية المنازعات.
[...]

4- سوف يعرض النزاع على هيئة التحكيم في حالة إختيار المستثمر لذلك إلى:
أ- المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (ICSID).
[...]

5- يمنح كلّ طرف متعاقد موافقته غير المشروطة على تقديم النزاع للتحكيم الدولي بمقتضى شروط هذه المادّة
[...]

7- سوف تبحث المحكمة المنشأة طبقاً لهذه المادّة قضايا النزاع وفق هذا الإتفاق وقواعد القانون الدولي المطبّقة
[...]

12- (أ) الدّعوى بأنّ الطرف المتعاقد قد أخلّ بهذه الإتفاقيّة وبأنّ شركة تمثّل شخصيّة إعتباريّة مكوّنة طبقاً لقوانين هذا الطرف المتعاقد قد تعرّضت لخسارة أو ضرر بسبب هذا الإخلال، يمكن لمستثمر من الطرف المتعاقد الآخر بالنيابة عن شركة يمتلكها المستثمر مباشرة أو غير مباشرة. في هذه الحالة:

- 1- سوف يتخذ أي حكم يؤثر في المشروع.
 - 2- الحصول على موافقة المستثمر والشركة على التحكيم.
 - 3- يتنازل كل من المستثمر والشركة عن أيّ حقوق للبدء أو إستمرار أيّ إجراءات أخرى متعلّقة بالإجراء الذي إدّعاه لإنتهاك هذا الإتفاق أمام محاكم الطّرف التّعاقدي المعني أو في أيّ إجراء لتسوية المنازعة".
- ترى المحكمة أنّ تعريف "الإستثمار" بموجب المادّة الأولى (و) هو تعريف واسع. وهو يشمل أيّ نوع من الأصول المملوكة أو المُدارة بشكل مباشر أو غير مباشر من خلال مستثمر من أحد الأطراف المتعاقدة في إقليم الطّرف المتعاقد الآخر. يتمّ سرد الأسهم على وجه التّحديد من بين الأمثلة غير الشّاملة في هذه المادّة من BIT، إلى جانب الأسهم والسندات والرّهونات والمطالبات بأموال. تعتبر مساهمة GTH غير المباشرة في Wind Mobile والديون المستحقّة لها من Wind Mobile إستثمارات محميّة بموجب BIT. علاوة على ذلك، في وقت سابق من هذا الحكم التّحكيمي، قضت المحكمة بأنّ GTH هي مستثمر مؤهل يستفيد من حماية BIT.
- تشير المحكمة إلى أنّ GTH توكّد أنّها لم تقدّم دعوها بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية BIT نيابة عن Wind Mobile أو عن الأضرار التي تكبّتها شركة Wind Mobile، ولكنّها مطالبات بموجب المادّة 13 (1) فيما يتعلّق بخسارتها كمستثمر في Wind Mobile، أيّ كمساهم ودائن لشركة Wind Mobile ولذلك تعتبر المحكمة أنّ GTH لا تحتاج إلى الإمتثال لشروط المادّة 13 (12) من إتفاقية الإستثمار الثنائية BIT.
- وفقاً لذلك، تقرّر محكمة التّحكيم أنّ GTH لها صفة بموجب المادّة 13 (1) من BIT لتقديم النزاع إلى التّحكيم وفقاً للشروط المنصوص عليها في المادّة الثالثة عشرة (3).
- وتؤيّد المحكمة طعن كندا باختصاص المحكمة في ما خصّ إدّعاء GTH بأنّ كندا إنتهكت الإتزامات المعاملة الوطنيّة المنصوص عليها في BIT. وترفض المحكمة طعون كندا المتبقيّة بالإختصاص والمقبوليّة.

في الأساس:

أ - المعاملة العادلة والمنصفة:

تدعي GTH أن كندا قد خرقت إلتزامها بتأمين معاملة عادلة ومنصفة ("FET") بموجب المادة الثانية (2) (أ) من BIT من خلال (أ) منع GTH من بيع Wind Mobile إلى مزود الخدمة اللاسلكية؛ (ب) إخضاع GTH لعملية مراجعة تعسفية تتعلق بالأمن القومي وتفنقر إلى الشفافية ومراعاة الإجراءات القانونية الواجبة؛ و (ج) ألسلوك الكندي التراكمي طوال فترة إستثمار GTH.

أما كندا فنقول بأنّ GTH قد إستندت في هذه الإدعاءات إلى تفسير واسع للمعنى الوارد في المادة الثانية (2) (أ) وتفتي وجود أيّ خرق لإلتزامها بالمعاملة العادلة والمنصفة. تنصّ المادة 2(2) من الإتفاقية على ما يأتي:

"يمنح كلّ طرف من الطرفين المتعاقدين إستثمار وعوائد مستثمري الطرف الآخر المتعاقد: معاملة عادلة ومنصفة وفقاً لمبادئ القانون الدولي [...]."

تفتي كندا أن يتضمّن معيار المعاملة العادلة والمنصفة FET إلتزاماً قائماً بذاته لحماية التوقّعات المشروعة للمستثمر. ونقول أنه في ضوء السّلطة السيادية للدولة في التشريع وتكييف نظامها القانوني مع الظروف المتغيرة، لا يمكن للمستثمر أن يكون لديه توقّع مشروع بأنّ البيئة القانونية أو بيئة الأعمال التجارية ستظلّ كما هي، ما لم تقدّم الدولة تصريحاً صريحاً ومحدداً لهذا الغرض.

يختلف الطرفان فيما يتعلّق بمحتوى ونطاق إلتزام المعاملة العادلة والمنصفة FET المنصوص عليه في المادة الثانية (2) (أ) من معاهدة الإستثمار الثنائية. لذلك تراعي المحكمة القاعدة العامّة للتفسير في المادة 31 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (VCLT). على عكس المصطلحات الأخرى المتنازع عليها في معاهدة الإستثمار الثنائية، فإنّ النصوص الثلاثة الأصلية لمعاهدة الإستثمار الثنائية متطابقة في تحديد موجب المعاملة العادلة والمنصفة FET لكلّ طرف متعاقد "وفقاً لمبادئ القانون الدولي".

عند مراجعة موضوع وغرض معاهدة الإستثمار الثنائية، تلاحظ محكمة التحكيم أنّ كلاً من مقدّمة الإتفاقية والمادة الثانية (1) تنصّ على رغبة الأطراف المتعاقدة في خلق ظروف مؤاتية

للمستثمرين الكنديين في مصر، وللمستثمرين المصريين في كندا، والإعتراف بأن حماية الإستثمارات التي يقوم بها رعاياها في أراضي الدولة المتعاقدة الأخرى سوف تؤدي إلى تحفيز المبادرة التجارية وتطوير التعاون الإقتصادي بين تلك الدول.

[...]

تطرقت المحكمة أولاً إلى حجة كندا بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة المنصوص عليه في معاهدة الإستثمار الثنائية يقتصر على الحد الأدنى من معايير المعاملة بموجب القانون الدولي العرفي، وخلصت المحكمة إلى أنه لا يوجد أساس لمثل هذا التفسير. أيّ تحديد من هذا القبيل يتعارض مع المصطلحات الصريحة المستخدمة في المادة الثانية (2) (أ) والمعنى العادي الذي يجب أن يعطى لتلك المصطلحات في سياقها.

تشير المادة الثانية (2) (ب) إلى معاملة عادلة ومنصفة وفقاً لمبادئ القانون الدولي؛ وهي لا تشير إلى الحد الأدنى من معايير المعاملة.

في معاهدات دولية أخرى كانت كندا طرفاً فيها، هناك إشارة صريحة إلى "الحد الأدنى من معايير المعاملة". مثال على ذلك، المادة 1105 من إتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (نافتا) [...] على وجه الخصوص، إتفاقية النافتا، الموقعة في عام 1992، أي قبل معاهدة الإستثمار الثنائية. ومع ذلك، فإن معاهدة الإستثمار الثنائية لا تشير إلى ذلك.

لا تعتبر هذه المحكمة أنّ إلتزام المعاملة العادلة والمنصفة FET، يقيد الدولة، بشكل غير لائق أو غير معقول، ويمنعها من تشريع وتكييف نظامها القانوني مع الظروف المتغيرة. ومع ذلك، لا يجوز للدولة عند القيام بذلك أن تتجاهل مصالح المستثمر الذي يعتمد على مسار العمل السابق للدولة.

ستتظر المحكمة فيما إذا كان هناك خرق لإلتزام المعاملة العادلة والمنصفة FET فيما يتعلق بكل طلب على حداً مقدّم من GTH.

حول ما إذا خالف إطار التحويل موجب المعاملة العادلة والمنصفة الملقى على عاتق المدعى عليها:

من أجل تحديد ما إذا كان سلوك كندا قد أحبط التوقعات المشروعة لـ GTH، وبالتالي، خرق معيار المعاملة العادلة والمنصفة FET على النحو المنصوص عليه في المادة الثانية (2)

(أ) من BIT، درست المحكمة، إستناداً إلى الأدلة المقدّمة من الطرفين، ما إذا كان من الممكن تحديد مزاعم كندا التي يمكن أن تنشئ توقعات مشروعة عند GTH، ومدى إعتدال GTH على هذه المزاعم في قرارها الإستثماري، وما إذا كانت كندا قد إبتعدت بشكل أساسي عن تلك المزاعم بعد أن قامت GTH بإستثمارها معتمدةً عليها.

لم تجد المحكمة أي دليل مقنع على أن كندا أبدت في وقت مزاد AWS، أنها ستسمح دون قيد أو شرط للمشاركين الجدد بنقل التراخيص الموضوعة جانباً الخاصة بهم إلى مزود الخدمة اللأسلكية، أو أن الوزير سيوافق على جميع طلبات تحويل الطيف الترددي إلى مزود الخدمة اللأسلكية تلقائياً بعد إنتهاء فترة قيد النقل لمدة خمس سنوات.

إنّ القيد لمدة خمس سنوات على التحويل ليس القيد الوحيد؛ فينبغي كشرط مسبق، إستيفاء معايير الأهلية والحصول على موافقة الوزير على طلب التحويل.

كما لا توافق المحكمة على ما قالته GTH بأنّ الموافقات السابقة للوزير يمكن أن تخلق توقعاً بشأن الموافقات المستقبلية التي يحق لشركة GTH الإعتدال عليها.

باختصار، لم يصدر عن كندا أية مزاعم يمكن أن تؤدي إلى توقع مشروع لـ GTH بأنه مسموح لها تحويل تراخيص الطيف الخاصة بها إلى مزود الخدمة اللأسلكية بعد إنتهاء فترة قيد الخمس سنوات على عمليات التحويل. ترى المحكمة أنّ GTH لم تثبت وجود أي توقع مشروع تمّ إنتهاكه، في إنتهاك للإتفاقية BIT، من خلال إعتدال كندا وتنفيذها لإطار التحويل.

لو تمكنت GTH من إثبات أنه بعد أن إستثمرت إستثماراتها بناءً على الشروط والتعهدات المنصوص عليها في وثائق سياسة المزاد، قامت كندا بتعديل وثائق السياسات هذه بشكل أساسي، على سبيل المثال، عن طريق إطالة أمد القيد المحدود لمدة خمس سنوات على التحويل، أو عن طريق إتخاذ قرار أنه لا يجوز تحويل أي ترخيص على الإطلاق في أي وقت، لكان هناك حجة مفادها أنّ كندا ربما تكون قد خالفت إلتزامها بموجب المادة الثانية (2) (أ) من BIT. إلا أنّ ذلك لم يُقدّم إلى المحكمة.

عند النظر في إدعاء GTH بأنّ كندا تصرفت بشكل تعسفي وغير معقول في إعتدال وتنفيذ إطار التحويل، أشارت المحكمة إلى المعيار الذي ذكرته المحكمة في قضية *Crystallex* ضد فنزويلا، بأنّ الإجراء يكون على سبيل المثال تعسفياً إذا لم يكن قائماً على معايير قانونية وإنما

على إفراط في التقدير أو التحيز أو التفضيل الشخصي، ويتم إتخاذها لأسباب تختلف عن تلك التي طرحها صانع القرار".

علاوةً على ذلك، إعتبرت المحكمة [...] أن التغيير الذي يطرأ على هذا الإطار ليعكس تطور السوق والذي هو غير تعسقي أو لا يهدف إلى إلحاق الضرر بالمستثمر، لا يعد انتهاكاً لمعايير المعاملة العادلة والمنصفة FET.

لم تثبت GTH أي تضارب جوهري مع أهداف سياسة إدارة الطيف الكنديّة أو مع أهداف مزاد AWS لعام 2008.

أظهرت الأدلة المقدّمة أنّ ما جعل وزارة الصناعة الكنديّة تمنع تحويل تراخيص الطيف الجانبية إلى مزودي الخدمة اللاسلكية هو بشكل أساسي لتعزيز المنافسة.

لا ترى المحكمة في الأدلة المقدّمة تغييراً جوهرياً في إطار النقل لعام 2013، بل ترى صياغة مختلفة لنفس السياسة التي كانت الأساس المنطقي المتسق لمزاد AWS منذ بدايته.

[...]

وجدت المحكمة أنّ الشروط المسبقة التي أعلنت عنها صراحة كندا لقبليّة تحويل الطيف، بما في ذلك إعتبرات سياسة المنافسة التي قد ينظر فيها الوزير خلال عملية الموافقة، تفي بأيّ شرط للشفافية قد ينشأ بموجب إلتزام المعاملة العادلة والمنصفة FET.

لأسباب المذكورة أعلاه، ترفض المحكمة إدعاء GTH بأنّ كندا إنتهكت المادة 2 (2)(أ) من BIT من خلال حرمان GTH من القدرة على تحويل تراخيص الطيف الموضوعّة جانباً إلى مزودي الخدمة اللاسلكية بعد إنتهاء فترة قيد التحويل المحدّدة بخمس سنوات. لم تثبت GTH أنّ كندا أحبطت التوقعات المشروعة لـGTH، أو أنّ كندا أخضعت GTH لمعاملة كانت تعسقية أو غير معقولة أو غير شفافة أو ذات دوافع سياسيّة أو بدون أيّ هدف سياسة مشروعة.

حول ما إذا كانت كندا قد خالفت إلتزامها بالمعاملة العادلة والمنصفة بقيامها بمراجعة الأمن القومي:

ترجم GTH بأنّ كندا إنتهكت المادة 2 (2)(أ) من الإتفاقية BIT عندما أخضعت GTH لمراجعة تعسقية للأمن القومي.

تعتبر GTH أنّ كندا إستخدمت مراجعة الأمن القومي كذريعة لجمع معلومات حول خطط أعمال GTH بالنسبة لشركة Wind Mobile، وفي النهاية، فرضت بيع Wind Mobile إلى غير مزوّدي الخدمة اللاسلكية لتعزيز سياسة اللاعب الرابع في كندا.

إنّ الأدلّة التي بُرزت لا تدعم حجج GTH. يُظهر سجلّ الأدلّة أنّ مخاوف الأمن القومي التي تمّ تقييمها من قبل سلطات الأمن والإستخبارات الكنديّة المختصّة دفعت إلى مراجعة قانون الإستثمار الكندي.

إنّ الزّعم، كما تفعل GTH، بأنّ الغرض من إجراء مراجعة للأمن القومي في هذه الحالة هو تعزيز أهداف سياسة الإتّصالات في كندا أو السّماح بتنفيذ إطار التّحويل هو أمر خطير، مثل الإدّعاء بوجود مؤامرة. ومع ذلك، فشلت GTH في إثبات إدّعاتها. ويجب رفض الطلب.

حول ما إذا كانت التدابير قد إنتهكت بشكل تراكمي بالتزام المدعى عليها بالمعاملة العادلة والمنصفة:
[...]

لم تعتمد هذه المحكمة في مراجعتها للأدلّة الشرط الذي يقضي بأنّ جميع الأفعال المزعومة يجب توحيدها من خلال غرض مشترك يتمثّل في النية الكيديّة من جانب الدولة كما قالت كندا.

ورأت المحكمة أنّ نجاح مطالبة GTH يعتمد على قدرتها في إثبات ما إذا كانت الأعمال المختلفة التي تستشهد بها تلتقي نحو نفس النتيجة، وإذا كان الأمر كذلك، ما إذا كانت هذه الأفعال مجتمعةً ترقى إلى إنتهاك للمعاملة العادلة والمنصفة FET.

بعد مراجعة الأعمال التي قامت بها كندا والتي، وفقاً لـ GTH، ترقى معاً إلى إنتهاك للمعاملة العادلة والمنصفة FET، لم تجد المحكمة أدلّة كافية لإثبات الخرق التراكمي أو المركّب من جانب كندا لإلتزاماتها بموجب المادة الثّانية (2) (أ) من الإتّفاقية BIT.

كما وجدت المحكمة أنّ الأدلّة تُظهر إختصاصات مختلفة لكلّ من Industry Canada ولجنة الراديو والتلفزيون والإتّصالات الكنديّة CRTC، بحيث لا يمكن إعتبار أفعالهما مكرّرة أو متكرّرة. لكلّ منهما سلطته الخاصّة في إجراء مراجعات منفصلة لشكل شركة Wind Mobile. كانت كلّ مراجعة ممارسة مشروعّة لسلطة تنظيميّة. لا يمكن إستخلاص أي إستنتاج أو خرق لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة FET من حقيقة أنّ نتيجة تلك المراجعات لم تكن متطابقة.

[...]

لأسباب المذكورة أعلاه، ترى محكمة التحكيم أن GTH فشلت في إثبات أن كندا إنتهكت المادة الثانية (2) (أ) من معاهدة الإستثمار الثنائية. لذلك ترفض كل طلب من طلبات GTH المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة.

ب- الحماية الكاملة والأمن:

تنص المادة 2(2)(ب) من الإتفاقية على ما يأتي:

"يمنح كل طرف من الطرفين المتعاقدين إستثمار وعوائد مستثمري الطرف الآخر المتعاقد: [...] الحماية الكاملة والأمن."

لا يختلف الطرفان في إعتبار أن معيار الحماية الكاملة والأمن FPS هو مستقل عن معيار المعاملة العادلة والمنصفة FET. فمعيار المعاملة العادلة والمنصفة FET منصوص عليه في المادة الثانية (2) (أ) ومعيار الحماية الكاملة والأمن FPS في المادة الثانية (2) (ب). لا يختلف الطرفان في أن معيار FPS يغطي التزام الدولة المضيئة بمنح حماية مادية للمستثمر وإستثماره وعوائد المستثمرين. ومع ذلك، فإنهما يختلفان حول ما إذا كان واجب الحماية الكاملة والأمن الناشئ بموجب BIT يتجاوز الحماية المادية ليشمل أيضاً الحماية التجارية والقانونية للإستثمار وعوائد المستثمر.

درست المحكمة نصوص الإتفاقية BIT وفقاً للمادة 31 من إتفاقية فيينا لقانون المعاهدات VCLT وفي ضوء الأدلة التي قدمها الطرفان، ولاحظت أن مصطلحا "الحماية" و "الأمن" في المادة الثانية (2) (ب) موصوفان بـ "كامل" دون أي إستثناء أو قيد. لذلك تتفق المحكمة مع GTH على أن معيار "الحماية الكاملة والأمن" على النحو المنصوص عليه في الإتفاقية BIT لا يقتصر على الضمانات ضد التدخل المادي من قبل أجهزة الدولة والأفراد، بل يمتد لمنح ضمانات قانونية للإستثمار وعوائد المستثمر.

حول ما إذا خالفت المدعى عليها إلتزامها بالحماية الكاملة والأمن:

تشير المحكمة إلى أن الوقائع التي تم التأكيد عليها من قبل GTH لدعم إدعائها بمخالفة الحماية الكاملة والأمن FPS هي نفس الوقائع التي إحتجت بها GTH سابقاً دعماً لإدعائها بمخالفة المعاملة العادلة والمنصفة FET.

يبدو واضحاً أنه لا يوجد أساس في سجلّ الأدلّة أمام هذه المحكمة للقول بأنّ كندا قد فشلت في بذل "العناية الواجبة" فيما يتعلّق بحماية استثمار GTH. ولذلك يجب على المحكمة رفض طلبات GTH المتعلّقة بالحماية الكاملة والأمن.

لأسباب المذكورة أعلاه، تردّ المحكمة طلب GTH المبني على مخالفة كندا للمادّة الثّانية (2) (ب) من معاهدة الإستثمار الثّنائية عندما فشلت في تأمين الحماية الكاملة والأمن.

[...]

د- ضمان التحويل غير المشروط للإستثمارات:

تزعّم GTH أنّ كندا إنتهكت إلتزامها بضمان التّحويل غير المشروط للإستثمارات بموجب المادّة التاسعة (1) من الإتفاقيّة BIT من خلال منع GTH من نقل تراخيص Wind Mobile إلى مُزوّد خدمة لاسلكيّة، وهو ما تنفيه كندا.

تنصّ المادّة 9 (1) على ما يأتي:

يضمن كلا الطّرفين المتعاقدين لمستثمري الطّرف الآخر التّحويل غير المشروط للإستثمار وعوائده. ودون المساس بعموميّة ما سبق، يضمن كلّ طرف متعاقد للمستثمر حرّيّة تحويل ما يلي:

(أ) المبالغ المدفوعة وفاء بالقروض الواردة من الخارج المتعلّقة بالإستثمار.

(ب) المبالغ الناتجة عن التّصفية الكلّيّة أو الجزئيّة لأيّ استثمار.

(ج) المرتبات والأجور وأيّ مكافآت أخرى خاصّة بمواطني أحد الأطراف المتعاقدة التي يحصلون عليها في أراضي الطّرف الآخر بموجب تصاريح العمل المتعلّقة بالإستثمار في إقليم الطّرف المتعاقد الآخر.

(د) أي تعويض مستحقّ لمستثمر طبقاً للمادتين 7 و8 من هذا الإتفاق.

2- تتمّ التّحويلات بدون إبطاء بعملة قابلة للتّحويل التي تمّ بها الإستثمار الأصلي بها أو إلى عملة قابلة للتّحويل متّفق عليها بين المستثمر والطّرف المتعاقد المعني. وما لم يتّفق المستثمر على غير ذلك، يتمّ التّحويل وفقاً لسعر الصّرف السائد في تاريخ التّحويل.

3- وبدون تجاهل للفقرتين 1 و2 قد يمنع الطّرف المتعاقد التّحويل طبقاً لقوانينه خلال التّطبيق القائم على العدل وحسن النّيّة وعدم التّمييز فيما يتعلّق بـ:

- (أ) الإفلاس، ألحجز عن سداد الدين أو حماية حقوق الدائنين.
(ب) إصدار أو الإتجار أو التّعامل في الأوراق الماليّة.
(ج) إعتداءات قانونيّة أو جنائيّة.
(د) تقارير عن تحويلات عملة أو أي أدوات ماليّة أو ضمان الإلتزام بأحكام الإجراءات القضائيّة.

(هـ) العدالة المؤكّدة في الإجراءات القضائيّة." يدلّ مصطلح "التّحويل" على حرّيّة حركة الأموال المستثمرة في الدّولة المضيفة، أو عائدات تصفية الإستثمار الذي يأخذ شكل فئة أخرى من الأصول الموصوفة، وعوائد الإستثمار التي حقّقها المستثمر طوال مدّة الإستثمار.
توافق المحكمة كندا بأنّ الغرض من المادّة التاسعة هو حماية حركة الأموال المتعلّقة بالإستثمار عبر الحدود.

لا يمكن للمحكمة أن تقبل تفسير GTH أوسع للمادّة التاسعة (1) من BIT. وترى المحكمة أنّ هذه المادّة تنطبق حصراً على تحويل الأموال.

لا تقدّم GTH أي دليل على أنّ كندا أعاققت قدرتها على التّصرّف بحريّة في عائد بيع إستثمارها في Wind Mobile في العام 2014، سواء كانت حصّتها غير مباشرة أو قروضاً، بما في ذلك عن طريق تحويل العائدات إلى خارج كندا أو إستثمارها في أصول أخرى في كندا بعد إدخال إطار التّحويل. ترفض المحكمة مطالبة GTH بموجب المادّة التاسعة.

هـ. قرار المحكمة في الأساس:

في الختام، قرّرت المحكمة أنّ GTH قد فشلت في إثبات أنّ كندا قد إنتهكت أي من إلتزاماتها المنصوص عليها في BIT. ولذلك تردّ المحكمة جميع مطالبات GTH في الأساس.

[...]

ووجدت المحكمة أنّه من العدل أن يتحمّل الطّرفين تكاليف التّحكيم في حصص متساوية وأن يتحمّل كلّ طرف التّكاليف القانونيّة الخاصّة به والتّكاليف الأخرى التي تمّ إنفاقها فيما يتعلّق بهذا التّحكيم.

أحكام:

لأسباب المبيّنة أعلاه، فإن المحكمة:

تقرّر أنها غير مختصة للنظر في مطالبة GTH بأنّ كندا قد إنتهكت إلتزامات المعاملة الوطنية بموجب المادّة الرابعة (1) من BIT فيما يتعلّق بإستثمار GTH؛

تقرّر أنها مختصة بموجب BIT وإتفاقية ICSID للبتّ في مطالبات GTH بأنّ كندا قد إنتهكت الإلتزامات التالية بموجب إتفاقية الإستثمار الثنائية:

(i) معيار المعاملة العادلة والمنصفة في المادّة الثانية (2) (أ) من معاهدة الإستثمار الثنائية BIT

(ii) معيار الحماية الكاملة والأمن في المادّة الثانية (2) (ب) من معاهدة الإستثمار الثنائية،
و

(iii) ضمان التحوّل غير المقيد في المادّة التاسعة (1) من معاهدة الإستثمار الثنائية؛

تردّ إدّعاءات GTH بأنّ كندا إنتهكت إلتزاماتها بموجب BIT، على وجه التّحديد:

(i) معيار المعاملة العادلة والمنصفة في المادّة الثانية (2) (أ) من BIT،

(ii) معيار الحماية الكاملة والأمن في المادّة الثانية (2) (ب) من BIT،
و

(iii) ضمان التحوّل غير المقيد في المادّة 9 (1) من BIT؛

تردّ طلب GTH بالحصول على تعويضات؛

تأمر الطّرفين بتحمّل تكاليف التّحكيم بأجزاء متساوية؛ على أن يتحمّل كلّ طرف التّكاليف والنفقات القانونية الخاصّة به دون مساهمة من الطّرف الآخر.

التحكيم المتعلق ببحر الصين

التحكيم المتعلق ببحر الصين الجنوبي (جمهورية الفلبين ضد جمهورية الصين الشعبية) ملخص عن قراري محكمة التحكيم المتعلقين باختصاصها وبأساس طلبات الفلبين

مع تعليق للدكتور حازم محمد عتلم¹ (مصر)

1. إطار التحكيم:

يتعلق التحكيم الخاص ببحر الصين الجنوبي بين الفلبين والصين بالطلب المقدم من الفلبين بخصوص أربع مسائل حول العلاقة بين الفلبين والصين في بحر الصين الجنوبي. أولاً، تمتد الفلبين صدور قرار حول مصدر حقوق والتزامات الأطراف في بحر الصين الجنوبي وحول مفاعيل إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ("الإتفاقية") على المطالبة "بالحقوق التاريخية" للصين داخل ما يسمّى "الخط الحدودي ذي النقاط التسع". ثانياً، طلبت الفلبين من المحكمة فصل مسألة معرفة ما إذا كانت بعض الأمكنة البحرية التي تُطالب بها في نفس الوقت كل من الصين والفلبين هي بموجب الإتفاقية مصنفة على وجه حق بأنها جزر، صخور، مرتفعات تحسر عنها المياه عند الجزر أو ضفاف مغمورة. إنّ وضعية هذه الأمكنة بموجب الإتفاقية يمكن أن تُحدّد المناطق البحرية التي يمكن أن تتأثرت عنها. ثالثاً، طلبت الفلبين أن يتم الفصل في ما إذا كانت بعض النشاطات الصينية في بحر الصين الجنوبي تمت بمخالفة للإتفاقية، من خلال المسّ بممارسة

1- أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي العام بكلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الحقوق السيادية وحريات الفليبين بموجب الاتفاقية أو من خلال عملياتها التطويرية أو ممارساتها المتعلقة بالصيد التي أضرت بالبيئة البحرية. أخيراً، طلبت الفليبين من المحكمة أن تقضي بأن بعض الأفعال التي قامت بها الصين وبالأخص أنشطتها المتعلقة بالمطالبة بالأرض على نطاق واسع وبناء جزر إصطناعية في أرخبيل جزر Spratly منذ بدء التحكيم الحالي، أوجب النزاع بشكل غير قانوني ووسعت دائرته بين الطرفين.

كان موقف الحكومة الصينية رد التحكيم وعدم المشاركة فيه. كررت موقفها في مذكرات دبلوماسية، في "مذكرة موقف حكومة جمهورية الصين الشعبية حول مسألة الإختصاص في التحكيم المتعلق ببحر الصين الجنوبي المقدم من جمهورية الفليبين" تاريخ 7 ديسمبر 2014 ("مذكرة حول موقف الصين")، في رسائل السفير الصيني لدى مملكة هولندا الموجهة إلى أعضاء محكمة التحكيم وفي العديد من التصريحات العلنية. أيضاً، أدلت الحكومة الصينية أن هذه التصريحات والمستندات "لا يجب في أي حال من الأحوال أن تعتبر مشاركة للصين في إجراءات التحكيم".

تتناول مادتين من الاتفاقية حالة الطرف الذي يعترض على إختصاص محكمة تحكيمية ويمتنع عن المشاركة في الإجراءات:

- (أ) تنص المادة 228 من الاتفاقية على أنه "في حالة نشوء خلاف حول ما إذا كانت محكمة أو هيئة تحكيم ذات إختصاص، يُحسم الأمر بقرار تتخذه تلك المحكمة أو الهيئة".
- (ب) تنص المادة 9 من المرفق VII للاتفاقية على ما يأتي:

إذا لم يحضر أحد طرفي النزاع أمام محكمة التحكيم أو إذا لم يقم بالدفاع عن قضيته جاز للطرف الآخر أن يطلب من محكمة التحكيم مواصلة السير بالقضية وإصدار حكمها. ولا يشكل غياب طرف أو عدم دفاعه عائقاً لسير القضية. ويجب أن تتأكد محكمة التحكيم، قبل إصدار حكمها ليس فقط أنها ذات إختصاص في النزاع، بل أيضاً أن الحكم قائم على أساس سليم من الواقع والقانون.

طوال فترة الإجراءات، إتخذت محكمة التحكيم عدداً من التدابير للوفاء بموجبها المتمثل بالتأكد من أنها تتمتع بالإختصاص لفصل طلب الفليبين وأن هذا الطلب قائم على أساس سليم من الواقع والقانون. في ما يتعلق بالإختصاص، قرّرت محكمة التحكيم بحث المراسلات غير القانونية للصين التي أثارَت الدّفع بعدم إختصاص المحكمة ودعت إلى جلسة من 7 إلى 13 يوليو

2015 حول الإختصاص ومدى قابليّة الطلب للقبول وطرحت قبل وأثناء الجلسة أسئلة على الفلبينيين تتعلّق بالإختصاص بما في ذلك أسئلة مُحتملة غير مُثارة في المراسلات غير الرّسميّة للصين، وأصدرت بتاريخ 29 أكتوبر 2015 قرارًا تحكيميًا حول الإختصاص ومدى قابليّة الطلب للقبول ("القرار حول الإختصاص"). في هذا القرار فصلت محكمة التحكيم في بعض مسائل الإختصاص وحفظت مسائل أخرى لم تفصل فيها لبحث لاحق بالتزامن مع البحث في أساس طلب الفلبينيين. في ما يتعلّق بالأساس، إتخذت محكمة التحكيم ترتيبات لتحديد دقّة طلبات الفلبينيين من خلال الطلب إليها تقديم مذكرات إضافية ومن خلال الدعوة إلى جلسة حول الأساس من 24 إلى 30 نوفمبر 2015، ومن خلال طرح أسئلة على الفلبينيين تتعلّق بطلباتها قبل وخلال جلسيتين، ومن خلال تسمية خبراء مستقلين من أجل تقديم تقرير لمحكمة التحكيم حول مسائل تقنيّة، ومن خلال الحصول على أرشيف تاريخي وبيانات مسح هيدروغرافي تتعلّق بمياه بحر الصين الجنوبي من أرشيف المكتب الهيدروغرافي للمملكة المتّحدة ومن المكتبة الوطنيّة في فرنسا ومن الأرشيف الوطني لما وراء البحار ومن خلال تقديم هذه البيانات كما ومستندات أخرى من القطاع العام للأطراف بهدف التعلّيق عليها.

2. موقف الأطراف:

قدّمت الفلبينيين 15 مذكرة خلال الإجراءات طالبة من محكمة التحكيم الحكم بأن:

- (1) القوانين البحريّة للصين في بحر الصين الجنوبي كما وقوانين الفلبينيين لا يمكن أن تتجاوز تلك المنصوص عليها في إتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار؛
- (2) ألقوق السيادة والولاية القضائيّة و"الحقوق التاريخيّة" التي تُطالب بها الصين في ما يتعلّق بالمناطق البحريّة في بحر الصين الجنوبي المشمولة بما يُسمّى "الخط الحدودي ذي النفاط التسع"، تُخالف الإتفاقية وهي دون أيّ أثر قانوني، بقدر ما تتجاوز الحدود الجغرافيّة والأساسيّة للحقوق البحريّة للصين بموجب إتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار؛
- (3) منطقة شعب Scarborough لا يولّد حقًا بمنطقة إقتصاديّة خالصة أو بجرف قاريّ؛
- (4) مناطق شعاب Mischief و Second Thomas و Subi هي المرتفعات التي تنحسر عنها المياه عند الجزر، التي لا تولّد حقًا ببحر إقليميّ، بمنطقة إقتصاديّة خالصة أو بجرف قاريّ، ولا يمكن تملّكها عن طريق إشغالها أو غير ذلك؛

- (5) مناطق شعاب Mischief و Second Thomas تُشكّل جزءاً من المنطقة الإقتصادية الخالصة والجرف القاري للفلبين؛
- (6) مناطق شعاب Gaven و McKennan (بما في ذلك شعب Hughes) هي المرتفعات التي تنحسر عنها المياه عند الجزر، التي لا تولّد حقاً ببحر إقليمي، بمنطقة إقتصادية خالصة أو بجرف قاري، لكن حدّ أدنى الجزر للشعاب المرجانية يمكن الأخذ بها كخطّ أساس لقياس عرض البحر الإقليمي لـ Namyit و Sin Cowe على التوالي؛
- (7) مناطق شعاب Johnson و Cuarteron و Fiery Cross لا تولّد حقاً بمنطقة إقتصادية خالصة أو بجرف قاري؛
- (8) أصنّين إنتهكت تمتّع الفلبين وممارستها لحقوقها السيادية المتعلقة بالموارد البيولوجية وغير البيولوجية لمنطقتها الإقتصادية الخالصة ولجرفها القاري؛
- (9) أصنّين لم تمنع رعاياها وسفنها من إستغلال الموارد البيولوجية في المنطقة الإقتصادية الخالصة التابعة للفلبين؛
- (10) أصنّين منعت صيادي الأسماك الفلبينيين تأمين سبل عيشهم من خلال التدخّل بأنشطة الصيد التقليدية في منطقة شعب Scarborough؛
- (11) أصنّين خالفت إلتزاماتها التي تترتّب عليها بموجب الإتفاقيّة المتمثّلة بحماية البيئة البحرية لشعاب Scarborough و Second Thomas و Cuarteron و Fiery Cross و Gaven و Johnson و Hughes و Subi والمحافظة عليها؛
- (12) الإشغال وعمليات التطوير في منطقة شعب Mischief من قبل الصّين:
- (أ) تُخالف أحكام الإتفاقيّة المتعلقة بالجزر الإصطناعية والتجهيزات والعمليات؛
- (ب) تُخالف إلتزامات الصّين المتعلقة بحماية الحوض البحري والمحافظة عليه بموجب الإتفاقيّة؛ و
- (ت) تُشكّل أعمالاً غير شرعية لمحاولات التملك بمخالفة للإتفاقيّة؛
- (13) تخلّفت الصّين عن الوفاء بإلتزاماتها بموجب الإتفاقيّة من خلال تشغيل سفنها التابعة للسلطة بطريقة خطيرة مُسببة أخطاراً جدية لإصطدام السفن الفلبينية التي تُبحر قرب منطقة شعب Scarborough؛

14) منذ بدء التحكيم الحالي في يناير 2013، أجمت الصين النزاع ووسّعت دائرته بشكل غير قانوني بالأخص من خلال:

أ) إعاقة ممارسة حق الإبحار للفلبينيين في مياه منطقة شعب Second Thomas والمياه المجاورة لها؛

ب) منع تبادل العمّال الفلبينيين وتموينهم الموجودين في منطقة شعب Second Thomas؛

ت) تعريض صحّة وراحة العمّال الفلبينيين الموجودين في منطقة شعب Second Thomas؛ و

ث) أقيام بأنشطة الجرف، وبنناء جزر إصطناعيّة وأعمال بنناء على مناطق شُعب Johnson و Gaven و Fiery Cross و Cuarteron و Mischief و Subi و Hughes؛ و

15) يجب على الصين إحترام حقوق وحرّيات الفلبينيين المنصوص عنها في الإتفاقيّة، التقيّد بالتزاماتها بموجب الإتفاقيّة، بما في ذلك تلك المتعلقة بحماية الحوض البحري والمحافظة عليه في بحر الصين الجنوبي ويجب عليها أن تمارس حقوقها وحرّياتها في بحر الصين الجنوبي مع مراعاة حقوق وحرّيات الفلبينيين بموجب الإتفاقيّة.

في ما يتعلّق بالإختصاص، طلبت الفلبينيين من محكمة التحكيم الحكم بأنّ طلبها "هو من إختصاص المحكمة بالكامل وأنّه مقبول".

رفضت الصين التحكيم ولم تُشارك فيه ولكن أوضحت موقفها القائل بأنّ المحكمة "لا تتمتع بالإختصاص لفصل النزاع". في المذكرة التي أوردت فيها موقفها، أثارت الصين الحجج التالية:

- إنّ جوهر موضوع النزاع يكمن في السيادة الإقليمية على بعض الأمكنة البحرية في بحر الصين الجنوبي ويتخطّى نطاق الإتفاقيّة ولا يتعلّق بنفسه أو تطبيق الإتفاقيّة؛

- إتفقت الصين والفلبينيين عبر وثائق ثنائية وعبر الإعلان المتعلّق بسلوك الطرفين في بحر الصين الجنوبي، تسوية خلافتهما عن طريق المفاوضات. أخلت الفلبينيين بالتزاماتها من خلال المباشرة بالإجراءات التحكيمية هذه منفردة بحسب القانون الدولي؛

- حتى لو إفترضنا على سبيل الجدل أنّ موضوع النزاع يتعلّق بتفسير أو تطبيق الإتفاقيّة، فهو يتضمّن جزءاً كاملاً حول ترسيم الحدود البحريّة بين البلدين ويقع بالتالي ضمن نطاق تطبيق الإعلان الذي أودعته الصّين في العام 2006 وفقاً للإتفاقيّة، التي تستثني من بين جملة أمور النزاعات المتعلّقة بترسيم الحدود البحريّة من التّحكيم الإلزامي ومن إجراءات أخرى إلزاميّة لحلّ النزاعات.

على الرّغم من أنّ الصّين لم تقم بأيّ إعلان رسمي موازٍ بخصوص أساس معظم الطّلبات التي تقدّمت بها الفلبينين، فإنّ محكمة التّحكيم إستخلصت خلال فترة الإجراءات موقف الصّين على أساس تصريحاتها الرّسميّة ومراسلاتها الدبلوماسية المعاصرة.

3. قرارات محكمة التّحكيم حول مدى إختصاصها:

تناولت محكمة التّحكيم مسألة إختصاصها لفصل طلبات الفلبينين في نفس الوقت في قرارها حول الإختصاص، بقدر ما تكون مسائل الإختصاص قابلة للفصل على أساس أولي، وفي قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بقدر ما تكون مسائل الإختصاص مرتبطة بأساس طلبات الفلبينين. بالإضافة إلى ذلك، إنّ قرار محكمة التّحكيم تاريخ 12 يوليو 2016 يتضمّن ويؤكد القرارات المتعلّقة بالإختصاص المتخذة في القرار حول الإختصاص.

لإحاطة الموضوع من كافّة جوانبه، إنّ قرارات المحكمة المتعلّقة بالإختصاص في القرارين تمّ تلخيصها معاً كما يأتي.

أ. المسائل الأوليّة:

في قرارها حول الإختصاص، بحثت محكمة التحكيم عدداً من المسائل الأوليّة المتعلّقة بإختصاصها. أشارت محكمة التحكيم أنّ الصّين والفلبينين طرفان أيضاً في الإتفاقيّة وأنّ هذه الأخيرة لا تسمح لدولة أن تستثني نفسها بشكل عام من أليّة فضّ النزاعات التي تنصّ عليها الإتفاقيّة. أكّدت محكمة التّحكيم أنّ عدم مشاركة الصّين لا تودّي إلى عدم إختصاص المحكمة وأنها شكّلت وفقاً لنصوص الملحق VII من الإتفاقيّة الذي يتضمّن إجراءً خاصاً لتشكيل المحكمة حتى بغياب طرف من الأطراف. أخيراً، ردّت محكمة التّحكيم حجّة مدرّجة في مذكرة الصّين حول موقفها وأكّدت أنّ المباشرة بإجراءات تحكيمية من جانب منفرد لا يمكن أن يُشكّل إخلالاً بنصوص الإتفاقيّة.

ب. وجود خلاف حول تفسير وتطبيق الإتفاقية:

في قرارها حول الإختصاص، بحثت محكمة التحكيم مسألة معرفة ما إذا كان الخلاف بين الأطراف يتعلّق بتفسير أو تطبيق الإتفاقية؛ وهو شرط للجوء إلى طرق حلّ الخلافات المتعلقة بالإتفاقية.

ردّت محكمة التحكيم الدّفع المُدرج في مذكرة الصّين حول موقفها الذي مفاده أنّ النزاع بين الأطراف يدور حول السّيادة الإقليمية وبالتالي، لا يتعلّق بالإتفاقية. إستنتجت محكمة التحكيم وجود نزاع بين الطرفين في ما يتعلّق بالسّيادة على جزر في بحر الصين الجنوبي ولكنها إعتبرت أنّ المسائل المطروحة للتحكيم من الفلبينيين لا تتعلّق بالسّيادة. إعتبرت محكمة التحكيم أنّه لا يتوجّب عليها فصل مسألة السّيادة ضمنياً لبحث لوائح الفلبينيين وعليه، ليس من شأن ذلك ترجيح إدعاءات الطرفين حول السّيادة على بعض الجزر في بحر الصين الجنوبي.

ردّت محكمة التحكيم أيضاً الدّفع المُدرج في مذكرة الصّين حول موقفها الذي مفاده أنّ النزاع بين الأطراف يتعلّق بترسيم حدود بحريّة وبالتالي يُستثنى من تسوية النزاعات بموجب المادة 298 من الإتفاقية والإعلان الذي أودعته الصّين بتاريخ 25 أغسطس 2006 وفقاً لهذه المادة. أشارت محكمة التحكيم إلى أنّ النزاع المتعلّق بمعرفة ما إذا كان لدولة الحقّ بمنطقة بحريّة هو أمر مختلف عن ترسيم المناطق البحريّة في منطقة تتداخل فيها. خلصت محكمة التحكيم إلى أنّ هذه الحقوق كما وعدد كبير من مسائل أخرى تقع بشكل عام ضمن إطار ترسيم الحدود البحريّة ولكن يمكن أيضاً أن تُثار ضمن أطر أخرى. وفقاً للمحكمة، لا يستتبع ذلك أنّ نزاعاً حول كلّ من هذه المسائل هو بالضرورة نزاع حول ترسيم الحدود.

أخيراً، قرّرت محكمة التحكيم أنّ كلّ واحدة من لوائح الفلبينيين تُظهر نزاعاً يتعلّق بالإتفاقية. وبالتالي، أكّدت محكمة التحكيم (أ) أنّ النزاع المتعلّق بالتداخل بين الإتفاقية وحقوق أخرى (بما في ذلك "الحقوق التاريخيّة") هو نزاع حول الإتفاقية (ب) أنّه حيث لم تعرض الصّين موقفها بشكل واضح، يمكن إستنتاج وجود نزاع من خلال سلوك دولة أو من خلال صمتها، وهي مسألة يجب فصلها بموضوعيّة.

ج. إشراك أطراف ثالثين ضروريين:

في قرارها حول الإختصاص، نظرت محكمة التحكيم في مسألة معرفة ما إذا كان غياب دول أخرى عن التحكيم الحاضر والتي لها طلبات تتعلق بالجزر الموجودة في بحر الصين الجنوبي يُشكّل عائقاً أمام إختصاص المحكمة. نفتت محكمة التحكيم النظر إلى أنّ حقوق دول أخرى لا "تشكّل" موضوع القرار"، وأنّ إشراك طرف ثالث لم يكن ضرورياً. ذكرت محكمة التحكيم أيضاً أنّه في ديسمبر من العام 2014، قدّمت دولة فييتنام إعلاناً إلى جانب محكمة التحكيم أكدت فيه أنّه "لا شكّ لديها أنّ محكمة التحكيم هي مختصة في الإجراءات الحاضرة". ذكرت محكمة التحكيم أيضاً أنّ كلّ من دولة فييتنام وماليزيا وإندونيسيا حضرت الجلسة المتعلقة بالإختصاص بصفتها مراقباً، دون أن تدلي أيّ من الدول بأنّ مشاركتها كانت ضرورية.

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، أشارت محكمة التحكيم إلى أنّها إستلمت مذكرة من جانب ماليزيا بتاريخ 23 يونيو 2016 كرّرت فيها إدّعاءاتها حول بحر الصين الجنوبي. قارنت محكمة التحكيم قراراتها المتعلقة بالأساس بالنسبة لطلبات الفلبين مع الحقوق التي تطالب بها ماليزيا وأعدت التأكيد على ما قضت به من أنّ ماليزيا ليست طرفاً ضرورياً في الإجراءات وأنّ مصالح هذه الأخيرة في بحر الصين الجنوبي لا تمنع محكمة التحكيم من معالجة لوائح الفلبين.

د. الشّروط المسبقة للإختصاص:

في قرارها حول الإختصاص، بحثت محكمة التحكيم إلى أيّ مدى تُطبّق المواد 281 و282 من الإتفاقيّة، التي من الممكن أن تمنع دولة من تطبيق الآليات المنصوص عليها في الإتفاقيّة إذا إتفق الأطراف على وسيلة أخرى لتسوية النزاعات.

ردّت محكمة التحكيم الحجّة المُدرّجة في مذكرة الصين حول موقفها التي مفادها أنّ إعلان العام 2000 بين الصين ورابطة دول جنوب شرق آسيا (ASANE) حول سلوك الأطراف في بحر الصين الجنوبي يمكن أن يمنع الفلبين من المباشرة بإجراءات تحكيمية. إعتبرت محكمة التحكيم أنّ الإعلان هو إتفاق سياسي وليس ملزماً من الناحية القانونية؛ لا ينصّ الإعلان على آلية ملزمة لتسوية النزاعات ولا يستثني وسائل أخرى للحلّ. بالتالي، لا يحذّ الإعلان من إختصاص محكمة التحكيم بموجب المواد 281 و282. بحثت محكمة التحكيم أيضاً معاهدة الصداقة والتعاون في جنوب شرق آسيا، الإتفاقيّة المتعلقة بالتنوّع البيولوجي كما وسلسلة من الإعلانات المشتركة

المنشورة من الفلبين والصين التي تُحيل إلى تسوية النزاعات عن طريق التفاوض. إستنتجت المحكمة أنّ أيّ من هذه المستندات لا يُشكّل إتفاقاً يمنع الفلبين من تقديم طلباتها في التحكيم.

علاوةً على ذلك، أشارت الفلبين إلى أنّ الطرفان تبادلوا الآراء حول الوسيلة التي ستعتمد لحلّ النزاع بينهما، وفقاً للمادة 283 من الإتفاقية، قبل مباشرة الفلبين إجراءات التحكيم. قضت محكمة التحكيم أنّ هذا الشرط توفّر من خلال ملفّ التبادلات الدبلوماسية بين الفلبين والصين، التي أفصحت صراحةً من خلالها الفلبين عن تفضيلها المفاوضات المتعدّدة الأطراف التي تتناول دولاً أخرى تحدّ بحر الصين الجنوبي في حين أنّ الصين أصرت على واقع أنّ فقط الحوار الثنائي ممكن أن يتمّ تصوّره.

هـ. الإستثناءات والقيود على الإختصاص:

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم مسألة معرفة ما إذا كانت لوائح الفلبين المتعلقة بالحقوق التاريخية التي تُطالب بها الصين وبـ "الخط الحدودي ذي النقاط التسع" يشملها الدّفع بعدم الإختصاص لفصل النزاعات المتعلقة بـ "الحقوق التاريخية" المنصوص عليها في المادة 298 من الإتفاقية. بحثت محكمة التحكيم مدلول مصطلح "السّدات التاريخية" على ضوء قانون البحار وتوصّلت إلى أنّه يُشير إلى مطالبات في مجال السيادة التاريخية على الخلجان الصّغيرة والمياه السّاحلية. بعدما بحثت إدعاءات الصين وسلوكها في بحر الصين الجنوبي، إستنتجت محكمة التحكيم أنّ الصين تُطالب بحقوق تاريخية على موارد داخل "الخط الحدودي ذي النقاط التسع" ولكن لا تُطالب بسند تاريخي على المياه في بحر الصين الجنوبي. وبالتالي، قضت محكمة التحكيم أنّها مختصة لفصل إدعاءات الفلبين المتعلقة بالحقوق التاريخية وفي الحالة الحاضرة المتعلقة بـ "الخط الحدودي ذي النقاط التسع".

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم أيضاً مسألة معرفة ما إذا كانت لوائح الفلبين معنيّة بالدفع بعدم الإختصاص المنصوص عليه في المادة 298 في ما يتعلّق بالنزاعات حول ترسيم الحدود البحرية. في قرارها حول الإختصاص، قضت محكمة التحكيم بأنّ لوائح الفلبين لا تتعلّق بترسيم الحدود بحدّ ذاتها، ولكنّها أشارت أنّ لوائح عديدة مقدّمة من الفلبين متعلّقة بعدة مناطق تشكّل جزءاً من المنطقة الاقتصادية الخالصة التابعة للفلبين. خلّصت المحكمة إلى أنّه لا يمكنها أن تفصل على أساس هذه اللوائح إلاّ إذا لم يكن هناك أيّ إحتمال بأن يكون

للصين الحق في منطقة إقتصادية خالصة تتداخل مع تلك العائدة للفلبين، وقررت المحكمة إحالة ذلك إلى قرار نهائي بالنسبة لإختصاصها. في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم في أدلة إثبات تتعلق بالمطالبات الصينية الخاصة بالشعب والجزر في بحر الصين الجنوبي وقضت بأن أيًا من ذلك من شأنه أن يولد حقًا في منطقة إقتصادية خالصة. بما أنه ليس للصين أي حق في منطقة إقتصادية خالصة تتداخل مع تلك العائدة للفلبين في أرخبيل جزر Spratly، إستنتجت محكمة التحكيم أن لوائح الفلبين لا تتعلق بترسيم الحدود بشكل مسبق.

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم أيضًا مسألة معرفة ما إذا كانت لوائح الفلبين مشمولة بالدفع بعدم الإختصاص المنصوص عليه في المادة 298 في ما يتعلق بالنزاعات حول أعمال التنفيذ الجبري في المنطقة الإقتصادية الخالصة. ذكرت محكمة التحكيم أن الإستثناء في المادة 298 لا يطبق إلا إذا كانت لوائح الفلبين تدور حول أعمال التنفيذ الجبري في المنطقة الإقتصادية الخالصة للصين. لكن بما أن لوائح الفلبين تتعلق بأحداث تقع في المنطقة الإقتصادية الخالصة التابعة للفلبين أو في المياه الإقليمية، إستنتجت محكمة التحكيم أن المادة 298 لا تقف عائقًا أمام إختصاصها.

أخيرًا في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم مسألة معرفة ما إذا كانت لوائح الفلبين مشمولة بالدفع بعدم الإختصاص المنصوص عليه في المادة 298 بشأن النزاعات المتعلقة بالأنشطة البحرية. إستنتجت محكمة التحكيم أن المواجهة بين البحرية الفلبينية وسفن القوات العامة والعسكرية الصينية بالقرب من منطقة شعب Second Thomas تُشكل أنشطة عسكرية وقضت بعدم إختصاصها للفصل باللائحة رقم 14 (أ) إلى (ج) المقدمة من الفلبين. بحثت محكمة التحكيم أيضًا مسألة معرفة ما إذا كانت أنشطة إستصلاح الأراضي وبناء جزر إصطناعية من قبل الصين على سبعة أماكن من أرخبيل جزر Spratly تُشكل أنشطة عسكرية، لكنها تشير إلى أن الصين أكدت عدّة مرّات الطابع غير العسكري لعملياتها وأنها صرّحت على أعلى المستويات أنها لن تجعل وجودها عسكريًا في أرخبيل جزر Spratly. قرّرت محكمة التحكيم أنها لن تعتبر هذه الأنشطة على أنها عسكرية بطبيعتها، بما أن الصين أكدت بنفسها العكس عدّة مرّات. وعليه، إستنتجت محكمة التحكيم أن المادة 298 لا تُشكل عائقًا أمام إختصاصها.

4. قرارات محكمة التحكيم المتعلقة بأساس طلبات الفلبين:

أ. "أخط الحدودي ذي النقاط التسع" والحقوق التاريخية التي تطالب بها الصين في المناطق البحرية لبحر الصين الجنوبي:

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم تداعيات "الخط الحدودي للصين ذي النقاط التسع" كما ومسألة معرفة ما إذا كان للصين حقوق تاريخية وموارد في بحر الصين الجنوبي خارج حدود المناطق البحرية المُعترف لها بها بموجب الإتفاقية.

بحثت محكمة التحكيم تاريخ الإتفاقية ونصوصها المتعلقة بالمناطق البحرية وإعتبرت أن الإتفاقية تُعطي للدول حقوق في مناطق بحرية بشكل عام. أشارت محكمة التحكيم إلى أن مسألة الحقوق الموجودة مُسبقاً على موارد (بالأخصّ موارد الثروة البحرية) جرى بحثها بدقة خلال المفاوضات على إنشاء المنطقة الاقتصادية الخالصة، وأنّ دولاً عدّة عبّرت عن رغبتها الحفاظ على حقوق الصيد التاريخية في هذه المنطقة الجديدة. لكن، هذا الموقف رُفض والنصّ النهائي للإتفاقية لا يمنح لدولة أخرى إلاّ حقّ ولوج محدود للصيد في المنطقة الاقتصادية الخالصة (إذا كان لدى دولة ساحلية قدرة إستغلال أقلّ من مجموع حجم الصيد المسموح به) ولا أيّ حقّ على الموارد النفطية أو المعدنية. إعتبرت المحكمة أنّ المطالبة بالحقوق التاريخية للصين على موارد لا تتوافق مع التخصيص المفصل للحقوق وللناطق البحرية بموجب الإتفاقية وإستنتجت أنه بقدر ما كان لدى الصين حقوقاً تاريخية على موارد في مياه بحر الصين الجنوبي، فإنّ هذه الحقوق سقطت بفعل دخول الإتفاقية حيّز التنفيذ لأنّها غير مطابقة مع نظام المناطق البحرية المنصوص عليه في الإتفاقية.

بحثت محكمة التحكيم أيضاً في أرشيفات تاريخية من أجل تحديد ما إذا كان لدى الصين بالفعل حقوقاً تاريخية على موارد في بحر الصين الجنوبي قبل دخول الإتفاقية حيّز التنفيذ. إستنتجت المحكمة وجود أدلة تبيّن أنّ ملاحين وصيدائي أسماك صينيين كما وأشخاص تابعين لدولة أخرى، إستخدموا تاريخياً جزراً في بحر الصين الجنوبي على الرّغم من أنّ محكمة التحكيم أكّدت أنّها غير مخولة لفصل مسألة السيادة على هذه الجزر. غير أنّ محكمة التحكيم إعتبرت أنّها حتى وقت دخول الإتفاقية حيّز التنفيذ كانت مياه بحر الصين الجنوبي التي تقع خارج المياه الإقليمية جزءاً من أعالي البحار التي كان يمكن لسفن كلّ دولة أن تُبحر وتمارس الصيد فيها بحرية. وعليه، إعتبرت محكمة التحكيم أنّ الملاحة والصيد التاريخيين اللذين كانت الصين تقوم

بهما في مياه بحر الصين الجنوبي يمثلان ممارسة الحريات المتعلقة بأعالي البحار وليساً حقاً تاريخياً وأنه لا دليل على أن الصين مارست تاريخياً مراقبة حصرية على مياه بحر الصين الجنوبي أو منعت دولاً أخرى من إستغلال موارده.

بالتالي، إستنتجت المحكمة في هذه القضية أنه لا وجود لأي أساس قانوني لكي تطالب الصين بحقوق تاريخية على موارد، غير تلك الحقوق المنصوص عليها في الإتفاقية في المناطق البحرية الواقعة ضمن "الخط الحدودي ذي النقاط التسع".

ب. وضع مكونات بحر الصين الجنوبي:

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم وضع بعض المكونات في بحر الصين الجنوبي وحقوقاً في مناطق بحرية يمكن للصين أن تطالب بها بموجب الإتفاقية.

باشرت المحكمة أولاً بتقييم تقني لكي تُحدّد ما إذا كانت بعض الشعب المرجانية التي تطالب بها الصين تمّ إكتشافها عند إرتفاع المدّ. وفقاً للمادتين 13 و121 من الإتفاقية، إنّ ما يكون مكشوفاً عند إرتفاع المدّ يولّد الحقّ بمياه إقليمية على الأقلّ بـ 12 ميلاً بحرياً في حين أنّ ما يكون مغطى عند إرتفاع المدّ لا يُولّد حقاً بمنطقة بحرية. أشارت المحكمة إلى أنّ عدداً من الشعب المرجانية في بحر الصين الجنوبي تمّ تعديلها بشكل كبير من خلال نشاطات في الآونة الأخيرة تتعلّق بالمطالبة بالأرض وبالبناء وذكرت بأنّ الإتفاقية تصنّف كلّ ذلك وفقاً لوضعه الطبيعي. سمّت محكمة التحكيم خبيراً هيدروغرافياً كي يساعدها في تقييم الأدلة التقنية المقدّمة من الفلبينيين وإستندت بشكل كبير على مستندات من الأرشيف وعلى بيانات المسح الهيدروغرافي لتقييم الأمكنة. أيّدت محكمة التحكيم ما ورد في لوائح الفلبينيين لجهة أنّ مناطق شعب Scarborough وشعب Johnson وشعب Cuarteron و Fiery Cross هي مكشوفة عند إرتفاع المدّ بينما مناطق شعب Suby و Hughes و Mischief و Second Thomas هي مغطاة عند إرتفاع المدّ في وضعها الطبيعي. غير أنّ محكمة التحكيم لم تؤيّد ما ورد في لوائح الفلبينيين في ما يتعلّق بوضع مناطق شعب Gaven Reef (الشمال) وشعب McKennan واستنتجت أنّها مكشوفة عند إرتفاع المدّ.

درست محكمة التحكيم في ما يلي مسألة معرفة ما إذا كان ما تطالب به الصين من الممكن أن يُنشئ مناطق بحرية أبعد من 12 ميلاً بحرياً. بموجب المادة 121 من الإتفاقية، يُحدّد للجزيرة

منطقة إقتصادية خالصة من 200 ميلاً بحرياً وجرف قارّي ولكن "ليس للصّخور التي لا تهَيئُ إستمرار السّكنى البشريّة أو إستمرار حياة إقتصادية خاصّة بها، منطقة إقتصادية خالصة أو جرف قارّي". أشارت المحكمة إلى أنّ هذا النصّ مرتبط مباشرةً بتوسيع ولاية دولة سياحيّة بسبب إنشاء المنطقة الإقتصادية الخالصة ويهدف إلى تجنّب أن تُنشئُ أمكنة غير مهمّة حقوقاً مهمّة في مناطق بحريّة، الأمر الذي من شأنه أن يمسّ بحقوق الأراضي المأهولة وبأعالي البحار وبأعماق البحار المحفوظة للإرث المشترك للإنسانيّة. فسّرت المحكمة المادة 121 وإستنتجت أنّ الحقوق المتعلقة بمكان ما تعتمد على (أ) السّعة الموضوعيّة للمكان (ب) في وضعه الطّبيعي، لدعم سواء (ج) مجتمع مستقرّ من الأشخاص أو (د) نشاط إقتصادي لا يعتمد على الموارد الخارجيّة أو الذي ليس ذو طبيعة إستخراجيّة.

إستنتجت محكمة التّحكيم أنّ أمكنة عديدة في أرخبيل جُزر Spratly هي حالياً تخضع لمراقبة إحدى الدول السّاحليّة التي بنت إنشاءات ونشرت عمالاً فيها. إعتبرت محكمة التّحكيم أنّ هذا الوجود الحديث يعتمد على الموارد وعلى الدّعم الخارجيين وأشار إلى أنّ عدداً من الأمكنة تمّ تعديلها بهدف تحسين قابليتها للسكن، بالأخصّ من خلال المطالبة بالأرض وبناء بنى تحتيّة كمعامل تحلية المياه. إعتبرت محكمة التّحكيم أنّ الوجود الحالي لعمال شرعيين في أمكنة عديدة لا يُحدّد قدرة هذه الأماكن، في وضعها الطّبيعي، لدعم مجتمع مستقرّ من الأشخاص وإعتبرت أنّ الأدلة التّاريخيّة حول السكن أو الحياة الإقتصاديّة هي أهمّ لإرساء القدرة الموضوعيّة للأمكنة. بعد درس الأرشيف التّاريخي، إستنتجت محكمة التّحكيم أنّ أرخبيل جُزر Spratly إستعملته تاريخياً مجموعات صغيرة من الصيّادين من الصّين كما ومن دول أخرى وأنّه خلال الأعوام 1920 و1930 حاولت عدّة شركات يابانيّة القيام بأنشطة صيد وإستخراج الغوانو. إستنتجت محكمة التّحكيم أنّ الإستخدام المؤقت للأمكنة من الصيّادين لا يرقى إلى مرتبة السّكن من مجتمع مستقرّ وأنّ كافّة الأنشطة الإقتصاديّة التّاريخيّة كانت تتعلّق بالإستخراج. بالتّالي، إعتبرت محكمة التّحكيم أنّ كافّة الأماكن المكشوفة عند إرتفاع المدّ في أرخبيل جُزر Spratly (...) هي بحسب القانون "صخوراً" لا يكون لها منطقة إقتصادية خالصة أو جرف قارّي.

بالإضافة إلى ذلك، قضت المحكمة بأنّ الإتّفاقيّة لا تنصّ على أن يكون لمجموعة من الجُزر، كأرخبيل جُزر Spratly، مناطق بحريّة مجتمعة ككلّ.

ج. أنشطة قامت بها الصين في بحر الصين الجنوبي:

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم بموجب الإتفاقية شرعية كافة الأنشطة التي قامت بها الصين في بحر الصين الجنوبي.

بعد ما خلصت محكمة التحكيم إلى أن شعب Mischief و Second Thomas و Banc Reed هي شعب مغطاة عند إرتفاع المدّ، وأنها جزء من المنطقة الإقتصادية الخالصة والجرف القاري ولا تتداخل مع أيّ من حقوق الصين، قضت بأنّ الإتفاقية تمنح بشكل واضح حقوقاً سيادية للفلبين على مناطق بحرية في منطقتها الإقتصادية الخالصة. إعتبرت محكمة التحكيم أنّ الصين قامت فعلياً (أ) بعرقلة الإستكشاف النفطي للفلبين بالقرب من Banc Reed، (ب) بالسعي إلى منع سفن الفلبين من الصيد في المنطقة الإقتصادية الخالصة التابعة للفلبين، (ج) بحماية صيادين صينيين ولم تمنعهم من الصيد في المنطقة الإقتصادية الخالصة التابعة للفلبين بالقرب من شعب Mischief و Second Thomas (ود) ببناء إمدادات وجُزر إصطناعية على مناطق شعب Mischief دون موافقة الفلبين. وعليه، إستنتجت محكمة التحكيم أنّ الصين خالفت الحقوق السيادية للفلبين المتعلقة بمنطقتها الإقتصادية الخالصة وبالجرف القاري التابع لها.

بعد ذلك، بحثت محكمة التحكيم في أنشطة الصيد التقليدي بالقرب من شعب Scarborough وإستنتجت أنّ الصيادين الفلبينيين كما والصيادين الصينيين وصيادي دولاً أخرى كانوا يمارسون الصيد منذ وقت طويل بالقرب من هذه الشعب وهم يتمتعون بحقوق صيد تقليدية في هذه المنطقة. بما أنّ شعب Scarborough هو شعب مكشوفة عند إرتفاع المدّ، فإنّ ذلك ينشئ حقاً بمياه إقليمية؛ إنّ هذه المياه المحيطة لا تُشكّل جزءاً من المنطقة الإقتصادية الخالصة ولم يتمّ إلغاء حقوق الصيد التقليدية بموجب الإتفاقية. على الرّغم من أنّ محكمة التحكيم أشارت إلى أنّها لن تفصل مسألة السيادة بالنسبة لشعب Scarborough، إعتبرت أنّ الصين أخلت بالتزاماتها لجهة إحترام حقوق الصيد التقليدية للصيادين الفلبينيين من خلال منع الوصول إلى الشعب منذ مايو 2012. غير أنّ محكمة التحكيم أشارت إلى أنّها ستتوصل إلى نفس النتيجة في ما يتعلّق بحقوق الصيد التقليدية للصيادين الصينيين إذا ما منعت الفلبين الرعايا الصينيين من الصيد بالقرب من شعب Scarborough.

بحثت محكمة التحكيم أيضاً آثار الأنشطة التي قامت بها الصين على البيئة البحرية. للقيام بذلك، عاون محكمة التحكيم ثلاثة خبراء مستقلّين متخصصين في علم الأحياء الخاصّ بالشعاب

المرجانية، تمت تسميتهم لكي يعاونوا المحكمة في تقييم الأدلة العلمية المتوافرة وتقارير الخبراء المقدّمة من الفلبينيين. إستنتجت محكمة التحكيم أنّ الأنشطة الأخيرة المتعلقة بالمطالبة بالأرض على نطاق واسع وبناء جزر إصطناعية من قبل الصين في سبعة أمكنة على أرخبيل جُزر Spratly سببت ضرراً كبيراً لبيئة الشعاب المرجانية وأنّ الصين أخلت بالتزاماتها بموجب المواد 192 و194 من الإتفاقية التي تتمثل بالمحافظة على البيئة البحرية وحمايتها في ما يتعلق بالأنظمة البيئية الدقيقة وبموطن الفصائل التي تقل أعدادها أو المهددة أو التي هي على طريق الإنقراض. إستنتجت محكمة التحكيم أيضاً أنّ الصيادين الصينيين إستغلوا على نطاق واسع السلاحف البحرية والمرجان والرّخويات العملاقة المهددة بالإنقراض في بحر الصين الجنوبي من خلال إستعمال وسائل تسبب أضراراً مهمّة لبيئة الشعاب المرجانية. إستنتجت محكمة التحكيم أنّ السلطات الصينية كانت على علم بهذه النشاطات وأنّها أخلت بالتزاماتها بذل العناية التي تقع عليها بموجب الإتفاقية من أجل إنهاء هذه النشاطات.

أخيراً، بحثت محكمة التحكيم مشروعية سلوك السفن التابعة للقوات البحرية الصينية بالقرب من شعب Scarborough مرتين، في أبريل وفي مايو 2012، عندما قامت سفن صينية بمنع سفن فلبينية بشكل حسيّ من الإقتراب من منطقة الشعب أو الوصول إليها. للقيام بذلك، عاون محكمة التحكيم خبير مستقلّ متخصص في سلامة الملاحة تمت تسميته من أجل مساعدة محكمة التحكيم في بحث التقارير الخطية المقدّمة من ضباط السفن الفلبينية كما وأدلة الخبراء حول سلامة الملاحة المقدّمة من الفلبينيين. وجدت محكمة التحكيم أنّ السفن التابعة للقوات البحرية الصينية إقتربت عدّة مرّات من السفن الفلبينية بسرعة قصوى وعمدت إلى العبور أمامها على مسافات قريبة جدّاً مسببة مخاطر إصطدام جدية ومعرضة السفن والبحارة الفلبينيين للخطر. إعتبرت محكمة التحكيم أنّ الصين أخلت بالتزاماتها التي تقع عليها بموجب الإتفاقية والتي تتعلّق بالقواعد الدولية لمنع التصادم في البحار لعام 1972 كما وبموجب المادة 94 من الإتفاقية المتعلقة بسلامة الملاحة.

د. تأجيج النزاع بين الطرفين:

في قرارها تاريخ 12 يوليو 2016، بحثت محكمة التحكيم مسألة معرفة ما إذا كانت الأنشطة الأخيرة المتعلقة بالمطالبة بالأرض على نطاق واسع وبناء جزر إصطناعية التي قامت

بها الصين في سبعة أماكن من جُزر Spratly منذ بدء التحكيم الحاضر أجمت النزاع بين الطرفين. ذكرت محكمة التحكيم أنّ الأطراف في إجراءات تسوية النزاعات يقع عليهم واجب الإمتناع عن تأجيج أو توسيع نطاق النزاع أو النزاعات التي بينهم خلال سير الإجراءات. أشارت محكمة التحكيم إلى أنّ الصين (أ) بنت جزيرة إصطناعية كبيرة على منطقة شعب Mischief ومرتفع ينحسر عنه المياه عند الجزر في المنطقة الإقتصادية الخالصة التابعة للفلبين؛ (ب) ألحقت أضراراً دائمة لا يمكن إصلاحها بالنظام البيئي للشعب المرجانية (ج) أنفقت بشكل دائم أدلة حول الوضع الطبيعي لما تقدم. إستنتجت محكمة التحكيم أنّ الصين خالفت الإلتزامات الواقعة على عاتقها التي تتمثل بالإمتناع عن تأجيج النزاع أو توسيع نطاق النزاعات بين الأطراف خلال سير الإجراءات.

هـ. السلوك المستقبلي للأطراف:

أخيراً، بحثت محكمة التحكيم طلب الفلبين الرامي إلى أن يُصار إلى إصدار إعلان ينصّ على قيام الصين في المستقبل باحترام حقوق وحرّيات الفلبين والتقيّد بالإلتزاماتها بموجب الإتفاقية. بهذا الصدد، إستنتجت محكمة التحكيم أنّ الفلبين والصين قبلنا عدّة مرّات بأن تُحدّد وترعى سلوكهما الإتفاقية والإلتزامات العامة بحسن النية. إعتبرت محكمة التحكيم أنّ مصدر النزاعات موضوع هذا التحكيم لا يكمن في نية الصين أو الفلبين المسّ بالحقوق القانونية للطرف الآخر وإنّما في فهم لحقوقهما مختلف جوهرياً بموجب الإتفاقية في مياه بحر الصين الجنوبي. ذكرت محكمة التحكيم بمبدأ أساسي للقانون الدولي الذي بموجبه لا يُفترض سوء النية وأشارت إلى أنّ المادة 11 من الملحق VII تنصّ على أنه "يجب على كلّ أطراف النزاع التقيّد بالحكم التحكيمي". بالتالي، إعتبرت محكمة التحكيم أنه لا ضرورة لأيّ إعلان إضافي.

تعليق الدكتور حازم محمد عتلم (مصر)

على القرارات التحكيمية الصادرة في 2015 و2016
لأغراض فض النزاع بين كل من الصين الشعبية والفلبين
بشأن الحقوق المتبادلة لهما داخل بحر الصين الجنوبي

أولاً- وقائع النزاع:

يتعلق هذا النزاع بالإستحداث من قبل دولة الفلبين في 2013/1/22 للتحكيم الدولي، وفقاً للمرفق السابع من إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار المبرمة في 1982، بغية القضاء من قبله بإنتهاك دولة الصين الشعبية لحقوق الفلبين البحرية داخل منطقتها الإقتصادية الخالصة ببحر الصين الجنوبي؛ بالنظر إلى أن الصين كانت - ولا تزال - تعدّ الكثير من مواقع مستغرقة داخل بحارها الإقليمية وأرصفتها القارية ومناطقها الإقتصادية الخالصة، بالتأسيس على ما قدرته من حيث أثر وجود العديد من الجزر داخل هذا البحر على شمولها بسيادتها الإقليمية وبحقوقها البحرية الخالصة داخل المواقع محلّ النزاع على النحو الذي تضمنته في عقيدتها الطبيعية الجغرافية لهذه الجزر من جانب، وما لها وما عليها من جانب آخر، من حقوق تاريخية؛ وفي الحالتين وفقاً لذات قواعد القانون الدولي للبحار التي أذكتها إتفاقية الأمم المتحدة.

(أنظر لمزيد من التفصيل في النظام القانوني للرّصيف القاري والمنطقة الإقتصادية الخالصة، للباحث: أصول القانون الدولي العام، ألقسم الثاني (أشخاص القانون الدولي)، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار النهضة العربية، 2007، ص236-258، والمراجع الكثيرة المشار إليها في هذه المواضع).

ثانياً- الإشكاليات التي أثارها هذا النزاع:

(أ) الإشكالية الواقعية:

رفض الحكومة الصينية تحكيمية النزاع وما رتبته ذلك من عدم مثلها البتة أمام هيئة التحكيم:

1- واقع الأمر إنّ دولة الصين الشعبية كانت قد أعلنت في 25/8/2006 قبولها اللجوء إلى التحكيم الدولي، وفقاً للمرفق السابع لإتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، لأغراض فضّ المنازعات الإحتماليّة ذات العلاقة بتطبيق أو تفسير أحكام هذه الأخيرة التي قد تتشعب بينها وبين دول أخرى قبلت أو سوف تقبل في المستقبل الإحتكام معها إلى هذه الآليّة القضائيّة؛ على النحو الذي صارت معه إلى القبول المسبق لفضّ هذا النزاع من خلال التحكيم الدولي، بالنظر إلى أنّ دولة الفلبين كانت قد أعلنت إرضائها ذلك منذ تاريخ تصديقها على هذه الإتفاقية في 8/5/1984. غير إنّ من الجدير بالذكر هنا إنّ دولة الصين الشعبية بمناسبة إعلانها الإفرادي الصادر في 2006 كانت قد إستبعدت من النطاق المادّي لقبولها ولاية التحكيم الدولي "المنازعات ذات العلاقة بتعيين الحدود البحرية وبحقوق السيادة وتلك ذات العلاقة بالأنشطة العسكرية"، على نحو ما كانت قد كفلته لها ابتداءً ذات إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار بمناسبة المادة 298 منها؛ خلافاً لدولة الفلبين التي إستغرق فحسب تحفظها "المنازعات ذات العلاقة بسيادتها الإقليمية"². وأياً ما كان عليه الأمر في هذا الشأن، وهو ما سوف يؤول إلينا تحليله بعد قليل، فقد ربّبت الحكومة الصينيية على تحفظها الصادر في 2006 رفض المثل أمام التحكيم الدولي منذ المبتدأ وإلى حين الفصل من قبل هيئة التحكيم في موضوع هذا النزاع.

2- وبالنظر إلى سبق إرضائها تحكيمية المنازعات الدولية التي قد تكون طرفاً بها وفقاً للمرفق السابع لإتفاقية قانون البحار وإلتزامها المسبق - على نحو ما سوف نرى - بالإحناء لمبدأ إختصاص هيئة التحكيم وحدها بالنظر في مدى ثبوت إختصاصها بفضّ النزاع المطروح أمامها ولو إنصرف موضوعه إلى ما قد يدفع في شأنه أي من الخصوم بتعلقه بسيادته، فقد آل من ثم - إثر تعيين حكومة الفلبين لمحكما القاضي الألماني رودجر وولفروم - إلى رئيس المحكمة الدولية لقانون البحار، وفقاً للمادة 3/هـ من المرفق، أنّهوض بتعيين المحكمين الأربعة الآخرين على النحو الآتي: ألقاضي الغاني توماس منساح (رئيساً) والقاضي البولندي ستانسيلاو باولاك وكل من البروفسور الفرنسي جون بيير كوت والبروفسور الهولندي ألفرد سونس أعضاء³،

2- قرار هيئة التحكيم الصادر في الإختصاص، 2015/10/29، ص 11؛ 37.

3- المرجع السابق، ص 16.

وذلك إثر التوافق من قبله مع المحكمة الدائمة للتحكيم - المؤسسة بموجب إتفاقية لاهاي الأولى التي تمخضت عن مؤتمري لاهاي لعامي 1899 و 1907 - على إنعقاد هذا التحكيم تحت رعايتها.

(ب) الإشكاليات القانونية التي أثارها النزاع:

الواقع إن رفض الحكومة الصينية تحكيمية هذا النزاع إذا كان قد أفرز ابتداءً أمام هيئة التحكيم الإشكالية القانونية الأولى في شأن مدى تعلقه بسيادتها الأمر المستتب احتمالاً خلوصها إلى القضاء بعدم إختصاصها بنظر الإدعاء الفلبيني، إلا إن ذات هذا الذفع كان من شأنه -كذلك- أن أثار التساؤل في شأن مدى قيام حقوق بحرية خالصة للصين داخل بحر الصين الجنوبي، بالإستناد تارة إلى مدى ثبوت السيادة لها على بعض الجزر القائمة داخله وتارة أخرى إلى مدى ثبوت ثمة حقوق تاريخية للصيد لها بها. وفي عبارة أخرى، فقد كان لزاماً هنا على هيئة التحكيم أن تحسم الإشكاليات القانونية الثلاث التالية التي كانت ترهن النظر في مدى ثبوت الإدعاءات من قبل الفلبينيين بإنتهاك الصين الشعبية لحقوقها البحرية في مناطقها الإقتصادية الخالصة داخل هذا البحر.

(1) مدى إختصاص هيئة التحكيم بفضّ هذا النزاع، بالنظر إلى التّحفظ الذي كانت قد أبدته الصين حين إعلانها قبول الإلتجاء إلى التحكيم الدولي لأغراض فضّ المنازعات الدولية ذات العلاقة بتطبيق أو تفسير إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار.

(2) مدى قيام جزر طبيعية، وفقاً للمفهوم الراسخ بهذه الإتفاقية، داخل المواقع محلّ النزاع ببحر الصين الجنوبي.

(3) إثر قيام هذه الجزر، حال تحقّق ذلك، على مدى قيام حقوق تاريخية داخلها للصين الشعبية، مرتبة احتمالاً الإعتراف لها إستثنائاً بنطاقات بحرية خالصة لأغراض التمتع من قبلها داخلها ببحار إقليمية وأرصفة قارية ومناطق إقتصادية خالصة ذاتية ذات أثر مُنكر لمطالبات حكومة الفلبين.

ثالثاً- قرار هيئة التحكيم الصادر بتاريخ 2015/10/29 في شأن مدى اختصاصها بالنظر في النزاع، والقانون الواجب التطبيق عليه:

1- من الجدير بالذكر هنا -بادئ ذي بدء- إنّ الحكومة الصينية منذ إستهلال إنعقاد هيئة التحكيم وحتى فضّها هذا النزاع بقرارها التّحكيمي الصادر في الموضوع في 2016/7/12، كانت قد أعلنتها في 2013/7/29 ثمّ في 2014/12/7 بما يأتي:

"إنّ هذا النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم يتعلّق بالسيادة الإقليمية على الكثير من الجزر الواقعة داخل بحر الصين الجنوبي، ممّا يخرج عن النّطاق الماديّ لإنطباق إتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار وعمّا تثيره قواعد تفسير ما ورد بها من أحكام. ومن الثّابت كذلك إنّ كلّ من الصين والفلبين قد توافقنا معاً من خلال العديد من الإتفاقيات الثنائية والإقليمية على حسم المنازعات القائمة بينهما في هذا الشّأن من خلال آليّة التّفاوض، الأمر المستتبع من ثمّ إنصاف الإستحاثات الإنفرادي من قبل الفلبين للتحكيم الدولي على نحو مرتباً بالإخلال بإلتزاماتها الدولية. وإنّ هذا النزاع ولو افتراض جدلاً تعلّقه بتطبيق أو تفسير إتفاقية قانون البحار، فإنّه سوف يتعلّق بتعيين الحدود البحرية بين الدولتين، ممّا يخرج عن النّطاق الماديّ لإنطباق الإعلان الصيني الصادر في 2006/8/25 في شأن الإرتضاء من قبلها بتحكيمة المنازعات ذات العلاقة بهذه الإتفاقية"⁴.

(2) إزاء هيئة التحكيم على نحو ضمني لمبدأ الإختصاص بالنظر في الإختصاص:

والواقع إنّ هيئة التحكيم حين إستهلالها النّظر في الدّفع الصيني - التي سوف نعرض لها حالاً - لم تصرّ إبتداءً، على نحو ما هو قائم كقاعدة عامّة بمناسبة نظر المحاكم الدولية للمنازعات المطروحة أمامها، إلى التأكيد على هذا المبدأ؛ على النّحو الذي إستتبع ترتيبها له على نحو ضمني. إذ من المعلوم إنّ مبدأ إختصاص القضاء الدولي بالنّظر في مدى نهوض إختصاصه بفضّ المنازعات المستحثة أمامه، كلّما صار أحد أطراف الخصومة إلى المنازعة في ذلك، قد إستقرّ في العمل الدولي منذ تبنّته هيئة التحكيم الأنجلو-مكسيكية بمناسبة قضية توباز في 1842 وفي إثرها هيئة التحكيم الأنجلو-أمريكية بمناسبة نزاع الألباما في 1872. بل وقد رتبّ ذلك أن

4- المرجع السابق، ص 45-46.

جاء تقنين هذا المبدأ ابتداءً حين انعقاد مؤتمر لاهاي الأول في 1899 وفي إثره الثاني في 1907 بمناسبة إبرام إتفاقية لاهاي الأولى في شأن التسوية السلمية للمنازعات الدولية (المادة 73 المشتركة)، وفي أعقاب ذلك بمناسبة اعتماد النظام الأساسي لكل من المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية (المادة 6/36 المشتركة)، وفي النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية (المادة 1/19) بل وبمناسبة إبرام إتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية التي تمخض عنها قيام مركز الإكسبند (المادة 1/41). وهو الوضع الذي رتب من ثم إذكاءها من قبل محكمتي عدل لاهاي في مناسبات كثيرة، على نحو ما تحقق على سبيل المثال بمناسبة قضية مصنع شورزو في 1928 وبمناسبة قضية التأميم الإيراني لشركة الزيت البريطانية في 1952 وفي قضية حق المرور في الإقليم الهندي في 1960 فضلاً عن قضية برشلونة تراكشن في 1964 وفي قضية الرصيف القاري لبحر الشمال إبان 1969 وفي قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية بنيكارجوا في 1984، وأمام التحكيم الدولي على سبيل المثال في 1977 بمناسبة قضية تكساكو - كلاسيك وفي 1989 بمناسبة قضية الرصيف القاري بين السنغال وغينيا بيساو وكذلك بمناسبة النزاع التحكيمي بين كل من قطر والبحرين في 2001، وأمام المحكمة الجنائية ليوغسلافيا السابقة في قضية تاديك في 1999...

ذلك من حيث المبدأ، وإن كنا سوف نرى بعد قليل إن عدم الإزكاء الصريح من قبل هيئة التحكيم لهذا المبدأ بمناسبة ذلك النزاع يبدو إنه قد إستحثه -على نحو ما سوف نرى- إنتوائها منذ المبتدأ الإنصراف إلى فضّه!

(3) إزكاء هيئة التحكيم إستنفاد الفليبين مساعي التفاوض وفقاً لمبدأ حسن النية مع الصين الشعبية دون إمكانية التوصل من قبلها لأي حلّ توافقي للنزاع:

أ- والواقع إنه كان من شأن الدّفع الثاني للحكومة الصينية، "إنّ كلّ من الصين والفلبين قد توافقتا معاً من خلال العديد من الإتفاقيات الثنائية والإقليمية على حسم المنازعات القائمة بينهما من خلال آلية التفاوض، الأمر المستتبع إستحثائها الإنفرادي للتحكيم الدولي على نحو مرتباً للإخلال من قبلها بالتزاماتها الدولية". ومن الجدير بالذكر في هذا الشأن إنّ الإحالة من قبل الصين الشعبية إلى الإتفاقيات الإقليمية إنّما كان قد تأسس على الإتفاقيين اللذين جيء إبرامهما تبعاً في 1976/2/24 و 2002/11/4 بين دول

جنوب شرق آسيا - وكانت الدولتان المعنيتان بين أطرافه- وكان قد أكد على ضرورة التزام مجمل الدول المتعاقدة بحظر اللجوء إلى القوة المسلحة لأغراض حسم منازعاتها الدولية، وعلى أن تكون آلية التفاوض بين المتنازعين هي المحتكم إليها بصفة رئيسية بغية التسوية السلمية لها، جنباً إلى جنب بصفة إحتياطية مع الآليات الدبلوماسية غير المباشرة بينها، شأن المساعي الحميدة والوساطة والتحكيم والتوفيق. أمّا في شأن الإتفاقيات الثنائية بين كلّ منهما، فقد كانت الإحالة في شأنها من قبل الصين إلى ذلك الذي جيء إستهلاله في 10/8/1995، والذي ما لبث أن تأكّدت بينهما حيثياته على نحو لاحق، آخرها تباعاً في 12/3/1999 وفي 1/9/2011.

ب- والحقيقة إنّه من المعلوم وفقاً لقواعد القانون الدولي العام أن الإلتزام الدولي بالتفاوض على عاتق أطرافه لا يرتّب بذاته أي إلتزام قانوني لاحق بينهما بإبرام إتفاق دولي في شأن حسم المسائل محلّ النزاع، ما دام قد جيء الإستيفاء - كحدّ أدنى من قبل أحدهما - بمتطلبات التفاوض وفقاً لمبدأ حسن النية المعدّ أحد ركائز مبادئ ميثاق الأمم المتحدة (المادة 2/2). ومن الثابت أيضاً أن ذلك - وحده- هو ما كان يمكن من ثمّ معه لهيئة التحكيم أن تنتهي - في شأن هذا الدّفع- إلى تأكيد إختصاصها بفضّ موضوع النزاع، ما دام أنه بالتأسيس عليه يكون قد تأكّد لها إستيفاء الفلبيين لإلتزامها القانوني المضمون بصفة خاصة داخل المادة 283 من إتفاقية قانون البحار، التي تكفل فقرتها الأولى أنه "متى نشأ نزاع بين دول أطراف يتعلّق بتفسير هذه الإتفاقية أو تطبيقها، قامت أطراف النزاع عاجلاً بتبادل الآراء في أمر تسويته بالتفاوض أو غير ذلك من الوسائل السلمية".

بل واقع الأمر إنّ هذا التحليل قد تمسكت صراحة بأهدابه هيئة التحكيم حين تأكديها من جانب بمناسبة الإتفاقيات الثنائية بين الخصوم، على أنه بمؤدى هذه الأخيرة، " فإنّ الإدعاء الصيني بإنصراف موضوعها إلى إنهاض فحسب الإلتزام بالتفاوض بينهما هو إدعاء لا يمكن قبوله بالنظر إلى أنّ هذا التفاوض قد يظلّ في إستمرارية قائماً دون أن تلحقه أية تسوية سلمية للنزاع ذاته. فالمفاوضات إن تعثرت بين الدول المعنية، فذلك لا يمكن البتة أن يُنكر على إحداها اللجوء إلى الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات المضمونة داخل الفرع الثاني للجزء الخامس عشر من إتفاقية الأمم المتحدة لقانون

البحار"⁵ (المحكمة الدولية لقانون البحار، محكمة العدل الدولية، محكمة تحكيم وفقاً للمرفق السابع). وهو ذات ما إنتهت -كذلك- إليه، بحق، هيئة التحكيم حين تحليلها من جانب آخر، لإلتزام التفاوض وإستحاث الآليات الدبلوماسية الغير مباشرة التي ضمنتها الإتفاقيتان اللتين أبرمتا بين دول جنوب شرق آسيا. إذ أكدت هنا أيضاً هيئة التحكيم "إنّ الفلبين صارت كذلك إلى محاولة إلتماس مساعي التسوية الدبلوماسية الغير مباشرة المضمونة داخلهما، وهو ما أنكرته عليها في إستمرارية الصين الشعبية، التي قدرت في إستمرارية كذلك وجوب حسم مجمل جوانب هذا النزاع من خلال آلية التفاوض المباشر وحدها، خلافاً لما تنصّ عليه المادة 283 من إتفاقية قانون البحار"⁶.

(د) والحقيقة إنه تجدر الإشارة هنا إلى أنّ تحليل هيئة التحكيم لهذا الدّفع -وحده- قد إستغرق ما يناهز 50 صفحة من جملة قراراتها الصّادر في الإختصاص والذي إنصرف إلى 150 صفحة، أي إلى ثلث هذا الأخير؛ على الرّغم من أنّ دحضه من قبلها كان يمكن أن يتمخض عن الفترتين السّالفتين وحدهما! وواقع الأمر إنّ مجمل ما صارت إليه إثر ذلك، في هذا الشّأن، هيئة التحكيم إنّما جاء من قبلها لأغراض إنكار الطّابع القانوني على مجمل هذه الإتفاقيات الدولية، الثّنائية والإقليمية في غير تمييز، التي عدتها هذه الأخيرة "إتفاقات سياسية ليس من شأنها ترتيب أية إلتزامات قانونية على عاتق أطرافها! ممّا يستتبع من ثمّ الترخيص بتسوية المنازعات ذات العلاقة بها من خلال آلية التحكيم الدولي"⁷. إذ هذه النتيجة، الذي كان يمكن أن يغلبها - على ما يبدو في عقيدة هيئة التحكيم - نصّ المادة 1/281 من إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي نقضى بأنّه "إذا كانت الدول الأطراف التي هي أطراف في نزاع يتعلّق بتفسير هذه الإتفاقية أو تطبيقها قد إتفقت على السّعي إلى تسوية النزاع بوسيلة سلمية من إختيارها، لا تطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الجزء (التسوية القضائية الدولية) إلاّ عندما يتمّ التّوصل إلى تسوية باللّجوء إلى هذه الوسيلة أو عندما لا يستبعد الإتفاق بين الأطراف أي إجراء آخر".

5- أُلرجع السّابق، ص 95.

6- أُلرجع السّابق، ص 119.

7- أُلرجع السّابق، ص 75-124.

ولعلّه من نافلة القول التأكيد هنا على أنّ مجمل الإتفاقيات الدولية - وفي غير إحداث مفتعلة لأيّ تمييز بين الإتفاقيات القانونية والإتفاقيات السياسية الذي أركته في هذا الشأن هيئة التحكيم - ترتب في غير شكّ إلتزامات قانونية على عاتق أطرافها - أو كحدّ أدنى - على عاتق ممثليهم؛ لو تعلق الأمر بإتفاقيات الجنتلمان (إتفاقيات الشرفاء). والقول بخلاف ذلك - وهو ما لم تقصده بأيّ حال هيئة التحكيم - سوف يرتب بالضرورة الإرتداد الآن، وخلافاً لما قد إستقرّ داخل القضاء الدولي منذ القرن التاسع عشر، إلى محاولة إحياء أذوبة التمييز بين النزاعات القانونية والنزاعات السياسية، بغية الخلوص إلى إكفاء الفضّ القضائي للأولى وحدها خلافاً للثانية المحجوز في شأنها للوسائل الدبلوماسية إستثنائاً الإضطلاع بالتسوية السلمية لها. وفي شأن الإتفاقيات الدولية سواء الثنائية أو الإقليمية التي إرتضت بها كلّ من الصين الشعبية والفلبين، فإنّه لما لا شكّ فيه إنهاضها باليقين في مواجهتهما معاً للإلتزام القانوني بالتفاوض وفقاً لمؤدّيات مبدأ حسن النية لأغراض حسم المنازعات الدولية القائمة بينهما؛ ألهم إلا إذا إنصرفنا - في مجافاة للقانون - إلى عدّ الإلتزام الدولي بالتفاوض ذاته بين الإلتزامات السياسية القائمة بين الدول أعضاء المجتمع الدولي المرتبة فحسب المسؤولية الأدبية على عاتق من يستحثّ إجهاضها. ولعلّ الحقيقة - كما عنّ لنا التأكيد عليه منذ مستهلّ هذه الدراسة - إنّ إنصراف هيئة التحكيم إلى إنكار الطابع القانوني على مجمل هذه الإتفاقيات الدولية كان مردّه، فحسب، إنتواءها المسبق - منذ إنعقادها للنظر في الإختصاص - ألنظر إثر ذلك في موضوع النزاع ذاته؛ ممّا رتب، في غير طائل أو سند قانوني، إكفاءها - كذلك - لإختصاصها في هذا الشأن بالإستناد إلى تخلف مقتضيات إنفاذ المادة 1/281 من إتفاقية قانون البحار.

(4) إكفاء هيئة التحكيم إنطباق أحكام إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار على النزاع، بالنظر إلى غياب الإتفاق المخالف بين أطرافه:

وإذا كان من الثابت أنّ الكثير من قواعد القانون الدولي للبحار تعدّ بين القواعد المكتملة الجائز للأطراف المعنية إستبعاد إنفاذها بينها وكان من الثابت - كذلك - عدم قيام ثمة إتفاق دولي قد جيء إبرامه منذ ذي قبل بين كلّ من الصين الشعبية والفلبين لأغراض حسم مجمل المنازعات القائمة بينهما داخل بحر الصين الجنوبي، فقد كان من المتوقع - إذن - على نحو ما

خلصت منذ المبتدأ هيئة التحكيم أن تصير من ثم الأحكام الموضوعية ذات العلاقة بفضّ هذا النزاع المضمونة داخل إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار - بل وكذلك القواعد الإجرائية في شأن اللجوء إلى التحكيم الدولي المضمونة داخل المرفق السابع لهذه الإتفاقية - هي الواجب الإرتكاز إليها إستثنائاً من قبلها، في هذا الشأن. إذ أكدت هيئة التحكيم - ولكن منذ قبل نظرها في الدّفع السّالف الذي كانت قد إستحثته الحكومة الصينية - إنه في شأن القواعد الموضوعية الواجبة التّطبيق، "إنّ هيئة التحكيم قد إستقرّ في يقينها أنّ النزاع القائم بين الجانبين هو نزاع قانوني يتعلّق بتطبيق وتفسير أحكام إتفاقية قانون البحار بمناسبة مجمل الإدعاءات التي إستحثتها دولة الفلبين"⁸.

ومن جانب آخر وفي شأن مدى إنعقاد إختصاص هيئة التحكيم بفضّ هذا النزاع بالإستناد إلى المرفق السابع للإتفاقية ذات العلاقة بالتسوية القضائية للمنازعات من خلال التحكيم الدولي على نحو ما كانت قد إرتضت به مسبقاً كلّ من الدولتين بمناسبة إعلاناتها الصادرة بالإرادة المنفردة، فقد إنتهت كذلك في شأنها هيئة التحكيم إلى "أنّ سواء الإتفاقات الثنائية المبرمة أو كذلك الإتفاقات الإقليمية لدول جنوب شرق آسيا اللذان إنصرفا المتنازعان بين أطرافها ليس من شأنهم في مجملهم أن يغلّوا بأيّ حال من إستحثات التسوية القضائية لهذا النزاع بموجب المادة 287 من إتفاقية قانون البحار بصفة عامة، ومن إنطباق المرفق السابع منها في شأن التسوية القضائية له من خلال آلية التحكيم الدولي بصفة خاصة"⁹.

5) موقف هيئة التحكيم من الدّفع الصيني بشأن عدم تحكيمية المنازعات ذات العلاقة بتعيين حدودها البحرية مع الدول المشاطئة لبحر الصين الجنوبي:

أ) والواقع إنه كان من جانب آخر، من شأن الدّفع الثالث للحكومة الصينية، "إنّ هذا النزاع يتعلّق بتعيين الحدود البحرية بين الدولتين، ممّا يخرج عن النطاق المادي لإنطباق الإعلان الصيني الصادر عنها في شأن الإرتضاء بتحكيمية المنازعات ذات العلاقة بإتفاقية قانون البحار". بل إنه من الثّابت - كذلك - إنّ تعيين الحدود البحرية لها مع دولة الفلبين لم ينصرف البتّة - على نحو مباشر - بين طلبات هذه الأخيرة. إذ أكدت

8 - المرجع السابق، ص 70.

9 - المرجع السابق، ص 108.

صراحة حكومة الفلبين في مذكرتها "إنكارها إنصراف موضوع النزاع بين الجانبين إلى تعيين الحدود البحرية بينهما، بالنظر إلى أن هذه الدعوى استُحْتَت من قبلها لأغراض النظر في مدى إنتهاك الصين الشعبية لحقوقها بمنطقتها الإقتصادية الخالصة داخل بحر الصين الجنوبي ولمدى إنصراف أنشطة الصين العسكرية داخل البعض من جزره التي تزعم شمولها بسيادتها إلى إنتهاك قواعد القانون الدولي للبيئة في مواجهتها؛ وفي الحالتين بالإستناد إلى إتفاقية قانون البحار"¹⁰.

(ب) وفي هذا الشأن، لم يحد البتة - وإن جيء ذلك فحسب بحسب الشكل وليس على الرغم من ذلك من حيث الجوهر على نحو ما سوف نرى بعد قليل - موقف هيئة التحكيم. إذ أكدت هنا هذه الأخيرة "إنّ هذا النزاع ليس موضوعه الحدود البحرية بين الدولتين بالنظر إلى أنّ دولة الفلبين لم تتصرف تلك الإشكالية بين طلباتها، الأمر المرتب قيام هيئة التحكيم بالنظر فحسب في طلبات الفلبين ذات العلاقة بصفة رئيسية بحقوقها البحرية الخالصة وبصفة تبعية في مدى إنتهاك الصين الشعبية لقواعد القانون الدولي للبيئة"¹¹.

(ج) والحقيقة إنه إذا كان من المعلوم بمناسبة المفردات القانونية الإصطلاحية الراسخة داخل نظم القانون الدولي العام نهوض التباين الفائق بين عبارتي تعيين delimitation الحدود وترسيم demarcation (أو تخطيط) الحدود وإنصراف العبارة الثانية - وحدها- إلى حالة إتفاق الدول المعنية (في حالتنا الصين والفلبين) إلى وضع النقاط أو العلامات "المادية" الفاصلة بين حدودهما السياسية بحسب ما جيء تعيينها القانوني - أي النظري- سواء بالإتفاق بينها أو بالإستناد إلى قواعد القانون الدولي أو من خلال القضاء الدولي، فلعله يتبين من ذلك إنّ هيئة التحكيم إذا كانت قد أركت هنا من جانب، عدم إختصاصها بتعيين الحدود البحرية بين الدولتين وأركت كذلك من جانب، آخر، إختصاصها بالنظر في مدى قيام حقوق بحرية لدولة الفلبين ببحر الصين الجنوبي مُدعى إنتهاكها من قبل هذه الأخيرة، فكأنها قد إنتوت من ثم - منذ نظرها في الإختصاص- ألنهوض اللاحق بتوزيع النطاقات البحرية بين الدولتين، أي بتعيين

10- أُلْمِرَج السّاق، ص 53.

11- أُلْمِرَج السّاق، ص 61.

الحدود البحرية بينهما، مناهضة على ذلك النحو الدّفع الصّيني إزاءها لما قد طالبت به - ولكن على نحو غير مباشر - حكومة الفلبين!

وواقع الأمر إنّ هيئة التّحكيم وقد أوقعت ذاتها في هذا التّناقض القانوني الصّارخ المتعمّد، فقد كان في غير شكّ من الأوفق لها درءاً لهذا التّناقض أن تساير فحسب أحد منطقتين تحليليّين غير جائز الجمع أو المزج بينهما أبداً. ونقصد بذلك إمّا أن تخلص ممّا ذكرته في الجملة الأولى من فقرتها السّالفة إلى عدم إختصاصها بفضّ النزاع! أو أن تخلص - إثر إستبعادها لهذه الجملة - وهو الأدقّ في غير شكّ - إلى أنّ الحدود البحريّة بين الدّول تبيّنها وحدها قواعد القانون الدولي وفي حالتنا الأحكام ذات العلاقة المضمّنة داخل إتفاقية قانون البحار، وإلى أنّه يمتنع على الدّول بإرادتها المنفردة أن تصير إلى الخلوّص الدّاتي لتوزيع الإختصاصات الإقليميّة السيادية وغير السيادية لها مع دول الجوار الجغرافي، على النحو المُنكر لوجود القانون الدولي في ذاته. غير إنّ هذا التّحليل لم تصر إليه البتّة هيئة التّحكيم، لأنّوائها المسبق النّظر في موضوع النزاع قبل الفضّ المدقّق لإشكاليّات الإختصاص، وربما لعدم رغبتها في المواجهة السياسيّة للدّولة الكبرى الصّين أو بغية إستحاثتها على المثل أمامها إبان النّظر في الموضوع. وسوف يُرى - الآن - أنّ ذات التّناقض التّحليلي قد كان شريعته حين النّظر - كذلك - في الدّفع الصّيني الأخير.

6) موقف هيئة التّحكيم من الدّفع الصّيني بشأن عدم تحكيميّة المنازعات ذات العلاقة بسيادتها الإقليميّة:

أ) من المعلوم إنّ الحكومة الصّينية كانت قد إستهلّت دفعها لأغراض إستحاثات عدم إختصاص هيئة التّحكيم بفضّ موضوع النزاع بالتّأكيد على أنّ "هذا النزاع يتعلّق بالسيادة الإقليميّة على الكثير من الجزر الواقعة داخل بحر الصّين الجنوبي، ممّا يخرج عن النّطاق الماديّ لإتطابق إتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار وعمّا تنثيره قواعد تفسير ما ورد بها من أحكام". بل - وهنا أيضاً وعلى نحو ما كان قد ترتّب بمناسبة الدّفع السّالف - فقد أكّدت، كذلك، حكومة الفلبين "إنّه على الرّغم من قيام نزاع قانوني بين الدّولتين بشأن الإدعاء الغير مسند للصّين الشّعبيّة بشمول الكثير من جزر الصّين

الجنوبي بسيادتها، إلا أنّ موضوع الإذعاء الفلبيني يتعلّق بصفة خاصّة بإنتهاك الأولى لحقوقها البحريّة في منطقتها الإقتصادية الخالصة داخل هذا البحر، وإنّه لا يوجد ثمة أي اعتماد متبادل بين فضّ هيئة التحكيم لهذا الإذعاء بمجمل ما تدفع به الصين من حقوق سياديّة لها داخل البعض من جزره" ¹².

(ب) بل والحقيقة إنّه في شأن هذا الدّفع الأخير، فقد صارت -كذلك- هيئة التحكيم إلى التمسك بذات أهداف التحليل السّالف القائم على التّرتيب من قبلها للتّناقض القانوني المتعمد، بغية القفز المبكر لعقد إختصاصها بفضّ موضوع النّزاع. إذ وفقاً لذات النهج الذي إستحدثته حكومة الفلبين، فقد أكّدت هنا هيئة التحكيم "إنّه إذا كان من غير المشكوك فيه وجود نزاع قانوني بين الدولتين مردّه تأكيد الصين شمول بعض جزر بحر الصين الجنوبي بسيادتها، إلا إنّ هذه الإشكاليّة القانونيّة لم تشحذها أمامها حكومة الفلبين التي إنصرف إدّعاؤها بصفة خاصّة إلى ما قدرته من إنتهاك الصين للمناطق الإقتصادية الخالصة لها داخل بعض مواضع بحر الصين الجنوبي" ¹³.

(ج) والواقع إنّه -هنا أيضاً- فقد أوقعت هيئة التحكيم ذاتها في تناقض تحليلي قانوني صارخ، وكان من الأوفق لها درءاً له أن تساير كذلك بمناسبة هذا الدّفع أحد منطقيين غير جائز البتّة الجمع أو المزج بينهما. ونقصد بذلك إمّا أن تخلص ممّا ذكرته في جملتها الأولى في شأن دفع السّيادة إلى القضاء بعدم إختصاصها بفضّ النّزاع! مرتبّة هنا إحالة الخصوم إلى التّوفيق الدّولي بحسب ما تضمّنته المادّة 1/298 (أ) من إتفاقيّة قانون البحار إثر إذكاءها لهذا التّحفظ الصيني، أو أن تخلص - إثر تنحيتها لهذه الجملة - وهو الأوفق في غير شك- إلى التّأكيد على أنّ ما يُدرج أولاً يُدرج داخل النّطاق المادّي للسّيادة الإقليميّة للدّول تحدّده وحدها قواعد القانون الدّولي؛ وفي هذا الشّأن أحكام إتفاقيّة الأمم المتّحدة لقانون البحار ذات العلاقة بصفة خاصّة بالنّظام القانوني للجزر، سواء من حيث مفهومها القانوني أو من حيث ما يرتبّه قيامها من حقوق بحريّة للدّولة، أو الدّول صاحبة السّيادة عليها.

12- أُلّرجع السّابق، ص 48-50.

13- أُلّرجع السّابق، ص 59-60.

إذ إنّ البتّ من قبل هيئة التّحكيم في شأن مدى قيام حقوق بحرية للفلبين داخل منطقتها الإقتصاديّة الخالصة من عدمه كان يرهنه إبتداءً في غير شك البتّ من قبلها أيضاً في مدى وجود جزر طبيعيّة داخل مواقع بحر الصين الجنوبي محلّ النزاع بين الدولتين ومدى شمول البعض منها بسيادة الصين الشعبيّة من عدمه؛ بالنظر إلى أنّه في هذا الشأن إنّ ثبتت لها هذه السيادة فسوف يرتّب ذلك - على نحو ما سوف يُرى الآن- إستغراق المساحات البحريّة القائمة أمام هذه الجزر تارة بسيادتها الإقليميّة داخل بحارها الإقليميّة وتارة أخرى بحقوقها البحريّة الذاتيّة داخل أرسفتها القاريّة ومناطقها الإقتصاديّة الخالصة على نحو المنكر إذن لثبوت أي حقوق بحريّة للفلبين، والعكس بالعكس في غير شك. أمّا وقد إستبعدت عمداً هيئة التّحكيم البتّ في إشكاليّات السيادة الإقليميّة على الجزر حين نظرها في مدى نهوض إختصاصها بفضّ موضوع النزاع، وعلى ذات نحو ما صارت إليه مسبقاً بمناسبة إشكاليّة تعيين الحدود البحريّة بين الدولتين، فقد رتّب ذلك هنا خلوصها بمناسبة قرارها الصّادر في الإختصاص إلى إنكار إختصاصها بنظر موضوع النزاع وإلى إذكائه في ذات الوقت؛ الأمر جدّ الخطير بالنظر - على نحو ما سوف يُرى - إلى ما قد رتبّه ذلك من إزكائها، آخراً، لبطلان قرارها التّحكيمي، ألصّحیح على نحو جزئي في عقيدتنا، ألسّادر في الموضوع بالتأسيس على تخلف المتطلّبات الإجرائيّة لصحة قرارها التّحكيمي الصّادر في الإختصاص وبصفة خاصّة في شأن مدى تحكيمية هذا النزاع!

رابعاً- قرار هيئة التّحكيم الصّادر بتاريخ 12 يوليو 2016 بشأن حسم موضوع النزاع (أو النظام القانوني للجزر):

وإذا كانت هيئة التّحكيم قد سايرت إذن في ما سبق - وعلى نحو تكتيكي خالص - الدّفوع الصينيّة في شأن عدم تحكيمية المنازعات ذات العلاقة بالسيادة الإقليميّة وبتعيين الحدود البحريّة وكانت قد إدّعت من ثمّ إنصرافها فحسب في الموضوع إلى النّظر في الإدّعاءات الفلبينيّة في شأن حقوقها البحريّة داخل بحر الصين الجنوبي على الرّغم من ثبوت قيام الإعتدال المتبادل بين هذه المسائل الثّلاث، فقد رتّب ذلك أن صارت هي في قرارها التّحكيمي الصّادر في 2016 لأغراض فضّ موضوع النزاع إلى الإحداث الصّحیح - ولكن على نحو متأخّر - لهذه الحقيقة

القانونية، مذكية على ذلك النحو إختصاصها بحسم هذه الدفوع الصينية إثر تأكيدها المسبق على عدم إختصاصها بذلك!

1) مدى قيام جزر طبيعية وفقاً للقانون الدولي للبحار داخل مواقع النزاع بين الدولتين:

أ) من المعلوم إنّ الجزر المنفردة بحسب ما كان قد تأكّد داخل نظم القانون الدولي العرفي وبصفة خاصة منذ تحكيم جزر بالماس في 1928 من قبل المحكمّ الوحيد ماكس أوبر، وعلى نحو ما بايعته إثر ذلك كلّ من إتفاقية جنيف الأولى في شأن البحر الإقليمي والمنطقة المجاورة (المادة 1/10) وإتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار (المادة 1/121) يُقصد بها كلّ "رقعة من الأرض مكونة طبيعياً ومحاطة بالماء وتعلو عليه في حالة المدّ". إذ الجزر، لأغراض الإعتداد بقيامها في ظلّ قانون البحار، يُتطلّب إستيفاءها بالضرورة لعنصرين؛ أي من جانب، ضرورة أن تكون الجزيرة قد تكوّنت - أو تشكّلت - بفعل الطبيعة الأمر المستتبّ هنا عدم الإعتداد بالجزر الاصطناعية لأغراض قانون البحار ومن جانب آخر، ضرورة أن تكون هذه الجزر محاطة من كافّة جوانبها بمياه البحر التي لا تغمرها في حالة أعلى المدّ على النحو المرتبّ عدم الإعتداد بالتنوّعات الجزرية أي الضحاضيح؛ التي وإن تكوّنت أو تشكّلت بفعل الطبيعة، غير أنّ المياه تعلوها في حالة المدّ. ومن الجدير بالذكر، في هذا الشأن، إنّ ذلك المفهوم المضيق لظاهرة الجزر داخل القانون الدولي للبحار إنّما فرضه كفالة هذا الأخير - ومنذ قبل إبرام إتفاقيات جنيف - بحراً إقليمياً خالصاً للدول صاحبة السيادة عليها، على النحو المغلّ من ثمّ في غير شكّ لمبدأ حرية أعالي البحار في حقّ سائر الدول. وإذا كانت إتفاقية جنيف الأولى قد أذكت من ثمّ هذا التعريف المضيق بالنظر إلى ما رتبته من إحقاق لهذا الأثر (المادة 2/10)، فقد ترتّب ذلك أيضاً بالنظر إلى ضمان إتفاقية جنيف الرابعة في شأن الرّصيف القاريّ على نحو صريح من جهة أخرى، لرصيف قاريّ خالص للجزر تستغرق به الدول صاحبة السيادة عليها (الفقرة الثانية من المادة الأولى لهذه الإتفاقية)؛ وعلى نحو ما توجّه إثر ذلك أيضاً إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في حقّ الرّصيف القاريّ والمنطقة المتاخمة معاً، فضلاً عن البحر الإقليمي الخالص لها (المادة 2/121).

وإذا كان هذا المفهوم المضيق للجزر قد ترتّب على هذا النحو في ظلّ إتفاقيات جنيف (التي سهت فضلاً عن ذلك دون أن تستبعد تمتّع الجزر كذلك بمنطقة متاخمة خالصة للدولة صاحبة السيادة عليها)، إلاّ إنه كان من شأن الإستحداث اللاحق من قبل إتفاقية الأمم المتّحدة لقانون البحار لنظام المنطقة الإقتصادية الخالصة داخل أعالي البحار، بل ومن شأن إقرارها تمتّع الجزر كذلك بها، أن صارت الدّول الكبرى إبان إنعقاد مؤتمر الأمم المتّحدة الثالث لقانون البحار إلى التأكيد على عدم كفاية العنصرين السالفين لأغراض قيام الجزر في ظلّ قانون البحار؛ الأمر الذي تحقّق لها بالفعل على الرّغم من معارضة دول العالم الثالث. إذ من المعلوم إنّ المادة 2/121 من إتفاقية قانون البحار مؤداها أن "يحدّد البحر الإقليمي للجزيرة ومنطقتها المتاخمة ومنطقتها الإقتصادية الخالصة وجرفها القارّي وفقاً لأحكام هذه الإتفاقية المنطبقة على الأقاليم البرية الأخرى". إذ كان من المتوقّع إذن أن يصير التعريف التقليدي للجزر مرتّباً لحرمان الكثير من الدّول الشاطئية من التمتع بنظام المنطقة الإقتصادية الخالصة، كما وقعت هذه الأخيرة بالقرب أو داخل مواقع جزر خاضعة لسيادة دول أخرى، بالنظر إلى ما سوف يرتّب ذلك من عدّ هذه المناطق خالصة فحسب لهذه الأخيرة.

إذ ذلك ما تحرّزت له الدّول الكبرى حين شحذها - بالفعل - تضمين إتفاقية الأمم المتّحدة عنصر ثالث وجوبي في شأن تعريف الجزر، مرتّباً تخلفه حظر تمتّع الدولة صاحبة السيادة عليها سواء بمنطقة إقتصادية خالصة أو برصيف قارّي ذاتي لهذه الجزر، وبحيث في مثل هذه الحالة يكون للجزيرة فقط بحرها الإقليمي ومنطقتها المجاورة فضلاً إحتمالاً عن مياهها الداخلية. إذ كان في ذلك الشأن أن ضمنت صراحة إتفاقية قانون البحار - بمناسبة المادة 3/121 منها - أنه "ليس للصّخور التي لا تهبّئ إستمرار السكّنى البشريّة أو إستمرار حياة إقتصادية خاصة بها منطقة إقتصادية خالصة أو جرفاً قارياً"، وبحيث إنصرفت - إثر ضغوط دول العالم الثالث بصفة خاصة - عن تطلّب هذين الشرطين معاً؛ أي عن تطلّب إستمرار السكّنى البشريّة والحياة الإقتصادية الخاصة على نحو مشترك.

أنظر لمزيد من التفصيل في هذا الشأن للباحث، ألقانون الدولي الجديد للبحار والجزر العربية للبحر الأحمر، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، تصدرها جامعة عين شمس،

عدد يناير - يوليو 1989، ص 223-272، والمراجع العديدة المشار إليها في هذه المواضع.

(ب) والواقع إنه بمناسبة النزاع بين الصين الشعبية والفلبين، فقد تعلق في شأنه في الحقيقة الوضع بالكثير من الجزر تارة وبالعديد من الضاحضيات تارة أخرى؛ وفي الحالة الأولى بجزر كان على هيئة التحكيم النظر في مدى إستيفائها للمقومات المتطلبة وفقاً لإتفاقية جنيف الأولى وحدها، أو فضلاً عن ذلك لتلك المتطلبة وفقاً لإتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار:

i- إذ في شأن كل من جزر سوبي وهوجوس وميشيف وسكند توماس وبانكريد، فقد تبين - بحق - لهيئة التحكيم عدم إستيفاءهم بأي حال لوصف الجزر؛ ولو في ظل قواعد قانون البحار التقليدي بحسب ما أدكته إثر ذلك إتفاقية جنيف الأولى المبرمة في 1958. ونقصد بذلك إرتداد فحسب وجود هذه الجزر إلى فعل الطبيعة دون أن يكون من شأن ذلك البتة بروزها فوق سطح البحر في حالة أعلى المد؛ بحيث رتب ذلك تمخضها الخالص عن نتوءات جزرية أي ضاحضيات. وهو الوضع الذي كان إذاً من شأنه أن عدت هيئة التحكيم مواقع بحر الصين الجنوبي المجاورة لها بين المناطق الإقتصادية الخالصة للفلبين، وأنكرت على ذلك النحو إفرازها لأي حقوق خاصة لأغراض الصيد للصين الشعبية مرتبة على ذلك إذا سبق الإضطلاع المنتظم المتواتر لهذا النشاط من قبل هذه الأخيرة بمثابة إنتهاك غير مشروع لأحكام إتفاقية قانون البحار¹⁴.

ii- وكذلك خلصت - أيضاً بحق - هيئة التحكيم بمناسبة جزيرة جافن ريف التي لم تستوف أيضاً المقومات القانونية للجزر وفقاً لإتفاقية جنيف الأولى ذاتها؛ بالنظر إلى أنها وإن علت فوق سطح البحر في حالة أعلى المد إلا أنها لم تكن أبداً قد تكوّنت أو تشكلت بفعل عوامل الطبيعة، الأمر الذي رتب عدّها من قبل هيئة التحكيم بين الجزر الصناعية الواقعة - ومحيطها الجغرافي - داخل المنطقة الإقتصادية الخالصة للفلبين¹⁵.

14- قرار هيئة التحكيم الصادر في الموضوع بتاريخ 2016/7/12، تبعاً ص 157، 164-165، 173 و 174.

15- المرجع السابق، ص 164.

iii- وفي شأن كلٍّ من جزر جونسون وكوارتيرون وفيريروس، فقد قدّرت - كذلك - هيئة التحكيم إنها وإن إنصرفت في مجملها إلى المفهوم القانوني للجزر وفقاً لإتفاقية جنيف الأولى، إلا أنّ وقوعها معاً داخل المنطقة الإقتصادية الخالصة للفلبين رتب - هنا كذلك - إنتهاك الصين الشعبية لأحكام إتفاقية قانون البحار حين إضطلاعها المتواتر بالصيّد داخل المواقع القريبة منها¹⁶.

iv- بل وإنتهت إلى ذلك - أيضاً - هيئة التحكيم بمناسبة جزيرة ميكينا؛ بالنظر إلى ما ساقته من أدلة قاطعة في شأن الإستحالة التي تفرضها الطبيعة للسكنى البشرية أو الحياة الإقتصادية الخاصة داخلها¹⁷.

v- وأخيراً في شأن جزيرة سكاربورو ومجموعة جزر سبارتلي، فإنّ الصين - التي كانت قد ادّعت شمولها بحقوقها التاريخية بحسب ما سوف نرى بعد قليل - قد أكّدت فضلاً عن ذلك، فيما يعنيهها هنا، إستيفاءها كذلك للمفهوم القانوني للجزر وفقاً لإتفاقية قانون البحار. ونقصد بذلك تأكيدها على عدّ هذه المجموعة من الجزر - غير الأرجبيلية - مهياً، على هذا النحو، لإستمرار السكنى البشرية أو الحياة الإقتصادية المستقلّة. وبالنظر في الواقع إلى العروة الوثقى القائمة هنا بين هذين الدّفعين للصين الشعبية إزاء هذه الجزر خاصة، فمن الأوفق بحسب ما نرى تحليلهما معاً في الفقرة (2) التّالية.

(2) مدى قيام حقوق تاريخية لأيّ من الخصوم داخل بعض جزر بحر الصين الجنوبي (جزيرة سكاربورو مجموعة جزر سبارتلي):

(أ) جزيرة سكاربورو:

والواقع إنّه في شأن جزيرة سكاربورو الواقعة بالقرب من سواحل دولة الفلبين، والتي وإن كانت ولا تزال الدولتان تقدّر كل منهما شمولها بسيادتها الإقليمية، إلاّ إنّ الفلبين لم تستحثّ على الرّغم من ذلك في شأنها إلاّ حقوقها التاريخية في الصيّد داخلها المنتهكة في عقيدتها من قبل الصين الشعبية؛ مؤسّسة هنا إدّعاءها على عدّ هذه الجزيرة فحسب بين الصّخور المتمتعة فقط

16- أُلْمِج السّابق، ص 148، 233 - 234.

17- أُلْمِج السّابق، ص 235.

بحر إقليمي وفقاً للمادة 3/121 من إتفاقية قانون البحار التي كانت قد قابلتها المادة 1/10 من إتفاقية جنيف الأولى، خلافاً للدفع الصيني في شأن عدّها - على خلاف ذلك - جزيرة وفقاً للفقرتين الأولى والثانية من المادة 121، أي بالنظر إلى إدعائها إنصراف هذه الجزيرة إلى التهيئة لإستمرار السكنى البشرية أو الحياة الإقتصادية الخاصة وتمتعها على هذا النحو فضلاً عن ذلك بمنطقة إقتصادية خالصة وبرصيف قاري ذاتي. وحقيقة الأمر إنه يبدو لنا أنّ موقف هيئة التحكيم إزاء النزاع الصيني - الفلبيني في شأن النظام القانوني لجزيرة سكاربورو لم يصادفه البتة التوفيق منذ المبتدأ وإلى حين خلوصها إلى قضائها النهائي في شأنها:

i- إذ بعد أن إستهلّت هنا هيئة التحكيم - يجب التأكيد على ذلك - الإدعاء من قبلها للإدعاء الفلبيني، فقد صارت إثر ذلك إلى التأكيد أيضاً من جانب آخر، على أنّ هذه الجزيرة إن هيأت بالفعل لإستمرار السكنى البشرية أو الحياة الإقتصادية الخاصة، فإنّ ذلك الوضع لن يرتب بأيّ حال إلاّ إستبعاد الدفع الصيني الذي نسخته، ضمناً، هذه الإتفاقية؛ حين إنكارها - بحسب هيئة التحكيم - الإعتداد بحقوق الصيد التاريخيّة خارج حدود البحار الإقليمية منذ اعتمادها مفهوم المنطقة الإقتصادية الخالصة¹⁸.

والبادي يقيناً إنّ هيئة التحكيم إنما قصدت هنا التهرب على نحو متعمّد من مواجهة إشكاليّة مدى إستيفاء أو عدم إستيفاء هذه الجزيرة لمقتضيات المادة 3/121، خلافاً لما صارت إليه حين تحليلها للنظام القانوني لجزيرة ميكينان - بل وعلى نحو ما سوف نرى بعد قليل - حين مواجهتها لذات هذه الإشكاليّة بمناسبة التحليل من قبلها للنظام القانوني لمجموعة جزر سباراتلي غير الأرخيبليّة. إذ إذا كانت جزيرة سكاربورو تستوفي مقتضيات المادة 3/121، فإنّه كان إذاً لزاماً عليها أن تسائر إلى النهاية الحجّة التي ساقتها دولة الفلبين. أمّا وقد صارت فضلاً عن ذلك إلى التأكيد على أنّها وإن عدتّ جزيرة وفقاً للفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، بمعنى إستيفائها لمقتضيات السكنى البشرية أو الحياة الإقتصادية الخاصة، فإنّها لن تتمتع على الرّغم من ذلك بمنطقة إقتصادية خالصة وبرصيف قاري، مؤسّسة هنا إدعائها على النسخ "الضمّني" لحقوق الصيد التاريخيّة فيما وراء البحار الإقليمية منذ اعتماد مفهوم المنطقة الإقتصادية الخالصة، فقد رتب ذلك هنا أن صارت في ذلك الشأن هيئة التحكيم إلى

18- أُلْمِج السّابِق، ص 310 - 314.

التّشريع الدولي في ما لا نرى إمكانيةً نسبته إلى القانون الدولي الوضعي الرّاهن للبحار.

إذ إنه إذا كان من الصّحيح أنّ المادّة 74 من إتفاقيّة الأمم المتّحدة لقانون البحار - ذات العلاقة بالمنطقة الإقتصاديّة الخالصة - لم يردّ البتّة بها أيّ حكم صريح في شأن إقرارها أو إنكارها قيام الظّاهرة القانونيّة "للظّروف الخاصّة" (التي تستغرق الحقوق التاريخيّة وحالة الوجود الجغرافي للجزر داخل البحار، وفي حالتنا هنا لحقوق الصّيد التاريخيّة بصفة خاصّة، في ظلّ أحكامها خلافًا لما صارت إليه المادّة 15 منها التي أدت الظروف الخاصّة صراحةً في حقّ البحار الإقليميّة)، إلّا إنّ ذات الفقرة الأولى من المادّة 74 قد أكّدت - بصفة خاصّة - في هذا الشّأن على أن "يتمّ تعيين حدود المنطقة الإقتصاديّة الخالصة بين الدّول ذات السّواحل المتقابلّة أو المتلاصقة عن طريق الإتّفاق على أساس القانون الدولي كما أُشير إليه في المادّة 38 من النّظام الأساسي لمحكمة العدل الدوليّة من أجل التّوصل إلى حلّ منصف". إذ من مؤدّى ذلك - في عقيدتنا - عدم التّأثير السّلبّي على أيّ نحو كان من قبل المادّة 74 من إتفاقيّة قانون البحار بقواعد العرف الدولي الرّاسخة قبل وإثر إبرام هذه الإتفاقيّة، في شأن ضمان حقوق الصّيد التاريخيّة في ما وراء البحر الإقليمي. إذ هذا التّحليل هو ذلك الذي أدكاه صراحةً في إستمراريّة القضاء الدولي ليس فحسب قبل إبرام إتفاقيّة الأمم المتّحدة وشمولها بالنفّاذ (على سبيل المثال حكمي محكمة العدل الدوليّة في قضايا المصايد الأيسلنديّة بين هذه الأخيرة وكلّ من المملكة المتّحدة وألمانيا الإتحاديّة، الموضوع، 1974، ص 27-28 وص 196 - 197)، وإنّما أيضاً إثر ذلك بصفة خاصّة (على سبيل المثال القرار التّحكيمي الصّادر في 1999 بمناسبة النّزاع بين اليمن وإرتريا¹⁹).

ii- وإذ كانت هيئة التّحكيم قد أنكرت من ثمّ هنا على نحو غير مسند البتّة تمتّع جزيرة سكاربورو بمنطقة إقتصاديّة خالصة فضلاً عن التّهرب من قبلها في هذا الشّأن من مجابهة الحجج التي كانت قد أفردتها الصّين الشعبيّة لأغراض التّأكيد على شمول هذه الجزيرة بالفعل بالسّكنى البشريّة والحياة الإقتصاديّة الخاصّة تاريخياً في حقّ صياديها،

19- Recueil des Sentences Arbitrales, 1999, pp 359 - 360.

فإن تحليلها لحقوق الصيد التاريخية لكل من هاتين الدولتين - اللتين تنازعتا السيادة الإقليمية على هذه الجزيرة - داخل البحر الإقليمي الملاصق لهذه الأخيرة جاء هنا جد مغايراً. إذ إن هيئة التحكيم إذ لادت هنا - فقط - بأحكام المادة 1/51 من إتفاقية قانون البحار التي تفرض على الدولة الأرخبيلية الاعتراف بحقوق الصيد التقليدية التي تضطلع بها دول الجوار الجغرافي الأخرى داخل مياها الأرخبيلية، فقد صارت - إثر إذكائها غير المؤسس لعدم إختصاصها بالنظر في إشكاليات تنازع السيادة على هذه الجزيرة بين الدولتين - إلى التأكيد على أنه إن صارت جزيرة سكاربورو مشمولة بالسيادة الصينية ومعتبرة من ثم جزءاً من بحرها الإقليمي، فإنه ينهض في مواجهتها في هذه الحالة الإلتزام القانوني بإحترام حقوق الصيد التاريخية للفلبين داخلها؛ وإن عدت - على العكس من ذلك - هذه الجزيرة مشمولة بالسيادة الإقليمية للفلبين ومعتبرة من ثم جزءاً من بحرها الإقليمي، فإنه يقع من باب أولى على عاتق هذه الأخيرة - كذلك - الإلتزام القانوني بضمان حقوق الصيد التاريخية للصين الشعبية داخلها²⁰!

-iii- إذ في هذا الشأن، فإن هيئة التحكيم الذي إفترض حسمها النزاع البحري بين الدولتين بحكم ملزم ونهائي خلصت هنا - بمناسبة النزاع ذي العلاقة بجزيرة سكاربورو - إلى الإذكاء القضائي له من قبلها ليس فحسب بمناسبة إنكارها الغير مسند قانوناً لتمتع هذه الجزيرة بمنطقة إقتصادية خالصة، ولكن - كذلك - بمناسبة ضمانها الصك القضائي الشرعي المعتقد في عقيدة كل من الدولتين شمول هذه الجزيرة وبحرها الإقليمي بسيادتها الإستثنائية في مواجهة الدولة الأخرى؛ وكأنه كان المتطلب هنا على هيئة التحكيم أن تستصدر في هذا الشأن تدابير مؤقتة ذات علاقة بالسيادة البحرية على هذه الجزيرة ليس من شأنها بحال أن تخل بحقوق أي منهما! ولا شك إن هيئة التحكيم كانت سوف تدرأ عن ذاتها - هنا أيضاً - الوقوع في برائن هذا التناقض التحليلي إذا كانت - منذ المبتدأ حين نظرها في مدى إختصاصها بفض موضوع هذا النزاع - قد أكّدت في حينه على عدم ثبوت الإختصاص لها بالنظر في إشكاليات الحقوق البحرية داخل بعض الجزر لتعلقها بمنازعات ذات علاقة بادعاءات في شأن السيادة الإقليمية

20- أُلْمِرج السابق ، ص 316 - 317.

للمتازعين معاً أو لأحدهما، أو - وهذا هو الأوفق في غير شك - حال تأكدها في حينه على إختصاصها بذلك بالنظر إلى تعلق الوضع في هذا الشأن بالتوزيع الجغرافي للناطقات البحرية السيادية للدول المنظمة إستثنائاً بمؤدى قواعد القانون الدولي العرفي ثم الإتفاقي للبحار، وفيما يعيننا هنا إتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار ذاتها.

ب- مجموعة جزر سبارتلي:

هذا في شأن جزيرة سكاربورو. أما في شأن مجموعة جزر سبارتلي التي تقع جغرافياً داخل بحر الصين الجنوبي في مواجهة كل من الفلبين والصين الشعبية وإنما على مسافة أقرب إلى الأولى منها إلى الثانية، فالواقع أن الصين قدرت إستيفائها حق صيادتها في إستمرارية تاريخية منذ القرن التاسع عشر لمقتضيات نظام الجزر وفقاً للمادة 121 من إتفاقية قانون البحار؛ أي إنصرافها بالفعل إلى التهيئة لإستمرار السكنى البشرية أو لإستمرار الحياة الإقتصادية الخاصة بها؛ على النحو المرتب ثبوت منطقة إقتصادية خالصة ورصيف قاري لها داخل هذه الجزر، التي لم تدع السيادة الإقليمية عليها خلافاً للوضع في شأن جزيرة سكاربورو. والواقع إن تحليل هيئة التحكيم للنظام القانوني لجزر سبارتلي وفقاً لهذه المادة جاء على نحو صارت معه إلى إنكار المطالبات الصينية في شأنها على غرار ما ترتب بمناسبة جزيرة سكاربورو؛ ولكن وفقاً لمنهجية قانونية جدّ مستحدثة أمام القضاء الدولي إضطلعت بمناسبةها بإعتماد تفسير مضيق من جانب، ومناهض من جانب آخر، لمنطوق هذه المادة التي عدت حين إنعقاد مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار ثمة للتوفيق بين كل من موقف الدول الصناعية البحرية الكبرى ودول العالم الثالث. إذ تنص، على نحو ما سلفت الإشارة، المادة 3/121 من إتفاقية قانون البحار على أنه "ليس للصخور التي لا تهيئ إستمرار السكنى البشرية أو إستمرار حياة إقتصادية خاصة بها منطقة إقتصادية خالصة أو جرف قاري".

والواقع أن هيئة التحكيم إثر إقرارها الفعلي بنهية جزر سبارتلي للسكنى البشرية بل وللحياة الإقتصادية الخاصة بها مقابل وبثبوت حقوق الصيد التاريخية شبه الإستثنائية للصين الشعبية داخلها بالنظر إلى التواجد المنتظم لكل من صيادتها لفتترات تجاوزت الخمس سنوات من حياتهم داخلها²¹، صارت إثر ذلك من جهة، إلى التأكيد من قبلها على تحليلها القضائي الذاتي في شأن

21- المرجع السابق، ص 235 - 251.

تطلب قيام هذين العنصرين معاً لأغراض تمتع الجزر في مجملها برصيف قاري ومنطقة إقتصادية خالصة²² (مُنحية على ذلك النحو عبارة "المغايرة أو" المضمنة داخل المادة 3/121 التي صارت من ثم إلى إحداث أثر العطف) ومن جهة أخرى، إلى العِدِّ القَضَائِي من قِبَلِهَا "للّوطن البشري الدائم للصيادين برفقة أسرهم"²³ بمثابة الضابط القانوني الوحيد المتطلب قيامه لأغراض إستقصاء مدى إستيفاء أو عدم إستيفاء جزر سبارتلي لإستمرار السكنى البشرية وإستمرار الحياة الإقتصادية الخاصة بها²⁴. وإذا كانت هيئة التّحكيم في شأن جزيرة سكاربورو قد ناهضت ما كفلته ضمناً المادة 1/74 من إتفاقية قانون البحار بل وما إنتهى إليه القضاء الدولي ذاته، فقد صارت - هنا أيضاً - إلى ذات النحو بمناسبة تحجيتها لمبدأ أعمال النصوص وقواعد تفسير المعاهدات الواردة في إتفاقية فيينا لعام 1969 (ألمادتان 31 و 32)؛ بمناسبة التّحليل الذي إنتهت إليه لأحكام المادة 3/121، ورتبت عليه رفض الدّفع الصّيني ذي العلاقة بجزر سبارتلي.

خاتمة التعلّيق:

1- إنّ النّعي - ألنظري - بالبطلان على قضاء هيئة التّحكيم في هذا النزاع ترتّب على نحو جدّ مبكر منذ صدور قرارها في شأن الإختصاص. إذ هذه الأخيرة بمناسبة شحذت إختصاصها بفضّ موضوع النزاع وعدم إختصاصها بذلك في ذات الوقت؛ وكانت نيّتها مُبيّنة - منذ ذلك الحين - على الحسم اللاحق له، على نحو ما إضطلعت بالفعل به في قرارها الصّادر في الموضوع حين مواجهتها حقيقةً للكثير من التّحفظات التي كانت قد أبدتها الصّين الشّعبية حين إعلانها قبول اللّجوء إلى التّحكيم الدّولي لأغراض فضّ المنازعات ذات العلاقة بتطبيق وتفسير إتفاقية قانون البحار. ومما لا شكّ فيه إنّه كان لزاماً على هيئة التّحكيم أن تنحاز منذ المبتدأ إمّا إلى تعضيد - أو إلى إنكار - ثبوت إختصاصها بفضّه على النحو السّالف تفصيله. غير إنّه تبدّى لنا ممّا سلف لجوءها إلى الجمع بين هذين النّقيضين كخطوة إستراتيجية أولى لأغراض الإيهام بالإنفاذ من قِبَلِهَا

22- المرجع السّابق، ص 227 - 228.

23- المرجع السّابق، ص 252.

24- المرجع السّابق، ص 251 - 254.

للتحفظات الصينية بغية النظر إثر ذلك بمناسبة قرارها الصادر في الموضوع في الطلبات الفلبينية ذات العلاقة بذات هذه التحفظات.

2- إن هيئة التحكيم حين نظرها في موضوع النزاع، وفي شأن النظام القانوني الذي كفلته لكل من جزيرة سكاربورو ومجموعة جزر سبارتلي بصفة خاصة، إنتهت إلى القضاء بما لا يتفق مع ما إستنته إتفاقية قانون البحار؛ سواء في شأن النظام القانوني للجزر وفقاً للمادة 3/121 منها، أو في شأن الآثار التي رتبها الإتفاقية على قيام نظام المنطقة الإقتصادية الخالصة على حقوق الصيد التاريخية للدول الأجنبية داخلها.

3- إن هيئة التحكيم لم تتحرز البتة لضمان الأثر الواقعي الفاعل لحجية الأمر المقضي الواجب ضمانها للقضاء الصادر عنها؛ وبصفة خاصة لأغراض التهيئة القانونية من قبلها لتنفيذ قرارها التحكيمي بحسن نية من قبل الصين الشعبية بصفة خاصة. إذ إن المنهج الذي إستنته منذ المبتدأ هو الذي يسر في غير شك للحكومة الصينية أن تصير في ذات يوم صدور القرار التحكيمي في الموضوع إلى التأكيد على "إنعدام هذا القرار التحكيمي وعلى عدم ترتيبه البتة لأي آثار قانونية في مواجهتها"²⁵.

4- إن هذا النزاع، إن قدر له أن يُحسم على نحو إنتهائي مشمول بالنفاذ في المستقبل القريب، فإن ذلك لن يترتب إلا إثر إبرام إتفاق دولي متعدد الأطراف بين الدول السبع المشاطئة لبحر الصين الجنوبي ويكون بين أطرافه بصفة خاصة الولايات المتحدة الأمريكية (الذي يبدو أنه كانت لها المبادأة في إستحداث لجوء حليفها الفلبينيين إلى التحكيم الدولي في هذا النزاع لأغراض إزكاء مصالحها البحرية الذاتية داخل هذا البحر).

25- تصريح وزير الخارجية الصيني لوكالة الأنباء الفرنسية، 2016/7/12.

إجتهادات قضائية وولية في التحكيم

إجتهاد المحاكم الفرنسية

رقم 1- حكم تحكيم - طعن بإبطاله - رد الطعن من محكمة الاستئناف - طعن بالتمييز - عقد مبرم في العام 2011 يتضمن شرطاً تحكيمياً - عقد ثانٍ مبرم في العام 2013 مجرد من كل جوهر لولا إحالته إلى مجموع نصوص العقد المبرم في العام 2011 - شرط تحكيم بالإحالة - حلول شركة محل شركة أخرى في العقد المبرم في العقد 2013 - الشركة الجديدة التي حلت محل الشركة السابقة كانت بالضرورة على علم بشرط التحكيم المدرج في العقد المبرم في العام 2011 - شرط التحكيم المدرج في العقد المبرم في العام 2011 يطبق على الشركة الجديدة لأنها كانت على علم به ووافقت عليه عند إبرامها العقد في العام 2013 - قرار محكمة الاستئناف مبرر وفقاً للقانون - رد الطعن بالتمييز.

(محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، أطن رقم 18-23176، 4 ديسمبر 2019، شركة

Priosma ضد شركة Cat)

الجمهورية الفرنسية

باسم الشعب الفرنسي

إن محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، تصدر القرار الآتي:

حيث، وفقاً للقرار المطعون فيه (باريس، 29 مايو 2018)، أنه بموجب الرسالة والبريد الإلكتروني المؤرخين في 30 سبتمبر 2013، قامت مجموعة Covea بتعيين الشركة الخاضعة لقانون "برمودا"، KBS International، التي كانت تُعرف سابقاً بإسم Priosma، بصفة وسيط لطرح بعض برامجها الخاصة بإعادة التأمين في سوق "برمودا"، فحلت بذلك محل الشركة الخاضعة للقانون ذاته Kitson Brokerage Services (KBS) التي كانت هذه المهمة موكلة إليها، بموجب إتفاق مؤرخ في 16 فبراير 2011، من شركة Cat، وهي شركة وساطة في مجال إعادة التأمين تابعة للمجموعة؛ وإنه نظراً إلى نشوء نزاع بين الأطراف يتعلق بدفع العمولات التي يتوجب إرجاع جزء منها، باشرت شركة Cat إجراءات التحكيم سندا لشروط التحكيم المنصوص عليه في العقد المُبرم في العام 2011؛ وأنه بموجب حكم التحكيم الصادر بتاريخ 10 مايو 2016، حكمت هيئة التحكيم، بصفتها محكماً بالصلح وبعد أن قضت بأنها مختصة، على شركة Priosma أن تدفع إلى شركة Cat مبلغاً معيناً من المال لقاء إرجاع العمولات التي تلقتها؛

حول الفرعين الثاني والثالث من السبب الأول وحول السبب الثاني:

حيث أنه من غير الضروري الفصل، بموجب قرارٍ معلل بشكلٍ خاص، في هذين السببين اللذين ليس من شأنهما أن يؤديا إلى النقض؛

حول السبب الأول المأخوذ بفرعه الأول:

حيث أن شركة Priosma تعترض على القرار لأنه ردة الطعن بإبطال حكم التحكيم، في حين، حسب السبب، أنه إذا كان من الممكن أن ينجم شرط التحكيم عن مستند تم الإحالة إليه في العقد الأساسي، فإن ذلك مشروط بأن يكون الطرف الذي تم تفعيل شرط التحكيم ضده على علم بهذا الشرط عند إبرام العقد؛ وأنه بغية إستبعاد السبب المبني على عدم إختصاص هيئة التحكيم تجاه شركة Priosma، إكتفت محكمة الإستئناف بإعتبار أن العقد المُبرم في العام 2013 بين الشركتين Priosma وCovea كان مجرداً من كل جوهر لولا إحالته إلى مجموع نصوص العقد

المُبرَم في العام 2011 لكي تستخلص أنّ موافقة KBS International تمحورت بالضرورة حول مجموع النصوص هذا، بما في ذلك شرط التحكيم؛ وأنّه بإصدارها القرار الذي أصدرته، دون أن تستنتج أنّ شركة KBS International كانت على علمٍ، عند إبرام العقد في العام 2013، بشرط التحكيم المُدرَج في العقد المُبرَم في العام 2011، تكون محكمة الإستئناف أفقدت قرارها الأساس القانوني بالنسبة إلى المادة 1520،¹ من قانون المرافعات المدنية؛

ولكن حيث أنّ القرار يبيّن، أولاً، أنّ الرسالة والبريد الإلكترونيّ المؤرّخين في 30 سبتمبر 2013 يثبتان فقط تعيين KBS International بصفتها وسيطاً، والأمر بإحالة كلّ الملفات وكلّ المسؤوليات التي كانت موضوعاً على عاتق KBS Ltd إلى هذه الشركة، وتحديد أنّ الشروط الماليّة بقيت كما كان متفق عليها مع المتعاقدة الأخرى السابقة؛ وأنّه يبيّن، بعد ذلك، أنّه نظراً إلى أنّ العقد المُبرَم في العام 2013 كان مجرداً من كلّ جوهر لولا إحالته إلى مجموع نصوص العقد المُبرَم في العام 2011، كانت Priosma بالضرورة على علمٍ بهذا الأخير الذي وحده كان يحدّد حقوق وإلتزامات الطرفين؛ وأنّ بإظهارها إذاً قبول Priosma، عند إبرام العقد، بشرط التحكيم المُدرَج في العقد المُبرَم في العام 2011، تكون محكمة الإستئناف برّرت قرارها وفقاً للقانون؛

لهذه الأسباب:

تردّ الطعن؛

تحكم على شركة Priosma بدفع المصاريف؛

بموجب المادة 700 من قانون المرافعات المدنية، ترفض طلبها وتحكم عليها بأن تدفع مبلغ 3000 يورو إلى شركة Cat؛

قضت به محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، ونطق به الرئيس في جلسة 4 ديسمبر 2019 العلنية.



رقم 2- إبرام شركة عقد تفرغ عن أسهم إلى شركة أخرى - تضمنه شرطا تحكيميا - تفرغ هذه الشركة الأخيرة عن الحقوق العائدة لهذه الأسهم إلى شركة ثالثة بموجب عقد ثان - تضمنه شرطا تحكيميا - عقد مبرم بين الشركات الثلاث يحدد طرق و ضمانات التفرغ عن الأسهم المنصوص عليها في العقدين السابقين - تضمن العقد الثلاثي الأطراف شرط إسناد الاختصاص لمحكمة باريس التجارية - الشركة الأولى لم تنقل ملكية الأسهم إلى الشركة الثانية - تفعيل شرط التحكيم من الشركة الثانية - صدور حكم تحكيم يحكم على الشركة الأولى بالتفرغ عن الأسهم - استحضار الشركة الأولى أمام المحكمة التجارية من شركة رابعة حلت محل الشركة الثالثة في حقوقها - دفع بعدم اختصاص المحكمة التجارية آثاره الشركة الأولى لوجود شرطي تحكيم في العقدين الأساسيين - المحكمة التجارية تقضي بأنها مختصة - استئناف الحكم - محكمة الاستئناف ترد الطعن وتقضي باختصاص المحكمة التجارية - طعن بالتمييز - الشركة الأولى تعيب على محكمة الاستئناف أنها لم تحترم مبدأ الاختصاص بالاختصاص - الشركة الأولى تعتبر أن العقود الثلاثة تشكل مجموعة تعاقدية غير قابلة للتجزئة - الشركة الأولى تعتبر أن شرط التحكيم ليس غير قابل للتطبيق بشكل واضح تجاه الشركة الرابعة - رد الطعن بالتمييز - محكمة التمييز تقضي بأن لا شرط تحكيم يربط بين الشركة الأولى

والشركة الرابعة – محكمة التمييز تقضي بأن العقد الثلاثي الأطراف يتضمّن شرطاً صرح بموجبه الأطراف خضوعهم لإختصاص محكمة باريس التجارية.

(محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، أطن رقم 18-23395، 4 ديسمبر 2019، شركة
Federal State Unitary Enterprise Russian Satellite Communications
Holding Financière و Orion Satellite Communications Inc. Company ضد
(Céleste)

الجمهورية الفرنسية

باسم الشعب الفرنسي

إن محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، تصدر القرار الآتي:

حيث، وفقاً للقرار المطعون فيه (باريس، 29 مايو 2018)، أصدّر بناءً على حكم النقض
بإحالة الدعوى على محكمة أخرى للفصل فيها من جديد (الغرفة المدنية الأولى، 1 يونيو 2017،
الطن رقم 16-11.487)، ألتى خُفّفت الإدعاءات فيه والذي صُحّح جزئياً (الغرفة المدنية الأولى،
24 يناير 2018)، أنه بموجب العقد المؤرخ في 4 أكتوبر 2001، تفرّغت الشركة الروسية
Company (شركة RSCC) عن عشرين مليون سهم تملكه في الشركة الفرنسية Eutelsat إلى
شركة من الجزر العذراء البريطانية هي شركة Orion Satellite Communications Inc.
(شركة Orion)؛ وأنه بتاريخ 11 مارس 2002، تفرّغت هذه الأخيرة إلى شركة Geosat 3 عن
الحقوق التي كانت تملكها جرّاء تملكها لهذه الأسهم؛ وأنه بموجب عقد ثلاثي الأطراف مؤرخ في
11 يوليو 2002 ينصّ على شرط إسناد الإختصاص لمحكمة باريس التجارية، حدّدت الشركات
Orion و RSCC و Geosat 3 طرق و ضمانات التفرّغ عن الأسهم المنصوص عليها في
العقدين السابقين؛ وأن الشركة الأولى، منذرعةً بعدم تنفيذ نقل الأسهم، فعّلت شرط التحكيم
المنصوص عليه في العقد المؤرخ في 4 أكتوبر 2001؛ وأن حكماً تحكيمياً صادراً بتاريخ 3
ديسمبر 2004 حكم على شركة RSCC أن تفرّغ لها عن عشرين مليون سهم تملكه في شركة
Eutelsat؛ وأن الشركة (HFC) Holding Financière Céleste، التي حلّت محلّ شركة

3 Geosat في حقوقها، إستحضرت بالأخصّ شركة RSCC أمام المحكمة التجاريّة بغية تنفيذ تسليم الأسهم ودفع مبالغ مختلفة؛ وأنّ شركة RSCC دفعت بعدم إختصاص المحكمة التي رُفِعَ النزاع أمامها متمسكةً بشرطيّ التحكيم الواردين في العقدین المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002؛

حول السبب الوحيد المأخوذ بفروعه الخمسة الأولى:

حيث أنّ شركة RSCC تعترض على القرار لأنه ردّ الدفَع الإجرائيّ وأخذ بإختصاص المحكمة التجاريّة للفصل في الطلّبات المقدّمة من شركة HFC ضدّها في حين، حسب السبب:

^{1/} إنه يعود حصراً وبالأولويّة إلى المحكّم أن يحكم على إختصاصه، عند الاقتضاء تحت رقابة قاضي الإبطال أو قاضي التنفيذ، إلّا إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً بشكل واضح أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح؛ وأنّه بغية القضاء بأنّ محكمة باريس التجاريّة مختصة بالفصل في الطلّبات المقدّمة من شركة HFC ضدّ شركة RSCC، أخذت محكمة الإستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز بأنّ الدعوى المُقامة من الشركة الأولى كان موضوعها إزام الشركة الثانية بتنفيذ الإلتزامات الناجمة عن العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 الذي ينصّ على شرط إسناد الإختصاص لمحكمة باريس التجاريّة، وذلك لكي تستخلص أنّ لا شرط تحكيميّ كان يربط الشركتين وأنّ الإحالة في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدین المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، اللذين يتضمّنان شرطاً تحكيميّاً، كانت غير منتجة؛ وأنّ بإصدارها القرار الذي أصدرته، دون أن تتحقّق ممّا إذا كان شرطا التحكيم المنصوص عليهما في العقدین المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002 باطلين بشكل واضح أو غير قابلين للتطبيق بشكل واضح، تكون محكمة الإستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز خالفت المواد 1448 و 1465 و 1506، ¹ و ³ من قانون المرافعات المدنيّة؛

^{2/} إنّ شرط التحكيم يكون ملزماً ليس فقط لأطراف العقد الذي ينصّ عليه، بل أيضاً للأطراف الثالثة الذين هم أطراف في عقد تابع للمجموعة نفسها الغير قابلة للتجزئة؛ وأنّ هذا الشرط ليس إذاً غير قابل للتطبيق بشكل واضح فقط لأنه لم يتمّ النصّ عليه في

عقد طرفيه هما المدعي والمدعى عليه في الدعوى؛ وأنه بغية القضاء بأن محكمة باريس التجارية مختصة بالفصل في الطلبات المقدمة من شركة HFC ضد شركة RSCC، أخذت محكمة الإستئناف المحالة إليها القضية من محكمة التمييز بأن العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002، وطرفيه شركة RSCC وشركة HFC، لم يكن يتضمّن أي شرط تحكيم لكي تستخلص أنّ لا شرط تحكيمياً كان يربط هاتين الشركتين وأنّ الإحالة في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، الذي يتضمّن كلّ واحد منهما شرطاً تحكيمياً، كانت غير منتجة؛ وأنّ بإصدارها القرار الذي أصدرته، دون أن تتحقّق، كما كان مطلوباً منها، وذلك ما وراء الإحالة الصريحة في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، ممّا إذا لم تكن هذه العقود الثلاثة تهدف إلى تحقيق العملية الإقتصادية ذاتها وممّا إذا لم تكن عدم قابليّة التجرئة الناجمة عن ذلك تبرّر كون شرط التحكيم الوارد في العقد المؤرخ في 4 أكتوبر 2001 و/أو ذاك المنصوص عليه في العقد المؤرخ في 11 مارس 2002 يطبقان على شركة HFC التي هي طرف ثالث بالنسبة إلى أطراف العقد، تكون محكمة الإستئناف أفقدت قرارها الأساس القانوني بالنسبة إلى المواد 1448 و 1465 و 1506، 1° و 3° من قانون المرافعات المدنية وإلى المادة 1134 من القانون المدني بصيغته السابقة لدخول القرار تاريخ 10 فبراير 2016 حيّز التنفيذ؛

3°/ إن شرط التحكيم يكون ملزماً ليس فقط لأطراف العقد الذي ينصّ عليه، بل أيضاً للأطراف الثالثة المعنيين بشكل مباشر بتنفيذه؛ وأنّ بامتناعها عن البحث، كما كان مطلوباً منها، ممّا إذا لم تكن شركة RSCC معنيّة بشكل مباشر بتنفيذ العقد المؤرخ في 11 مارس 2002، بحيث أنّه لم يكن من الممكن إسندعائها للمثول إلا أمام هيئة التحكيم المعنيّة في شرط التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد، تكون محكمة الإستئناف المحالة إليها القضية من محكمة التمييز أفقدت قرارها الأساس القانوني بالنسبة إلى المواد 1448 و 1465 و 1506، 1° و 3° من قانون المرافعات المدنية وإلى المادة 1134 من القانون المدني بصيغته السابقة لدخول القرار تاريخ 10 فبراير 2016 حيّز التنفيذ؛

4/ إن شرط التحكيم يُطبق بالأولوية بوجود شرط إسناد الاختصاص لمحكمة ما مأخوذاً من المجموعة نفسها الغير قابلة للتجزئة؛ وإنه بغية القضاء بأن محكمة باريس التجارية مختصة بالفصل في الطلبات المقدمة من شركة HFC ضد شركة RSCC، أخذت محكمة الاستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز، بناءً على أسباب إستنتاجها هذه المحكمة وعلى أسباب مأخوذة من حكم محكمة الاستئناف، بأن الدعوى المُقامة من الشركة الأولى كان موضوعها إلزام الشركة الثانية بتنفيذ الإلتزامات الناجمة عن العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 الذي ينص على شرط إسناد الاختصاص لمحكمة باريس التجارية وبأن الإحالة، إذًا، في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، اللذين يتضمنان شرطين تحكيميّين، كانت غير منتجة؛ وأن بإصدارها القرار الذي أصدرته، دون أن تتحقق، كما كان مطلوباً منها، من وراء الإحالة الصريحة في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين السابقين، ممّا إذا لم تكن هذه العقود الثلاثة غير قابلة للتجزئة في ما بينها، بحيث أنّ شرطي التحكيم المنصوص عليهما في العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 وفي 11 مارس 2002 يُطبّقان بالأولوية بوجود شرط إسناد الاختصاص للمحكمة الوارد في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002، تكون محكمة الاستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز أفقدت قرارها الأساس القانوني بالنسبة إلى المواد 48 و 1448 و 1465 و 1506، 1° و 3° من قانون المرافعات المدنية وإلى المادة 1134 من القانون المدني بصيغته السابقة لدخول القرار تاريخ 10 فبراير 2016 حيّز التنفيذ؛

5/ إنّه على افتراض أنّ وجود شرط تحكيم وشرط إسناد الاختصاص لمحكمة، في المجموعة نفسها الغير قابلة للتجزئة، يخلق شكاً لناحية اختصاص المحكم، فإنّه يعود حصراً وبالأولوية إلى المحكم أن يحكم على اختصاصه؛ وأنه بغية القضاء بأن محكمة باريس التجارية مختصة بالفصل في الطلبات المقدمة من شركة HFC ضد شركة RSCC، أخذت محكمة الاستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز، بناءً على أسباب إستنتاجها هذه المحكمة وعلى أسباب مأخوذة من حكم محكمة الاستئناف، بأن الدعوى المُقامة من الشركة الأولى كان موضوعها إلزام الشركة الثانية بتنفيذ الإلتزامات الناجمة عن العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 الذي ينص على شرط إسناد

الإختصاص لمحكمة باريس التجارية وبأن الإحالة، إذًا، في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، اللذين يتضمنان شرطين تحكيميّين، كانت غير منتجة؛ وأن بإصدارها القرار الذي أصدرته، دون أن تتحقّق، كما كان مطلوباً منها، وذلك ما وراء الإحالة الصريحة في العقد المؤرخ في 11 يوليو 2002 إلى العقدين السابقين، ممّا إذا لم تكن هذه العقود الثلاثة غير قابلة للتجزئة في ما بينها، بحيث أنه يعود حصراً إلى المحكم أن يبّد الشكّ النّاجم عن وجود شرطين تحكيميّين وشرط إسناد الإختصاص لمحكمة في المجموعة نفسها الغير قابلة للتجزئة نفسها، تكون محكمة الإستئناف المُحالة إليها القضية من محكمة التمييز أقدت قرارها الأساس القانوني بالنسبة إلى المواد 48 و 1448 و 1465 و 1506، 1° و 3° من قانون المرافعات المدنيّة وإلى المادّة 1134 من القانون المدنيّ بصيغته السابقة لدخول القرار تاريخ 10 فبراير 2016 حيّز التنفيذ؛

ولكن حيث أنّ القرار يستنتج أولاً أنّ الدّعى المرفوعة من HFC ضدّ RSCC هدفها إلزام الشركة الثّانية بتنفيذ الإلتزامات التي أبرمتها حصراً بموجب العقد الثّلاثي الأطراف المؤرخ في 11 يوليو 2002؛ أنّه يبيّن، بعد ذلك، أنّ هذا العقد كان يتضمّن شرطاً صريحاً بموجبه الأطراف خضوعهم لإختصاص محكمة باريس التجارية لبتّ أيّ نزاع من الممكن أن ينجم عن العقد أو أن يتعلّق به وأنّه إذا كان هذا الشرط منصوصاً عليه لمصلحة RSCC الحصريّة التي كان يُحتفظ لها بحقّ مخالفته بتقديم طلبها ضدّ الرّاهن رهناً حيازياً أمام أيّ محكمة أخرى مختصّة، فإنّه لم يمنع HFC من الإحتجاج به؛ وأنّه يأخذ، أخيراً، بأنّ لا شرط تحكيميّ يربط الشركتين RSCC و HFC نظراً إلى أنّ الإحالة في العقد الثّلاثي الأطراف إلى العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002 كانت غير منتجة في هذا الصّدّد؛ وأنّ محكمة الإستئناف، بموجب هذه الأسباب وحدها التي يتّضح منها أنّ الأطراف أرادوا أن يميّزوا، من خلال شروط معاكسة، عقد الرهن الحيازيّ الثّلاثي الأطراف عن العقدين المؤرخين في 4 أكتوبر 2001 و 11 مارس 2002، اللذين لم يكن لهما الموضوع نفسه واللذين لم يكونا يشكّلان مع عقد الرهن الحيازيّ هذا مجموعة تعاقديّة واحدة وغير قابلة للتجزئة، قضت صواباً بأنّ شرط التحكيم المُدرج في العقدين الأساسيين كان بشكلٍ واضح غير قابل للتطبيق على النزاعات النّاجمة عن عقد الرهن الحيازيّ؛ وأنّه لا يمكن قبول السّبب؛

حول الفرع السادس من السبب ذاته [...]]:

حيث إنه من غير الضروريّ الفصل، بموجب قرارٍ معلّل بشكلٍ خاصّ، في هذا السبب الذي ليس من شأنه أن يؤدّي إلى النقض؛

لهذه الأسباب:

تردّ الطعن؛

تحكم على شركة Federal State Unitary Enterprise Russian Satellite Communications Company بدفع المصاريف؛

بموجب المادة 700 من قانون المرافعات المدنية، ترفض طلبها؛

قضت به محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، ونطق به الرئيس في جلسة 4 ديسمبر 2019 العلنية.



رقم 3- صدور حكم تحكيمي حول الإختصاص إستنادا إلى معاهدة الإستثمار الثنائية بين إسبانيا وجمهورية فنزويلا البوليفارية - تقديم جمهورية فنزويلا البوليفارية دعوى لإبطال الحكم التحكيمي أمام محكمة إستئناف باريس - ضرورة إستيفاء شرطين لإعتبار الهيئة التحكيمية مختصة هما جنسية المستثمر ووجود الإستثمار - مخالفة محكمة الإستئناف للقانون - نقض محكمة التمييز للقرار.

(محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، أطنع رقم 17-25851-13 فبراير 2019)

أجمهورية الفرنسية

باسم الشعب الفرنسي

إن محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، تصدر القرار الآتي:

حيث، وفقاً للقرار المطعون فيه، أن السيد IP وابنته، ألسيدة IJ (الفريق I) قد حصلوا في عامي 2001 و2006، من السيدتين A و B على حصص في شركتين فنزويليتين هما، Transporte Dole و Alimentos Frisa. في العام 2012، رفع الفريق I دعوى تحكيمية ضد جمهورية فنزويلا البوليفارية إستناداً إلى الأحكام المتعلقة بتسوية المنازعات في المعاهدة الثنائية لتعزيز وحماية الإستثمارات المتبادلة، الموقعّة في 2 نوفمبر 2015 بين مملكة إسبانيا وجمهورية فنزويلا البوليفارية. صدر الحكم التحكيمي في باريس في 15 ديسمبر 2014 بشأن الإختصاص وكان عرضةً لدعوى إبطال مقدّمة من جمهورية فنزويلا البوليفارية.

حول قابلية الطعن، ألمعترض عليها من الدفاع:

حيث أن الفريق I يعتبر أن الطعن غير مقبول إستناداً إلى مبدأ عدم التناقض إضراراً بالغير (Estoppel)، إذ قامت جمهورية فنزويلا البوليفارية باللجوء إلى هيئة التحكيم للحصول على حكم تحكيمي جديد بشأن الإختصاص؛

ولكن حيث أن الفريق I بعد أن طلب من هيئة التحكيم تنظيم نقاش حول مفاعيل ونطاق الإبطال الجزئي للحكم التحكيمي، ردّت جمهورية فنزويلا البوليفارية معلّمةً هيئة التحكيم بوجود طعنها وأنها لم تناقض نفسها إضراراً بالفريق I، يكون الطعن مقبولاً.

حول السبب الأول المأخوذ بفرعه الأول:

بعد الإطلاع على المادة 1520، ألفقرة 1° من قانون المرافعات المدنية،

حيث إنّه، من أجل إبطال الحكم التحكيمي فقط في ما خصّ ما قضى به لجهة إعتبار الأصول المتنازع عليها هي إستثمارات حسب المعنى المقصود في المعاهدة، بغضّ النظر عن جنسيّة المستثمرين في التاريخ الذي قاموا فيه بإستثماراتهم، يعتبر الحكم أولاً، إن الإعتراف، من جانب إسبانيا، بالفريق I كمواطنين إسبانيين عند بدء إجراءات التحكيم يكفي لإثبات الإختصاص الشّخصي لهيئة التحكيم، ثمّ إنّ الإستثمار ليس مالاّ يحوز عليه مستثمر من

الطرف المتعاقد الآخر، ما يستبعد معه أي إشارة إلى تاريخ الحيازة، ولكنه أصل يستثمره مستثمر من الطرف المتعاقد الآخر، وهو ما يحيل بالضرورة إلى شرط جنسية المستثمر عند الإستثمار.

وأنه بإصدارها القرار الذي أصدرته، في حين أن تطبيق الشرط التحكيمي المستخلص من المعاهدة الثنائية يعتمد على إستيفاء جميع الشروط المنصوص عليها في هذا النص في ما خص جنسية المستثمر ووجود الإستثمار، بحيث أن محكمة الإستئناف، التي لم تستطع المضي في الإبطال الجزئي للحكم التحكيمي، لم تستخلص النتائج القانونية من الإستنتاجات التي توصلت إليها وتكون قد خالفت النص المذكور أعلاه.

لهذه الأسباب ودون الحاجة إلى بت الأسباب الأخرى:

تتقضى وتبطل القرار الصادر بين الأطراف عن محكمة إستئناف باريس في 25 ابريل 2017 بكل نصوصه؛ وتعيد بالتالي القضية والأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور القرار المذكور وتحيلهم أمام محكمة إستئناف باريس، بهيئة مغايرة، لفصل الدعوى.

تحكم على السيد IP والسيدة II بدفع المصاريف؛

بموجب المادة 700 من قانون المرافعات المدنية، ترفض طلبهما وتحكم عليهما بأن يدفعوا مبلغ 3000 يورو إلى جمهورية فنزويلا البوليفارية.

تقضي بأنه بناءً على طلب النائب العام أمام محكمة التمييز، سيُصار إلى نقل هذا القرار ليُسجّل على هامش القرار الذي نُقض أو بعده؛

قضت به محكمة التمييز، الغرفة المدنية الأولى، ونطق به الرئيس في جلسة 13 فبراير 2019 العلنية.



رقم 4- حكم تحكيم - طعن بإبطاله - قبول الطعن بالإبطال من محكمة الإستئناف - طعن بالتمييز - النص في المادة 1.930 من قانون المرافعات المدنية على وجوب إرسال أوراق الدعوى إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني، تحت طائلة عدم قبولها - عدم إتباع هذه الطريقة لإرسال أوراق الدعوى - قبول الطعن بإبطال حكم التحكيم مشروط بتسليمه إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني - نقض وإبطال قرار محكمة الإستئناف.

(محكمة التمييز، الغرفة المدنية الثانية، أقرار رقم 1161، 26 سبتمبر 2019، شركة Finarco, SARL وسواها ضد السيد X... A... وسواها)

حيث، وفقاً للقرارين المطعون فيهما، أن نشاط شركة Edifices de France هو الترويج العقاري الذي تمارسه عبر المساهمة في شركات بناء وبيع مدنيّة تشكل مجموعة Edifices de France؛ وأنه نظراً إلى نشوء نزاعات بين شركاء شركة Edifices de France تتعلق بالأخصّ بفوترة الخدمات أو المكافآت التي قام بها السيد X. والأنظمة التي تخضع لسلطته وأيضاً التي قام بها السّيد B. و C. Y. أو الأنظمة التي تخضع لسلطتيهما تجاه شركات من المجموعة، عين هؤلاء السّيد Z. محكماً فرداً كلف بتّ النزاع بصفته محكماً بالصلح مع الإشارة إلى أن حكم التحكيم سيكون نهائياً وغير قابل للإستئناف؛ وأنّ السّيد X. وشركة Financière Vauban قدّما أمام محكمة إستئناف "دوواي" (Douai) طعناً لإبطال حكم التحكيم الصّادر بتاريخ 15 نوفمبر 2013 الذي فصل في الطّلبات الخاصّة بكلّ طرف من الطّرفين؛ وأنّ محكمة الإستئناف، بموجب قرار أول أصدرته بتاريخ 17 مارس 2016 تبعاً لإحالة الأمر الصّادر عن قاضي الإجراءات التمهيدية، قضت بقبول الطّعن بالإبطال؛ وأنّ محكمة الإستئناف، بموجب قرار ثان أصدرته بتاريخ 18 يناير 2018، أبطلت حكم التحكيم وردّت طلب التعويض عن التعسف في اللّجوء إلى الطّعن؛

حول السبب الأول، ألموجه ضد القرار الصادر بتاريخ 17 مارس 2016، المأخوذ بفروعه الأول والثاني والرابع:

بعد الإطلاع على المادتين 1-930 و1495 من قانون المرافعات المدنية؛

حيث، وفقاً للمادة الثانية من هاتين المادتين، أن الطعن بإبطال حكم تحكيمي يُقدّم ويجري التحقيق والفصل فيه وفق القواعد المتعلقة بالإجراءات النزاعية المنصوص عليها في المواد 900 إلى 1-930 من قانون المرافعات المدنية؛ وأن المادة الأولى من هاتين المادتين تنصّ على أن أوراق الدعوى تُرسل إلى المحكمة، تحت طائلة عدم قبولها، بالطريق الإلكتروني؛

حيث، بغية القضاء بقبول الطعن بالإبطال المقدم من السيد X. ومن شركة Financière Vauban ضد حكم التحكيم الذي أصدره السيد Z. بتاريخ 15 نوفمبر 2013، يأخذ القرار بواقع أنه لا يمكن لوم السيد X. وشركة Financière Vauban لعدم تقديم الطعن بالإبطال بالطريق الإلكتروني بما أن لا القرار المؤرخ في 30 مارس 2011 أُلْمِنَتْ بتاريخ الأول من يناير 2013 والمُتَّخَذَ عملاً بالمادة 1-930، ألفقرة 4، من قانون المرافعات المدنية ولا الإتفاقية المحلية الخاصة بالإجراءات المؤرخة في 10 يناير 2013، اللذين يعطيان قائمة مفصلة بإجراءات المرافعات التي يجب أن تُسَلَّم وتُرسل بالطريق الإلكتروني إلى المحكمة بذكران الطعن بإبطال حكم تحكيمي، كما يتبين من الرسالة المؤرخة 22 سبتمبر 2014 ألموجهة من رئيس لجنة الإنترنت والتكنولوجيات الجديدة التابعة للمجلس الوطني لنقابات المحامين التي تؤكد أن جداول وزارة العدل كما هي مستخدمة ضمن المنصة الإلكترونية e-Barreau لا تنصّ على الإشارة إلى "الطعن بإبطال حكم تحكيمي" ولا يوجد حتى هذا اليوم أي إشارة تسمح بالتعرف، في إطار مثل هذا الطعن، على "مدع في الطعن" أو على "مدعى عليه في الطعن"؛

وأن بإصدارها القرار الذي أصدرته، في حين أن قبول الطعن بإبطال حكم التحكيم كان مشروطاً بتسليمه إلى المحكمة بالطريق الإلكتروني وأن الإتفاقيات المبرمة بين محكمة إستئناف ونقابات المحامين التي تقع ضمن دائرة إختصاصها، ألهادفة إلى تحديد طرق تفعيل نقل أوراق الدعوى بالطريق الإلكتروني، لا يمكنها أن تخالف أحكام المادة 1-930 من قانون المرافعات المدنية، لا سيما عن طريق توضيح نطاق تطبيقها، تكون محكمة الإستئناف خالفت المادتين المذكورتين أعلاه؛

وحول السبب الثاني، الموجه ضد القرار الصادر بتاريخ 18 يناير 2018:

بعد الإطلاع على المادة 625 من قانون المرافعات المدنية؛

حيث أن نقض القرار الصادر بتاريخ 17 مارس 2016 يؤدي بالتالي إلى إبطال القرار الصادر بتاريخ 18 يناير 2018 الذي هو تتمّة له؛

وبعد الإطلاع على المادة 627 من قانون المرافعات المدنية، بعد الإخطار المُعطى للطرفين عملاً بالمادة 1015 من القانون ذاته؛

لهذه الأسباب،

ودون أن يكون من الضروريّ الفصل في الاعتراضات الأخرى المقدّمة في الطعن:

تنقض وتبطل القرار الصادر بين الطرفين عن محكمة إستئناف "دواي" (Douai) في 17 مارس 2016 بكلّ نصوصه؛

تقضي بعدم ضرورة إحالة الدعوى إلى محكمة إستئناف أخرى؛

تقضي بعدم قبول الطعن بالإبطال المقدم من السيد X. ومن شركة Financière Vauban؛

تقضي بإبطال القرار الصادر بتاريخ 18 يناير 2018.



**رقم 5- تحكيم دولي - حكم تحكيمي - طعن بالإبطال - عقد
مقاولة من الباطن - العقد بين المقاول الأساسي ومؤسسة
فردية - شرط تحكيمي مدرج في هذا العقد - تحويل
المؤسسة الفردية إلى شركة محدودة المسؤولية - ملحق
للعقد - شرط تحكيمي ثانٍ يستبدل الأول - إجراءات
تحكيم ضد الشركة المحدودة المسؤولية والمساهم الأساسي
في الشركة - المساهم الأساسي هو مالك المؤسسة الفردية -
إمتداد الشرط التحكيمي إليه كونه معني مباشرة في**

المفاوضات وفي إبرام وتنفيذ و/أو فسخ العقد – إختصاص
 محكمة التحكيم – إحترام مبدأ الواجهيّة – إتمام
 التبليغات وفقاً للأصول – إجراءات تنفيذ – إجراءات صحيحة
 مبنية على الحكم التحكيمي – لا علاقة بصحة الحكم
 التحكيمي على الصعيد الدولي – إحترام النظام العام
 الدولي – رد الطعن.

(محكمة إستئناف باريس (القسم 1 – الغرفة 1) – 16 أكتوبر 2018)

إنّ شركة Cerner Middle East المحدودة (في ما يلي Cerner) هي شركة قائمة وفقاً لقوانين جزر الكايمن وهي جزء من المجموعة الأميركية Cerner يتركز نشاطها على إنشاء وتطوير وتسويق أنظمة معلوماتية في مجال الصحة.

I-Capital Sole Establishment (في ما يلي I-Capital S/E)، هي مؤسسة فردية خاضعة للقانون الإماراتي تابعة للسيد سعيد محمد البادي الظاهري (في ما يلي السيد البادي) وموضوعها تقديم خدمات معلوماتية.

بتاريخ 27 سبتمبر 2008، أبرمت I-Capital S/E مع Cerner عقد مقاولة من الباطن لتنفيذ مشروع نظام معلومات صحية (برنامج وريد) أكلته إليها وزارة الصحة في الإمارات العربية المتحدة. كانت القيمة السوقية للعقد بحدود 94 مليون دولار أميركي. تضمن عقد المقاول من الباطن شرطاً تحكيمياً.

تبعاً للتخلف عن دفع الإستحقاقات التعاقدية، باشرت Cerner إجراءات تحكيمية في سبتمبر 2012 ضدّ I-Capital S/E والسيد البادي.

بتاريخ 29 ديسمبر 2012، تمّ عقد إتفاق تسوية وسداد بين Cerner وبين شركة I-Capital الشركة المحدودة المسؤولية التي نشأت عن تحويل المؤسسة الفردية I-Capital S/E إلى شركة محدودة المسؤولية من جهة أولى، وبين شركة Belbadi Entreprises المحدودة المسؤولية التي برأسها السيد البادي، كجهة ضامنة، من جهة ثانية. حدّد إتفاق التسوية والسداد

جدولاً للدفع ونصّ على إيداع I-Capital المحدودة المسؤولية عدّة شيكات مؤجلة. في الوقت نفسه، وقّعت نفس الأطراف ملحق رقم 5 لعقد المعاولة من الباطن الذي يورد الجدول الزمني لإتفاقية التسوية والدفع وينصّ على حقّ Cerner بفسخه إذا لم يُحترم وتضمّن شرطاً تحكيمياً لإستبدال الشرط الذي كان منصوصاً عليه في العقد الأساسي.

إنّ I-Capital LLC التي أثارت التخلّف عن السداد لم تفِ بإستحقاقاتها.

بتاريخ 23 أغسطس 2013، أودعت Cerner لدى غرفة التجارة الدولية طلباً تحكيمياً جديداً ضدّ I-Capital LLC وضدّ السيّد البادي.

بموجب قرار تحكيمي صادر في باريس بتاريخ 16 يوليو 2015، قضت محكمة التحكيم [...] على I-Capital LLC والسيّد البادي أن يدفعوا بالتضامن عدّة مبالغ لـ Cerner مجموعها 51087570 يورو.

ذُيل القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية بموجب أمر صادر بتاريخ 23 مايو 2016 عن رئيس محكمة بداية باريس الكبرى.

طعن السيّد البادي بالقرار التحكيمي عن طريق الطعن بالإبطال بتاريخ 16 سبتمبر 2016.

بموجب أمر أول تاريخ 9 فبراير 2017، أوقف قاضي تحضير الدّعوى تنفيذ القرار التحكيمي. بموجب أمر ثانٍ، ردّ طلب Cerner الرّامي إلى الولوج إلى نتائج محضر ضبط معلوماتي تمّ في منزل السيّد البادي للبحث عن موجودات قابلة للحجز.

بموجب لوائح مبلغة بتاريخ 28 يونيو 2018، طلب السيّد البادي من المحكمة إبطال القرار التحكيمي أمتنازع عليه وإلزام Cerner أن تدفع له مبلغ 100000 يورو إعمالاً للمادة 700 من قانون المرافعات المدنية. أثار عدم إختصاص محكمة التحكيم (المادة 1520)، أولاً من قانون المرافعات المدنية) وعدم إحترام مبدأ الوجاهية (المادة 1520، رابعاً من قانون المرافعات المدنية) ومخالفة النظام العام الدولي (المادة 1520، خامساً من قانون المرافعات المدنية).

بموجب لوائح مبلغة بتاريخ 30 يوليو 2018، طلبت Cerner من المحكمة ردّ الطعن بالإبطال وإلزام الطّاعن بأن يدفع لها مبلغ 100000 يورو إعمالاً للمادة 700 من قانون المرافعات المدنية.

وعليه:

- حول السبب المبني على عدم إختصاص محكمة التحكيم (المادة 1520، أولاً من قانون المرافعات المدنية):

أولاً، يُدلي السيد البادي بأنه تم اللجوء إلى محكمة التحكيم بموجب شرط تحكيمي ناتج عن إتفاق التسوية والسداد الذي أبرم بين Cerner و I-Capital LLC وأنه بعلمها التام تعاقبت Cerner مع هذه الشركة المحدودة المسؤولية التي حلت محل المؤسسة الفردية I-Capital S/E دون أي غش لإخفاء صفة المتعاقد الآخر. ثانياً، يُدلي السيد البادي أن المحكمين إعتبروا عن خطأ أنه قبل ضمناً بإتفاق التحكيم مُشيراً إلى أن I-Capital S/E كانت في شكلها السابق لإتفاق التسوية والسداد مؤسسة فردية مجردة من الشخصية المعنوية المستقلة حيث أن الشخص الطبيعي الذي كان يملكها يبقى مسؤولاً تجاه Cerner. يُدلي بالتالي الطاعن بأن المحكمين خلطوا بين الإحتجاج بالشرط التحكيمي تجاه شخص لم يوقعه وبين مسؤولية نفس الشخص بموجب القانون الموضوعي المطبق. يُضيف أن صفة المساهم الأكبر وحدها ليست بحد ذاتها سبباً كافياً لإمتداد مفاعيل شرط تحكيمي لشخص لم يوقعه. أخيراً، يدعي السيد البادي أن تعليل المحكمين يشوبه التناقض بالنسبة لما خلصوا إليه من أن I-Capital لم يكن لديها أبداً الإرادة ولا الوجود الخاص بها بشكل يقتضي معه رفع حجاب الشركة في حين حكموا عليه بالتضامن مع الشركة.

حيث أن قاضي الإبطال يراقب قرار محكمة التحكيم حول إختصاصها سواء قضت بإختصاصها أو عدمه وذلك من خلال البحث عن كافة عناصر الواقع والقانون التي تسمح بتقدير وجود ونطاق وحيّة الإتفاق التحكيمي وباستخلاص النتائج حول إحترام المهمة الموكلة إلى المحكمين؛

حيث إنه في القضية الحاضرة، أبرمت Cerner بتاريخ 27 سبتمبر 2008 مع I-Capital S/E، وهي مؤسسة فردية تابعة للسيد البادي، عقد مقاوله من الباطن حول تنفيذ عقد لتطوير نظام معلوماتي صحي عُهد إلى I-Capital S/E من قبل وزارة الصحة الإماراتية؛ إن هذا العقد يتضمن شرطاً تحكيمياً يُحيل إلى غرفة التجارة الدولية؛

حيث إنه بسبب الإخلال بتسديد الإستحقاقات، باشرت Cerner في سبتمبر 2012 بإجراءات تحكيمية ضد I-Capital S/E وضد السيد البادي؛ إنه في منتصف العام 2012 تم تحويل I-Capital S/E إلى شركة محدودة المسؤولية هي I-capital LLC؛ إنه بتاريخ 29 ديسمبر

2012، تمّ عقد إتفاق تسوية بين Cerner و I-Capital LLC ممثلة بالسيد الديب كما وبين شركة Belbadi Entreprises LLC ممثلة بالسيد البادي بصفتها ضامنة لإلتزامات I-Capital LLC؛ أنّ هذا الإتفاق يُحدّد جدولاً زمنياً جديداً للسداد وينصّ على إيداع الشيكات المؤخّرة؛

حيث إنّه بالتزام مع إتفاق التسوية وقّعت Cerner و I-Capital LLC ملحق رقم 5 يتضمنّ الجدول الجديد في العقد الأساسي؛ إنّ هذا الملحق يتضمّن أيضاً شرطاً تحكيمياً يحلّ محلّ الشرط السابق بالنسبة لما يلي: "تلغى المادة 9.3 (التحكيم والتدابير المؤقتة والتحفّضية) من العقد وتُسبَدل بالنصوص التالية:

يخضع كلّ طرف من أطراف العقد إلى إجراءات تحكيمية ملزمة في حال نشوء نزاع تجاري حصراً أمام غرفة التجارة الدولية وفقاً لقواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية النافذة في ذلك التاريخ؛"

حيث أنّ محكمة التحكيم أعلنت أنّها تتمتع بالإختصاص تجاه السيد البادي غير الموقع للملحق رقم 5 مُشيرةً أولاً إلى أنّ عملية إعادة هيكلة I-Capital لم تلغ أو تقلّل المسؤولية التي تقع على السيد البادي بموجب العقد الأساسي [...].، وثانياً أنّ السيد البادي قبل ضمناً بإتفاق التحكيم [...].، وثالثاً أنّه "إستغلّ شكل الشركة بشكل يُبرّر رفع حجاب الشركة" [...].، وأخيراً إنّهُ بالنظر إلى الرقابة المطلقة التي كان يُمارسها السيد البادي على I-Capital التي لم يكن لها أبداً "كيان وإرادة ووجود مستقلّ خاصّ بها"، فيكون بمثابة "الكيان المماثل لها" [...].؛

حيث أنّ Cerner أثارت أمام المحكمة إمتداد شرط التحكيم إلى أطراف ثالثين مشاركين في المفاوضات وفي إبرام وتنفيذ و/أو فسخ العقد وأدلت بالإضافة إلى ذلك بأنّ السيد البادي يبقى مرتبطاً بالشرط التحكيمي الوارد في العقد الأساسي بصفته مالكاً والمسؤول الوحيد عن I-Capital S/E؛

حيث إنّهُ وفقاً لأعراف التجارة الدولية، يكون لشرط التحكيم المُدرج في عقد دولي صحّة وفعاليّة خاصّتين به يفترضان إمتداد تطبيقه إلى الأطراف المعنيين مباشرةً في المفاوضات وفي إبرام وتنفيذ و/أو فسخ العقد؛

حيث إنّهُ في المقام الأوّل وفقاً لقرار صادر عن محكمة التمييز في دبي رقم 2008/20 تاريخ 2 مارس 2008 مذكور في الحكم التحكيمي [...]. والذي لم يجادل الأطراف في وجوده أو

فحواه: *إنّ المؤسسة التجاريّة الخاصّة أو المؤسسة الفرديّة لا تتمتع بالشخصيّة المعنويّة المستقلّة عن شخص مالكيها أو من يحمل رخصتها التجاريّة؛* إنّ ذلك هو حال I-Capital S/E بحيث أنّ العقد الأساسي يجب أن يُعتبر أنّه أبرم بين Cerneer و السيد البادي؛

حيث إنّه إذا كان إتفاق التّسوية والملحق رقم 5 أبرما مع الشركة المحدودة المسؤوليّة I-Capital LLC التي حلّت محلّ I-Capital S/E وفق شروط غير محدّدة من الأطراف، وإذا وقعا من السيد الديب بإسم I-Capital LLC، إنّ هذان الإتفاقان اللذان لا يمكن فصلهما لا يُشكّلان إتفاقاً يضع حدّاً للإجراءات التّحكيمية القائمة ضدّ I-Capital S/E وضدّ السيد البادي؛ إنّ بالتالي، يكون هذا الأخير شارك بالضرّورة بصورة مباشرة في المفاوضات وفي إبرام الإتفاق الذي قبلت Cerneer بموجبه أن تحلّ شركة محدودة المسؤوليّة وهي I-Capital LLC الذي يملك السيد البادي 99% من رأسمالها محلّ مؤسسة لا تتمتع بالشخصيّة المعنويّة وهي I-Capital S/E مقابل ضمانات مقدّمة من شركة Belbadi Entreprises LLC التي كان يملكها أيضاً السيد البادي والذي وقّع بإسمها شخصياً إتفاق التّسوية؛

حيث إنّه يُستنتج أنّ الشرط التّحكيمي يُحتجّ به بوجه السيد البادي وأنّ المحكّمين أصابوا في إعلان إختصاصهم تجاهه؛

أنّ سبب الإبطال الأوّل يجب إذاً عدم الأخذ به؛

- حول السبب الثاني المبني على عدم إحترام مبدأ الوجاهيّة (المادّة 1520، ألفقرة 4 من قانون المرافعات المدنيّة):

إنّ السيد البادي الذي تخلف عن حضور التّحكيم، يدّعي أنّه لم يستلم لا طلب التّحكيم والمستندات المرفقة به ولا باقي مستندات الدّعى التي أرسلت إلى عنوان كان لـ I-Capital وليس لمكان إقامته.

حيث إنّه وفقاً للمادّة 3.2 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدوليّة: *يجب أن تُرسل كافيّة الإخطارات والمراسلات الموجهة من الأمانة العامّة وهيئة التّحكيم إلى آخر عنوان للطرف المعني بهذه الإخطارات أو المراسلات أو من يمثّله، حسب ما يتمّ إعلانه إمّا عن طريق الطرف المعني أو الطرف الآخر. ويجوز إرسال تلك الإخطارات أو المراسلات عن طريق التّسليم مقابل إيصال أو بالبريد المسجّل، أو بمرسال خاصّ أو بالبريد الإلكتروني أو بأيّ وسيلة أخرى من وسائل الإتّصالات التي من شأنها توفير سجلّ بارساليها؛*

حيث أن طلب التحكيم أودع لدى الـ ICC من قبل Cerner بتاريخ 23 أغسطس 2013 ضد السيد البادي وضد I-Capital LLC؛ أن صورة الطلب أُحيلت من الأمانة العامة لغرفة التجارة الدولية بتاريخ 30 أغسطس 2013 إلى المدعى عليهما وفي ما يتعلق بالسيد البادي إلى عنوان عمله [...]؛ أنه إذا كانت I-Capital LLC التي كانت ممثلة أصلاً بمكتب للمحاماة قالت إنها لم تستلم المراسلات المخصصة للسيد البادي دون أن تُحدّد فضلاً عن ذلك ما هو العنوان الصحيح، أجابتها الأمانة العامة مُذكرة بالنصوص المذكورة أعلاه من قواعد التحكيم المرفقة بصورة إشعار بالوصول يُفيد بأن السيد البادي إستلم فعلاً الطلب المُرسَل [...]؛

حيث يُستنتج من الحكم التحكيمي بعد ذلك [...] أن المراسلات المخصصة للسيد البادي أرسلها رئيس محكمة التحكيم بواسطة الفاكس أو البريد الإلكتروني إلى العنوانين التاليين [...] كما ولغاية تاريخ 18 فبراير 2014 وهو التاريخ الذي ابتداءً منه تمّ رفضها، بواسطة خدمة توصيل إلى العنوانين التاليين [...].

حيث إنه يُستنتج مما ورد في القرار التحكيمي أن السيد البادي إستلم شخصياً طلب التحكيم والمستندات المرفقة؛ أنه فضلاً عن ذلك، تمت المراسلات إلى عنوان بريدي لا جدال حوله بأنه عنوان Belbadi Entreprises LLC الذي يملكها السيد البادي والذي كان ممثلاً لها عند توقيع إتفاق التسوية كما ووفقاً لنصوص قواعد التحكيم الذي إتفق الأطراف على الخضوع لها بموجب عدة رسائل إلكترونية مُرسلة إلى عناوين لم ينازع السيد البادي في دقتها؛

إن الدليل أُقيم بشكل وافٍ حول وجاهية الإجراءات التي إختار السيد البادي أن يتخلف عن حضورها؛

إن سبب الإبطال الثاني يجب إذاً عدم الأخذ به؛

- حول السبب الثالث للإبطال المبني على مخالفة النظام العام الدولي (المادة 1520، الفقرة 5 من قانون المرافعات المدنية):

يُدلي السيد البادي أن مجمل الوقائع تُبين نية Cerner في الإثراء غير المُبرر على نفقته من خلال المباشرة بطريقة كيدية بإجراءات تنفيذ غير قائمة على أي أساس ضده وضد عائلته ونيته الإطاحة بمنافستها، I-Capital. يُدلي بأن I-Capital قدّمت شكوى بتاريخ 28 ديسمبر 2016 في الإمارات العربية المتحدة ضدّ Cerner وضدّ عدة أشخاص طبيعيين بما في ذلك أشخاص من وزارة الصحة الإماراتية لمخالفة أسرار التجارة تتعلق بالمناورات الإحتيالية التي قامت بها

Cerner لإبعادها من برنامج وريد. يعرض الطاعن أن أحكام إدانان جزائية صدرت بتهم تزوير واستعمال المزور بمناسبة الطلب المقدم من Cerner لتجديد رخصتها التجارية المبني على إفادة من شريكها المتعاقدة I-Capital، تم تزوير تاريخها. يُدلي السيد البادي أن التخلف عن السداد من قبل وزارة الصحة التي كانت I-Capital ضحيته معزوّ إلى هذا السيناريو الإحتيالي. يُستنتج أن الحجج المقدمة من Cerner خلال الإجراءات التحكيمية تمّ التلاعب بها بالغش الذي سبق بيانه وأن الحكم التحكيمي هو أداة هذا الغش.

حيث إنّه من الثابت أن I-Capital S/E – أيّ السيد البادي – ثمّ I-Capital LLC لم يُسدّدوا إستحقاقات متوجّبة مقابل الخدمات التي قدّمتها Cerner، وإنّ هذا السداد لم يكن خاضعاً بموجب العقد لدفعات تقوم بها وزارة الصحة الإماراتية؛

إنّه لا وجود لأية صلة بين الإلزام بدفع هذه المبالغ التي لا نقاش على توجّبها بموجب عقد صريح لقاء مقابل مهمّ، وبين من جهة، المُفاوضات التي تكون قد بوشرت بين Cerner ووزارة الصحة لمحاولة وضع حدّ لتخلف I-Capital وبين من جهة أخرى المخالفات التي قد تكون Cerner إرتكبتها بعد قطع العلاقات التعاقدية للحصول على رخصة تجارية؛

حيث إنّ الحكم التحكيمي لا يخالف إذاً بشكل فاضح وفعلي وملموس النظام العام الدولي مع الإشارة علاوة على ذلك بأنّ إجراءات التنفيذ التي بوشرت في فرنسا على أساسه على فرض أنّها تعسّفية كما يدّعي الطاعن ليس من شأنها أن تؤثر على صحة الحكم التحكيمي نفسه على الصعيد الدولي؛

إنّ سبب الإبطال الثالث لا يمكن إذاً إلاّ عدم الأخذ به؛

حيث إنّهُ يُستنتج ممّا تقدّم وجوب ردّ الطعن بالإبطال؛

- حول المادة 700 من قانون المرافعات المدنية:

حيث إنّ السيد البادي الذي خسر دعواه لا يمكنه الإستفادة من نصوص المادة 700 من قانون المرافعات المدنية وسيُلزّم بأن يدفع بناءً على ذلك مبلغ 100000 يورو إلى Cerner؛

لذلك:

تقضي المحكمة بردّ الطعن بالإبطال المقدم ضدّ الحكم التحكيمي الصادر بين الأطراف في باريس بتاريخ 16 يوليو 2015.

تُزَم السيد أحمد سعيد محمد البادي الظاهري بالمصاريف وبأن يدفع إلى شركة Cerner Middle East Ltd مبلغ 100000 يورو إعمالاً للمادة 700 من قانون المرافعات المدنية.



إجتهاد المحاكم الإنكليزية

– إتفاقية تطوير امتياز تتضمن شرطاً تحكيمياً – إتفاقية التحكيم تنص على التحكيم في باريس – خلاف حول القانون المطبق – إختيار القانون الإنكليزي – خيار صريح أم ضمني – مبادئ اليونديروا – أحكام تمنع التعديل الشفهي في العقد الرئيسي – قاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير – سلوك لا لبس فيه بتنفيذ العقد – طابع غير رسمي لهذا السلوك – إضافة طرف إلى الإتفاقية والشرط التحكيمي – تطبيق الخيار الصريح للقانون على الإتفاقية بكاملها – رفض الإستئناف.

(رقم القضية: A4/2019/0944، مرجع رقم : [2020] EWCA Civ6)

في محكمة الإستئناف (الدائرة المدنية)

في ما خصّ الإستئناف من محكمة العدل العليا

محاكم الأعمال والملكية

قسم المحكمة الملكية

المحكمة التجارية

السّير مايكل بيرتون (يجلس كقاضٍ في المحكمة العليا)

CL-2017-000792

محاكم العدل الملكية
 ستراند، لندن، WC2A
 2LL
 ألتاريخ: 20/01/2020

أمام
 القضاة McCOMBE
 FLAUX
 و
 SIR BERNARD RIX

بين
 كباب جي ش.م.ل. (لبنان)
 مستأنف
 -و-

مجموعة كوت الغذائية (KFG)(الكويت)
 المستأنف ضدها

مواعيد الجلسات: 3، 4 و5 ديسمبر 2019

تلخيص وترجمة الحكم

مقدمة:

يُطرحُ هذا الإستئناف القائم ضدَّ الأمر المؤرَّخ في 8 أبريل 2019 الصَّادر عن سير مايكل بورتون الذي يجلس كقاضٍ في المحكمة العليا في المحكمة التجارية، قضايا تتعلَّق (i) بالقانون المُطبَّق على إتفاقيّة التحكيم التي تنصّ على التحكيم في باريس في حين أنها واردة في إتفاقيّة

رئيسية خاضعة بشكل صريح للقانون الإنجليزي و (ii) تتعلّق بمعرفة ما إذا كانت المستأنف ضدها قد أصبحت طرفاً في الإتفاقية الرئيسية و/أو إتفاقية التحكيم على الرغم من وجود "أحكام تمنع التعديل الشفهي" في العقد الرئيسي. وتستأنف في المقابل المستأنف ضدها قرار القاضي بعدم التوصل إلى قرار نهائي في ما خصّ المسألة الأولية على وجه الخصوص التي تشكّل موضوع الإستئناف.

الخلفية الواقعية والإجرائية:

أبرم المستأنف، وهو شركة لبنانية، إتفاقية تطوير إمتياز (FDA) بتاريخ 16 يوليو 2001 لمدة 10 سنوات مع شركة الحميري للمواد الغذائية ("AHFC")، وهي شركة كويتية، كمرخص له. في العام 2005، أصبحت AHFC شركة تابعة للمستأنف ضدها (والتي ساشير إليها بإسم "KFG") على أثر إعادة تنظيم مؤسسي. نشأ نزاع بموجب إتفاقية تطوير الإمتياز لجأ على أثره المستأنف إلى التحكيم أمام غرفة التجارة الدولية في باريس عملاً بالمادة 14 من إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA). بدأ هذا التحكيم فقط بوجه KFG، دون AHFC.

كان على المحكمين أن يفصلوا فيما إذا كانت KFG قد أصبحت طرفاً إضافياً في إتفاقية تطوير الإمتياز، في إتفاقية التحكيم الواردة في المادة 14 وفي مسائل متعلّقة بالأسس الموضوعية لمعرفة ما إذا كانت هناك مخالفة لإتفاقية تطوير الإمتياز. بموجب حكم تحكيمي مؤرّخ في 11 سبتمبر 2017، وجد أغلبية المحكمين أنّ مسألة ما إذا كانت KFG ملزمة بإتفاقية التحكيم هي مسألة خاضعة للقانون الفرنسي، ولكن مسألة معرفة ما إذا كان قد تمّ نقل الحقوق الجوهرية والالتزامات هي خاضعة للقانون الإنجليزي. وخلصوا إلى أنّه، بموجب القانون الإنجليزي، يجب الإستدلال على "التّجديد" (*novation*) من خلال سلوك الأطراف حيث أضافوا KFG كصاحبة الإمتياز الرئيسية. وقرّروا، في الأساس، إعتبار أنّ KFG قد إنتهكت إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA).

خالف المحكم الثالث وهو محام إنكليزي مؤهل ورأى ضرورة رفض طلبات المستأنف لأنّه تطبيقاً للقانون الإنجليزي، لم تصيح KFG أبداً طرفاً مقابلاً في إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) ممّا يعني أنها لا تدين بأيّ إلتزام للمستأنف بموجب إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) وأنّ المستأنف رفع دعواه القضائية ضدّ الطرف الخطأ.

بعد نشر الحكم التّحكيمي، في 13 ديسمبر 2017، قدّمت KFG طلب إبطال أمام المحاكم الفرنسية، حيث كانت باريس هي مكان التّحكيم. في 21 ديسمبر 2017، قام المستأنف بإجراءات أمام المحكمة التجارية في لندن وفقاً للمادة 101 من قانون التّحكيم لعام 1996 لتنفيذ الحكم التّحكيمي. في 7 فبراير 2018، أصدر J Popplewell أمراً من دون سماع الطّرف المقابل (*ex parte*) بإنفاذ الحكم التّحكيمي. في 1 مارس 2018، تقدّمت KFG بطلب بموجب المادة 103 (2) (أ) و (ب) من قانون التّحكيم لعام 1996 من أجل الحصول على أمر برفض الإعراف بالحكم التّحكيمي وإنفاذه كحكم ومن أجل الحصول على أمر بإبطال الأمر الصّادر عن J Popplewell. كما سعت للحصول على توجيهات في إدارة القضية بما في ذلك، فيما يتعلّق بمعالجة المسائل الأولية.

وفي لقاء جمع القاضي بالأطراف في 15 يونيو 2018، أصدر J Teare أمراً بمعالجة بعض المسائل الأولية. كما أمر بأن تتعامل المحكمة مع طلبات المستأنف لتأجيل إجراءات التّنفيد في إنجلترا بانتظار القرار الذي سيصدر بخصوص الإجراءات الفرنسية ولضمان أمن الحكم التّحكيمي في نفس الجلسة التي ستعالج فيها المسائل الأولية.

[...]

الحكم أدناه:

فيما يتعلّق بالمسألة الأولية الأولى، لاحظ القاضي أنّه لا توجد مشكلة بين الطّرفين بالنسبة إلى أنّ القانون الذي تخضع له صلاحية إتفاقية التّحكيم هو نفسه يطبق على مسألة ما إذا كانت KFG قد أصبحت طرفاً في إتفاقية التّحكيم. وفيما يتعلّق بالمسألة الأولية الثانية المتعلّقة بمعرفة ماهية هذا القانون، قال القاضي أنّ ذلك يعود ببساطة إلى تطبيق المادة 103 (2) (ب) من قانون التّحكيم لعام 1996 التي تنصّ على ما يلي:

"2) يجوز رفض الإعراف بحكم التّحكيم أو تنفيذه إذا أثبت الشّخص الذي صدر القرار ضده -

...

(ب) أنّ إتفاقية التّحكيم لم تكن صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها له الطّرفان أو، في حالة عدم وجود أي إشارة بشأنه، بموجب قانون البلد الذي صدر فيه الحكم ...".

ثمّ إستشهد القاضي بما قاله اللّورد موستيل (Mustill) في *Channel Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Ltd [1993] AC 334 at 357-8*، بأنّه سيكون إستثنائياً أن يكون القانون المناسب لإتفاقية التّحكيم مختلفاً عن الخيار الصّريح للقانون الذي يخضع له العقد المضيف. كما إستشهد القاضي بقرار Moore-Bick LJ في *Sulamerica v Enesa* الذي فيه تفرّز أنّه عندما تتشكّل إتفاقية التّحكيم جزءاً من العقد الجوهرية القائم بذاته، فإنّ الإختيار الصّريح للقانون الذي يطبّق على ذلك العقد الجوهرية هو "عامل مهمّ يجب أخذه بعين الإعتبار" و "من المحتمل ... أن يؤدّي إلى إستنتاج مفاده أنّ الطّرفين كانا يقصدان إخضاع إتفاقية التّحكيم لنفس النّظام القانوني كما العقد الجوهرية، ما لم تكن هناك عوامل أخرى موجودة تشير إلى إستنتاج مختلف".

أضاف القاضي أنّه مع ذلك في حال إعتدنا قرار *Sulamerica*: "يشكّل القانون المطبّق على العقد الرئيسيّ مؤشر قويّ للقانون المطبّق على إتفاقية التّحكيم ما لم تكن هناك مؤشرات تدلّ على خلاف ذلك. إنّ إختيار مكان مختلف عن القانون المطبّق على العقد لن يكون في حدّ ذاته كافياً ليحلّ محلّ نقطة البداية هذه".

خلص القاضي إلى أنّه كان هناك إختيار صريح للقانون الإنكليزي بإعتباره القانون الذي تخضع له إتفاقية التّحكيم في المادة 14، وفقاً لهذه الشروط:

"مع ذلك، حيث أنّه هناك حجج قويّة لصالح إعتبار القانون الإنكليزي الخيار الضمّني في جميع الأحوال، كونه يطبّق على الإتفاق المضيف، أنا مقتنع أنّه لا توجد حاجة إلى اللجوء إلى مثل هذا الإتفاق الضمّني في هذه الحالة، لأنّه هناك خيار صريح. تنصّ المادة 15 على أنّ قوانين إنجلترا هي القانون المطبّق على إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA). وتنصّ المادة 14 وهي البند المتعلّق بتسوية المنازعات، صراحةً في البند 14.3 منها على أنّه "على المحكّمين تطبيق الأحكام الواردة في الإتفاقية"، وهي إتفاقية تطوير إمتياز (FDA). وتنصّ المادة 1 على أنّ "تعتبر هذه الإتفاقية ... ككلّ". ثمّ تتابع المادة 14 (3) لتنصّ على ما يلي "يطبّق المحكّمون أيضاً مبادئ القانون المعترف بها عمومًا في المعاملات التّولية. قد يتعيّن على المحكّمين مراعاة بعض الأحكام الإلزامية لبعض البلدان".

وتابع القاضي ليخلص إلى أنّه بغضّ النّظر عن نهج المحكّمين، الذين خلصوا إلى أنّ القانون الفرنسي هو القانون المطبّق على إتفاقية التّحكيم، فإنّ القانون الإنكليزي هو المطبّق على صلاحية شرط التّحكيم ومسألة ما إذا كانت KFG قد أصبحت طرفاً فيه أم لا.

ثم تطرّق إلى المسألة الأولى الثالثة، سواء من حيث القانون الإنجليزي، أصبحت KFG طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) وخلافاً لذلك، في إتفاقية التحكيم.

وأشار القاضي إلى أحكام إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) التي إعتد عليها بشكل خاص السيد تسي (Tse) الذي يمثّل المستأنف، والتي شملت حسن النية والتعامل العادل في المادة 2. [...] وأشار بعد ذلك إلى أنه منذ صدور قرار المحكّمين، تمّ توضيح القانون الإنجليزي فيما يتعلّق بما يسمّى "بنود منع التعديل الشفهي" بموجب قرار صادر عن أغلبية أعضاء المحكمة العليا في *MWB Business Exchange Centres Limited v. Rock Advertising Limited* [2018]. [...]

"يشمل تنفيذ بنود منع التعديل الشفهي خطر أن يتصرّف أيّ طرف تجاه العقد على أنه متبدّل، على سبيل المثال من خلال تنفيذه، ثم يجد نفسه غير قادر على ذلك. [...] قد يمنع أي طرف بسبب سلوكه من الإعتداع على مثل هذا البند بقدر ما يكون الطرف الآخر قد إستند إلى هذا السلوك. في إنجلترا، تكمن الحماية ضدّ الظلم في المذاهب المختلفة لقاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير (estoppel). [...]"

وخلص إلى ما يلي: "إنّ التصرّف بشكل جعل المدعي يعتبر أنّ [K] قد أصبح المرخص له" (الفقرة 205 من الحكم التحكيمي)، من شأنه على أيّ حال ألا يكون كافياً، داخل *MWB* على الأقل، دون "بعض الكلمات أو التصرفات التي بشكل لا لبس فيه تدلّ إلى أنّ [نقل الحقوق والإلتزامات إليه] كان صحيحاً، بغضّ النظر عن طابعه غير الرسمي". [...]

وأشار إلى أنّ التّأجيل كان مطلوباً لأنّ المستأنف رغب في ترك مسألة الفصل في الموضوع إلى قانون مكان التحكيم.

[...]

وحدد أسبابه لعدم إلتخاذ قرار نهائي. [...]

ثمّ إنعكس الجواب على المسألة الأولى الثالثة في أمر القاضي، الذي نصّ على ما يلي:

"بحسب القانون الإنجليزي، لم يصبح المدعي عليه طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) أو في إتفاقية التحكيم التابعة لإتفاقية تطوير الإمتياز (FDA)، فالمسألتين تطرحان نفس المشكلة".

ثم أُجِلَّت الفقرة 3 من الأمر البتّ في طلب المستأنف بالتّنفيد وعلّقت القرار مع الحفاظ على الحرية لإعادة البتّ في أيّ من المسائل المُعلّقة بعد صدور قرار محكمة الإستئناف في باريس.

واجه أعضاء المحكمة الثلاثة جميعهم، صعوبة كبيرة في فهم الأساس المنطقي للقاضي في إتخاذ قراره بعدم إتخاذ قرار نهائي وتأجيل المسألة إلى ما بعد صدور قرار محكمة إستئناف باريس. [...] بموجب القانون الإنجليزي، إنّ بنود منع التّعديل الشّفهي في إتفاقيّة تطوير إمتياز (FDA) تعني أنّ KFG لم تكن طرفاً في إتفاقيّة تطوير الإمتياز (FDA) أو إتفاقيّة التّحكيم ما لم يكن المستأنف قادراً على إستيفاء شروط عدم التّناقض إضراراً بالغير (estoppel) أو الإستبعاد المنصوص عليهما من قبل اللورد Sumption JSC في *Rock Advertising* (حيث وجد اللورد أنّ المستأنف لم يستطع القيام بذلك)، من الصّعب معرفة ما هي الأدلّة الإضافيّة التي كان القاضي يتوقّع ظهورها بعد صدور قرار المحكمة الفرنسيّة.

[...]

ملخص عن مذكرات الطرفين:

نيابة عن المستأنف، قال السيّد تسي أولاً أنّه لم يكن هناك خيار صريح للقانون الإنجليزي بإعتباره القانون المطبق على إتفاقيّة التّحكيم. فإتفاقيّة تطوير الإمتياز (FDA) نفسها خاضعة للقانون الإنجليزي مدعماً بموجب حسن النية والتعامل العادل في المادة 2 وبـ "مبادئ القانون المعترف بها عموماً في المعاملات الدوليّة" (المادة 14.3) والتي تضمّنت مبادئ اليونيدروا UNIDROIT. في الجزء المتبقي من هذا الحكم، سأشير إلى القانون الإنجليزي المدعّم على هذا النحو "القانون الإنجليزي الزائد" ("English law plus"). إعتبر السيّد تسي أنّ هذا التّدعيم يعني أنّ إتفاقيّة التّحكيم لا يمكن أن تكون خاضعة للقانون الإنجليزي البحت.

إعتبر السيّد تسي أنّ القاضي كان مخطئاً عندما خلص إلى وجود شيء في صياغة المادة 14 (وعلى وجه التّحديد المادة 14.3¹) يدعم مسألة الخيار الصّريح للقانون الإنجليزي بإعتباره

1- 14.3. يطبق المحكم (المحكّمون) الأحكام الواردة في الإتفاقيّة. يطبق المحكم (المحكّمون) أيضاً مبادئ القانون المعترف بها عموماً في المعاملات الدوليّة. قد يتعيّن على المحكم (المحكّمين) مراعاة بعض الأحكام الإلزاميّة لبعض البلدان، أي الأحكام التي يظهر لاحقاً أنّ لها تأثير على الإتفاقيّة. لا يجوز للمحكم (المحكّمين) تحت أيّ ظرف من الظروف تطبيق أي قاعدة (قواعد) تتعارض مع الصياغة الدقيقة للإتفاقيّة.

يطبق على إتفاقية التحكيم. إن الجملة الأولى من المادة 14.3 تنص فقط عن أنه يجب على المحكمين تطبيق الأحكام الواردة في الإتفاقية على المنازعات الموضوعية.

[...]

قال السيد تسي Tse أن الإختيار الصريح لقانون مطبق ما في العقد المضيف، ليس أكثر من بداية فرضية بأن الأطراف قصدت أن تخضع علاقتها بالكامل (بما في ذلك إتفاقية التحكيم) لهذا النظام القانوني. وقال أنه حيثما كانت هناك مؤشرات تدل على عكس ذلك، فلا تخضع إتفاقية التحكيم لنفس النظام القانوني كالإتفاق الرئيسي.

وما يدل على عكس ذلك هو، كما هي الحالة هنا، وجود مقر التحكيم في بلد مختلف عن البلد الذي يطبق قانونه على الإتفاق الرئيسي.

[...]

كما أدلى بأن أي خيار ضمني للقانون الإنكليزي بإعتباره القانون المطبق على إتفاقية التحكيم يكون بالتالي مرفوض بسبب وجود مكان التحكيم في باريس وكان ينبغي على القاضي أن يستنتج إما أن الإختيار الضمني للقانون المطبق على إتفاقية التحكيم هو القانون الفرنسي أو، في حالة غياب أي خيار من هذا القبيل، يطبق القانون الفرنسي كونه قانون مكان صدور الحكم التحكيمي.

حتى لو كان القاضي على حق في أن القانون المطبق على إتفاقية التحكيم هو القانون الإنكليزي، فقد أخطأ في الإستنتاج بأن الموافقة الخطية كانت مطلوبة من أجل أن تصبح KFG جهة مرخصة إضافية بموجب إتفاقية تطوير الإمتياز.

وذكر أن السلوك المكثف والواسع لـ KFG والتنفيذ الذي لا لبس فيه من قبل KFG لإتفاقية تطوير الإمتياز FDA كانا كافيين لتجاوز شكليات بنود منع التعديل الشفهي وجعل KFG طرفاً إضافياً في إتفاقية تطوير الإمتياز FDA. وقد إعتد بشكل خاص على (i) السلوك الذي لا لبس فيه لـ KFG في تنفيذ العقد مثل دفع فواتير [...] (والتي كانت موجهة على ما يبدو إلى KFG) لمدة 30 شهراً [...]. وأكد أنه كان هناك قدر كبير من الأدلة أمام المحكمين. لم تكن جميع الأدلة معروضة على القاضي، إذ أن هذه المحاكمة كانت تتعلق بمسائل أولية.

[...]

إن أبرز ما تقدّم به السيّد Ricky Diwan QC في مذكرته عن المستأنف ضدها فيما يتعلّق بالقانون المطبّق كان بسيطاً ومباشراً، وهو أنّ الجمع بين المادتين 1 و 15 من إتفاقية تطوير الإمتياز FDA يشكّل إختياراً صريحاً للقانون الإنجليزي بإعتباره القانون المطبّق على كامل إتفاقية تطوير الإمتياز بما في ذلك إتفاقية التحكيم.

[...]

وقال السيّد Diwan QC أنّ هذا النهج كان مؤيداً بقرار أندرو سميث ج. Andrew Smith J في أرسانوفيا *Arsanovia*.

[...]

أمّا فيما يتعلّق بفصل إتفاقية التحكيم عن الإتفاق الرئيسي، فقد كرّست المادة 7 من قانون التحكيم لعام 1996 هذا المبدأ.

وأكد السيّد Ricky Diwan QC أنّ هذا يؤكد أنّ مفهوم الفصل مُصمّم لحماية إتفاقية التحكيم عندما تكون الإتفاقية الرئيسية باطلة. لا يترتب على ذلك أنّ إتفاقية التحكيم هي إتفاقية منفصلة عن الإتفاقية الرئيسية لأغراض أخرى.

وفي حال، خلافاً لما يدافع عنه للسيّد Ricky Diwan QC بشكل أساسي، لم يكن هناك خيار صريح للقانون المطبّق على إتفاقية التحكيم، فقد أكد أنه هناك خيار ضمنّي للقانون الإنجليزي لأنّ إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) تخضع صراحة للقانون الإنجليزي. وإستند إلى تحليل Moore-Bick LJ في *Sulamerica*:

"[...] إنّ البحث عن خيار ضمنّي للقانون المناسب لتطبيقه على إتفاقية التحكيم من المرجّح أن يؤدي بالتالي إلى إستنتاج مفاده أنّ الأطراف قصدت إخضاع إتفاقية التحكيم لنفس النظام القانوني الذي يخضع له العقد الجوهري، ما لم تكن هناك عوامل أخرى موجودة تشير إلى إستنتاج مختلف."

وإستند السيّد Ricky Diwan QC إلى هذا التحليل دعماً لما قدّمه في مذكرته من أنّ وجود مكان التحكيم في دولة مختلفة عن تلك التي يطبّق قانونها صراحةً على الإتفاق الرئيسي، لن يزِيل الدلالة القويّة بوجود خيار ضمنّي للقانون الإنجليزي ليطبّق على إتفاقية التحكيم بموجب إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) التي تخضع صراحةً إلى القانون الإنجليزي. وقال السيّد

Ricky Diwan QC أن هذا الإستنتاج كان مدعوماً بقرار أندرو سميث جيه Andrew Smith J في أرسانوفيا *Arsanovia*.

فيما يتعلّق بالجزء الثاني من الإستئناف، ذكر السيّد Ricky Diwan QC أن إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) تحتوي على ما وصفه بـ "القفل المزدوج": شرط (i) وجود وثيقة خطيّة يقوم بها ممثلون مفوضون عن كلا الطرفين في إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) من أجل أن يكون أي تعديل ساري المفعول (المادة 26) ووثيقة خطيّة موقّعة من الطرفين لكي تكون أي موافقة سارية (المادة 24)؛ و (ii) أن أي تنازل عن المجموعة الأولى من الأفعال يتطلّب موافقة خطيّة موقّعة من الطرفين (المادة 17). وقال أن إضافة KFG، على أي حال، إلى إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) تجعل المستأنف يؤكّد أنها "تغيير" حسب المادة 24 و "تعديل" حسب المادة 26.

واعتبر السيّد Ricky Diwan QC أنه خلافاً لما عرضه السيّد Tse في مذكراته، لا يمكن الإعتماد على مبادئ اليونيدروا UNIDROIT (وتحديداً المادتان 1.7 والمادة 2.1.18) لإدخال بعض التعديل أو التغيير على إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) بسبب سلوك KFG حيث أن هذا يتعارض مع القفل المزدوج في بنود منع التعديل الشفهي في إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA). من الواضح أن القاضي كان على حق في إستنتاج أن السلوك وحده لا يمكن أن يكون كافياً لإحداث تغيير أو تعديل مثل إضافة طرف إلى إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA). وقال أن ما هو مطلوب لتخطّي بند منع التعديل الشفهي هو التناقض إضراراً بالغير (estoppel) كما حدّده اللّورد Sumption JSC في *Rock Advertising*: (i) يجب أن يكون هناك بعض الكلمات أو التصرفات التي توضّح بشكل قاطع أن التغيير كان صحيحاً بغضّ النظر عن طابعه غير الرّسمي؛ و (ii) سيكون هناك حاجة إلى شيء أكثر لهذا الغرض من الوعد غير الرّسمي نفسه. في حال عدم وجود مثل هذه الكلمات أو التصرفات التي ترقى إلى تمثيل لا لبس فيه، لن يكون التغيير فعّالاً إلا إذا إمتثل للمادتين 24 و 26.

لم تكن هناك مستندات نفي بشروط بنود "منع التعديل الشفهي" أو بـ "قاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير" المطلوبة لتخطّي تلك البنود، كما وجد القاضي بشكل صحيح. في حين كانت هناك فواتير من المستأنف فيما يتعلّق بمدفوعات دفعتها KFG، إلا أنه تمّ تعويض هذه المدفوعات من قبل AHFC. وهذا من شأنه أن يجعل الفواتير ملتبسة، بمعنى أن KFG كان بإمكانها تسديدها كوكيل لشركة AHFC التابعة لها.

وقال السيد Ricky Diwan QC، أنه بعد أن توصل إلى الاستنتاجات التي توصل إليها في [...] حكمه، وهي أن الأدوات التي إستند إليها المستأنف، لم تستوف شروط بنود منع التعديل الشفهي أو تؤدي إلى تناقض إضراراً بالغير، كان على القاضي أن يتخذ قراراً نهائياً برفض الإعراف والتنفيذ وعدم إعطاء المستأنف فرصة أخيرة.

في الحالة الحاضرة، قال السيد Ricky Diwan QC أنه لم يكن مطروحاً الإستخدم غير المناسب لوقت المحكمة، إذ أن السير مايكل بورتون قد إستمع إلى الطلب على مدى ثلاثة أيام. إن ما قرّره المحكمة الفرنسية لا صلة له بما يجب على القاضي أن يقرّره، بحيث أنه ما كان عليه أن يقرّر التأجيل... وإنما إتخاذ قرار نهائي.

التحليل والإستنتاجات:

في رأيي، إن السيد Diwan QC محقّ في أن المادتين 1 و 15 من إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) تنصّان في حدّ ذاتهما على الإختيار الصريح للقانون الإنجليزي ليُطبّق على إتفاقية التحكيم في المادة 14. لا تشمل البنود التي تسمّى القانون المطبّق بالضرورة إتفاقية التحكيم. أمّا البند الموضوع أمامنا يشمل إتفاقية التحكيم بسبب الصياغة الصحيحة لأحكام المادتين 1 و 15 مجتمعتين.

خلافاً لما قدّمه السيد Tse، [...] هنالك خيار صريح للقانون الإنجليزي بأن يُطبّق على إتفاقية التحكيم.

وفيما يتعلق بأحكام "القانون الإنجليزي الزائد" ("English law plus")، فإنها لا تخدم حجة السيد Tse بشأن هذا الجزء من الإستئناف، بمعنى أنها لا تشير إلى نظام قانوني مختلف (بالتحديد القانون الفرنسي) على أنه يطبّق على إتفاقية التحكيم.

إن مفهوم قابلية فصل إتفاقية التحكيم المنصوص عليه الآن في المادة 7 من قانون التحكيم لعام 1996 لا يساعد السيد Tse في هذا السياق. والتبرير المنطقي لمفهوم قابلية فصل إتفاقية التحكيم هو أنه يضمن بقاء إجراء تسوية النزاع الذي إختاره الطرفان على الرغم من عدم قابلية الإتفاقية الرئيسية للتنفيذ، على سبيل المثال، بسبب الغش أو الإدعاء الكاذب.

كذلك الأمر، فإن الكلمات الصريحة التي إستخدماها الطرفان في المادتين 1 و 15 والجملة الأولى من المادة 14.3، تظهر نيّة واضحة بأن تخضع إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) بأكملها

بما في ذلك إتفاقية التحكيم، للقانون الإنجليزي، ولا يهّم إن لم يكن ذلك منصوصاً عليه صراحة في المادة 14 نفسها.

لا يتأثر هذا الاختيار الصريح للقانون الإنجليزي بإعتباره القانون المطبق على كامل إتفاقية تطوير الإمتياز (FDA) بما في ذلك إتفاقية التحكيم، بحقيقة أنّ المادة 14.5 تنصّ على أن يكون مكان التحكيم في باريس.

[...]

تبعاً لذلك، في رأيي، كان القاضي على حقّ في ما توصلّ إليه بأنّه هنالك خيار صريح للقانون الإنكليزي بإعتباره القانون المطبق على إتفاقية التحكيم.

يستند الجزء الثاني من الإستئناف إلى أنّ القانون المطبق على إتفاقية التحكيم هو القانون الإنجليزي. ويؤكد المستأنف أنّه كان ينبغي على القاضي تطبيق المادتين 1.7 و 2.1.18 من مبادئ اليونيدروا UNIDROIT وإعتبار أنّ KFG قد أصبحت طرفاً في إتفاقية التحكيم بحكم سلوكها غير المتسق وتصرفاتها على النحو المحدد أعلاه. نيابةً عن KFG، يقول السيّد Diwan QC أنّ القاضي كان على حقّ في الإستنتاج بأنّ أدلة المستأنف لم تكن كافيةً لإثبات أنّه يجب منع KFG من الإستناد إلى بنود منع التعديل الشفهي، ولكنّه أخطأ في تأجيل البتّ في الطلب بدلاً من إتخاذ قرار نهائيّ بعدم تنفيذ الحكم التحكيمي.

[...]

في رأيي، إنّ هذه الصياغة الصارمة، هنا أحكام بنود منع التعديل الشفهي، لا يمكن تجاوزها إلاّ بالقدر المسموح به في القانون الإنجليزي بإعتباره القانون المطبق على إتفاقية تطوير الإمتياز FDA، أي بالقدر الذي يتمّ فيه إستيفاء شروط الإختبار المتعلّق بقاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير المنصوص عليه في *Rock Advertising*. إنّ حجة السيّد تسي أنّه، بسبب نصّ المادة 14.3 على تطبيق القانون الإنجليزي الزائد، فإنّه يمكن تطبيق بعض المبادئ الأوسع المستمدة من UNIDROIT من أجل تجاوز بنود منع التعديل الشفهي، هي حجة مغلوطة.

كذلك الأمر، لا يمكن إستخدام مبدأ حسن النية والتعامل العادل، سواء في المادة 2 من إتفاقية تطوير الإمتياز أو المادة 1.7 من مبادئ يونيدروا، لتجاوز الصياغة الواضحة لبنود "منع التعديل الشفهي".

بناءً على ذلك، نظراً إلى أنه لم تُطرح مسألة الموافقة الخطيئة أو أي شكل من أشكال الموافقة بشكل خطي على إضافة KFG كطرف، من شأن بنود منع التعديل الشفهي في إتفاقية تطوير الإمتياز أن تعني أن KFG لم تصبح طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز أو إتفاقية التحكيم ما لم يكن هناك، تطبيقاً للاختبار المطروح في "Rock Advertising" (i) ... بعض الكلمات أو السلوك الذي يوضح بشكل قاطع أن التغيير كان صحيحاً بغض النظر عن طابعه غير الرسمي؛ و (ii) أنه يشترط وجود لهذا الغرض أكثر من الوعد غير الرسمي نفسه".

أراد السيد تسي أن يُرشد المحكمة إلى الوثائق التي إعتد عليها أمام القاضي... تتوافق المستندات المعتمدة مع معاملة KFG لنفسها كما لو كانت المرخص لها، ولكن كما خلص القاضي بشكل صحيح، فلن يكون ذلك كافياً.

في رأيي، نظراً إلى أن المستأنف لم يتمكن من إستيفاء شروط إختبار *Rock Advertising*، كان على القاضي أن يتخذ قراراً نهائياً بأن KFG لم تكن طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز FDA أو إتفاقية التحكيم، بحيث لا يكون الحكم التحكيمي قابلاً للتفويض بوجه KFG بموجب المادة 103 (2) من قانون التحكيم لعام 1996. أعتبر أن عدم إتخاذ القاضي ذلك القرار النهائي مقابل تأجيل البت في طلب المستأنف للتفويض إلى جلسة إستماع أخرى محتملة بعد البت في قضية الإبطال من قبل محكمة إستئناف باريس، هو خطأ من حيث المبدأ وفي فهم القانون.

[...]

من الواضح تماماً أن ما حدث أمام سير مايكل بورتون كان جلسة إستماع دامت ثلاثة أيام أحال فيها المستأنف القاضي إلى الأدلة التي تم إيرادها أمام المحكمين والتي إعتد عليها لإثبات أن KFG كانت طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز وإتفاقية التحكيم. وكما لاحظ القاضي، جاء قرار المحكمة العليا في *Rock Advertising* بعد صدور الحكم التحكيمي. في ضوء هذا القرار، كان على المستأنف أن يثبت أنه قادرٌ على إستيفاء شروط إختبار *Rock Advertising* لقاعدة عدم التناقض إضراراً بالغير *estoppel*، وإذا لم يتمكن من ذلك، أوضحت بنود منع التعديل الشفهي تماماً أن الشروط الشكلية لتصبح KFG طرفاً في إتفاقية تطوير الإمتياز أو إتفاقية التحكيم لم تتحقق.

في رأبي، كان على القاضي أن يستنتج، بالنظر إلى ما خلص إليه من أن احتمال التوصل إلى قرار مختلف في جلسة لاحقة بعيد، عدم التأجيل وكان عليه أن يتخذ قراراً نهائياً يرفض فيه الإعتراف بالحكم التحكيمي وإنفاذه.

وبناءً على ذلك، أعتبر أن النتيجة الصحيحة في هذه القضية يجب أن تكون رفض الإستئناف المقدم من المستأنف والسماح بالإستئناف المقابل في إشعار المستأنف ضدها. سيصدر أمر بإبطال أمر J Popplewell الصادر من دون سماع الطرف المقابل (ex parte) وبرفض الإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه كحكم.

Sir Bernard Rix

أنا موافق

Lord Justice McCombe

أنا أيضاً موافق.



إجتهاد المحاكم السويسرية

- دعوى أمام محكمة التحكيم الرياضي ضد سباح محترف - دفع الرياضي بعدم قبول الدعوى بسبب تأخر الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات في تقديم الإستئناف - ردت المحكمة الدفع - تقديم الرياضي طلب بمنع محامي الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات من تمثيلها لوجود تضارب في المصالح - رفضت المحكمة الطلب - تقديم السباح طعناً مدنياً أمام المحكمة الفدرالية ضد هذا القرار على إعتبار أن محكمة التحكيم الرياضي لم تكن مختصة زمانياً للنظر في الدعوى - رفض الطلب بالكامل - إمكانية الطعن مبنية على الأسباب المنصوص عليها في المادة 190 الفقرة 2 أ الحرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص - عدم أهلية المحامي لا تقع ضمن الشروط المحددة في المادة 190 الفقرة 2 أ الحرف ب - رفض الطعن.

(المحكمة الفدرالية، محكمة القانون المدني الأولى، قرار رقم 4A_413/2019، في 28 أكتوبر 2019، A. ضد (1) الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات (AMA) و (2) الإتحاد الدولي للسباحة (FINA))

الموضوع:

التحكيم الدولي في مجال الرياضة

الطعن ضد القرار الصادر في 26 يوليو 2019 عن محكمة التحكيم الرياضي (TAS)
(CAS 2019/A/6148)

الوقائع:

أ.

إن أ. (الذي يشار إليه فيما يلي: بالسباح أو الرياضي) هو سباح محترف.

والوكالة العالمية لمكافحة المنشطات (AMA) هي مؤسسة سويسرية مقرها في لوزان. وتهدف بشكل خاص، على المستوى الدولي، إلى تشجيع مكافحة تعاطي المنشطات في الرياضة.

والإتحاد الدولي للسباحة (المشار إليه فيما يلي: FINA)، الذي هو عبارة عن جمعية سويسرية مقرها في لوزان، هو الهيئة الإدارية للسباحة على الصعيد العالمي.

قدّمت شكوى بحق السباح فحواها مخالفة قواعد مكافحة تعاطي المنشطات بسبب المحاولة غير المثمرة لأخذ عيّات من الدم والبول خلال فحص مفاجيء تمّ إجراؤه في منزله ليل 4 سبتمبر 2018، وتمّت تبرئته في 3 يناير 2019 من قبل لجنة مكافحة المنشطات التابعة للإتحاد الدولي للسباحة.

ب.

في 14 فبراير 2019، وجهت الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات (AMA) إشعاراً بالإستئناف إلى محكمة التحكيم الرياضي، موقّعاً من المحامين ب. وت.، طالبة فيه توقيف الرياضي لمدة ثمان سنوات.

عدّلت المستأنفة إشعار الإستئناف الذي سبق وقدمته والمؤرّخ في 18 فبراير 2019 مشيرة إلى الإتحاد الدولي للسباحة على أنه المطعون ضده الثاني.

في 9 مارس 2019، طلب مستشار الرياضيين من المحامي ب. ألتنازل على الفور عن وکالته بسبب وجود تضارب في المصالح، وقد كان هذا المستشار في اللجنة القانونية التابعة للإتحاد الدولي للسباحة.

في 11 مارس 2019، تابع الإتحاد الدولي للسباحة الدعوى، أمراً المحامي بإنهاء وکالته. وأشار إلى أن المحامي قد إستقال من مهامه في اللجنة القانونية التابعة للإتحاد الدولي للسباحة في 1 فبراير 2019، من أجل أن يكون قادراً على تمثيل الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات أمام محكمة التحكيم الرياضي، في النزاع الذي تواجهه إلى جانب الإتحاد الدولي للسباحة.

في 12 مارس 2019، نفى مستشار الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات (AMA) وجود تضارب في المصالح ورفض الإنسحاب من الدعوى.

في 16 مارس 2019، دعا الرياضي مرة جديدة المحامي إلى التنازل عن وکالته. في 3 أبريل 2019، وجه المحاميان ب. وت. إلى محكمة التحكيم الرياضي (TAS)، بيان الإستئناف لصالح موكلتهما.

في إطار الإجراءات، أثار السباح والإتحاد الدولي للسباحة دعواً بعدم القبول بسبب التأخر المزعوم في إيداع بيان الإستئناف. في 19 مايو 2019، فصلت محكمة التحكيم الرياضي بهذا الدفع وردته. قدم الرياضي طعناً مدنياً أمام المحكمة الفدرالية ضد القرار المذكور. حالياً، لا يزال هذا الإجراء عالقاً (4A_287/2019).

وعقب إستقالة أحد المحكمين الثلاثة في الهيئة، عيّنت محكمة التحكيم الرياضي محكماً جديداً بشخص المحامي رومانو سوبوتو. في 12 يوليو 2019، قدم الرياضي طلباً لرد المحكم الجديد المعين. رفض هذا الطلب في 26 يوليو 2019 من قبل اللجنة المعنية بطلبات الرد التابعة للمجلس الدولي للتحكيم في المسائل الرياضية (CIAS).

بعد إثارة فكرة تضارب المصالح المنسوب إلى المحامي ب. في الطلب الذي حمل عنوان "طلب التشعب والتفرع" الموجه إلى محكمة التحكيم الرياضي في 9 مايو 2019، قدم السباح بتاريخ 29 مايو 2019، كتاباً توصل فيه إلى منع المحاميين ب. وت. (B. و C. _____) من تمثيل الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات في الإجراءات العالقة أمام محكمة التحكيم الرياضي، وإعتبار بيان الإستئناف وموجز الإستئناف مردودين بسبب عدم قدرة هذين

المحامين المذكورين أعلاه للتقدم بأي طلب، وبالتالي، إعتبار أنّ محكمة التحكيم الرياضي تفتقد للإختصاص الزماني لتسوية النزاع.

إتخذ كلّ من الإتحاد الدولي للسباحة (FINA) والمستأنفة على التوالي موقفاً من هذا الطلب بتاريخ 29 مايو 2019 و26 يونيو 2019.

بموجب قرار بتاريخ 26 يوليو 2019، أذّي تمّ إرساله إلى الأطراف عبر البريد الإلكتروني في 2 أغسطس 2019، رفضت محكمة التحكيم الرياضيّة بالكامل الطلب المقدم من الرياضي. بإختصار، إعتبرت أنّ محامي المستأنفة لم يكونوا في حالة تضارب في المصالح، وأنّ مشاركة هؤلاء المحامين في الإجراءات لم يكن لها أثر على مقبوليّة الكتب المقدّمة نيابة عن المستأنفة أو على إختصاص محكمة التحكيم الرياضي للبتّ في مصير القضية.

ت-

بتاريخ 2 سبتمبر 2019، قدّم الرياضي (يُشار إليه في ما بعد بالطّاعن) طعناً مدنياً أمام المحكمة الفدراليّة ضدّ القرار الصادر في 26 يوليو 2019 وطلب الآتي:

1- إعتبار الطّعن الحاضر مقبولاً.

2- إبطال القرار / الحكم التّحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم الرياضيّ في 2 أغسطس (تصحيح: 26 يوليو) 2019 المتعلّق بطلب تحية مستشاري الوكالة العالميّة لمكافحة المنشطات (AMA)، ... والمتعلّق بإختصاص محكمة التحكيم الرياضي في التحكيم .CAS 2019/A/6148

3- إعتبار محكمة التحكيم الرياضي غير مختصّة.

4- ردّ السيّد رومانو سوبوتو (...).

لم تُدعّ الوكالة العالميّة لمكافحة المنشطات (AMA) (المطعون ضدها الأولى) والإتحاد الدولي للسباحة (FINA) للتعليق على الطّعن.

الأسباب القانونية:

1.

في مجال التحكيم الدولي، يكون الطعن المدني مقبولاً ضد أحكام المحاكم التحكيمية بالشروط المحددة في المواد 190 إلى 192 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص بتاريخ 18 ديسمبر 1987 (LDIP; RS 291)، وفقاً للمادة 77 ألفقرة الأولى أحرف أ من القانون الخاص بالمحكمة الفدرالية.

يقع مقر محكمة التحكيم الرياضي في لوزان. لم يكن للطاعن محل إقامة في سويسرا في الوقت الحاسم. بالتالي، تطبق أحكام الفصل 12 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص (المادة 176 ألفقرة الأولى من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص).

2.

2.1. إن الطعن المدني المنصوص عليه في المادة 77 ألفقرة الأولى أحرف أ من القانون الخاص بالمحكمة الفدرالية بالإقتران مع المواد 190 إلى 192 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص لا يقبل إلا ضد حكم تحكيمي. يمكن أن يكون العمل القانوني القابل للطعن، حكماً تحكيمياً نهائياً ينهي دعوى تحكيمية لأسباب موضوعية أو لأسباب متصلة بالشكل، أو أن يكون حكماً تحكيمياً جزئياً يتناول جزءاً محدداً كمياً من الإدعاء المتنازع عليه أو إحدى المطالب المتتوعة في القضية أو ينهي الدعوى بالنسبة لأحد الشركاء (ATF 143 III 462 consid. 2.1; arrêt 4A_222/2015 du 28 janvier 2016 consid. 3.1.1) وحتى حكماً تحكيمياً أولياً أو فرعياً يتطرق لمسألة أولية موضوعية أو شكلية (ATF 130 III 755 CONSID. 1.2.1 P. 757). في المقابل، إن الأمر الإجرائي البسيط الذي يمكن تعديله أو تأجيله أثناء المحاكمة لا يقبل الطعن (ATF 143 III 462 consid.2.1; ATF 136 III 200 consid. 2.3.1 p. 203; ATF 136 III 597 consid. 4.2, arrêt 4A_596/2012 du 15 avril 2013 consid.3.3). ينطبق الأمر نفسه على القرار بشأن التدابير الوقائية المنصوص عليها في المادة 183 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص (ATF 136 III 200 consid. 2.3).

لتحديد مقبولية الطعن، ما هو حاسم ليس تسمية الإجراء المتخذ، ولكن مضمونه
(ATF 143 III 462 consid. 2.1; ATF 142 III 284 consid. 1.1.1; arrêt)
(4A_222/2015, consid. 3.1.1).

2.2. يُستنتج من المادة 190 ألفقرة 2 و3 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص،
أنه يجوز الطعن ضدّ الحكم التحكيمي النهائي أو الجزئي لكلّ الأسباب المنصوص عليها في المادة
190 ألفقرة 2 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص. وفقاً للمادة 190 ألفقرة 3 من
القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص، لا يجوز الطعن بالقرار الفرعيّ أمام المحكمة
الفدرالية سوى للأسباب المبينة على التشكيل غير النظامي (المادة 190 ألفقرة 2 أ حرف أ من
القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص) أو عدم إختصاص هيئة التحكيم (المادة 190 ألفقرة
2 أ حرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص). إنّ الدفوع المشار إليها في
المادة 190 ألفقرة 2 أ حرف ت. (c) يمكن أيضاً إثارتها ضدّ القرارات الفرعية حسب المعنى
المقصود في المادة 190 ألفقرة 3 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص، إنّما فقط
بقدر ما هي محصورة بشكل صارم بالنقاط المتعلقة مباشرة بتشكيل أو إختصاص محكمة التحكيم
(ATF 143 III 462, consid. 2.2; ATF 140 III 477 consid. 1; ATF 140 III 520)
(consid. 2.2.3).

.3

3.1. إستناداً إلى المادة 190 ألفقرة 2 أ حرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي
الخاص، يعيب الطاعن على محكمة التحكيم الرياضي أنها أخطأت عندما إعتبرت نفسها مختصة
للنظر في الإستئناف الذي تقدّمت به المطعون ضدّها الأولى. دعماً لهذا الطعن، يبيّن أنّ عدم قدرة
مستشاري المطعون ضدّها الأولى عرض الطلبات سيجعل الإستئناف غير مقبول. وبسبب عدم
تقديم بيان الإستئناف وموجز الإستئناف بشكل صحيح في الوقت المناسب، لن تكون محكمة
التحكيم الرياضي مختصة من حيث الإختصاص الزماني للفصل في الإستئناف.

3.2. إنّ الطعن المبني على السبب المنصوص عليه في المادة 190 الفقرة 2 أ حرف ب من
القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص هو ممكن عندما تكون هيئة التحكيم قد فصلت

بطلبات لم تكن مختصة للبتّ فيها، إمّا أنه لم يكن هناك إتفاق تحكيم، أو أنه إقتصر على مسائل معيّنة لا تشمل الطلبات المطروحة (*extra potestatem*). بذلك تكون هيئة التحكيم مختصة فعلياً، من بين جملة شروط، إذا كان النزاع يدخل ضمن أحكام إتفاق التحكيم وأن المحكمة ذاتها لم تتجاوز الحدود المُسندة إليها في طلب التحكيم، وعند الإقتضاء، في بيان المهمّة (arrêt 4A_210/2008 du 29 octobre 2008 consid. 3.1).

3.3. وكما هو مبين، يبدو الدّفع المقدّم من الطّاعن غير مقبول.

3.3.1. في الواقع، على الرّغم من أنّ المادتين 92 و 93 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية لا تطبقان في هذه الحالة - كون نصّ المادة 77 الفقرة 2 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية يُستبعد، في إجراءات الطّعن في مجال التحكيم، تطبيق المواد 90 إلى 98 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية - تجدر الإشارة في البداية إلى أنّ المحكمة الفيدرالية تعتبر أنّ عدم التوصل إلى إستنتاج عدم أهلية المحامي للتقدّم بطلب ومنعه من تمثيل موكله بسبب تضارب مزعوم بالمصالح هو قرار فرعيّ لا يتعلّق بالإختصاص ولا بمسألة الردّ وفقاً للمادة 92 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية، بحيث يتعلّق الموضوع بـ "قرار فرعيّ آخر" حسب المادة 93 ألفقرة 1 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية (arrêt 4A_366/2019 du 2 septembre 2019; 4A_349/2015 du 5 janvier 2016 consid.1.1; 5A_47/2014 du 27 mai 2014 consid.3 et 4.1; 1B_420/2011 du 21 novembre 2011 consid.1.2.1). لا يمكن أن يكون غير ذلك عندما يتمّ إتخاذ مثل هذا القرار في سياق إجراءات تحكيمية. لذلك يجب الاعتراف بأنّ القرار المطعون فيه لا يتعلّق بأيّ شكل من الأشكال بتشكيل هيئة التحكيم وليس قراراً بشأن الإختصاص يمكن الطّعن فيه على الفور. في الحقيقة، لا تندرج الأهلية لتقديم الطلب ضمن إختصاص الهيئة، ولكنها تشكّل فقط شرطاً لقبول الدّعى. في القضية الحالية، ومهما قال الطّاعن، فإنّ القرار الذي وجهته محكمة التحكيم الرياضي إلى الأطراف في 26 يوليو 2019 ليس قراراً فرعياً بشأن الإختصاص. كذلك الأمر، لا يستطيع الطّاعن، تحت غطاء الإنتهاك المزعوم للمادة 190 ألفقرة 2 الحرف (ب) من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاصّ، اللجوء مباشرة، مع مراعاة المادة 190 ألفقرة 3 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاصّ، ضدّ قرار فرعيّ بشأن أهلية محامٍ لتقديم طلب.

3.3.2. بإمكاننا أن نتساءل حول مسألة معرفة إن كان عدم أهلية محامي المطعون ضدها الأولى لتقديم الطلبات، في حال ثبت، يؤدي إلى عدم قبول بيان الإستئناف وموجز الإستئناف كما ذكر الطاعن. في حكم صادر تطبيقاً لقواعد قانون المرافعات المدنية، إعتبرت المحكمة الفدرالية بالفعل أنه في حالة عدم أهلية الممثل للمطالبة، يجب على المحكمة من حيث المبدأ، تحديد مهلة للطرف للسماح له بتعيين ممثل يستوفي الشروط القانونية (arrêt 4A_87/2012 du 10 avril 2012 consid.3.2.3). لما كان الأمر كذلك، وحتى لو وافقنا على الفكرة التي يطرحها الطاعن، إن الدفع لا يقع بأي حال ضمن الإطار الذي تحدده المادة 190 ألفقرة 2 أحرّف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص. في حكمين، نظرت المحكمة الفيدرالية في مسألة معرفة ما إذا كان التأخر في تقديم الإستئناف يؤدي إلى عدم إختصاص محكمة التحكيم الرياضي أو ببساطة عدم القبول، أو حتى رفض، هذا السبب في القانون (arrêts 4A_170/2017 du 22 mai 2017 et 4A_488/2011 du 18 juin 2012 consid. 4.3.1). إذا تركت أخيراً المحكمة الفدرالية المسألة مطروحة، فهي عرضت للأسباب التي تشفع رأيها لصالح الفرضية الثانية. فأشارت بالتالي إلى أن اللوم الذي وجّه إلى هيئة تحكيم لعدم إحترام المهلة الزمنية لصلاحيّة إتفاق التحكيم أو لمخالفة شرط مسبق إجباري باللجوء إلى التوفيق أو الوساطة، يتعلّق بالتأكيد بشروط ممارسة الإختصاص، وبشكل أكثر دقة الإختصاص الزماني، ويخضع على هذا النحو، للمادة 190 ألفقرة 2 أحرّف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص (arrêts 4P.284/1994 du 17 août 1995 consid. 2 et 4A_18/2007 du 6 juin 2007 consid. 4.2). ومع ذلك، فإنّ هذا المبدأ الفقهيّ يطال بشكل أساسي التحكيم النموذجي أو المعتاد؛ من المشكوك فيه أن ينطبق أيضاً على التحكيم غير النموذجي، مثل التحكيم الرياضي، وأن يأخذ بعين الإعتبار على وجه الخصوص ألفرضية التي ينتج فيها إختصاص هيئة التحكيم عن الإشارة إلى أنظمة إتحاد رياضي ينصّ على إجراء تحكيميّ لتسوية المنازعات التأديبية. إنّ مسألة معرفة ما إذا كان يصحّ لطرف الطعن بالقرار الذي إتخذته هيئة منبثقة عن إتحاد رياضي على أساس قواعد نظامية وأحكام قانونية معمول بها لا تتعلّق بإختصاص هيئة التحكيم التي تنظر في القضية، لا بل بمسألة صفة هذا الطرف، وهذا يعني مسألة إجرائية يتعيّن حلّها وفقاً للقواعد ذات الصلة، والتي لا تعدّل المحكمة الفدرالية تطبيقها عند النظر في طعن ضد حكم تحكيمي دولي (arrêts 4A_428/2011 du 13 fevrier 2012 consid. 4.1.1 et 4A_424/2008 du 22 janvier 2009 consid.3.3).

أشار أحد المؤلفين، الذي إستشهدت به المحكمة الفدرالية في الحكم 4A_488/2011، إلى النتيجة غير المرضية التي يؤدي إليها النقل إلى المهلة الزمانية للإستئناف المنصوص عليها في المادة R49 من قانون التحكيم في المسائل الرياضية (فيما يلي: القانون)، للمبدأ العام الذي مفاده أنّ تجاوز المهلة المتفق عليها بين الأطراف يؤدي إلى عدم إختصاص هيئة التحكيم وبالتالي إلى إختصاص محاكم الدولة: بإختصار، سيكون لتطبيق هذا المبدأ نتيجة مفادها أنه بعد إنقضاء مهلة الإستئناف المحددة في هذا القانون بواحد وعشرين يوماً، يمكن عرض قرارات الإتحادات الرياضية التي يوجد مقرها في سويسرا أمام المحاكم السويسرية إلى حين إنقضاء مهلة الشهر المنصوص عليها في المادة 75 من القانون المدني؛ وستكون هذه النتيجة بلا شك مخالفة لروح التحكيم الدولي في مجال الرياضة، حيث أنها لن تضمن أن يتم الحكم على الرياضيين بنفس الطريقة ووفقاً لنفس الإجراءات؛ ستتسبب أيضاً بمضاعفات يصعب التغلب عليها. وفقاً لهذا المؤلف، يجب اعتبار المهلة المحددة للإستئناف أمام محكمة التحكيم الرياضي كمهلة إسقاط يترتب على عدم الإلتزام بها، فقدان الحق في إخضاع القرار المتخذ لأي مراجعة قضائية وليس عدم إختصاص هذه الهيئة التحكيمية، وبالتالي رفض طلب المستأنف.

وفقاً لمؤلف آخر، إنّ مسألة الإمتثال للمهلة الزمانية المحددة للجوء إلى هيئة التحكيم ليست من حيث المبدأ مشكلة إختصاص زمني. كما أنّ إنصرام المهلة المحددة لا يؤدي إلى اعتبار القضاء التحكيمي غير مختصّ لصالح سلطات الدولة. في الواقع، إنّ الإمتثال للمهلة الزمانية لبدء إجراءات التحكيم هو ببساطة شرط لقبول الدعوى الذي لا يؤثر بتاتاً على إختصاص هيئة التحكيم. نتيجة لذلك، إنّ الدّفع المبني على اللجوء المتأخر إلى القضاء التحكيمي لا يندرج ضمن الإطار المحدد في المادة 190 الفقرة 2 أ حرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص.

يبدو الرأى الذي دافع عنه هذان المؤلفان مقنعاً. ومع ذلك، إذا كان يكفي أن ينتظر طرف ما إنقضاء المهلة المحددة للطعن بالإستئناف المنصوص عليها في المادة R49 من القانون من أجل اللجوء أمام محاكم الدولة السويسرية، سيكون هذا الطرف قادراً على تجاوز القضاء التحكيمي الرياضي من خلال تقاعسه فقط. في ضوء ما سبق، يجب اعتبار أنّ الإمتثال للمهلة المحددة للإستئناف أمام محكمة التحكيم الرياضي يشكّل شرطاً للقبول وليس مشكلة إختصاص. بناءً عليه، يكون الدّفع المبني على المادة 190 أ لفقرة 2 أ حرف (ب) من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص غير مقبول.

3.3.3. إستطراداً، نشير إلى أنّ دفع الطّاعن يبدو غير مقبول لسبب آخر. بالنّسبة لردّ المحكّم، يرى الإجتهد أنّه على الطّرف إثارة سبب الردّ بمجرد علمه به (ATF 136 III 605 (consid. 3.2.2)). تغطّي هذه القاعدة النّابعة من الإجتهد أسباب الردّ التي يعرفها الطّرف المعني بالفعل وكذلك تلك التي كان يمكن أن يعرفها من خلال إظهار الإهتمام الواجب، مع تحديد أنّ إصراره على أن يبقى جاهلاً يمكن رؤيته، إعتماًداً على الحالة، مثل مناورة إحتياليّة مماثلة لتأجيل الإعلان عن طلب الردّ (ATF 136 III 605 consid. 3.2.2; arrê 4A_506/2007 du 20 mars 2008 consid.3.1.2). تشكّل القاعدة المعنيّة تطبيقاً لمبدأ حسن النّيّة في إطار إجراءات التّحكيم. بموجب هذا المبدأ، يسقط الحقّ في التّدرّع بالسّبب المبني على التّشكيل غير المنتظم لهيئة التّحكيم إذا لم يقم الطّرف بإثارته على الفور. لا يمكن أن يكون الأمر مختلفاً بالنّسبة للوضع الذي ينوي فيه طرف ما الطّعن في أهليّة الوكيل بالتقدّم بطلب، لأنّ شرط إثارة، على الفور، مثل هذا العيب في إجراءات التّحكيم هو تجسيد ملموس لمبدأ حسن نّيّة.

في هذه الحالة، بعد إيداع بيان الإستئناف بتاريخ 14 فبراير 2019، دعا الطّاعن، بالطّبع، في رسالة مؤرّخة في 9 مارس 2019، أُمحامي ب. للتنازل عن وكرالته بحجّة وجود تضارب مزعوم في المصالح. وبعد رفض المستشار الإنسحاب من القضيّة، دعاه الطّرف المعني مرة جديدة، بواسطة رسالة مؤرّخة في 13 مارس 2019، للتوقّف عن تمثيل مصالح المطعون ضدها الأولى. غير أنّه، عندما قدّم مستشارو المطعون ضدها الأولى بيان الإستئناف إلى محكمة التّحكيم الرياضيّ في 3 أبريل 2019، لم يثر ذلك أي ردّ فعل فوريّ من الطّاعن. كما أنّ محاولة الطّاعن إثبات عدم أهليّة محامو المطعون ضدها الأولى بالمطالبة أمام محكمة التّحكيم الرياضيّ، بعد أكثر من شهر من تقديم مذكرة الإستئناف، تبدو متأخّرة بشكل واضح. في الختام، سقط حقّ الطّاعن في الإعلان عن مخالفة المادّة 190 ألفقرة 2 أ الحرف ب من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص.

.4

في سبب آخر، بإثارته المادّة 190 ألفقرة 2 أ الحرف ث (d) من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص، يشكو الطّاعن من إنتهاك حقّه في أن يتمّ الإستماع إليه. وفقاً للإجتهد المذكور أعلاه (consid. 2.2)، لا يمكن مخالفة عدم قبول الأسباب المنصوص عليها في المادّة

190 أَلحرف ت-ج (c-e) من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص، المُستنتجة بمفهوم *المخالفة* من المادة 190 الفقرة 3 من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص، عندما يتعلّق الطّعن المدنيّ بقرار فرعيّ إلّا بقدر ما تقتصر الدّفع المبنية على تلك الأسباب بشكل صارم على النّقاط التي تتعلّق بتشكيل أو بإختصاص هيئة التّحكيم (ATF 143 III 462, consid. 2.2 p.). عندما احتفظت محكمة القانون المدنيّ الأولى بهذا الدّفع، كانت تضع نصب عينها بشكل أساسيّ الحالات التي تُصدر فيها هيئة التّحكيم قرارها الفرعيّ المتعلّق بتشكيلها أو إختصاصها إستناداً إلى إستنتاجات واقعيّة تكون قد وضعتها دون إحترام المساواة بين الأطراف أو الحق في الإستماع إلى واحد منهم (ATF 140 III 477 consid. 3.1 p.479 s.).

في الحالة الحاضرة، إنّ الدّفع بعدم الإختصاص الذي قدّمه الطّاعن ضدّ القرار الفرعيّ الصّادر عن محكمة التّحكيم الرّياضيّ بتاريخ 26 يوليو 2019 هو غير مقبول، متى كان هذا القرار لا يتناول مسألة إختصاص هيئة التّحكيم. كذلك الأمر، إنّ الدّفع المبني على المادة 190 ألفقرة 2 أَلحرف ت (d) من القانون الفدرالي حول القانون الدولي الخاص LDIP هو أيضاً غير مقبول.

.5

في السّبب الأخير، مستنكراً التّشكيل غير المنتظم لهيئة التّحكيم، طلب الطّاعن ردّ المحكّم رومانو سوبوتو. وهكذا، يكون مقدّم الطّلب قد فاتته حقيقة أنّ هذه المسألة ليست موضوع القرار المطعون فيه. في 26 يوليو 2019، بالفعل، تمّ رفض طلب الردّ الذي قدّمه الطّاعن من قبل اللّجنة المعنيّة بطلبات الردّ التابعة للمجلس الدوليّ للتّحكيم في المسائل الرّياضية (CIAS)، أي بعد القرار المطعون فيه في سياق هذا الطّعن.

يرى الطّاعن بشكل صريح في الفقرة 81 من مذكرته، أنّ أسباب القرار المذكور لم تُبلّغ بعد للأطراف عندما قدّم الطّعن الحاليّ إلى المحكمة الفدراليّة. ويترتّب على ما سبق أنّ ردّ المحكّم رومانو سوبوتو هو أمر غير مألوف في إجراءات الطّعن الحاليّة.

.6

ختاماً، يتبيّن أنّ الطّعن غير مقبول.

إنّ الطّاعن الذي خسر الدّعوى يتحمّل مصاريف الإجراءات الفدرالية (المادة 66 الفقرة 1 من القانون الخاصّ بالمحكمة الفدرالية). في المقابل، لن يتوجّب عليه دفع تعويض للمطعون ضدّهما مقابل التّكاليف إذ لم تتّم دعوتهما لتقديم جوابيهما.

لهذه الأسباب، تحكّم المحكمة الفدرالية بالآتي:

1. يكون الطّعن غير مقبول.
2. يتحمّل الطّاعن المصاريف القضائيّة البالغة 2000 فرنك سويسريّ.
3. يُبلّغ هذا القرار إلى وكيلَي الطّرفين وإلى محكمة التّحكيم الرياضيّ.

لوزان، في 28 أكتوبر 2019.

باسم محكمة القانون المدنيّ الأولى لدى المحكمة الفدرالية السّويسريّة.

الرئيسة

كاتب المحكمة



باب أخبار التحكيم

قوانين جديدة، قضايا تحكيمية، مراكز التحكيم:

حكم تحكيمي يكرس مجدداً إمتداد الشرط التحكيمي إلى الشركة الام:

في 9 إبريل 2020، أصدرت محكمة تحكيمية تابعة لغرفة التجارة الدولية حكماً تحكيمياً بأغلبية الأصوات ضدّ مجموعة كايي التركية (Kayi) لصالح شركة Prombati SPA الجزائرية في نزاع حول بناء فندق ماريوت ومول تجاري ومرافق ذات صلة في مدينة سطيف بشرق الجزائر.

حيث أنّ طرفي النزاع لم يحددا صراحة، في الشرط التحكيمي، مكان التحكيم؛ ثمّ إختلفاً على تحديده فاختارت محكمة غرفة التجارة الدولية هذا المكان في بروكسل. ووجدت المحكمة التحكيمية أنّ قانون مكان التحكيم هو الذي يطبق عندما يتعلّق الأمر بتحديد ما إذا كانت الأطراف غير الموقعة ملزمة باتفاقية التحكيم، إذ يجب أن يكون التحكيم قابلاً للتّفيذ. وبالتالي، رأت أنّ شركة كايي إنسحبت من أرض المشروع دون إتمامه وهي مسؤولة عن التّأخير الحاصل فيه ومدّت المحكمة الشرط التحكيمي إلى الشركات التي تشكّل مجموعة KAYI وإعتبرتها مسؤولة بالتكافل والتضامن.

تجدر الإشارة إلى التناقض القائم بين هذا الحكم التحكيمي وذاك الصّادر عن المحاكم البريطانية المنشور في هذا العدد من المجلة صفحة 630 وما بعدها (كتاب جي ش.م.ل. (لبنان)

ضدّ مجموعة كوت الغذائية (KFG) (الكويت)) الذي جاء فيه أنّ القانون المطبق على العقد (القانون الإنجليزي) يُطبق على مسألة ما إذا كان غير الموقعين ملزمين به.



الإتحاد البريدي العالمي (UPU) التابع للأمم المتحدة يعين محكماً رئيساً للهيئة التحكيمية في الدعاوى المقدمة من دولة قطر ضد البحرين، مصر، السعودية والإمارات العربية المتحدة:

كجزء من الحصار الدبلوماسي والإقتصادي الذي فرضته دول الخليج على قطر، علّقت في العام 2017 كلّ من البحرين، مصر، السعودية والإمارات العربيّة المتّحدة الخدمات البريديّة مع قطر ممّا سبّب لهذه الأخيرة ضرراً كبيراً.

وبما أنّ قطر والدول المدّعى عليها هي أعضاء في الإتحاد البريدي العالمي وإستناداً إلى المادّة 32 من دستور الإتحاد التي تنصّ على التّحكيم الإلزامي، رفعت دولة قطر، في 20 سبتمبر 2018، دعوى تحكيمية ضدّ الدول المدّعى عليها لبدء عمليّة التّحكيم طالبةً منها إنشاء المحكمة التّحكيمية لتسوية النزاع الناشئ عن إيقاف هذه الدّول للخدمات البريديّة مع دولة قطر.

ووفقاً للوائح العامّة للإتحاد، يختار كلّ طرف في النزاع دولةً ما، لكي تقوم هي بتسمية المحكّم. ثمّ تقوم الدولتان المتنازعتين بتسمية رئيس المحكمة التّحكيمية.

إختارت قطر دولة السويد، في حين إختارت كلّ الدول المدّعى عليها قبرص. وبعد رفض الدّول المدّعى عليها التّعاون في تعيين المحكّم الثالث، صوت مجلس إتحاد البريد العالمي على القرار الذي بموجب المادّة 153 (8) من اللوائح العامّة للإتحاد، يعطيه الحقّ بأن يقوم هو بتعيين رؤساء المحاكم التّحكيمية في هذه الدّعاوى التّحكيمية المقامة من قطر في حال تلكّ الدول المعنيّة عن إختيار رئيساً للمحكمة.

وفي أواخر شهر فبراير 2020، عاودت هذه الدّول المدّعى عليها التّبادلات البريديّة الدوليّة مع قطر عبر سلطنة عمان.



اليمن تخسر في الدعوى التحكيمية المقامة ضدها من الشركة النروجية DNO:

في 18 فبراير 2020، صدر الحكم التحكيمي في الدعوى المقامة من شركة DNO النروجية المنتجة للنفط والغاز ضد وزارة النفط والمعادن اليمنية. إعتبرت الهيئة التحكيمية التابعة لغرفة التجارة الدولية أنه بموجب إتفاقية مشاركة الإنتاج مع الوزارة اليمنية لمدة 20 عامًا، يحق لشركة DNO الإنسحاب من البلوك 43 النفطي في أعقاب النزاع المسلح في اليمن. ردت المحكمة التحكيمية جميع الطلبات المقابلة لليمن التي أرادت إجبار DNO على العودة إلى البلوك لإستكمال فترة العشرين سنة المتفق عليها في العقد.



حكم تحكيمي لصالح مقاولين من الباطن قطريين وإماراتيين:

في 12 مارس 2020، صدر الحكم التحكيمي النهائي في الدعوى المقامة من ثلاثة مقاولين من الباطن خليجيين هم Trans Gulf International Electro-Mechanical WLL، وشركة المحاصنة Powermech Engineering WLL وشركة Electro-Mechanical WLL-Powermech Engineering WLL ضد شركة WCT Bhd القابضة للبناء أمام محكمة تحكيمية تابعة لغرفة التجارة الدولية للمطالبة بمبلغ 50 مليون دولار أمريكي كمدفوعات مستحقة لهم من WCT عن بناء مقر وزارة الداخلية القطرية في الدوحة.

أمرت المحكمة التحكيمية شركة WCT Bhd القابضة بدفع مبلغ 35 مليون دولار أمريكي لهذه الشركات الخليجية بالإضافة إلى مبلغ 6 ملايين دولار تعويضاً لها عن التكاليف القضائية التي تكبدتها.

ويسعى مجلس إدارة شركة WCT Bhd القابضة لإبطال الحكم التحكيمي.



المحاكم البريطانية تصدر أمراً قضائياً بتقييد تحكيم جارٍ في لبنان:

في 12 يوليو 2019، أصدرت محكمة الإستئناف البريطانية أمراً قضائياً علقت فيه التّحكيم الجاري في لبنان بإعتباره قمعيّاً وكيديّاً مع العلم أنّ النزاع في هذا التّحكيم له علاقة ضئيلة أو حتى معدومة مع إنجلترا.

يتمحور هذا النزاع القائم أمام المحاكم البريطانية بين سنا حسيب صباغ وأخويها سمير وسهيل صباغ بالإضافة إلى أقارب لها من عائلة خوري، حول ملكيّة أسهم في مجموعة البناء اللبّانية وهي مجموعة إتحاد المقاولين ش.م.ل (Consolidated Contractors Company) التي زعمت سنا في العام 2013، أنّ أخويها حاولا بعد وفاة والدهم حرمانها من حصّتها في هذه الشركة وكانت الصّلة الوحيدة لإعتبار المحاكم البريطانية مختصّةً هي مكان إقامة أحد أعضاء عائلة خوري المعنيتين في بريطانيا.

بعد ذلك، في العام 2014، إرتأى الأخوين صباغ إقامة دعوى تحكيمية في لبنان ضدّ شقيقتيها إستناداً إلى الشرط التّحكيمي الوارد في النظام الأساسي للشركة، فما كان من هذه الاخيرة إلا أن رفضت المشاركة في التّحكيم لأنها ليست شريكاً مساهماً في الشركة أي أنها ليست طرفاً في الشرط التّحكيمي ولأنّ الطلبات التّحكيمية تخرج برأيها عن إطار الشرط التّحكيمي.

وبعد أن إعتبرت المحكمة التّحكيمية نفسها مختصّة، أصدرت المحكمة البريطانية أمراً رفضت فيه تعليق الإجراءات أمامها لصالح التّحكيم في لبنان وأمرت بتعليق التّحكيم بإعتباره قمعيّاً وكيديّاً إستناداً إلى المادّة 37 من قانون المحاكم العليا لعام 1981 التي تُجيز تعليق الإجراءات القضائيّة الأجنبيّة في حال كانت قمعيّة وكيديّة. إستأنف الأخوان الحكم بإعتبار أنّه إستناداً إلى قانون التّحكيم الإنجليزي للعام 1996 وإلى إتفاقيه نيويورك، لا يحقّ التعرّض لتحكيم أجنبي لا يمتّ بصلّة إلى بريطانيا. وعلى إفتراض أنّ المحاكم البريطانية لها سلطة إصدار أوامر قضائيّة تُلحق فيها تحكيمات أجنبيّة إلا أنّها لن تفعل ذلك حين يقع النزاع ضمن نطاق إتفاقيه التّحكيم؛ وعندما يكون العكس صحيحاً أي أنّه عندما يكون من الواضح أنّ النزاع هو خارج نطاق إتفاقيه التّحكيم، يجوز للمحكمة أن تُصدر أمراً قضائياً ضدّ التّحكيم ولكن فقط إذا كانت ظروف القضية تتطلّب ذلك (على سبيل المثال عندما تُعتبر الإجراءات قمعيّة وكيديّة).



دعوى أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار "ICSID" ضد العراق:

في 28 يونيو 2020، تقدّمت الشركة الألمانية AHG بدعوى أمام الإكسيد ضدّ دولة العراق مطالبةً بمليار دولار أمريكي بسبب مصادرة العراق لإستثماراتها في مصنع للإسمنت في محافظة كركوك والذي كانت الشركة من أجل إعادة تأهيله وتشغيله، قد إستثمرت فيه، مبالغ ضخمة من أموالها الخاصة منذ أغسطس 2008 فصاعداً.

في العام 2018، إكتشفت الشركة الألمانية أنّ حصتها البالغة 51 في المئة في شركة محلية التي كانت ملزمة بإنشائها لتنفيذ عقد مصنع الإسمنت في كركوك، قد تمّت مصادرتها بموجب أمر محكمة عراقية، مع تغيير قيود السجلات لحذف "AHG" بصفتها المالكة من تلك الشركة.

إستندت الشركة الألمانية في دعواها التحكيمية على إتفاقية الشراكة والتعاون بين العراق والإتحاد الأوروبي وعلى قانون الإستثمار لأنّ معاهدة الإستثمار الثنائية بين ألمانيا والعراق، التي وقّعت عليها ألمانيا مع العراق في العام 2010، لم تدخل بعد حيز التنفيذ في ألمانيا لأنّ هذه الأخيرة لم تصادق بعد عليها.



شركة دمياط الدولية للموانئ (ديبكو) الكويتية تريح التحكيم ضد هيئة ميناء دمياط:

في 13 فبراير 2020، أصدرت محكمة تحكيمية تابعة لغرفة التجارة الدولية والتي كانت تحت إدارة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، حكماً تحكيمياً منحت فيه شركة دمياط الدولية للموانئ (DIPCO) تعويضاً قدره 423 مليون دولار أمريكي بالإضافة إلى الفوائد والتكاليف أي ما يوازي حوالي أكثر من 490 مليون دولار أمريكي وردّت المحكمة التحكيمية الدعوى المقابلة بكاملها المقدّمة من هيئة ميناء دمياط.

يتعلّق النزاع بين الطرفين بإنهاء إتفاق منح الإمتياز لمدة 40 عاماً الموقع في العام 2006 بينهما لإنشاء وإدارة محطة لتداول الحاويات في ميناء دمياط على ساحل البحر الأبيض المتوسط في مصر. إعتبرت المحكمة أنّ هذا الإنهاء من قبل هيئة الميناء حرم ديبكو من تدفّق الإيرادات لمدة 40 عاماً ولم يكن قانونياً.

تملك شركة «كي جي إل» الكويتية 25% من الأسهم في شركة دمياط الدولية للموانئ (ديكو) مما سمح أيضاً للشركة الكويتية أن تهدد بتقديم دعوى أمام الإكسيد إستناداً إلى معاهدة الإستثمار الثنائية بين الكويت ومصر.



فشل التسوية في مصر مع Eni و Naturgy:

إن شركتي Eni و Naturgy للطاقة هما شريكتان في شركة المحاصة Unión Fenosa Gas (UFG) التي ربحت في العام 2018 حكم الإكسيد ضد مصر في ما يتعلّق بمصنع تسييل الغاز الطبيعي بمدينة دمياط الساحلية.

في فبراير 2020، أعلنت شركتي الطاقة أنهما بدأتا محادثات مع مصر لأجل إيجاد تسوية لحلّ جميع المنازعات المرتبطة بالمصنع. وتكمن التسوية بتسديد مصر مبلغاً معيناً من المال تنفيذاً لحكم الإكسيد وتحصل Naturgy على 600 مليون دولار ومعظم أصول UFG خارج مصر. في المقابل، تقوم بتسليم حصتها البالغة 50% في شركة المحاصة (UFG) ممهدة الطريق أمام شركة Eni لاستئناف عملياتها في المصنع الذي كان توقّف منذ عام 2012 عن إنتاج الغاز الطبيعي المسال.

إلا أنّ هذه الصقفة فشلت بسبب فيروس كورونا وفشل السلطات المصرية بالسيطرة على هذا الفيروس الذي منع إعادة تشغيل المصنع التي كانت شرطاً من شروط إتمام الصقفة.

نتيجة لذلك، احتفظت Naturgy بحق متابعة السعي للحصول على تعويضات بقيمة 2 مليار دولار من مصر وذلك بموجب حكم الإكسيد.



مؤتمرات وندوات

المؤتمر السنوي الثاني لجمعية التحكيم الإفريقية (AFAA):

في الفترة الممتدة من 14 إلى 16 إبريل 2021، تنظّم جمعية التحكيم الإفريقية (AFAA) مؤتمرها السنوي الثاني الذي كان من المفترض أن يُعقد في يونيو 2020.

هذا المؤتمر الذي سيعقد في غانا سيكون بعنوان الإصلاح والإبتكار في حلّ النزاعات الدولية: وجهات نظر إفريقية.

وسوف يتحدث في المؤتمر عدد كبير من القانونيين المختصين في مجال التحكيم من دول إفريقيا، المملكة المتحدة، تنزانيا، ومصر، مثلاً عن إتفاقية سنغافورة للوساطة: خطوة كبيرة للوساطة في النزاعات عبر الحدود؟ عن المبادرات والمقترحات الحالية لإصلاح تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول على المستوى المتعدد الأطراف، عن حلّ النزاعات في إتفاقيات الإستثمار الإقليمية في إفريقيا: الإبتكار أم الركود؟ وعن التقنيات الحديثة في التحكيم الدولي ومخاطره.



مؤتمر في باريس حول التحكيم المعقدة:

في 10 سبتمبر 2020، تنظّم غرفة التجارة الدولية في باريس مؤتمراً لمناقشة موضوع التحكيم المعقدة.

وسوف تُعالج من ضمن هذا الموضوع، المسائل الآتية، رقابة المحكمة للوهلة الأولى من حيث البحث في وجود إتفاقية التحكيم التي تحيل التحكيم إلى غرفة التجارة الدولية، الطبيعة المؤقتة لقرارات المحكمة، التحكيم المتعددة الأطراف، تشكيل المحكمة التحكيمية في هذه الحالة وتوزيع تكاليف التحكيم، ثمّ التحكيم التي تستند إلى عدّة عقود ومدى توافق هذه العقود، وإتفاق الأطراف على تحكيم موحد كما سوف يُعالج موضوع تدخل طرف ثالث في إجراءات التحكيم وضمّ الدعاوى التحكيمية.



المؤتمر الافتراضي الأوروبي الرابع لغرفة التجارة الدولية حول التحكيم الدولي:

في 7 يوليو 2020، نُظّم المؤتمر الافتراضي الأوروبي الرابع لغرفة التجارة الدولية حول التحكيم الدولي لمواكبة آخر التطورات المؤسسية وتطور التحكيم في أوروبا.

من المواضيع التي عولجت تحكيم غرفة التجارة الدولية في أوروبا، اليوم وغداً، الرؤية الأوروبية: عام في المراجعة، التعريفات والتوريد: خلافات في طور التكوين؟ والإتفاق الأوروبي الأخضر وقانون المناخ: ألتأثير على حل النزاعات.



إنطلاق سلسلة ندوات عن الوساطة في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي:

في 6 يوليو 2020، إنطلقت الندوة النقاشية الأولى من سلسلة ندوات عن "الوساطة في عالم متغير" بعنوان "إستشراف مستقبل الوساطة لتسوية منازعات ما بعد الجائحة".

تحدث خلال الندوة كل من الدكتور عماد الدين حسين والدكتور إسماعيل سليم عن منظومة، وسائل وحلول "منصات العدالة الإتفاقية"، معمارية الوساطة وتحديات "ثقافة البدائل" و"السند التنفيذي"، إتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة ومعالم المشهد الدولي القادم، التوجهات العالمية في الوساطة وأخيراً، مستقبل "الوساطة الرقمية" والواقع الجديد.



مؤتمر بعنوان "مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بعد أربعين عاماً: ألتحكيم المؤسسي على مفترق الطرق: الماضي والحاضر والمستقبل":

في 21 و22 يونيو 2020، نظم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مؤتمراً دولياً في القاهرة بعنوان: "مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بعد أربعين عاماً: ألتحكيم المؤسسي على مفترق الطرق: ألاماضي والحاضر والمستقبل" وذلك لإحتفال بمرور أربعين عاماً على تأسيسه.

سلط المؤتمر الضوء على آخر التطورات في مجال التحكيم المؤسسي وغيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات. كما ناقش المؤتمر دور التحكيم المؤسسي في تطوير التحكيم الدولي وفي تعزيز شرعيته، وتطرق إلى أهم المشكلات المتعلقة بالتحكيم الدولي وأكثرها إثارة للجدل.



حلقة نقاش حول تمويل الطرف الثالث وتضارب المصالح:

في 2 إبريل 2020، نظمت في باريس نقابة المهنيين في الدعاوى الاقتصادية والمالية (APCEF) حلقة نقاش حول تمويل الطرف الثالث وتضارب المصالح.

يُعدّ تمويل الطرف الثالث آلية لتمويل التقاضي حيث يدفع طرف ثالث تكاليف المحاكمة مقابل نسبة مئوية من التعويضات الممنوحة. وقد شهدت هذه الطريقة في التمويل تطوراً بارزاً في السنوات الأخيرة، خاصة في مجال التحكيم الدولي حيث تكون المسائل المالية ذات أهمية خاصة، ولكن هذه الآلية تثير عدداً من القضايا من حيث، على وجه الخصوص، إستقلالية وشفافية الأطراف التي تأخذ التمويل تجاه الأطراف الثالثة والمحكمة.



المؤتمر الثامن للتحكيم الدولي في ما يخص الطاقة:

في 23 و24 يناير 2020، نظم معهد التحكيم العابر للحدود (ITA) بالإشتراك مع معهد قانون الطاقة (IEL) وغرفة التجارة الدولية (ICC) المؤتمر الثامن المختص بمعالجة موضوع التحكيم الدولي في مجال الطاقة.

من المواضيع التي بُحثت، ألتطورات الجيوسياسية الأخيرة وتأثيرها على منازعات الطاقة، خاصة التطورات في هونغ كونغ وتركيا والمملكة العربية السعودية والمكسيك وفنزويلا. كما بُحث موضوع الأمن القومي والتجارة الدولية والعقوبات، "التعمق" في منظور الولايات المتحدة للعقوبات الاقتصادية الدولية والتأثير المستقبلي المحتمل لهذه التطورات على منازعات الطاقة. كذلك، بُحث موضوع تغيير السياسة والتحرر في صناعة النفط في أمريكا اللاتينية، مدى وكيفية تأثير حقوق الإنسان والتأثيرات البيئية والمخاطر المناخية وإزالة الكربون على النهج في التحكيم في السنوات القادمة وجرى تقييم للتغيرات الجارية في التحكيم الإستثماري.



مؤتمر في القاهرة حول أثر التقنيات الحديثة الناشئة على التحكيم الدولي:

في 30 يناير 2020، نُظِم في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مؤتمر بعنوان "أثر التقنيات الحديثة الناشئة على التحكيم الدولي، الأمن الإلكتروني، تقنية Blockchain، smart contracts، والذكاء الاصطناعي".

أشرف على الحديث في المؤتمر الدكتور محمد عبد الوهاب في حين تحدّث فيه
Brandon J Malone.

إنّ هذه التقنيات الناشئة لديها القدرة على تعطيل التحكيم الدولي. لذلك تحدّث براندون خلال المؤتمر عن أهميّة الأمن الإلكتروني للحفاظ على سلامة نظام التحكيم، إذ أنّه يمكن إستخدام الهجمات الإلكترونية للحصول على معلومات سرّية في نزاع تحكيمي، أو حتى لغرض الإبتزاز. فتقنية "بلوك تشين" (Blockchain) هي تقنية لتخزين ونقل المعلومات، شفافة وآمنة وتعمل بدون هيئة تحكّم مركزية، والعقود الذكية هي برامج قائمة بذاتها تنفّذ فيها تلقائياً أحكام وشروط العقد، دون الحاجة إلى تدخل بشري بمجرد البدء. من الناحية النظرية، هذه العقود ذاتية التنفيذ، ولا تتطلب أي شكل من أشكال تسوية المنازعات. إلّا أنّه من الناحية العملية، يصعب ربط القانون بالرموز (code) الموجودة في الكمبيوتر وقد تطرّق براندون إلى الآثار المترتبة على حلّ النزاعات. وأخيراً، قال براندون أنّ الذكاء الاصطناعي يمتلك القدرة على تغيير عملية حلّ النزاعات بطرق جذرية. هل يمكن أن نتوقّع رجل آلي كمحكّم (أو رجل آلي كمحام في هذا الشأن)؟ وألقى نظرة على الآثار القصيرة والمتوسطة والطويلة الأجل للتقدم التكنولوجي.



أخبار متفرقة:

المحكّم القاضي عبد الله هالالي إلى الرفيق الأعلى:

في آخر أيام شهر فبراير من سنة 2020، ترجّل أحد فرسان التحكيم المميّزين في تونس والعالم العربي، ألقاضي الألمعي عبد الله هالالي، الرئيس الأوّل لمحكمة التعقيب سابقاً. علمت

بالخبر وأنا أهمّ بالسفر مع عائلتي إلى بلد بعيد، ولم يتسنّ لي حضور جنازته المهيبة. جنازة حضرتها العائلة القانونية التونسية من قضاة ومحامين وجامعيين وموظفين، ممن عاشروا الفقيد وعاصروه وممن نهلوا من علمه وتعلّموا من أدبه وخلقه الرفيع.

جالست المرحوم مرّات عديدة في منزله. كان لنا ركن نجلس فيه كلّما زرته في المنزل، حيث يقدّم لنا الشاي باللّوز، فيما نجلس لساعات نتحدّث فيها عن شؤون القضاء والتّحكيم والدّنيا والجبابة والقانون التجاري. لم يكن للحديث معه نهاية وإنّما كان الوقت هو الذي يضطرّني للمغادرة، ولم يكن لحكمته من حدود، ولم يكن لعمله أفق. هو رجل التّجديد الدائم. هو رجل غادر القضاء في تاريخ دخولي إليه تقريباً يعلمني أنّي ما زلت بعيداً جداً وأنّ المسيرة طويلة جداً حتى أصل إلى ما يقارب مستواه.

حدّثني في بعض المناسبات عن بعض مبادراته الفرديّة التي كان يمكن أن تكلفه الكثير، فقد عين قاضي ناحية بالجنوب الشرقي التونسي حيث مسقط رأسه، في مدينة بعيدة عن مركز الولاية حيث توجد المحكمة الابتدائيّة. وكانت أغلب النزاعات تتعلّق بالعقارات، لكن كما هو معلوم فإنّ أغلب النزاعات العقاريّة من إختصاص المحاكم الابتدائيّة وتخرج عن نظر قاضي النّاحية، وقد لاحظ الإحساس بخيبة الأمل لدى كلّ من المدّعي والمدّعى عليه كلّما رفعت إليه دعوى تتعلّق بحماية الحوز المادّي للعقار ف قضى برفضها لعدم الإختصاص، وكان يقضي وقتاً لا يُستهان به في شرح مبنى الحكم الذي لا ينصف هذا ولا ذاك. ومن هنا جاءت فكرة التّحكيم، في وقت كانت فيه الأحكام المتعلّقة به مجهولة ومنسيّة في ركن من أركان مجلّة المرافعات المدنيّة والتّجاريّة، فصار كلّما حضر لديه الخصمان يقترح عليهما التّحكيم، ويشرح لهما المقصود به ومزاياه، ثمّ يرشدهما إلى خبير من أهل النّفّة مكتبه بالجهة، فكان الخصوم يؤجّلون التّقاضي ويقصدون هذا الخبير الذي نجح في حلّ عدد هام جداً من القضايا (أذكر أنّه تجاوز 320 قضية) بالتّحكيم والوساطة، ولم يسمع أبداً بأنّ حكماً من أحكام التّحكيم التي أصدرها هذا الرّجل كان محلّ تظلم أو طلب إبطال.

رحمه الله رحمة واسعة فقد كان رجل علم، لم يبخل بعلمه عن النّاس، فظلّ يكتب ويحاضر وينتقل إلى كلّ المدن لإلقاء المحاضرات والإستماع إلى الأسئلة والإنقادات من شباب القضاة والمحامين والجامعيين والطلّبة، ولم يكن يتأدّى من أيّ سؤال مهما كانت صيغته، بل كان يجيب بكلّ رحابة صدر وبكلّ دقّة وتواضع، ولا يدّعي إملاك ناصية العلم بمفرده مع أنّه كان بحراً.

كان محكماً متميزاً، وكانت أحكامه رصينة متزنة قريبة من العدل والتّحليل القانوني العميق. كان من رواد التحكيم في تونس، وكان له ولع خاصّ جداً بمادة الجباية. ومن أهمّ ما نصّحتني به حين ولجت باب التحكيم أن قال لي: "في التحكيم، كلما كنتُ رئيساً، فأنا لا أخشى محامي الطرفين فهما موجودان ليدافعا بكلّ شراسة عن موكلَيْهما، وإنما أخشى كلّ الخشية هذين الجالسين على يميني وعلى يساري". كلمة ظللت أتذكرها كلما تمّ تعييني في تحكيم جديد ولن أنساها ما حييت، فهي حكمة رجل مجرب وخبير.

ستبقى ذكراه حيّة في عقولنا وقلوبنا.

المحامي أحمد الورفلي



مرسوم طارئ لتعديل قانون التحكيم في البيرو:

في 24 يناير 2020، كردّ على فضائح الفساد في المنطقة، وبشكل خاصّ، فضيحة الفساد في قضية Odebrecht التي ورّطت الشركة البرازيلية Odebrecht مع شخصيات سياسية من جميع الجهات، بما في ذلك رؤساء الدول، بشكل رئيسي من أمريكا اللاتينية، أجرت البيرو العديد من الإصلاحات على قانون التحكيم بهدف زيادة الشفافية في النزاعات التي تشمل كيانات الدولة. فقانون التحكيم البيروفي لم يكن يتضمّن أحكاماً محدّدة بشأن إجراءات التحكيم مع الدول. إلا أنّ بعض الأحكام الجديدة قد أثارت مخاوفاً لدى مجتمع التحكيم في المنطقة.

لم تتمّ مناقشة هذا المرسوم الطارئ من قبل الكونغرس الذي هو أصلاً منحلّ منذ سبتمبر 2019، ولم يتمّ التشاور مع التجار الذين قد يتعاقدون مع الدولة. ومعظم التعديلات التي أدخلت هي مُبهمة ممّا يفسح المجال أمام عدّة تفسيرات لها. كما أنّ التعديل الذي أدخل والذي يسمح للأطراف ردّ المحكّم وإستبداله عند إبطال الحكم التّحكيمي نظراً لغياب التّبلغ المناسب أو لعدم القدرة على عرض القضية والدفاع، يمكن إعتباره طعنًا مقنّعًا نظراً لأنّه يسمح للأطراف أن يكون لديهم محكمة جديدة تفصل في نفس النزاع.



رواندا توقع على إتفاقية الأمم المتحدة بشأن إتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة ("إتفاقية سنغافورة للوساطة"):

وقعت رواندا على إتفاقية الأمم المتحدة بشأن إتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، التي تُعرف أيضاً بإسم "إتفاقية سنغافورة بشأن الوساطة" لتصبح الدولة الثانية والخمسين التي توقع على الإتفاقية.

هذه الإتفاقية هي أداة لتيسير التجارة الدولية والترويج للوساطة باعتبارها طريقة بديلة وفعالة لتسوية المنازعات التجارية. كما أنها تضع إطاراً قانونياً متجانساً بشأن الحق في الإستناد ظاهراً إلى إتفاقيات التسوية وكذلك بشأن إنفاذ تلك الإتفاقات. وكانت قطر، سنغافورة وفيجي، أولى الدول التي صادقت على هذه الإتفاقية.



جمهورية بالاو تنضم إلى إتفاقية نيويورك:

في 31 مارس 2020، إنضمت جمهورية بالاو، التي هي جزيرة في المحيط الهادئ، إلى إتفاقية الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (المعروفة أيضاً بإسم إتفاقية "نيويورك") لتصبح الدولة الـ163 المنضمة للإتفاقية. ودخلت الإتفاقية حيز التنفيذ في بالاو في 29 يونيو 2020.



تعرض مجلة التحكيم في البلاد العربية في دور النشر والمكتبات الآتية:

هاتف	العنوان	اسم الدار	البلد
0021237723276	الرباط - المغرب	دار الأمان	المغرب
0021321353055	درارية - الجزائر	دار الكتاب الحديث	الجزائر
009647709282988	بغداد - العراق	مكتبة الهاشمي للكتاب الجامعي	العراق
0020225756421	6 ميدان طلعت حرب	مكتبة مدبولي	القاهرة
0020223926931	32 شارع عبد الخالق ثروت	دار النهضة العربية	القاهرة
0021698510833	تونس	مجمع الأطرش للتوزيع	تونس
009652460634	شارع الهاللي، برج الصديق	دار الكتاب الحديث	الكويت
009744413180	الدوحة	دار الثقافة للطباعة والنشر	قطر
0097142665394	دبي	دار الحكمة	دبي
0097165642957	الشارقة	المكتبة الأكاديمية	الشارقة
009664623956	الرياض	مكتبة القانون والاقتصاد	الرياض
009626464361	عمان - قرب جامع الحسيني	دار الثقافة للنشر والتوزيع	الأردن
009625337798	عمان - شارع الجامعة الأردنية	مؤسسة الوراق للخدمات الحديثة	الأردن

