جـــامـعـــة الـــشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعياً

The Authority of State Courts on the Annulment of Arbitral Award on Substantive Grounds

إعداد

عمر محي الدين المصري

إشراف الأستاذ الدكتور

محمد ابراهيم أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الاوسط

أيار، 2020

تفويض

أنا **عمر محي الدين سليمان المصري**، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الاسم: عمر محي الدين سليمان المصري.

التاريخ: 06 / 06 / 2020.

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: **سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعياً.**

للباحث: عمر محي الدين سليمان المصري.

وأجيزت بتاريخ: 30 / 05 / 2020.

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
أ. د. محمد ابراهيم أبو الهيجاء	رئيساً ومشرفاً	جامعة الشرق الأوسط	.....
د. مأمون أحمد الحنيطي	عضواً من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	.....
أ. د. قيس عنيزان الشرايري	عضواً من خارج الجامعة	جامعة اربد الأهلية	.....

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر والامتنان لكل من ساعد في إتمام هذه الرسالة وأخص بصادق الشكر وجزيل الثناء أستاذي ومشرفي الأستاذ الفاضل ذا العلم الواسع **الأستاذ الدكتور محمد أبو الهيجاء** على قبوله الإشراف على هذه الرسالة وعلى متابعته وأناته وصبره وكريم توجيهاته وما قدم من إرشاد ونصح لإخراج عملي بهذه الصورة، كما لا يفوتني شكره على ما زودني به من علم خلال الدراسة في مرحلتي الماجستير والبكالوريوس.

كما أتقدم بالشكر والعرفان **لعميد كلية الحقوق الدكتور أحمد اللوزي** والذي حببني بعلم القانون لطيب تعامله وتواضعه ودوام مساعدته الكريمة.

وختاماً أتقدم بالشكر لجامعة الشرق الأوسط بكل كوادرها ودوائرها.

الباحث

عمر محي الدين المصري

الإهداء

إلى زوجتي جهان والى ابنتي جود أهدي هذا الجهد المتواضع، فلولا دعمهما وصبرهما لما خرج هذا العمل إلى النور.

فهرس المحتويات

العنوان.....أ
تفويض .....ب
قرار لجنة المناقشة .....ج
شكر وتقدير..... د
الإهداء .....هـ
فهرس المحتويات.....و
الملخص باللغة العربية .....ح
الملخص باللغة الإنجليزية .....ط

الفصل الأول: خلفية الدراسة

أولا: المقدمة 1
ثانيا: مشكلة الدراسة.....3
ثالثا: هدف الدراسة 3
رابعا: أهمية الدراسة 3
خامسا: أسئلة الدراسة.....4
سادسا: حدود الدراسة.....5
سابعا: محددات الدراسة 5
ثامنا: مصطلحات الدراسة 5
تاسعا: منهج الدراسة 6
عاشرا: الإطار النظري 6

الفصل الثاني: نطاق الرقابة القضائية على العملية التحكيمية

المبحث الأول: الرقابة على اتفاق التحكيم / التوسع والتضيق في تفسير اتفاق التحكيم..... 11
المطلب الأول: اتفاق التحكيم 11
المطلب الثاني: وجود وصحة اتفاق التحكيم 19
المطلب الثالث: مبدأ الاختصاص بالاختصاص 36
المبحث الثاني: رقابة القضاء أثناء العملية التحكيمية..... 39
المطلب الأول: الرقابة على طلب رد المحكم 39
المطلب الثاني: الرقابة على ميعاد التحكيم وإنهاء الإجراءات 43

المبحث الثالث: الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم 50
المطلب الأول: تنفيذ الحكم 50
المطلب الثاني: دعوى البطلان وطبيعتها وأسبابها وتمييزها والمحكمة المختصة بنظرها 54

الفصل الثالث: دعوى البطلان لسببي استبعاد القانون ومخالفة النظام العام

المبحث الأول: استبعاد القانون واجب التطبيق..... 75
المطلب الأول: تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع ونطاقه..... 77
المطلب الثاني: إلزامية التقيد بالقانون والاستثناءات على القانون واجب التطبيق 86
المطلب الثالث: استبعاد القانون والخطأ في تطبيقه كسبب للبطلان وتقدير موقف القضاء والفقه منه 92
المبحث الثاني: النظام العام 104
المطلب الأول: مفهوم ونطاق النظام العام 105
المطلب الثاني: النظام العام في التحكيم.....112
المطلب الثالث: تقدير الموقف من النظام العام 130

الفصل الرابع: موقف القضاء من استبعاد القانون ومخالفة النظام العام – تطبيقات قضائية

المبحث الأول: موقف القضاء من استبعاد القانون 134
المطلب الأول: قواعد التقادم لمرور الزمن وسبق التحكيم لأوانه 134
المطلب الثاني: قواعد الضمان والتعويض 148
المطلب الثالث: انقضاء العقد.....159
المطلب الرابع: تطبيق شروط العقد.....162
المبحث الثاني: موقف القضاء من النظام العام – تطبيقات قضائية.....170
المطلب الأول: جبرية التحكيم والاختصاص الولائي.....170
المطلب الثاني: حالات خرق القواعد الموضوعية للنظام العام 179

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولا: الخاتمة 205
ثانيا: النتائج 207
ثالثا: التوصيات 208
قائمة المراجع 210

سلطة القضاء في إبطال حكم التحكيم موضوعياً

إعداد: عمر محي الدين سليمان المصري

إشراف الأستاذ الدكتور: محمد ابراهيم أبو الهيجاء

الملخص

مع شيوع التحكيم كوسيلة لحل الخلافات واعتماده بديلاً عن القضاء، وظهور عيوب أساسية في الكثير من أحكام المحكمين من ناحية الموضوع ما جعلها غير مقنعة للخصوم فهز ثقة واحترام الخصوم للعملية التحكيمية بحيث صار الطعن فيه لإبطاله هو القاعدة بدلاً من قبوله، فأتت هذه الرسالة لتبحث في سلطة القضاء في إبطال الحكم التحكيمي عند تضمنه عيوباً جوهرية خطيرة.

تبحث الرسالة في أعمال رقابة القضاء بإبطال حكم التحكيم لمخالفة النظام العام أو استبعاد القانون، وقد تناولت مفهوم الرقابة القضائية على العملية التحكيمية ابتداءً من مراقبة وجود شرط التحكيم وصحته وحتى الرقابة على دعوى بطلان حكم التحكيم، وتغير موقف القضاء وتدرجه من الرقابة المشددة إلى الرقابة السطحية أو الشكلية والتوجه لحماية الحكم التحكيمي.

وبحثت الرسالة في موقف الفقه والقضاء وتطورهما من مفهوم استبعاد القانون ورأيها في هذا الأمر ويرى الباحث أن استبعاد القانون لا يقتصر على القيام بتطبيق قانون آخر وإنما تشمل إهدار القانون ومخالفة القواعد الجوهرية الأساسية فيه والتي تعتبر أركاناً يقوم عليها القانون.

كما بحثت الرسالة أيضا في مفهوم النظام العام والنظام العام في التحكيم والفرق بين النظام العام الداخلي والدولي وتطبيق المحكمين لهما في التحكيم الدولي، وتعرض أيضا التطور في موقف الفقه والقضاء من مراقبة النظام العام ونرى أن النظام العام الداخلي يجب أن يبقى هو المعيار في مراقبة تقيد الحكم التحكيمي بالنظام العام وأن مبادئ النظام العام تشمل اجتهاد القضاء فيه وإبداعه لقواعد أصبحت شائعة ومعروفة لدرجة استقرارها في الذهن الجمعي في المجتمع.

وتوصل الباحث إلى مجموعة من النتائج أهمها إدخال بعض التعديلات على قانون التحكيم وضرورة أن يكون الطعن في حكم التحكيم بما يتلاءم وطبيعة دعوى البطلان وفقط عند وجود مخالفة خطيرة أو واضحة لمبادئ القانون الرئيسية وقيم المجتمع وأن على القضاء أن يفرض في دعوى البطلان رقابة معمقة على الحكم خصوصاً فيما يتعلق بالنظام العام أو استبعاد القانون، كما ترى ضرورة وضع قواعد للحيدة والاستقلال وواجب الإفصاح، بالإضافة لضرورة إنشاء مركز تحكيم إقليمي بحيث لا تقتصر العملية التحكيمية على التحكيم الحر وبما يرفع أيضا سوية التحكيم الحر.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، النظام العام، استبعاد القانون، رقابة القضاء، دعوى البطلان، حكم التحكيم، إبطال حكم التحكيم، ركائز القانون.

The Authority of State Courts on the Annulment of Arbitral Award on Substantive Grounds

Prepared by:

Omar Mohieddin Suliman Al Masri

Supervised by:

Prof. Mohammed Ibrahim Abu El-Haija

Abstract

In spite of the vast development that has been taking place over the years in the field of arbitration, there are still some concerns relating to judicial oversight on national and international arbitral awards. This thesis focuses on the meaning of judicial oversight starting from the arbitral proceedings until the courts' ruling of setting aside the arbitral award, specifically relating to public policy and applicable law. This thesis therefore defines public policy in general and public policy in arbitration and distinguishes between national and international public policy. Furthermore, the thesis discusses the extent to which the courts should have the ability to nullify an award that contradicts with the applicable law chosen by the parties, as that includes any breach of the basic principles of said applicable law.

In order to protect the field of arbitration from the issues stated above and to ensure its development in the right direction, certain recommendations are put forth including that some changes be made to the Jordanian Arbitration Law, that the appeals submitted by the parties to the courts be limited to major breaches in the award, that the courts enforce a real, strict, and authoritarian oversight when it comes to issues of public policy and applicable law, the thesis further suggests that a way to abate such issues is having strict limitations and rules regarding the impartiality and independence of arbitrators, and establishing an arbitration institution in Jordan which would also bound the problems that occur from Ad Hoc arbitration.

Keywords: Applicable Law, Arbitration, Arbitral Award, International Arbitration, Oversight, Public Policy, Setting Aside Arbitral Awards.

الفصل الأول
خلفية الدراسة

أولا: المقدمة

لقد أصبح التحكيم كوسيلة لحل النزاعات منتشراً في الأردن بشكل كبير، فقد أصبح الوسيلة الأولى في بعض القطاعات، ففي قطاع الإنشاءات تحتوي معظم العقود على شرط التحكيم لحل النزاعات سواء كانت دولية أو وطنية بحتة وسواء كانت بين أشخاص القانون الخاص أو بين أشخاص القانون الخاص وأشخاص القانون العام، كما أن العقود في قطاعات الاستثمار سواء التكنولوجي أو العقاري أو المتاجرة بالأسهم يندر ألا تحتوي على شرط التحكيم. ومن ناحية أخرى يولي القضاء هذه العملية أهمية خاصة حيث يمكن القول أن توجه القضاء سواء في الأردن أو دولياً أصبح يميل إلى التوسع في الاعتراف بصحة شرط التحكيم بدلاً من التضييق فيه، فأصبحت أحكام القضاء تتواتر لصالح أعمال شرط التحكيم وإعطاء الاختصاص لهيئات التحكيم في نظر النزاعات التي يوجد فيها شرط تحكيم حتى وإن كان معتلاً أو غير واضح أو معيب الصياغة للتحكيم.

ولإعلاء إرادة الفريقين وعدم سلبها سلطانها، فإن قوانين التحكيم المختلفة ومنها القانون الأردني اتجهت بشكل تصاعدي إلى تضييق رقابة القضاء وقصرها على دعوى البطلان فقط وحصر أسبابه وتحديدها بأسباب شكلية، والابتعاد عن الولوج إلى الموضوع.

وهذا التوجه وإن كان مفهوماً ومبرراً إذ ينطلق من احترام إرادة الفريقين وتجسيداً لها وجعل حل النزاع تحكيمياً على مرحلة واحدة خلافاً للقضاء النظامي بهدف السرعة في حل النزاع والفصل فيه من ناحية. وللنأي فيه عن إجراءات التقاضي التقليدية، فإنه ليس مطلقاً حيث أعطيت مساحة للقضاء

النظامي لممارسة سلطته بحدود القانون من خلال خضوع الحكم لدعوى البطلان، وعلى هذا النهج سار المشرع الأردني حيث حصر أسباب دعوى البطلان بثمانية.

لقد تناول الفقه العربي والأجنبي شرح هذه الأسباب سواء في الإجراءات أو الشكل ومدى إمكانية التوسع في بعضها إلاّ أنه لم يبحث كثيراً في شرح الأسباب الموضوعية، وتضيق في جواز بسط القضاء سلطته موضوعاً بذريعة رفع يد القضاء عن إعادة بحث الموضوع، ودأب الفقه على الترويج لتمييز التحكيم عن القضاء النظامي وضرورة عدم إخضاع أحكام التحكيم لذات معايير الرقابة القضائية، وحث المشرع على تعديل التشريعات بما يحجب أحكام التحكيم عن عين القضاء، كما طالب القضاء بتليين رقابته في التحكيم الدولي وفعلاً فإن التشريعات عدلت وأصبح القضاء ينأى بنفسه عن رقابة العملية التحكيمية.

وسيتناول الباحث تقدير التوسع والتضيق في بسط رقابة القضاء على موضوع النزاع لحالتي استبعاد القانون ومخالفة النظام العام ذلك ان الدراسة لا تتسع لبحث جميع أسباب البطلان من ناحية، ولأن جل هذه الأسباب شكلية وقليلة الحدوث والأسباب الموضوعية المهمة تكاد تنحصر باستبعاد القانون واجب التطبيق ومخالفة النظام العام في ظل التوجه لإبعاد القضاء عن الوقائع وعن مراقبة حسن تقدير المحكمين وصحة أو خطأ فهم للواقع.

وسيتناول الباحث سلطة القضاء في بسط رقابته موضوعياً في ضوء النصوص وتوجه الأحكام القضائية في هذا الصدد من حيث التوسع أو التضييق في مفهومهما.

ثانيا: مشكلة الدراسة

تتلخص مشكلة الدراسة في جواز بسط القضاء سلطته لمراقبة استبعاد حكم التحكيم للقانون المتفق على تطبيقه، ومدى هذه الرقابة وهل تنحصر على الاستبعاد الصريح من خلال الإشارة لقانون آخر أو الإشارة إلى عدم تطبيق هذا القانون، أم تمتد إلى استبعاده من الناحية العملية من خلال الحكم خلافاً لمبادئه الأساسية أو قواعده العامة، وكذلك في سلطة القضاء في تقرير مخالفة الحكم للنظام العام في غياب تعريف واضح ومتفق عليه للنظام العام وفي ظل اتساع مفهومه.

ثالثا: هدف الدراسة

إن الهدف من الدراسة هو وضع تصور حول الضوابط التي يمكن للقضاء أن يضعها أو يتوسع فيها لبسط سلطته على دعوى بطلان حكم التحكيم لمخالفته النظام العام أو للاستبعاد الفعلي للقانون واجب التطبيق، ضمن مقيدات الحفاظ على هيكل نظام التحكيم القاضي بعدم إعادة نظر الحكم موضوعاً، وبحث أصل النزاع أو جعل سلطة القضاء تمتد لتكون درجة تقاضٍ ثانية في مسعى لابتداع القضاء لتوازن خلاق بحيث لا يفرض وصايته على عمل المحكمين أو يتغول على العملية التحكيمية ومن جهة أخرى يحمي العدالة وقيم المجتمع ولا يسمح بإهدار حقوق الأطراف بعملية تفتقد لأُسس العمل القضائي والنزاهة.

رابعا: أهمية الدراسة

إن أهمية الدراسة تتأتى من خلال أن العديد من أحكام التحكيم وإن تقيدت شكلاً بالإجراءات وفي الإشارة إلى تطبيق القانون المتفق عليه، فإنها أحياناً في الواقع تكون استبعدت القانون فعلياً أو أهدرته أو خالفت أركانه الرئيسية التي يقوم عليها بنيانه وأحياناً أخرى تكون حكمت بما يخالف النظام العام، مما يوجب تدخل القضاء لضبط هذه الحالات لأن الطرفين وإن اختارا التحكيم وسيلة فإن

إرادتهما لم تتجه لاستبعاد القانون أو مخالفة ما استقر عليه المجتمع وهو ما يعرض فكرة التحكيم للانتقاد.

خامسا: أسئلة الدراسة

إن الدراسة تهدف إلى الإجابة على الأسئلة التالية:

1) ما هو مفهوم استبعاد القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع وهل يمتد هذا المفهوم إلى عدم التطبيق الفعلي له أم ينحصر في استبعاده الصريح شكلاً؟
2) ما هي المبادئ القانونية التي يشكل الخروج عليها استبعاداً فعلياً للقانون؟
3) ما هو مفهوم مخالفة النظام العام وهل تقتصر على النظام العام الداخلي وهل يختلف النظام العام في حال كان أحد أطرافه أجنبياً أو شابه عنصر أجنبي وما الذي يعتبر مخالفاً للنظام العام؟
4) كيف تعامل القضاء الأردني تاريخياً في بسط رقابته بشكل عام على العملية التحكيمية من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم وفي أعمال رقابته على هذين السببين في دعاوى البطلان وما هي توجهاته الحالية مع إيراد بعض أحكام القضاء الدولية والعربية؟
5) ما هو أثر التوسع والتضيق من القضاء على نزاهة وتكاملية العملية التحكيمية سلباً وإيجاباً وهل يشكل ذلك خروجاً على فكرة اللجوء للتحكيم؟
6) هل يمكن للقضاء بسط رقابته لإبطال أحكام تحكيم تستبعد عملياً تطبيق القانون أو تخالف النظام العام أو قواعد أساسية في التقاضي موضوعاً دون تعديل قانون التحكيم؟
7) هل يمكن قبول دعوى البطلان لعدم حياد المحكم بعد صدور الحكم في ظل نصوص القانون الحالي.

سادسا: حدود الدراسة

الحدود الزمانية: قانون التحكيم الأردني رقم 16 لسنة 2018 وتعديلاته.

قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

الحدود الموضوعية: أحكام التحكيم ودعاوى البطلان المتعلقة بها وتحديداً مخالفة النظام العام واستبعاد القانون واجب التطبيق ورأي الفقه بهذا الخصوص وتطور وتدرج موقف القضاء منهما.

الحدود المكانية: تطبيق أحكام قانون التحكيم في الأردن مع التطرق لبعض أحكام القضاءين العربي والاجنبي وليس بهدف إجراء دراسة مقارنة وإنما لبيان تطور موقف القضاء حيال نظام التحكيم.

سابعا: محددات الدراسة

إن هذه الدراسة تتناول تطبيقات نصوص قانون التحكيم الأردني وخصوصاً دعوى البطلان لمخالفة النظام واستبعاد القانون واجب التطبيق، وأحكام القضاء الأردني ذات العلاقة، وبعض أحكام القضاء الأجنبية بذات الخصوص مع تحليل لهذه الأحكام واجتهاد الفقه وفي ضوء التشريعات ذات العلاقة سواء المشابهة أو المختلفة عن قانون التحكيم الأردني.

ثامنا: مصطلحات الدراسة

- دعوى البطلان: هي الدعوى التي يقيمها أحد الطرفين لدى محكمة التمييز أو المحكمة المختصة لإبطال الحكم سنداً للمواد 49، 50، 51 من قانون التحكيم الأردني.

- طلب التنفيذ: هو الطلب الذي يقدمه أحد الأطراف لدى محكمة التمييز أو المحكمة المختصة سنداً للمواد 53، 54 من قانون التحكيم الأردني.
- القانون واجب التطبيق: هو القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه أو القانون الذي حددته هيئة التحكيم في حال عدم الاتفاق على القانون وواجب التطبيق.
- إبطال حكم التحكيم: هو قرار المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان في إبطال حكم التحكيم.
- النظام العام: هي القواعد القانونية التي تمس مصلحة المجتمع العليا وتتعلق بقيمه الاقتصادية والاجتماعية ولا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

تاسعا: منهج الدراسة

إن منهج الدراسة هو المنهج الوصفي التحليلي من خلال شرح العملية التحكيمية ودعوى البطلان وتحليل النصوص التشريعية في قانون التحكيم الأردني وبعض قوانين التحكيم العربية والدولية مع التركيز على النصوص الخاصة بدعوى البطلان المتعلقة بحالتي مخالفة النظام العام واستبعاد القانون واجب التطبيق، وتحري مقاصد هذه النصوص ومجال تفسيرها والقيود الواردة فيها ونقاط الضعف والقوة فيها، مع إجراء مقارنة تحليلية لنصوص تتعلق بذات الحالات في قوانين عربية وأجنبية، وتحليل لتطبيقات القضاء الأردني والأجنبي المختلفة بخصوص هاتين الحالتين ومقارنتها وإظهار التباين والاتفاق بينها وتطور موقف القضاء.

عاشرا: الإطار النظري

تقسم هذه الدراسة إلى خمسة فصول وهي:

1) **الفصل الأول** (خلفية الدراسة): ويشمل كل من المقدمة ومشكلة الدراسة وأهميتها وأسئلة الدراسة وأهدافها ومنهجية الدراسة وحدودها ومحدداتها.

2) **الفصل الثاني:** يبحث في مفهوم الرقابة القضائية على العملية التحكيمية برمتها وتغير وتباين موقف التشريعات المختلفة منها وتطور موقفي القضاء والفقه إزاءها وذلك حسب قانون التحكيم الأردني وبعض التشريعات الأخرى، وتمييز دعوى البطلان عن طرق الطعن الأخرى وطبيعة دعوى البطلان وحالاتها حسب قانون التحكيم الأردني بشكل عام وفقاً للمادة 49 من قانون التحكيم الأردني ومدى قابلية التضيق والتوسع فيها.

وتمييز الأسباب الشكلية عن الأسباب الموضوعية في دعوى البطلان، وحصر الأسباب الموضوعية التي تتناولها الدراسة مع الإشارة إلى اجتهادات الفقه والقضاء وبعض أحكام قوانين التحكيم العربية والدولية وقواعد التحكيم المؤسسية المشابهة فيما يخص الرقابة بشكل عام بدءاً من اتفاق التحكيم وتحديد الجهة المختصة للنظر بالنزاع وحتى دعوى بطلان حكم التحكيم ومروراً بتسمية المحكمين والدفوع ومراقبة الميعاد والإجراءات.

3) **الفصل الثالث:** يبحث في ماهية النظام العام وتعريفه ومدلولاته وأهدافه ومفهومي النظام العام الداخلي والوطني، وتطبيقات القضاء لهما وتقدم استعراضاً للمبادئ القانونية التي تعتبر من النظام العام، وماهية القانون واجب التطبيق، وماهية استبعاده، وحالات الاستبعاد العملية ومتى ومدى يمكن اعتبار أن حكم التحكيم قد استبعد هذا القانون وفقاً لاجتهاد الفقه والقضاء في الأردن وفي عدد من الدول العربية والأجنبية، ورأي الدراسة في القواعد التي قد يعتبر استبعادها أو إهمالها استبعاداً للقانون خلافاً لباقي قواعد القانون، وفي تطور وتغير وتباين اجتهاد الفقه والقضاء في معنى مخالفة النظام العام ومفهوم استبعاد القانون، سواء وفقاً لقانون التحكيم الأردني أو لقوانين أجنبية.

4) **الفصل الرابع:** سيتم عرض حالات فعلية لأحكام تحكيم وكيفية معالجاتها وإخضاعها للتساؤل، وبحث فيما إذا كانت تشكل خرقاً للنظام العام أو استبعاداً للقانون واجب التطبيق وكيفية تعامل القضاء معها وكيفية بسط رقابته عليها.

5) **الفصل الخامس:** الخاتمة والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها الدراسة.

الفصل الثاني
نطاق الرقابة القضائية على العملية التحكيمية

من المسلم فيه أن القضاء هو السلطة التي أولت لها الدولة فض نزاعات الأفراد كأداة لتحقيق العدالة والمساواة حماية لمصالح الأفراد والمجتمع وتطبيقاً للقانون إلاّ أن حاجات وضرورات عملية جعلت الأطراف يرغبون في حل نزاعاتهم بعيداً عن هذه السلطة ومن خلال التحكيم بحيث يولون أشخاصاً آخرين مهمة حل هذه النزاعات بينهم، وقد أقرت المجتمعات والدول هذه الوسيلة على قاعدة احترام مبدأ سام وهو سلطان الإرادة والذي يعترف بحق وبحرية الأطراف بأعمال إرادتهم الخاصة بحقوقهم مما يستوجب حتى على الدولة احترام هذه الإرادة.

وبرغم سمو هذا المبدأ والاعتراف به إلاّ أن المشرع رأى دائماً ضرورة تنظيم هذه العملية من خلال إضفاء رقابة القضاء عليها، لأنها استثناء على الأصل لا تعني تنازل الدولة عن وظيفتها هذه وهي من أولى مظاهر سيادتها من ناحية وللضرورة العملية من ناحية ثانية للأمر بتنفيذه، فرغم حيازة الحكم الصادر بمقتضى قانون التحكيم حجية الأمر المقضي فإن تنفيذه لا يكون آلياً كونه صادراً عن شخص عادي وليس عن قاضٍ نظامي مختص، ما يلزم تدخل القضاء لمنحه هذه الصيغة[1]، كما أن أطرافه قد يتنازعون حول اتفاق التحكيم ذاته وصحته وسريانه وشموله لموضوع نزاعهم وقد لا يوافق أحدهم على أعماله والسير فيه، مما يقتضي بالضرورة تدخل القضاء في هذه العملية، كما قد يلجأ أحد الأطراف للقضاء مباشرة كحق أصيل له ويدفع الآخر باتفاق التحكيم ما يحتم تدخل القضاء للبت بمثل هذا الأمر.

---

(1) طراونة، مصلح (2010). الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية. ط1 عمان: دار وائل للنشر ص 10.

وعلاوة على ذلك فإن سلطة القضاء بصفتها حامية للعدالة لا بد وأن تراقب مدى توافق العملية التحكيمية مع الاعتبارات الأساسية للعدالة وعدم خرقها لقواعد النظام العام أو تجاوزها للمشروعية.

كما أن تدخل القضاء قد يكون حتمياً بما له من سلطة الجبرية وذلك في تقديم المساعدة للهيئات التحكيمية بالقرارات والإجراءات التحفظية وإلزام الأفراد في تنفيذ قرارات المحكمين.

إن مفهوم الرقابة لم يكن دائماً يسير بخط واضح ومستقيم فقد ابتدأ بنظرة متشككة إزاء التحكيم ومدى انسجامه مع مفاهيم العدالة وخضوعه لمقتضيات العمل القضائي، ما استدعى رقابة واسعة على العمل القانوني للمحكمين، ومن ثم أصبح أُفق القضاء يرحب رويداً رويداً متكئاً على الفقه الذي كان ينادي بتقليص الرقابة القضائية إعلاءً لإرادة الأطراف، وتدرجت أحكام القضاء حتى أصبحت تبتدع المبادئ لصالح تقليص هذه الرقابة مستندة إلى تعظيم احترام حرية الأطراف وسلطان إرادتهم، وصولاً لقصرها على خطأ الإجراء الذي يمس جوهر العدالة.

وقد واكب المشرع هذا التطور من الفقه والقضاء، فعدِّلت قوانين التحكيم المختلفة بما يعكس توجه الفقه واجتهاد القضاء، وقد اسهمت الأمم المتحدة بهذا الأمر من خلال إصدارها القانون النموذجي وقواعد الأمم المتحدة للتحكيم المسماة (بقواعد Uncitral) الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية، كما أسهمت مراكز التحكيم المؤسسية من خلال غرفة التجارة الدولية (ICC)، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وسواها بوضع قواعد تحكيم لضبط العملية التحكيمية ولحصر حدود الرقابة القضائية.

ولكن المشرّع وللضرورات التي سلف ذكرها لم يزل هذه الرقابة نهائياً وللتحقق من وجود وصحة اتفاق التحكيم وتمتد الرقابة حتى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، مروراً بالرقابة على تمديد ميعاد إصدار الحكم ورد المحكمين وتقديم المساعدة القضائية للمحكمين.

ولأهمية استيعاب مدلولات هذه الرقابة والتغير المضطرد في مفهومها وأهدافها فلا بد أن نبحث ابتداءً وقبل الولوج إلى موضوع الرسالة تطور نطاق الرقابة من حيث الرقابة السابقة لعملية التحكيم والرقابة المصاحبة ونختم بالرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم بهدف الإضاءة على تطور التشريعات وموقف القضاء منها من خلال تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث.

المبحث الأول
الرقابة على اتفاق التحكيم / التوسع والتضيق في تفسير اتفاق التحكيم

إن الرقابة اختلفت وتغيرت مع الزمن سواءً من وجهة نظر القضاء ذاته أو من وجهة نظر الفقه أو بتدخل المشرع من حيث التوسع والتضيق فيها وسنتناول هذا الأمر في ثلاثة مطالب.

المطلب الأول
اتفاق التحكيم

سنبحث في هذا المطلب الرقابة على اتفاق التحكيم شرطاً ومشارطة وذلك في فرعين.

الفرع الأول: شرط التحكيم

كانت الاتجاهات في البداية مع الرقابة الصارمة على شرط التحكيم وتفسيره وصحته وبطلانه وعلى أساس القاعدة الشهيرة بوجوب تفسير شرط التحكيم تفسيراً ضيقاً وعدم جواز التوسع فيه، لأن التحكيم استثناء والأصل اختصاص القضاء النظامي. بحث الفقه الأمر بإسهاب وتواترت أحكام القضاء بهذا الخصوص ومنها بحث جواز التحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة بصفتها صاحبة سلطة وقد أجاز قانون التحكيم الأردني في المادة "3" التحكيم في النزاعات بين الأطراف

بمن فيهم أشخاص القانون العام [1]، وكذلك في جواز أعمال شرط التحكيم الإجباري [2]، وفي دستورية شرط التحكيم من عدمه في العديد من الحالات [3] وسنعلق على هذا الأمرً لاحقاً ضمن هذه الدراسة.

من ناحية أخرى فقد تغيرت الآراء الفقهية بأعمال أو إهمال الشرط التحكيمي وتفسير إرادة الفريقين خصوصاً في حالات الشرط المعتل أو معيب الصياغة ابتداءً من التفسير الضيق له وتواترت أحكام القضاء بهذا الشأن [4]، بل إن معظم الفقه واجتهاد القضاء كان يميل إلى تفسير الشك في شمول شرط التحكيم للنزاع من عدمه إلى عدم اخضاع النزاع للتحكيم إلى درجة القول أن شرط التحكيم الذي يتعلق بتفسير العقد وتنفيذه لا يشمل المنازعات الناجمة عنه أو فسخه أو بطلانه [5]، وهذا كان توجه القضاء عموماً في العديد من الأحكام الصادرة في دول مختلفة. ولاحقاً أصبح يميل

---

(1) والي، فتحي (2014). التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علماً وعملاً. ط1 الاسكندرية: منشأة المعارف. ص 132-136. لقد كان التوجه في مصر والمغرب والجزائر وفي فرنسا أيضا عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، واعتبر ذلك من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته، إلا أن المشرع الفرنسي أصدر قوانين لاحقة أجازت التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وفي مصر كان مجلس الدولة يرى عدم جواز التحكيم فيها نهائياً، ثم أجاز هذا التحكيم في حال صدور موافقة سابقة من مجلس الدولة ولاحقاً أجاز القانون صراحة ذلك في عام 1997.

(2) أبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم الاختياري والاجباري. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية ص 349-370 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 420.

كان قانون هيئات القطاع العام وشركاته ينص على التحكيم الإجباري بين شركات القطاع العام وبين هذه الشركات والجهات الحكومية أو المؤسسات والهيئات العامة، ويتضمن جواز التحكيم مع الأشخاص الطبيعيين بعد إثارة النزاع إن قبلوا، ثم ألغيت هذه الفقرة باعتبارها مخالفة لحق الشخص الطبيعي في الالتجاء لقاضيه بمقتضى أحكام الدستور. المادة "57" من قانون الجمارك بخصوص التحكيم الإجباري.

(3) ورفلي، أحمد (2019). "التحكيم ومسائل القانون الدستوري"، مجلة التحكيم العالمية (2019). مجلة فصلية عدد 40، 41 كانون ثاني 2019، بيروت. ص 55-113 والذي يشير إلى قرار محكمة الاستئناف في بروكسل في عام 2016 القاضي ببطلان شرط التحكيم الوارد في لوائح الفيفا الذي يمنع اللجوء إلى محاكم الدولة لمخالفته الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان، وفي بحث آخر لمؤتمر شرم الشيخ من د. أحمد الورفلي ناقش دستورية قانون التحكيم في ضوء النص الوارد في الدستور التونسي والذي يبين أن التقاضي يكون على درجتين.

(4) حداد، حمزة (2007). التحكيم في القوانين العربية – الجزء الأول. ط1، بيروت: منشورات الحلبي ص 159 وقد أشار للعديد من القرارات الصادرة بهذا الشأن.

(5) المرجع السابق ص 60 حيث أشار إلى قرارات قضائية بهذا المضمون.

إلى التفسير الواسع حيث أخذت أحكام القضاء تجيز التوسع في تفسير الشرط لمصلحة التحكيم[1]، وعلى هذا النهج سارت أحكام محاكم التمييز (النقض) فأصبحت تجيز التوسع في تفسير شرط التحكيم على قاعدة أن الشرط يتسع إلى ما هو من مستلزمات وتوابع النص ويحيط بالطلبات المتعلقة به مثل فسخ العقد أو بطلانه أو مسؤولية التأخير في العقد المتضمن له[2] حتى لو اقتصر نص الشرط على النزاعات المتعلقة بالتنفيذ ولم ينص على الفسخ أو البطلان أو خلافه من منطلق أن

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2018). مجلة فصلية، عدد 38 شهر نيسان بيروت. ص 259–273. قرار محكمة التعقيب التونسية (محكمة التمييز) والقاضي بتأييد حكم محكمة الاستئناف بعدم إبطال حكم التحكيم والخاص بالطعن بعدم شمول شرط التحكيم لدعاوى بطلان العقد وبالتالي عدم صلاحية هيئة التحكيم نظر النزاعات المتعلقة بصحة العقد، فقد قضت المحكمة أن إخضاع الخلافات في تنفيذ الكتب إلى التحكيم لا يؤدي إلى إخراج النزاعات المتعلقة بصحة العقد من مجال نظر الهيئة التحكيمية طالما ان الاتفاق لم يتضمن استثناء أو استبعاد النزاعات المتعلقة بصحة العقد من مجال نظر الهيئة التحكيمية وأن نظر النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقد يشمل بداية تلك المستمدة من صحته.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2018). المرجع السابق. ص 253، محكمة تمييز البحرين قرار رقم 2013/185 تاريخ 2015/2/2 ص 253 حيث نص: "أي نزاع أو اختلاف بالرأي ينجم عن هذه الاتفاقية (اتفاقية توزيع) أن النص يمتد إلى أي نزاع ينجم عن الاتفاقية سواء تنفيذها أو بطلانها أو فسخها" وص 256 قرار رقم 2011/687 جلسة 2014/1/28 لمحكمة تمييز البحرين حيث نص: "لما كانت وثيقة التأمين تضمنت اللجوء إلى التحكيم في حالة الاختلاف على المبلغ الواجب دفعه، فإنها وبطريق اللزوم تشمل بحث مسؤولية المؤمن لديه عن الالتزام بالتعويض".

مجلة التحكيم العالمية (2018). العدد 39 و40 تموز وتشرين أول بيروت. ص 409. محكمة التعقيب قرار رقم 2016/43090 تاريخ 2017/11/6 ص 268 حيث نص: "إن شرط التحكيم المتضمن كل خلاف يتعلق بتنفيذ هذه الكتب لا يؤدي إلى إخراج النزاعات المتعلقة بصحة العقد أو إبطال الوعد بالبيع من نطاق التحكيم ما لم ينص شرط الحكيم على استثنائها بصورة واضحة وصريحة".

محكمة استئناف تونس قرار رقم 32730 جلسة 2012/5/22 حيث نص: "وإن هيئة تحكيم تنظر في النزاع برمته فإن صحة العقد شكلاً وموضوعاً تندرج في صميم اختصاصها نظراً لارتباطها الوثيق بتنفيذ العقد".

محكمة استئناف مدنية في حلب، سوريا قضية رقم 2010/23 تاريخ 2010/5/20. ص485 –487: "إن صك التحكيم المتضمن تصفية العلاقة التجارية القائمة بين الطرفين واعتبار قرار المحكمين الصادر يشمل كل تعامل تجاري سابقاً يجعل الديون الشخصية مشمولة في نطاق مهمة التحكيم". محكمة الاستئناف الدار البيضاء، المغرب قضية رقم 1626 و2014/1627 تاريخ 2014/3/16. ص 732: "إن شرط التحكيم المنصب على النزاعات الناشئة عن صحة وتفسير وتنفيذ العقد تمتد إلى الفسخ والإفراغ والتعويض ما دامت المدعى عليها دفعت في الشرط التحكيمي في دعوى الإفراغ".

مجلة التحكيم العالمية (2019). عدد 41 شهر 1 بيروت. ص 705. محكمة التمييز الفرنسية قضية رقم 17/22105 تاريخ 2018/7/4: "إن شرط التحكيم بخصوص النزاعات الناجمة عن عقد الشراء يمتد إلى النزاعات المتعلقة بالاتفاق المتعلق بالمقدمات الجزئية للأصول".

إرادة الفريقين تتجه أصلاً للتحكيم لحل النزاعات وأن كلمة تفسير وتنفيذ تشمل حكما الفسخ والبطلان والتعويض وعلى عكس التوجه السابق للفقه والقضاء فقد أورد د. حمزة حداد أن شرط التحكيم بين المؤمِّن والمؤمّن له الخاص بالخلاف على مقدار التعويض لا يشمل تقرير فيما إذا كان الحادث مشمولاً بالتغطية [1]، وهو ما تضمنه أيضا العديد من أحكام القضاء سابقاً [2] والتي كانت تتبع التضييق، أما الاجتهادات الحديثة للقضاء فمن الواضح أنها تسير باضطراد إلى التوسع في تفسير إرادة الخصوم الموقعين على شرط التحكيم السابق لنشوء النزاع تقصد جميع النزاعات حتى لو حدد النص بعضها مثل النص فقط على النزاعات الخاصة بالتفسير والتنفيذ للعقد، حيث أصبح القضاء يعتبر أن الحقوق والالتزامات والمسؤوليات المترتبة على الأطراف مشمولة حكماً بالتنفيذ والتفسير، ويمتد الأمر إلى الفسخ والانفساخ والحكم بالبطلان من عدمه، وهذا الاجتهاد وإن كان محموداً في البحث في النية الحقيقية للأطراف عند إيراد الشرط، فإنه في حالات معينة يتوجب فحصه بدقة، فقد يقصد الأطراف فقط ما تضمنه الشرط دون توسع وخصوصاً في العقود ذات الطبيعة الخاصة والفنية

---

(1) حداد، حمزة (2007). المرجع السابق. ص 162 حيث أورد قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2001/1773 ومجلة التحكيم العالمية عدد 38 بيروت. ص 247–257. كما ينظر في ذات الشأن قرارات محكمة التمييز في البحرين برد الدعوى رغم ورود شرط تحكيم وذلك لاستناد المطالبة للقانون وليس للعقد المتضمن شرط التحكيم، وكذلك قرار محكمة التمييز المؤيدة لرد الدعوى رغم وجود شرط تحكيم لأن الشرط ينص على إحالة الخلاف على مبلغ التعويض للتحكيم والدعوى تتعلق بالمسؤولية وليس بالمبلغ.

(2) مجلة التحكيم (2009). مجلة فصلية، عدد 3 شهر تموز بيروت. ص 869 محكمة باريس قرار رقم 24554/05 تاريخ 2008/12/3 والذي أفاد أن شرط التحكيم بعقد بيع لا يمتد لشمول سندات لأمر وص 635 محكمة استئناف المغرب قرار رقم 2006/1489 تاريخ 2006/3/31 شرط التحكيم بتنفيذ العقد لا يمتد لفسخه أو بطلانه وقضت بأن شرط التحكيم يفسر تفسيراً ضيقاً، وقضت ببطلان الحكم وص 323 محكمة تمييز البحرين قرار رقم 2005/165 شرط التحكيم محصوراً لمبالغ ولا يمتد لمسؤولية وأسسها ومجلة التحكيم العربي (2004). عدد 7 القاهرة. ص 173 و174 و181: محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 111/1240ق بأن شرط التحكيم يفسر تفسيراً ضيقاً، ومحكمة استئناف القاهرة قرار رقم 119/83ق تاريخ 2003/2/26 المتضمن أن شرط التحكيم عن الضرر والخسائر لا يمتد للحكم بالتعويض في عقد التأمين ومحكمة استئناف القاهرة قرار رقم 111/2240ق تاريخ 1995/2/22 القاضي بأن اتفاق التحكيم في النزاع على التنفيذ لا يمتد ليشمل النزاع على الفسخ أو البطلان.

والتي تحتاج إلى متخصصين عند بحث النزاعات الخاصة بتنفيذها أو تفسير بنودها، ولكن الأطراف في ذات الوقت يرغبون في أن يكون بحث الأمور القانونية البحتة مثل فسخ أو بطلان العقود أو الحكم بقيام المسؤولية العقدية من عدمها من اختصاص القضاء الأصيل، مما يستوجب بحث المحكمين عميقاً عند نظر اختصاصهم من عدمه، وكذلك بحث القضاء لاحقاً عند نظر دعوى البطلان لاستجلاء نية المتعاقدين الحقيقية في شرط التحكيم، وقد اتجهت أحكام القضاء الأردني إلى التوسع في تفسير شرط التحكيم حيث قُضى أن شرط التحكيم الوارد في اتفاقية يمتد إلى سند التعهد لأنه ناشئ عن هذه الاتفاقية [1]، كما قُضى أن شرط التحكيم يشمل جميع النزاعات حتى لو طعن بأن موضوع الدعوى بطلان تحكيم [2] في حين أن قراراً سابقاً لمحكمة التمييز الأردنية في عام 2002 قضى بأن شرط التحكيم الذي يبيح للفريق الأول حل النزاع بالتحكيم لا يمتد للفريق الثاني الذي يجب عليه اللجوء للقضاء وحكم محكمة دبي بأن شرط التحكيم الذي ينص أن أي نزاع ناشئ عن العقد يحل بالتحكيم لا يشمل المخالصة النهائية المتضمنة الحقوق الناشئة عن هذا العقد. [3]

وقد استقر القضاء على أنه في حال وجود شرط في العقد بإحالة النزاع للتحكيم مع وجود نص آخر في العقد ذاته بجواز نظر النزاع من المحاكم فهذا يعني اختصاص المحاكم النظامية ويسلب اختصاص المحكمين، إلاّ أن حكماً لمحكمة الاستئناف الأردنية قضى بعكس ذلك [4]، وخلافاً لذلك

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). قانون التحكيم الأردني لسنة 2001. ط1، عمان: شبكة قانوني الأردني ص 67 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2008/1837 تاريخ 2008/8/6.

(2) المرجع السابق. ص 68 قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2008/182 تاريخ 2008/9/24.

(3) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 160–161 حيث أورد قرار محكمة دبي طعن مدني رقم 295.

(4) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق ص 289–292 قرار محكمة استئناف عمان رقم 2008/226 والذي قضت فيه المحكمة بتعيين محكم عن المستدعى ضدها سنداً للبند "تاسعاً" من اتفاقية الاستثمار، مع العلم أن البند "تاسعاً" ينص على ما يلي: أ– في حال نشوء أي نزاع أو خلاف بموضوع هذه الاتفاقية فيتم اللجوء إلى التحكيم لحل ذلك النزاع بطريقة التحكيم. ب– تختص محكمة بداية حقوق عمان (قصر العدل) للنظر بقرار التحكيم و/أو النظر بأي نزاع ينشأ عن هذه الاتفاقية.

قضت محكمة استئناف القاهرة. [1] أما الباحث فلا يتفق مع رأي محكمة الاستئناف الأردنية ويرى أنه في حال وجود الشرط التحكيمي مع النص على اختصاص القضاء النظامي أو التخيير بينهما فيكون القضاء النظامي هو المختص كونه صاحب الاختصاص الأصيل.

الفرع الثاني: مشارطة التحكيم

أما فيما يتعلق بمشارطة التحكيم والتي توقع بعد نشوء النزاع فقد استقر اجتهاد الفقه على وجوب أن تحدد المشارطة النزاع تحديداً دقيقاً تحت طائلة البطلان [2] وذلك على هدي النصوص التشريعية التي نحت هذا المنحى، فقد نصت المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت أقيمت في شأنه دعوى أمام أية جهة قضائية ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلاّ كان الاتفاق باطلاً" وقد ورد ذات النص في القانون المعدل عام 2018. وتضمن القانون اللبناني نصاً يشير في المادة 766 إلى بطلان عقد التحكيم (مشارطة التحكيم في حال) عدم تحديد موضوع النزاع.

ومع ذلك فإن الاجتهاد القضائي بهذا الخصوص أيضا تطور مع الزمن، فقد سبق وأن حكمت محكمة النقض في سوريا بأن التحكيم وفقاً لمشارطة لم تحدد النزاع تحديداً دقيقاً يعتبر باطلاً بطلاناً

---

(1) الشرقاوي، محمود سمير (2016). التحكيم التجاري الداخلي والدولي. ط2، القاهرة: دار النهضة العربية ص 476 وقد أورد حكم محكمة استئناف القاهرة، دائرة رقم 91، 73 لسنة 120 ق، في 2004 والذي قضى أن عقد المقاولة الذي تضمن شرط تحكيم وتضمن ان المحاكم العادية مختصة بنظر النزاع يستوجب ضرورة تغليب الأصل وهو اختصاص القضاء لوجود تناقض.

(2) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 161.

مطلقاً لتعلقه بالنظام العام [1]، وقضت محكمة الاستئناف في مصر ببطلان حكم التحكيم الناشئ عن مشارطة لم تحدد موضوع النزاع تحديداً دقيقاً. [2]

ولاحقاً اتجه القضاء إلى المرونة في هذا الأمر أيضا فقال: بأن موضوع النزاع يجوز تحديده أثناء المحاكمة القضائية عند الاتفاق على التحكيم أثناء سير الدعوى، أو أثناء سير الدعوى التحكيمية، ويرى الباحث أنه وإن كان من المفهوم أن يتم تحديد النزاع أثناء نظره من المحكمة النظامية، إذا اتفق الأطراف على إحالته للتحكيم إلاّ أن تحديد موضوع النزاع يغدو أكثر تعقيداً بعد أن تباشر هيئة التحكيم المشكَّلة نظر نزاع وفقاً لمشارطة عامة لم تحدد موضوعه بدقة ، وقد ذكر د. حمزة حداد في كتابه التحكيم في القوانين العربية أن القضاءين المصري والاماراتي قضيا بجواز تحديد موضوع النزاع في المرافعة أمام المحكِّم، وأن هذا التحديد لا يعيب الحكم ولو كانت المشارطة في البداية عامة[3] وفي حكم حديث لمحكمة استئناف القاهرة أوردت المحكمة في حكمها الخاص برد دعوى بطلان ما مفاده أن التفسير الضيق لاتفاق التحكيم أصبح منهياً عنه كونه تمييزاً تحكمياً مناقضاً لمبدأ المساواة [4]، وهذا الاجتهاد معقول في حال أن مشارطة التحكيم المتضمنة للنزاع عموماً قد أوردت أو أشارت إلى ما سيرد في اللوائح أو المرافعات، أما في حال غيبة مثل هذه الإشارة ونازع أحد الأطراف باختصاص الهيئة أو شمول المشارطة لما يثيره الطرف الآخر في لوائحه فإن مثل هذا الجواز يصبح محل نظر وقد يفضي إلى بطلان الحكم.

---

(1) حداد، حمزة (2007). المرجع السابق. ص 101 حيث أورد عدة قرارات من عدة دول هذا الخصوص.

(2) القليوبي، سميحة (2014). الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 94. القاهرة: دار النهضة العربية ص 50.

(3) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 101 حيث أورد للعديد من أحكام القضاء في الدولتين.

(4) مجلة التحكيم العالمية (2018). مجلة فصلية عدد 37 شهر (1) بيروت. ص 594.

وبكل الأحوال فإن معظم قوانين التحكيم العربية الحديثة قد تضمنت نصوصاً تفيد بضرورة تحديد النزاع في مشارطة التحكيم تحديداً دقيقاً تحت طائلة البطلان. [1]

أما المشرع الفرنسي فقد نص في قانون التحكيم الفرنسي في المادة 1442 على أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون بصيغة شرط تحكيم أو اتفاقية ونصت المادة 1445 على أنه لكي تكون صحيحة فإن الاتفاقية يجب أن تحدد موضوع النزاع. [2]

أما القانون اللبناني المعدل وفي المادة 765 فقد تضمن ان عقد التحكيم، عقد يتفق الأطراف بموجبه على حل نزاع قابل للصلح ناشئ بينهم عن طريق التحكيم، وفي المادة 766 نص على وجوب أن يكون كتابة وأن يشمل تحت طائلة بطلانه تحديد موضوع النزاع وعلى تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو بصفاتهم. [3]

لقد انتقد بعض الفقه هذه التفرقة من المشرع بين شرط التحكيم والمشارطة ويرى د. حمزة حداد أن هذه التفرقة تقليدية ولا تتفق والمعايير الحديثة للتجارة الدولية وكان على المشرع المساواة بينهما بالحكم ويسوق الأمثلة التي توجب عدم التفرقة. [4]

ومن نافلة القول أن المشرع عندما فرق بينهما تقصَّد ذلك، لأن الشرط يتعلق بنزاع مستقبلي غير معلوم، في حين أن المشارطة تتحدث عن نزاع قائم معلوم وقابل للتحديد، وعلى الطرفين الراغبين

---

(1) أنظر نص المادة 10 من قانون التحكيم المصري ونص المادة 5 من قانون التحكيم الاماراتي ونص المادة 7 من قانون التحكيم السوري.

(2) قانون التحكيم الفرنسي الصادر بالمرسوم 48/2011 تاريخ 2011/1/13، الكتاب الرابع المعدل من قانون أصول المحاكمات المدنية تاريخ 2011/1/13، ولا بد من التنويه هنا أنه عند الإشارة إلى قانون التحكيم الفرنسي وكذلك اللبناني فإننا نقصد الفصل الخاص بالتحكيم لأنها وردت ضمن قوانين أصول المحاكمات المدنية حيث لا يوجد قوانين مستقلة للتحكيم فيها.

(3) قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد اللبناني، الكتاب الثاني، القسم الأول المواد 762-820.

(4) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 103.

بالتحكيم تحديده بدقة لتكون مهمة المحكم مؤطرة ولا يخرج عنها بذريعة الارتباط بين النزاع المحدد وما قد تتضمنه اللوائح، ما يجعل الحكم معرضاً للبطلان لاحقاً بخروجه عن اتفاق الفريقين، ولا يوجد ما يمنع الفريقين ما داما قادرين من الاتفاق بدقة وبتفصيل على مشتملات النزاع الذي نشأ فعلاً وأصبح معلوماً لكليهما.

المطلب الثاني
وجود وصحة اتفاق التحكيم

لقد أعطى المشرع للقضاء بسط رقابته على وجود وصحة اتفاق التحكيم عند إثارته كدفع أمام المحكمة المختصة بالتسمية أو كدفع أمام الهيئة بعدم اختصاصها، أو كدفع في طلب تسمية المحكم من الطرف الذي رفض التسمية، وقد أورده المشرع أيضا كأحد أسباب دعوى البطلان، فقد أوردت المادة 49/أ/1 من قانون التحكيم الأردني جواز الطعن بدعوى البطلان لعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو انتهاء مدته أو سقوطه، ودأب الفقه على تقسيم هذه الأسباب وبحثها منفصلة ابتداءً من انعدام وجود اتفاق أصلاً، وإن كانت هذه الحالة غير متصورة إلاّ بحالات نادرة الحدوث من قبيل توهم أحد الأطراف بالاتفاق على التحكيم، في حين يرى الطرف الآخر عدم الاتفاق عليه أو حالة عدم تطابق القبول والإيجاب [1]، أما سقوط الاتفاق بانتهاء مدته أو تقايله [2] فهي من الحالات قليلة الحدوث أيضا.

ولا بد من التنويه إلى أن الاجتهاد بخصوص وجود اتفاق تحكيم قد تطور أيضا حيث أن الفقه يرى الآن أن حضور الأطراف دون تحفظ أمام الهيئة يُعد موافقة ضمنية على التحكيم حتى لو لم

---

(1) طراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 94-98 وشرايري، أحمد بشير (2011). بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض (التمييز) عليه. ط1، عمان: دار الثقافة ص 27-43.

(2) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق ص 162-165 وشرايري، أحمد بشير (2011). المرجع السابق. ص 72-75.

يكن الاتفاق موجوداً [1]، ولكن المسألة تدق في حال أن أحد الأطراف دفع بعدم وجود هذا الشرط بعد تعيين محكمّه، وقضت الهيئة مع ذلك بموجب قاعدة الاختصاص بالاختصاص بوجود هذا الشرط واستمر الطرف في الحضور نزولاً عند قرار الهيئة فهل يعتبر حضوره اللاحق بدون تحفظ ومباشرته إجراءات الخصومة موافقة ضمنية؟ وذات الأمر ينطبق على سقوط الاتفاق بانتهاء مدته، وأكثر ما تثور هذه المسالة عند تحديد مدة لمباشرة التحكيم مثل النص في العقد أن النزاع يجب أن يحال للتحكيم خلال سنة من نشوئه، وتم طلب اللجوء للتحكيم بعد انقضاء مدة السنة المحددة من نشوء النزاع، والظاهر أن الأمر محسوم بانتهاء اتفاق التحكيم ولكن ما يجب بحثه هنا هو تاريخ نشوء النزاع، فقد يحتج الطرف الذي باشر التحكيم أن نشوء النزاع بدأ بالنسبة له ليس من لحظة الاختلاف وإنما بدأ النزاع بعد فشل محاولات تسوية الخلاف.

ان مثل هذ الحالة حدثت وتكررت في عقود فيديك وخصوصاً الطبعة الرابعة "Fidic 4th Edition" حيث تنص شروطه على وجوب إرسال إشعار بالنية بمباشرة التحكيم خلال (70) يوماً من رفض قرار "المهندس"، فهل الاكتفاء بإرسال إشعار برفض قرار المهندس يشكل نزاعاً في حد ذاته دون إرسال الإشعار بنية مباشرة التحكيم خلال الفترة المحددة وهل إرسال طلب مباشرة التحكيم بعد انقضاء مدة (70) يوماً يعتبر طلباً بعد انتهاء سريان شرط التحكيم؟ وهل يتوجب إرسال طلب تحكيم بخلاف الإشعار بنية التحكيم؟ [2] وقد قررت الـ ICC أن مجرد الإشعار بنية التحكيم

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 724 عكس ذلك قرار مجلة التحكيم العربي (2000) عدد 2 شهر (1) القاهرة. ص 181 والمتضمن قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 35 لسنة 119ق والقاضي أن عدم وجود اتفاق تحكيم يبطل الحكم حتى الانعدام.

(2) Corbet. E. C (1991). FIDIC 4th, a Practical Legal Guide. London: Sweet and Maxwell. page 442-445.

كافٍ حتى بدون إرسال طلب تحكيم آخر وذلك في القضية رقم 4862 سنة 1989 [1]، وبمفهوم المخالفة فإن الإخفاق في إرسال الإشعار يعني انتهاء شرط التحكيم.

وقد تدرجت أحكام القضاء بهذا الخصوص حيث أصبحت تميل إلى أعمال الشرط التحكيمي لأن نية الأطراف اتجهت إليه فعلاً [2]، كما تثار مسألة سبق التحكيم لأوانه بالنسبة لشرط التحكيم كونه معلقاً على إجراء سابق خصوصاً في شروط عقد المقاولة، وشروط الفيديك [3]، وسنتناول هذا الأمر بتفصيل أكبر عند بحث الرقابة على دعوى البطلان.

إن الرقابة على وجود وصحة أو بطلان اتفاق التحكيم أيضا تطورت وتغيرت وسنبحث هذا الأمر في فرعين.

الفرع الأول: الجهة المختصة بنظر وجود وصحة اتفاق التحكيم

ان الرقابة على اتفاق التحكيم شرطاً أو مشارطة تبدأ لدى المحكمة التي رفعت لديها دعوى في حال أن دفع أحد الأطراف وقبل الدخول في الأساس بوجود اتفاق تحكيم، وهذا الدفع قد يرفع يد المحكمة عن الدعوى كونها غير مختصة بنظر النزاع، والأصل أن القضاء هنا لا يراقب صحة اتفاق التحكيم، بل يكتفي بالتحقيق من وجوده، والنصوص في معظم التشريعات باتة في هذا الأمر، وعلى هذا نص قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، وتعديله في سنة 2018 بالقانون رقم 16 لعام

---

(1) المرجع السابق. Page 447.

(2) مجلة التحكيم (2009). مجلة فصلية عدد1 شهر (1)، بيروت. قرار محكمة استئناف بيروت رقم 2008/192 ص 102 وقرار محكمة استئناف الشمال رقم 2008/358 ص 146 ومجلة التحكيم العربي (2007). عدد 10 شهر (9) القاهرة ص 339.

(3) تنص شروط عقد المقاولة أن النزاع يحال للتحكيم حال أن قرار مجلس فض الخلافات لم يصبح نهائياً، وكذلك تنص المادة 6/20 من عقد99 Fidic ما لم يكن المجلس غير موجود فإنه يتوجب في حال وجود المجلس من اللجوء إليه أولاً لحل النزاع ومن ثم السعي لمحاولة الوصول لحل ودي قبل اللجوء للتحكيم، وكذلك نصت المادة 67 من عقد Fidic 4th Edition والتي نصت على جواز التحكيم فقط بعد إحالة النزاع للمهندس أولاً.

2018 في المادة "12" [1]، وبذات المضمون جاء نص المادة 1448 من القانون الفرنسي ، حيث قضت هذه المواد ما مفاده وجوب رد الدعوى حيثما يوجد اتفاق تحكيم [2] وحذت حذوها معظم قوانين التحكيم العربية والدولية.

استقر اجتهاد القضاء الأردني على هذا الأمر حيث تواترت أحكام محكمة التمييز المقررة لذلك[3] والتي تستند إلى التثبت فقط من وجود الشرط وعدم مخالفته للنظام العام أو بطلانه بطلاناً ظاهراً، ولا تبحث بعمق لتتثبت من صحة أو بطلان الاتفاق، ويترتب على وجود اتفاق التحكيم وفقاً لما استقر عليه الفقه واجتهاد القضاء حرمان الأطراف من اللجوء للقضاء بناء على تنازلهم المسبق عن هذا الحق [4]، وبالتالي فإن إثارة اي دفوع بعدم صحة أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم تنظر من هيئة التحكيم، أو من المحكمة لاحقاً عند نظرها دعوى البطلان، وليس مسبقاً من القضاء عدا التحقق من وجود الشرط.

أما في القانون المصري فلم ترد مادة بذات النص الوارد في القانون الأردني، ولكن تم النص على وجوب قيام المحكمة بعدم قبول الدعوى المرفوعة لديها في نزاع يوجد بشأنه شرط تحكيم عند

---

(1) نصت المادة 12 من قانون التحكيم الأردني على ما يلي:

"أ –على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ان تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في اساس الدعوى.

ب–ولا يحول رفع الدعوى المشار اليها في الفقرة (أ) من هذه المادة دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم التحكيم ما لم يتفق

الطرفان على غير ذلك".

(2) قانون التحكيم الفرنسي المعدل بتاريخ 2011/1/13 الصادر بمرسوم رقم 2011–48.

(3) قرارات محكمة التمييز ذوات الأرقام 2012/591، 2009/823، 2008/182، 2008/114، 2007/1834، 2004/335، 2005/3961 منشورات قسطاس.

(4) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 165–166 وأورد في الهامش أرقام المواد ذات العلاقة من القانون الامارات والبحريني والعراقي والكويتي.

الدفع من المدعى عليه بذلك قبل أي دفع أو طلب آخر، وعليه فإن احتجاج المدعي المقيم للدعوى بعدم صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه يمكن أن يثار أمام المحكمة المقامة لديها الدعوى عند إثارة الدفع بوجود شرط التحكيم، ويرى د. فتحي والي أن على المحكمة ابتداءً أن تبت بالدفع ببطلان أو عدم صحة اتفاق التحكيم قبل أن تفصل في الدفع بوجود اتفاق تحكيم وفي حال قضت بصحته أو عدم بطلانه ترد الدعوى لوجود اتفاق تحكيم [1] وعندها فللطرف الذي يصر على عدم صحة أو بطلان هذا الاتفاق أن يثيره كدفع أمام هيئة التحكيم أو المحكمة المختصة بالتعيين في حال رفضه تعيين محكم عنه، أو أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان.

كما أن الطعن ببطلان أو انقضاء أو سقوط أو عدم صحة اتفاق التحكيم يمكن أيضا أن يثار أمام محكمة التعيين عند عدم تسمية طرف لمحكمه وإقامة دعوى من الطرف الآخر لتسمية محكم عنه وهي حسب المادة 16 من قانون التحكيم الأردني محكمة الاستئناف، في حين أنها حسب المادة 17 من القانون المصري هي المحكمة المختصة بنظر النزاع أصلاً، وللمحكمة هنا أيضا أن تقبل الطعن إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، ووفقاً للقانون الأردني فإن قرارها بالتعيين يكون قطعياً ولا يقبل التمييز سواء بإذن أو بدون إذن،[2] أما رفض التعيين فيقبل التمييز بإذن.[3] ويرى د. فتحي والي أنه في حال قدم دفع ببطلان اتفاق التحكيم لدى المحكمة المختصة بتعيين المحكم فإن الأمر مغاير لحال الدفع بعدم صحة أو بطلان اتفاق التحكيم أمام المحكمة المرفوعة لديها دعوى في نزاع

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 243 قرار محكمة نقض باريس بتاريخ 2006/4/25 منشور على الصفحة 663 ومجلة التحكيم (2009) عدد 1. مرجع سابق. ص 633.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 92 قرار محكمة التمييز رقم 2006/1934 تاريخ 2007/3/6 وص 96 قرار محكمة التمييز رقم 2003/3094 تاريخ 2003/12/10.

(3) المرجع السابق. ص 92 قرار محكمة التمييز رقم 2006/1682 تاريخ 2006/11/21 وص 94 قرار محكمة التمييز رقم 2004/3820 تاريخ 2005/3/9.

يوجد بشأنه شرط تحكيم مطعون بعدم صحته أو بطلانه، حيث على المحكمة المختصة عندئذ أن تبت أولاً في طلب تعيين المحكم منعاً لتأخير أو إعاقة إجراءات التحكيم ومن ثم تبت في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، وإذا قضت لاحقاً ببطلان اتفاق التحكيم فقرارها له حجية الأمر المقضي به أمام الهيئة والمحاكم. [1]

ومع الإقرار بوجاهة ما أورده الفقه وخصوصاً ما ساقه د. فتحي والي بأن القضاء ببطلان اتفاق التحكيم يكون من ولاية القضاء فقط وليس لهيئة التحكيم ولاية الفصل فيه، حيث يرى أن هيئة التحكيم وفقاً لقاعدة الاختصاص بالاختصاص تقضي فقط باختصاصها من عدمه (وهذه ولايتها لا ولاية القضاء) ولكنها تقضي فقط باختصاصها من عدمه من حيث الظاهر بناء على الدفع المثار بذلك والمؤسس على وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه، وأن هذا الحكم بالاختصاص خاضع لدعوى البطلان مع الحكم المنهي للخصومة، وأن للمحاكم فقط قبل بدء الخصومة التحكيمية ولاية النظر في الدعاوى المتعلقة بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم بشرط توفر المصلحة وقبل تعيين المحكم ويستند في رأيه إلى أن المحكم يستمد ولايته من اتفاق التحكيم ذاته وبالتالي فهو ليس مخولاً في البحث في صحة الاتفاق الذي أنشأ ولايته، [2] إلاّ أننا نرى أن هذا الرأي يقود إلى الكثير من التعقيدات وتعطيل الإجراءات، ففي قضية في لبنان في عام 2008 وعند طلب أحد الأطراف تعيين محكم في نزاع حول عقد تضمن شرط تحكيم، دفع المستدعى ضده ببطلان شرط التحكيم طالباً استئخار البت بالتعيين لحين البت ببطلان العقد وبطلان شرط التحكيم الوارد فيه المرفوع فيهما دعوى

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 242.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 230-243.

منفصلة، في حين رد المستدعي بأن المادة "782" و"785" [1] من قانون أصول المحاكمات المدنية تنصان أن المحكم فقط يعلن عدم اختصاصه ومدى ولايته في النزاع المعروض عليه (وكان شرط التحكيم ينص على اتفاق الفريقين على حل النزاعات الناشئة عن تطبيق أو تفسير كل أو أحد بنود العقد بواسطة التحكيم) فقضت رئيسة المحكمة بإجابة طلب المستدعى ضده باستئخار البت في تعيين محكم لحين البت بدعوى إبطال العقد مستندة إلى أن المادة 762 [2] من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني تنص على جواز التحكيم في المنازعات التي تنشأ عن صحة العقد أو تفسيره أو تنفيذه في حين أن الشرط التحكيمي نص فقط النزاعات الخاصة بتفسير وتنفيذ بنود العقد ما يجعل المحكم غير مختص في البت في بطلان أو صحة العقد، علاوة على أن المحكم لم يعين بعد ليبت باختصاصه، وأن بطلان العقد يبطل الشرط التحكيمي.

وقد استؤنف حكم رئيس المحكمة الابتدائية، وقضت محكمة الاستئناف برده، لأن قرار رئيس المحكمة الابتدائية بعدم تعيين محكم لا يجوز استئنافه، وفي نهاية عام 2010 أصدرت المحكمة الابتدائية التي كانت تنظر قضية بطلان العقد كله قرارها بإعلان عدم اختصاصها بنظر النزاع لاحتواء العقد على شرط تحكيم، واستؤنف هذا القرار وقضت محكمة الاستئناف بتصديقه، فميز الحكم وقضت محكمة التمييز بتصديقه ورد الطعن قائلة أن المادة 785 تنص أن للمحكم الفصل في ولايته على النزاع المعروض من عدمها، على قاعدة الاختصاص بالاختصاص وأن هذه الولاية لا تنعقد للقضاء، وأيدت قرار محكمة الاستئناف القائل بأن شرط التحكيم مستقل عن العقد وبطلان

---

(1) تنص المادة 782 (إن انقطاع الخصومة في التحكيم يخضع لأحكام المواد 505إلى 508) وتنص المادة 785 (إذا نازع أحد الخصوم أمام المحكم في مبدأ أو مدى الولاية العائدة لنظر القضية المعروضة عليه فيكون له أن يفصل في هذه المنازعة).

(2) تنص المادة 762 على (يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره).

العقد لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم وقد صدر قرار محكمة التمييز في 2017/11/29 [1]، وفي هذه القضية فإن البت فقط في ولاية المحكم ووجوب تعيين المحكم من المحكمة قد استغرق تسع سنوات ونصف ما أضاع وقتاً طويلاً، هذا بفرض عدم ضياع مزيد من الوقت فقد يقضي المحكم بعدم اختصاصه وهو أمر وارد على أساس أن شرط التحكيم ينص فقط على اختصاصه بنظر النزاع المتعلق بتفسير وتنفيذ العقد ولا يمتد لبطلان العقد ذاته، وحتى بفرض أنه قضى باختصاصه فمن الممكن إبطال الحكم من المحكمة المختصة بدعوى البطلان إذا رأت عند فحصها دعوى البطلان أن المحكم أخطأ وتجاوز مهمته عندما قضى باختصاصه بنظر بطلان العقد من عدمه وحكم في هذا الأمر، ويرى الباحث أن المشرع الأردني قد وفق برفعه يد القضاء من اللحظة الأولى، حيث أوجب رد الدعوى عند الدفع بشرط التحكيم وأدرج النصوص الخاصة باستقلال شرط التحكيم كما نص أيضا صراحة على عدم جواز تدخل المحاكم في المسائل التي يحكمها قانون التحكيم [2]، وقصر رقابة محكمة التمييز لصحة الشرط (ما لم يكن بطلانه ظاهراً) فقط عند نظرها دعوى البطلان، وهو ما يحظر إمكانية إقامة دعوى أمام القضاء أثناء إجراءات التحكيم من أحد الأطراف لإبطال العقد الذي نشأ عنه أو تعلق به النزاع أو إبطال اتفاق التحكيم، باستثناء أن يتقدم أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم بطلب للفصل في بطلان أو عدم صحة اتفاق التحكيم وأن يصدر المحكم قراراً بعدم

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2018). مجلة فصلية عدد 39–40 شهر تموز وتشرين أول، بيروت. ص 575–598.

(2) قانون التحكيم الأردني، مادة 8 و22. وتنص المادة 8 على: "لا يجوز لأي محكمة أن تتدخل في المسائل التي يحكمها هذا القانون الا في الاحوال المبينة فيه، وذلك دون اخلال بحق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها على اجراءات التحكيم وفق ما تراه هذه الهيئة مناسباً لحسن سير التحكيم مثل دعوة شاهد أو خبير أو الامر بإحضار مستند أو صورة عنه أو الاطلاع عليه أو غير ذلك". وتنص المادة 22 على: "يعد شرط التحكيم اتفاقا مسقلا عن شروط العقد الاخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

اختصاصه في البت في هذا الأمر ما يعني عدم إمكانية الفصل في النزاع من المحكم قبل الفصل في هذه المسألة الأولية ما يعيد الأمر لولاية القضاء بهذا الخصوص تحديداً.

أما في الحالة اللبنانية سالفة الذكر فإن حكم محكمة التمييز تضمن أنه في حال رأى المحكم أن العقد باطل فلا يحكم بالبطلان بل يقتصر دوره على إعلان عدم اختصاصه دون أن يرتب أثراً على ذلك، وهو ما يتوافق تماماً مع رأي د. فتحي والي في حين يرى د. وائل طبارة أن هذا الحكم من المحكمة يعني وجوباً أن يكون المحكم ضليعاً بالقانون. [1]

وفي المقابل يرى بعض الفقه بأن بت الهيئة باختصاصها يشمل أيضا البت بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم، [2] ويرى أيضا أن هذه الصلاحية تبقى قائمة حتى لو رفعت دعوى متعلقة بذلك أمام المحكمة وهو رأي يثير الجدل حيث أن قبوله قد يؤدي عملياً لوجود قضية منظورة من جهتين أي القضاء النظامي وهيئة التحكيم، وقد يتولد عن ذلك حكمان مختلفان، ولا يوافق الباحث هذا الرأي، وأيد بعض القضاء ذلك فقضت المحكمة العليا في بريطانيا بأن البت في بطلان اتفاق التحكيم من صلاحية الهيئة حتى لو لم تبدأ الإجراءات والمحاكم غير مختصة بهذا الأمر. [3]

(1) مجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 39-40. مرجع سابق. ص 619، تعليق د. وائل طبارة.

(2) القليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 186.

(3) مجلة التحكيم العربي (2016). العدد 26، مرجع سابق. ص 235 قرار المحكمة البريطانية العليا رقم EWHC-1729 تاريخ 2016/6/16.

كما صدر عن محكمة استئناف باريس حكم قضى برد دعوى بطلان حكم تحكيم دولي عند نظر تنفيذه رغم أن شرط التحكيم ينص على إحالة النزاعات بخصوص تنفيذ وتفسير العقد أثناء سريانه وكان العقد قد فسخ قبل الإحالة للتحكيم وقضت بصحة شرط التحكيم. [1]

ويزداد الأمر تعقيداً فيما لو تم ذلك أثناء إجراءات التحكيم وليس قبل مباشرته، بحيث يرى الكثير من الفقه أن هذا الاختصاص يبقى لمحاكم الدولة حتى لو رفعت الدعوى أثناء إجراءات التحكيم ما لم يرد نص يمنع ذلك في القانون أو وجود نص يعطي هيئة التحكيم هذا الحق[2]، ووجهة النظر هذه تؤدي أيضا إلى نظر القضية ذاتها من هيئة التحكيم ومن المحاكم ما يفتح الأبواب على احتمال تناقض الأحكام وهذه الحالة أيضا تنطبق في حال قررت المحكمة تعيين المحكم ثم البت لاحقاً في بطلان اتفاق التحكيم، ذلك أن المحكم قد يصدر حكماً أثناء نظر المحكمة دعوى بطلان اتفاق التحكيم.

وقد يَبْطُل اتفاق التحكيم لعدم إمكانية تنفيذه، أو لمخالفته للنظام العام أو لأن محله مما لا يجوز الصلح فيه أو أن سببه غير مشروع وكلها حالات متصورة. ونختم بأن أسباب بطلان أو عدم صحة اتفاق التحكيم أسباب شكلية وموضوعية، أما الشكلية فإنها تنحصر بوجوب الكتابة وفي عدم تحديد موضوع النزاع، وقد عالجها المشرّع كما أسلفنا بوضوح وأشبعها الفقه بحثاً، أما الأسباب الموضوعية فإن من أهمها الأهلية، سواء للشخص الطبيعي أو المعنوي، والقضاء يبسط رقابته على هذا الأمر

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2014). عدد 24 شهر 10، بيروت. ص 770–785 قرار محكمة استئناف باريس رقم 13/18811 تاريخ 2014/10/28.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 238–239، ويرى الدكتور فتحي أن المادة 22 من القانون المصري المتضمنة لمبدأ الاختصاص بالاختصاص تعطي فقط الصلاحية بإصدار قرار بالاختصاص دون الحكم بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم وهو عكس ما تورده الدكتورة سميحة القليوبي ومع أنه يورد أن حكم المحكمة له حجية الأمر المقضي بما يقيد الهيئات، ولكن ماذا لو صدر الحكم من المحكمة في مهلة الطعن بحكم التحكيم وبما يناقض حكم التحكيم.

كونه أحد الأسباب الأكثر شيوعاً لعدم صحة أو بطلان اتفاق التحكيم وقد تدرج وتغير موقف القضاء منه كما اختلف أيضا موقف الفقه، وسنتطرق لهذه المسألة باختصار.

الفرع الثاني: الأهلية اللازمة لاتفاق التحكيم

من أسباب بطلان أو عدم سريان اتفاق التحكيم أهلية مبرمه وسنبحث تباعاً في أهلية الشخص الطبيعي والمعنوي.

أولا: أهلية الشخص الطبيعي

يجمع الفقه على ضرورة توفر الأهلية كشرط لصحة اتفاق التحكيم باعتباره عقداً تتطلب أركانه الأهلية [1]، وكذلك التشريعات الخاصة بالتحكيم فقد تضمن القانون الأردني هذا الشرط لإبرام اتفاق التحكيم المادة "9" من قانون التحكيم رقم 16 لسنة 2018 المعدل التي تنص "اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف سواء من الأشخاص الحكمية أو الطبيعية الذين يتمتعون بالأهلية القانونية للتعاقد"، والمادة 11 من القانون المصري تحوي نصاً مماثلاً، ومعظم القوانين العربية الأخرى تتضمن نصوصاً مشابهة إلا أن البعض لم ينص عليها، وتركها للقواعد العامة بهذا الخصوص كون اتفاق التحكيم عقداً يسري عليه ما يسري على العقود، أما القانون الفرنسي فلم ينص ضمن الكتاب الرابع الخاص بالتحكيم على ذلك مما يحيل أيضا للقواعد العامة.

إن الأهلية المقصودة للشخص الطبيعي هي أهلية أداء اي أهلية التصرف بالحقوق، ويكاد الفقه يجمع على أن توقيع اتفاق التحكيم من منعدم الأهلية وقت التوقيع يبطل اتفاق التحكيم، أما الاتفاق

---

(1) سامي، فوزي (2015). التحكيم التجاري الدولي. ط7، عمان: دار الثقافة ص 50 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 126 وحداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 61-62 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص67.

من ناقص الأهلية فبعض القوانين جعلته قابلاً للإبطال [1] وبعضها الآخر جعله قابلاً للإجازة عند تحقق الأهلية ممن كان ناقصها مثل القانون المدني الأردني، وبحكم ذلك فقدان الأهلية، وولاية الوصي أو الولي في إبرام الاتفاق تكون بإذن المحكمة وحسب نوع التصرف [2]، ويرى الفقه ان هذا البطلان في هذه الحالة نسبي وليس من النظام العام وأن التمسك بالبطلان لا يكون إلاّ لصاحب المصلحة فيه (أي لناقص الأهلية) وليس للطرف الآخر[3]، ويرى البعض أنه إذا حضر الولي أو الوصي أو ناقص الأهلية ولم يطعن بالبطلان فيعتبر ذلك تنازلاً منه عن هذا الدفع [4]، أما في حالة انعدام الأهلية فيكون اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً مطلقاً ما يعني أن الإجازة لا تسري عليه.

وفي ضوء النص المعدل في القانون الأردني فالأهلية المطلوبة هي أهلية التعاقد وحيث أن اتفاق التحكيم هو عقد يدور بين النفع والضرر فلا يجوز من ناقص الأهلية وإنما من وليه بإجازة المحكمة، أو للصغير المأذون بالتجارة ولكن ذلك ليس من النظام العام ويطبق فقط لصالح من شرع لمصلحته، ويستثنى من ذلك أن يكون العقد موضوع التحكيم عقد تبرع. أما إبرام الوصي أو الولي أو القيّم اتفاق تحكيم عن منعدم الأهلية فهو باطل حتى لو أجازه أثناء إجراءات التحكيم [5]، وبكل الأحوال فإنه من النادر أن تثور هذه المسائل وإن لم تكن معدومة تماماً حسبما تبين اجتهادات القضاء في الدول العربية وفي فرنسا. [6]

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سباق. ص 63 ويشير أن قانون المعاملات الاماراتي والقانون المدني السوري والعراقي تضمن قابليتها للإبطال والإجازة وأشار لبعض الأحكام الصادرة بهذا الخصوص.

(2) أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم وإجراءاته. مرجع سابق. ص 50-60.

(3) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 69.

(4) شرايري، أحمد بشير (2011). مرجع سابق. ص 46 وأبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية ص 39 وحداد، حمزة (2007). مرجع سابق ص 61 و69 ويحبذ إبعاد فاقد الأهلية وناقصها عن التحكيم ومجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سابق ص 318 قرار محكمة تمييز دبي رقم 2004/209.

(5) حداد، حمزة (2007). المرجع السابق. ص 66-69.

(6) أبو الوفا، أحمد (2007). مرجع سابق وحداد، حمزة (2007). المرجع السابق ص 68-69.

وفي الختام فإن أهلية الشخص الطبيعي تحدد حسب قانون جنسيته وفقاً لقواعد الاسناد حيث لم يشر لها صراحة قانون التحكيم الأردني، في حين تضمنها صراحة القانون المصري.

ثانياً: أهلية الشخص المعنوي

ان المسألة الأكثر شيوعاً هي تلك المتعلقة بأهلية الشخص المعنوي وأهلية ممثله وهو ما سنتناوله من خلال بندين.

1- الأهلية اللازمة للشخص المعنوي

لقد اختلف اجتهاد الفقه والقضاء بهذه المسألة وتدرجت أحكامه مع الزمن عند بسط رقابته على أهلية موقعي اتفاق التحكيم انطلاقاً من التفسير الضيق الصارم وانتهاء بالتفسير الرحب المتسامح، وسنقصر البحث هنا في أهلية الشركات لأن أهلية الدولة وأشخاصها وجواز إبرامها اتفاق التحكيم تم بحثه بإيجاز مسبقاً. وحيث أن أهلية الشخص المعنوي تستمد من سند إنشائه، أي من القانون، فقد ذهب بعض الفقه إلى ان الشخص المعنوي عندما يتصرف (أو يتعاقد حسب التعديل لقانون التحكيم الأردني) مقيد بما هو من حقه بموجب القانون، فإن أجرى تصرفاً أو أبرم عقداً خارج ما يجوز له من تصرفات حسب القانون أو خارج نطاق أهليته المحددة بسند إنشائه وتضمن العقد شرط تحكيم بخصوصه فكلاهما باطل التصرف واتفاق التحكيم[1] ويوافق الدكتور حمزة حداد في رأيه هذا الدكتور فتحي والي وكذلك الدكتور محمود الشرقاوي[2]، وهذا يبدو سليماً بالنظر إلى أن الشخصية المعنوية تستمد وجودها من سند إنشائها وصحة تصرفاتها محكومة ومقيدة به، إلاّ أن السؤال المثار هنا هو مصير مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وعدم بطلان الشرط عند بطلان العقد،

---

(1) حداد، حمزة (2007). المرجع السابق. ص 71 ومجلة التحكيم (2009) عدد1. مرجع سابق ص 443 قرار محكمة تمييز الكويت رقم 2006/773.

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 72 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 73.

فإذا كانت الشركة فاقدة للأهلية في إبرام العقد ذي العلاقة فهل تكون فاقدة لأهلية إبرام اتفاق تحكيم حتى لو لم يرد نص في سند إنشائها يمنعها من إبرام اتفاق تحكيم، ومن غير المتصور في الأعم تضمين سند إنشاء الشركة أو نظامها أو عقد تأسيسها نصاً يمنع الشركة من الاتفاق على التحكيم، ولذا يكون من الواجب هنا بحث بطلان اتفاق التحكيم ذاته لانعدام أهلية إبرامه وليس بطلانه تبعاً لبطلان العقد الذي تضمنه ذلك أن الأصل أن لكل شخصية معنوية أن تبرم العقود ما لم يتم أعمال قاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع، وهي القاعدة التي قصد المشرعون استثناءها في قوانين التحكيم ومنها قانون التحكيم الأردني بنص المادة "22" التي أكدت على استقلال شرط التحكيم كما وأقرّ الفقه والقضاء أيضا استبعادها لصالح استقلالية شرط التحكيم.

وفي الواقع فإن القضاء الأردني سار مساراً مؤيداً لذلك حيث صدرت عدة قرارات بأن شرط التحكيم مستقل عن العقد فإذا بطل العقد يبقى شرط التحكيم صحيحاً [1]، وفي قضية تحكيم تعاقدت شركة على أعمال محضور عليها القيام بها خارج الدولة وتضمن العقد شرط تحكيم، وعند الطعن ببطلان حكم التحكيم على أساس بطلان العقد وشرط التحكيم الوارد فيه لعدم الأهلية ردت محكمة التمييز دعوى البطلان رغم إثارة هذا الدفع ابتداء أمام الهيئة [2]. وفي ذات المنحى سارت اجتهادات القضاء عربياً ودولياً. [3]

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 59 قرارات محكمة التمييز رقم 2010/1783 تاريخ 2010/10/6.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2019/5110 تاريخ 2019/9/11 منشورات قسطاس.

(3) مجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سابق. ص 120 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2008/192 وص 146 قرار محكمة استئناف الشمال رقم 2008/358 وص 404 قرار محكمة استئناف رقم 2008/199 مسقط وص 620 قرار محكمة استئناف باريس رقم 6750/06.

2- أهلية ممثل الشخص المعنوي

والمسألة الأخرى التي تبحث في أهلية الأشخاص المعنوية هي صلاحية موقع اتفاق التحكيم بإبرامه سنداً لنظامها أو سند إنشائها.

يبين الشخص المعنوي في عقده أو نظام تأسيسه أو سند إنشائه الشخص الذي يمثله في القيام بالتصرفات، وإنه من المستقر أن شركات الأشخاص مثل شركات التضامن والتوصية يمثلها الشريك المتضامن وليس الموصي، أما في الشركات ذات المسؤولية المحدودة فإن الممثل لها يكون المدير أو هيئة المديرين، ويبين نظام الشركة أو سجلها التجاري الشخص المفوض بالتوقيع عنها وبأي أمور تحديداً، ومن الطبيعي أن المفوض عن الشركة في جميع الأمور أو في الأمور القضائية أو القانونية أو في إبرام العقود يكون من حقه إبرام اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشارطة، ويتبع معظم الفقه هذه القاعدة ما لم يرد نص في نظام الشركة أو عقد تأسيسها يمنع من ذلك، كما تُعقد هذه الصلاحية للوكيل بموجب وكالة خاصة أو عامة تتضمن ذلك. وقد صدرت بعض الأحكام القضائية التي تبطل اتفاق التحكيم الموقع من شخص غير مفوض، وأشار الدكتور حمزة حداد إلى قرارات من محكمة تمييز دبي، ومحكمة النقض السورية ومحكمة مدينة موسكو بهذا الخصوص، كما أشار إلى أن الشخص المفوض بتصرف معين مثل إبرام عقود بيع عقار يملك إبرام اتفاق التحكيم بشأنها. [1]

وتجدر الإشارة إلى أن أحكام القضاء وتوجه الفقه أصبح يسلك الآن مسلكاً آخر فيقضي بصحة اتفاق التحكيم متى أبرمه من يتولى إدارة الشركة وأعمالها اليومية حتى لو كان غير مخول أصلاً بصلاحية إبرام هذا الاتفاق أو كان عقد الشركة أو نظامها يعطيان شخصاً آخر هذه الصلاحية،

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 71-79 ومجلة التحكيم. المرجع السابق. ص 318 قرار محكمة تمييز دبي رقم 2004/220.

حيث صدر في فرنسا حكم يقضي بأن مدير الشركة الذي يسيّر أعمال الشركة اليومية ويدير أموالها له إبرام اتفاق التحكيم أو التوقيع على عقد يتضمنه حتى لو لم يكن مفوضاً لأن توقيعه مثل هذا الاتفاق يندرج ضمن تسيير أعمال الشركة وهو من ضرورات العقود التي يبرمها [1]، كما قضي بأن حضور رئيس مجلس الإدارة صاحب صلاحية الاتفاق على التحكيم لجلسة إبرام العقد الذي وقعه المدير الذي لا يملك هذه الصلاحية يكفي لإجازة هذا الاتفاق. [2]

كما قُضي أيضا أن المدير الذي يبرم عقداً ضمن صلاحيته وتابع تنفيذ العقد وصرف مستحقاته يعتبر مخولاً بالاتفاق على التحكيم ويكون الشرط الموقع منه صحيحاً [3]، وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن إبرام عقد يتضمن شرط تحكيم من مفوض لا يملك هذه الصلاحية منفرداً لا يجعله غير صحيح. [4]

وإننا نرى أن هذا التوجه سليم بالمجمل، حيث أنه ليس من واجب الطرف الآخر عند توقيع العقد التحقق من أن ممثل الشركة مفوض بالتوقيع على شرط التحكيم، أو بصلاحية إبرام العقود أو ان

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سباق. ص 128 عكس ذلك قرار محكمة تمييز دبي رقم 2015/613 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37. مرجع سابق. ص 361 ومجلة التحكيم (2009). عدد2 شهر نيسان، بيروت. ص 826 قرار المحكمة العليا في السويد حزيران 2008 ونص على بطلان حكم تحكيم لأن موقع الاتفاق غير مفوض بالتوقيع. عكس ذلك قرار في ذات العدد ص 448، قرار محكمة استئناف دائرة (50) تجاري رقم 124/53ق وقضى أن تفويضا باطلاً له بطلان نسبي يتمسك به صاحب المصلحة.

(2) مجلة التحكيم (2009). عدد 3. مرجع سابق. ص427 قرار محكمة استئناف مسقط رقم 20009/34.

(3) مجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37. مرجع سابق. ص 329 قرار محكمة تمييز دبي رقم 2015/693 وص 365 قرار محكمة تمييز دبي رقم 2015/411.

(4) مجلة التحكيم العالمية (2018) عدد (39، 40). مرجع سابق. ص 321-324 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2018/1564 تاريخ 2018/4/2 وفي هذه القضية كانت محكمة التمييز نقضت قرار محكمة الاستئناف وأعادت الأوراق للمقتضي بسبب أن محكمة الاستئناف لم تعالج صحة شرط التحكيم الموقع من مفوض لا يملك هذه الصلاحية منفرداً، وعندما اتبعت محكمة الاستئناف هذا التوجه وأبطلت الحكم قضت محكمة التمييز بنقض حكم البطلان وتصديق الحكم لأن شرط التحكيم صحيح بقرارها رقم 2019/2246 تاريخ 2019/5/1، منشورات قسطاس.

يراجع نظام الشركة للتحقق فيما إذا كان نظامها يخول أو يفوض هذا الممثل إبرام اتفاق تحكيم، وهذا الطرف الآخر هو من الغير حسن النية يفترض امتلاك الممثل الموقِّع صلاحية القيام بهذا التصرف، كما تنطبق عليه قواعد الوكالة الظاهرة ما يجعل اتفاق التحكيم صحيحاً، ولا يجوز لهذا الطرف الذي يظهر مديره بمظهر الموكَّل بهذه الصلاحية أن يحتج بعكس ذلك لاحقاً خصوصاً إذا استمر في التعامل على هذا الأساس الظاهر، ما لم يكن جلياً أن الذي وقع العقد لا يملك هذه الصلاحية، مثل قيام رئيس قسم المحاسبة أو مدير شؤون الموظفين في شركة أموال أو عقار بتوقيع عقد بيع أو عقد مقاولة.

وأخذ القضاء بأن حضور الوكيل أو الممثل غير المفوضين دون اعتراض أمام المحكم، أو حضور المفوض بهذه الصلاحية دون اعتراض يعتبر تنازلا عن هذا الدفع، ولا يتفق الباحث مع هذا التوجه فإذا كان جلياً بطلان اتفاق التحكيم فإن من حق الشركة عندها الطعن بصحة شرط التحكيم إما أمام محكمة التعيين أو لدى الهيئة بعدم اختصاصها لبطلان الشرط بعد تعيين المحكمين أو تسميتهم، وإن أي حضور لاحق لها لا يعد تنازلاً حتى لو لم تعترض على الاجراءات، وعلة هذا القول أن العديد من أحكام القضاء الأردني قد استندت إلى نص المادة "7" من قانون التحكيم الأردني والتي تنص: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الموعد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، يعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الاعتراض".

وعلى ذات المنوال جرى القضاء المصري واللبناني والاماراتي والفرنسي [1] ورأينا بأن هذه المادة تتعلق فقط بإجراء أثناء التحكيم تجوز مخالفته أو مخالفة جائزة لقانون التحكيم أو للشرط وليس سائغاً أن تمتد إلى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته، خصوصاً وأن البطلان لفقدان الأهلية أو انعدامها لا تلحقه الإجازة.

المطلب الثالث
مبدأ الاختصاص بالاختصاص

سنبحث في هذا المطلب مبدأ الاختصاص بالاختصاص وموقف القضاء والفقه منه.

يرى جانب من الفقه وجوب تصدي المحكمة لنظر بطلان اتفاق التحكيم من عدمه ويرى جانب آخر بجواز ذلك شريطة أن يكون قبل تشكيل الهيئة، أما في حال شكلت الهيئة فينحصر البت في هذ الأمر بهيئة التحكيم وهذا يقود إلى بحث سلطة هيئة التحكيم وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

إن هذا المبدأ يعطي لهيئة التحكيم صلاحية النظر ومعالجة الدفوع المتعلقة باختصاصها وقد نصت على هذا المبدأ معظم التشريعات الخاصة بالتحكيم، ومنها المادة 1465 من القانون الفرنسي، والمادة 22 من القانون المصري والمادة 21 من القانون الأردني[2]، ويرى د. فتحي والي أن نصوص القانون الفرنسي تجعل نظر بطلان اتفاق التحكيم من اختصاص المحاكم لإلغاء نص سابق كان يحصره بهيئة التحكيم[3]، إلاّ أن الباحث يرى أن نهاية المادة 1448 من القانون الفرنسي تنص أن أي أحكام تخالف هذه المادة تعتبر غير مكتوبة، وتنص المادة 1448 على أن على المحكمة رد أي

---

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2014/2228 تاريخ 2016/2/26 منشورات قسطاس ومجلة التحكيم (2009) عدد 1. مرجع سابق. ص 295 قرار رقم 2005/1846 وص298 قرار رقم 2007/2140 استئناف بيروت، وص146 قرار محكمة استئناف الشمال رقم 2008/358 وص 612 قرار محكمة النقض باريس رقم 1429 تاريخ 2007/12/22.

(2) تنص قوانين التحكيم الأخرى على ذات السلطة أو الولاية سواء السوري أو الاماراتي أو القطري.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 239.

دعوى تقدم في نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم ما لم تكن هيئة التحكيم لم تشكل بعد، وعدا حالة التنازل الفعلي عن اتفاق التحكيم بعدم إثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الدخول بالأساس، ما يعني أن أي دعوى ببطلان اتفاق التحكيم أثناء الإجراءات يجب أن يتم ردها أيضا وفقاً لقانون التحكيم الفرنسي.

ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي تنص عليه المادة "21" من قانون التحكيم الأردني يعطي هيئة التحكيم صلاحية النظر والبت بالدفوع المثارة أمامها بشأن اختصاصها لعدم وجود أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم، وللهيئة نظره قبل نظر الدعوى ذاتها ولها أن تبت فيه مع الحكم المنهي للخصومة، وتنظر أيضا الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع بشرط تقديمه فوراً وإلاّ سقط الحق فيه، وللهيئة استثناء أن تقبله بعد ذلك، ويرى الباحث أن نص هذه المادة حمال أوجه ويثير العديد من التساؤلات، ويلاحظ أنها ميزت ابتداء بين حالة عدم شمول الاتفاق للنزاع وبين حالة عدم وجود أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم من حيث ميعاد تقديم كل منهما، حيث في الحالة الأولى نصت على وجوب تقديم الدفع فوراً وإلاّ سقط الحق فيه (عدا صلاحية الهيئة الاستثنائية في قبوله) في حين أنها في الحالة الثانية الخاصة بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه اشترطت تقديمه قبل موعد تقديم اللائحة الجوابية مع إعطائها أيضا صلاحية استثنائية بقبوله بعد ذلك، وأول ما يثار حول هذا النص معنى كلمة فوراً، هل تعني لحظة تسلم لائحة الادعاء أم عند إقرار الشروط المرجعية أم قبل موعد تقديم اللائحة الجوابية؟ كما أنه ليس مفهوماً بشكل جلي معيار التفرقة بين الحالتين ما دام لهيئة التحكيم في الحالتين الخيار في الفصل فيهما قبل نظر النزاع أو مع الحكم المنهي للخصومة، وان كان لا بد من التفرقة في ميعاد تقديم الدفوع فيبدو العكس أكثر منطقية ذلك أن الدفع بعدم وجود أو سقوط أو بطلان اتفاق التحكيم أولى أن يقدم فوراً وأولى أن يسبق تقديم الدفع بعدم شمول الاتفاق للنزاع كون سقوط الاتفاق أو بطلانه أو عدم وجوده يشمل حكماً عدم شموله

للنزاع، من ناحية أخرى فإن عدم شمول الاتفاق للنزاع قابل من ناحية المبدأ لأن يثار في أي مرحلة وأثناء المرافعات كونه دفعاً موضوعياً، وتبسط الهيئة رقابتها عليه وتقرر إما الحكم فيه أو استبعاد النزاع لعدم شموله في الاتفاق، وعليه فإن الدفع بعدم وجود أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم أجدر بالنظر قبل الدخول في النزاع، وبرغم ذلك فإن الفقه يمتدح هذا الترتيب [1]، وربما يكون مرجع ذلك أن معظم التشريعات أخذت هذا النص عن قواعد الأمم المتحدة للتحكيم "Uncitral Arbitration Rules" وتحديداً المادة 23، وكذلك المادة "16" من القانون النموذجي للأمم المتحدة [2]، إلاّ أن اختلافاً موجوداً بين نصوص تشريعات لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية والنصوص الواردة في القانون الأردني والمصري وسواها من القوانين العربية التي أخذت عن هذه القواعد. [3]

في حال قررت هيئة التحكيم الفصل بالدفع بعدم الاختصاص بما في ذلك عدم وجود أو بطلان أو سقوط اتفاق التحكيم قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة وقضت برد الدفع فإن حكمها هذا لا يكون قابلاً للطعن إلاّ مع الحكم المنهي للخصومة أي مع دعوى البطلان والقصد من ذلك عدم إعاقة إجراءات التحكيم أو وقفها. أما في حال قضت الهيئة بقبول الدفع وحكمت بعدم اختصاصها فقد اختلف الفقه والقضاء في ذلك وهو ما سنبحثه لاحقاً في هذه الرسالة، ولكن لا بد من الإشارة إلى أن قراءة النص وبمفهوم المخالفة، تجيز الطعن في قرار الهيئة قبل صدور الحكم المنهي للخصومة في حال قبول هيئة التحكيم للدفع.

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 265-268.

(2) Mistelis, Loukas (2015). International Arbitration. 2nd Ed. New Yourk: Wolters Kluwer. page 277.

(3) حيث أن النص الوارد في القواعد والقانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم هو "أسرع ما يمكن أثناء الإجراءات" وليس كلمة "فوراً"، ويلاحظ أن عبارة "أثناء الإجراءات" اسقطت من نصوص القوانين العربية، وربما يكون هذا التعليل الوحيد للفورية حسب القانون الأردني والقوانين العربية، لأن الدفع المقصود هو المتعلق بما يثار من دفوع أثناء الإجراءات خلال نظر هيئة التحكيم للدعوى وليس قبل مباشرة نظر النزاع كله من الهيئة، وهذا مسوغ كي لا يشكل السكوت (في حالة عدم تقديم الدفع فوراً) قبولاً ضمنياً بإحالة نزاع جديد أو لتوسيع اختصاص الهيئة.

أما القانون الفرنسي فلم يحدد مدة للدفوع ولكنه حصر النظر في اختصاص الهيئة بهيئة التحكيم ذاتها.

المبحث الثاني
رقابة القضاء أثناء العملية التحكيمية

سنتناول في هذا المبحث الرقابة القضائية أثناء العملية التحكيمية من خلال مطلبين يتناول الأول الرقابة على رد المحكم فيما نبحث في المطلب الثاني الرقابة على ميعاد التحكيم وإنهاء إجراءات التحكيم.

المطلب الأول
الرقابة على طلب رد المحكم

ابتداءً سنعرض النصوص التشريعية التي تحكم طلب رد المحكم من ناحية الأسباب والإجراءات والجهة المختصة بالبت.

لقد نظمت نصوص القانون الأردني الرقابة على طلب رد المحكم، وقد قصرت المادة "17" من القانون رقم 31 لسنة 2001 جواز رد المحكم بقيام ظروف تثير شك حول حيدته واستقلاله، كما حظرت هذه المادة على الطرف الذي عين محكماً أو اشترك في تعيينه رد المحكم إلاّ لسبب تبين له بعد هذا التعيين، في حين نظمت المادة "18" من ذات القانون إجراءات الرد عندما بينت المحكمة المختصة بنظر طلب الرد وهي محكمة الاستئناف، ولكنها وحرصاً على عدم إعاقة العملية التحكيمية أو استغلال هذه الرخصة أو إساءة استعمالها للمماطلة ولإعاقة الفصل في النزاع نصت على عدم وقف إجراءات التحكيم أثناء نظر الطلب. [1]

---

(1) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

ولا بد الإشارة إلى أن القانون رقم 16 لسنة 2018 المعدل لقانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001[1] تضمن تعديلاً سواء بخصوص الإجراءات أو أسباب طلب الرد حيث عدلت المادة "17" بإضافة كلمة "جدية" بعد الشكوك، كما عُدِّل نص المادة "18" حيث أصبحت توجب تقديم طلب الرد كتابة للهيئة ابتداءً، والنص الجديد يكاد يطابق نص القانون المصري[2] ولم يحدد القانونان أسباب الرد، أما القانون اللبناني فقد قصر أسباب الرد بتلك التي تحدث أو تظهر بعد التعيين وأعطى الاختصاص لمحكمة البداية في منطقة مركز التحكيم وحدد أسباب الرد بذات أسباب رد القاضي.[3]

أما في منازعات التحكيم التي تجري وفقاً لقواعد مؤسسات تحكيمية فإن قواعدها هي التي تحكم إجراءات وأسباب الرد، ففي قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية ICC يقدم طلب الرد خلال "30" يوماً من علم الطرف المقدم له بالواقعة المنشئة لطلب الرد لسكرتاريا الغرفة ويصدر القرار عن محكمة الغرفة[4]، أما وفقاً لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (Uncitral) فقد غطت المادة 12 منها طريقة رد المحكم وحصرتها بالشكوك الجدية على أن يقدم طلب الرد للأطراف والهيئة والمحكم، فإن لم يتنح المحكم المطلوب رده يحوّل إلى جهة التسمية المتفق عليها أو الأمين العام للمحكمة الدائمة للتحكيم في لاهاي والتي تصدر قرارها بهذا الخصوص[5]، أما قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي فقد تضمنت نصوصاً مشابهة لقواعد الأمم المتحدة إلاّ أنها نصت على تولي لجنة ثلاثية يشكلها المركز من غير أعضاء هيئة التحكيم للبت نهائياً في طلب الرد والتي

---

(1) قانون التحكيم رقم "16" لسنة 2018 قانون معدل لقانون التحكيم منشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5513.

(2) قانون التحكيم المصري / القانون رقم 27 لعام 1994 المعدل.

(3) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني – الكتاب الثاني / المادة 770.

(4) Mistelis, Loukas. مرجع سابق. page 387-389.

(5) المرجع السابق. ص 190-205.

تنظره تدقيقاً وتفصل فيه خلال "30" يوماً ولا يقبل قرارها الطعن بأي طريقة من طرق الطعن[1]. أما القانون الفرنسي فقد حدد ذلك بموافقة الأطراف مجتمعين أو بالشخص المعين لإدارة التحكيم فإن لم يوجد فبالقاضي الذي يمارس المساعدة في التحكيم وهو رئيس محكمة البداية وفقاً للمادة 1456 من القانون. [2]

وبالعودة لأحكام قانون التحكيم الأردني فإنها لم تتضمن أسباباً محددة لرد المحكم وكذلك القوانين العربية المستقاة من قواعد لجنة الأمم المتحدة (Uncitral)، ولكنها أوجبت أن يكون المحكم محايداً ومستقلاً عن طرفي الدعوى وألزمته بالإفصاح عن أي ظروف قد تثير شكوكاً حول حيدته واستقلاله حسب نص المادة "15" من القانون الأردني، ولم ترد فيها كلمة "جدية" بعد الشكوك، أما طلب الرد فيجب أن يتضمن شكوكاً جدية، في حين أن القانون اللبناني حدد أسباب رد المحكم بذات أسباب رد القاضي كما سلف ذكره، وبغياب إيراد أسباب محددة فقد تباين اجتهاد الفقه والقضاء فيه وهو ما لا يتسع هذا البحث لدراسته تفصيلاً ولكننا وعند بحث دعوى البطلان سنتطرق لموقف القضاء من بعض هذه الأمور، وقد كان الفقه يرى ابتداءً أن أسباب رد المحكم تتسع لكل أسباب رد القاضي[3]، ولكن أحكام القضاء اختلفت وتعددت في ذلك، حيث أشارت بعضها إلى ذات أسباب رد القاضي، ثم تغيرت بعد ذلك لتخفف من هذه الأسباب ما دامت برضا أطراف التحكيم[4]. وتثار مسألة عملية عندما يخضع التحكيم لقواعد مؤسسيه، ورفضت المؤسسة طلب الرد، هل يكون حكمها نهائياً أم يخضع لرقابة القضاء؟ أما في حال تم تطبيق القانون النموذجي للأمم المتحدة حيث أعطيت صلاحية

---

(1) قواعد التحكيم الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي السارية من 2011/3/1.

(2) قانون التحكيم الفرنسي.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 331 والجمل، يحيى (2006)."المخاصمة والرد دراسة مقارنة بين القضاة والمحكمين"، مجلة التحكيم العربي عدد 9 شهر 8 القاهرة. ص76-80.

(4) والي، فتحي (2014). المرجع السابق. ص 324-330.

البت في طلب الرد للهيئة ذاتها، فهل يجوز للمطلوب رده أن يشارك في بحث طلب الرد كونه يكون خصماً وحكماً في ذات الوقت، وفي حال عدم اشتراك العضو المطلوب رده في بحث الأمر فإن الهيئة التي تبحثه تكون غير وترية وقد يختلف العضوان في الأمر، كما أن اعتبار القرار نهائياً قد يشكل مخالفة لحق دستوري باللجوء للقضاء، وعليه قال البعض[1] بحق اللجوء للقضاء النظامي وولايته نظر الأمر بكل الأحوال بما فيها حالة تطبيق قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أو ICC. ويرى د. فتحي والي أن المحكمة المختصة هي محكمة البداية في دائرة مركز التحكيم وليست المحكمة المختصة المنصوص عليها في القانون، وأن الإجراء يجب أن يبدأ بتقديم طلب الرد حسب إجراءات المؤسسة التحكيمية وقد اختلف الفقه والقضاء في هذا الأمر أيضا. [2]

وعودة لأحكام القانون الأردني المعدل فانه حسم الإجراء وكذلك حسم المحكمة المختصة بنظره، حيث اشترط ابتداء تقديم طلب الرد للهيئة وفي حال عدم تنحي المحكم فيتعين عليه أن يقدم جوابه على طلب الرد وبيناته، وتحيل الهيئة طلب الرد إلى محكمة الاستئناف التي يجري في دائرة اختصاصها التحكيم[3]، وهذا النص المعدل يعني عدم اختصام المحكم، وبذلك فإنه سدّ ثغرة حيث أن النص السابق قبل التعديل كان يختصم فيه المحكم أمام محكمة الاستئناف مما يعني تولد خصومة

---

(1) المرجع السابق. ص 324-325 حكم المحكمة الدستورية التي قضت أن المادة "19" من القانون المصري للتحكيم غير دستورية والتي تعطي للهيئة صلاحية البت في طلب الرد مما اقتضى تعديلها وص 337 حيث أورد قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 91 تجاري لسنة 120ق والذي قضي أن إجراءات رد المحكم تخضع لقانون التحكيم المصري حتى لو كان التحكيم خاضعاً لقواعد التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي.

(2) المرجع السابق. ص 339-341 وقد أورد رأيه بأن طلب الرد ليس من اختصاص القضاء بل من اختصاص المؤسسة التحكيمية ولكن قرارها يخضع للطعن أمام القضاء النظامي.

(3) قانون التحكيم الأردني المعدل.

قضائية للمحكم مع أحد الأطراف ما يضفي ظلالاً من الشك على حيدة المحكم في حال عدم رده واستمراره نظر النزاع بعد اختصامه سابقاً من أحد الأطراف.

المطلب الثاني
الرقابة على ميعاد التحكيم وإنهاء الإجراءات

سيبحث هذا المطلب في رقابة القضاء على ميعاد التحكيم وإنهاء الإجراءات من خلال فرعين.

الفرع الأول: الرقابة على ميعاد التحكيم

نص قانون التحكيم الأردني على وجوب إصدار حكم التحكيم خلال المدة التي اتفق عليها الأطراف، فإن لم يتفقوا يكون إصدار الحكم خلال سنة من اكتمال تشكيل الهيئة ولها تمديدها قبل انتهائها بما لا يزيد عن سنة أخرى ما لم يتفق الأطراف على مدة أطول، ولا بدَّ من الإشارة إلى أن بعض الفقه يرى أن صلاحية الهيئة بتمديد المدة مطلقة سواء اتفق الأطراف على المدة أم كانت تلك التي حددها القانون ولا يجوز للأطراف تقييدها أو إنقاصها وإن جاز لهم زيادتها[1]، أما في حال عدم إصدار الحكم خلال المدة المتفق عليها أو الممددة يجوز لأي من الطرفين اللجوء للقاضي المختص وهو رئيس محكمة الاستئناف لتمديد مدة إصدار الحكم أو طلب إنهاء الإجراءات[2]، ومن الوارد أن لا يصدر حكم التحكيم خلال المدة المتفق عليها أو خلال المدة المحددة في القانون في حال عدم الاتفاق، وعندها وبغياب اتفاق الأطراف على التمديد وطلب أحد الأطراف التمديد فعندها يتدخل القاضي المختص والذي له صلاحية تمديد مدة التحكيم إذا رأى ذلك صائباً، وقد تكررت قرارات

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 322.

(2) قانون التحكيم الأردني المادة 37.

القاضي المختص بتمديد مدة التحكيم رغم عدم اتفاق الأطراف على ذلك وله منح أكثر من مدة [1]، ولا بد هنا من الإشارة إلى أن قرار القاضي هنا هو قرار ولائي وليس حكماً قضائياً وبالتالي فإنه لا يقبل الطعن[2]، ولكن القانون الأردني استلزم سماع أقوال الطرف الآخر قبل إصدار القاضي المختص لقراره بالتمديد من عدمه، وأهمية هذه الرقابة تنبع من أن المادة 49/أ/1 نصت على أن من أسباب بطلان حكم التحكيم انتهاء مدة اتفاق التحكيم، فإذا صدر بعد انتهاء المدة المتفق عليها أو تلك المحددة بالقانون دون تمديدها، فإن حكم التحكيم يكون عرضة للإبطال سنداً لهذه المادة، كما أن كل قوانين التحكيم وقواعد التحكيم المؤسساتية تنص أيضا على وجوب إصدار الحكم ضمن مدة التحكيم وبرأي الفقه فإن القانون المصري في المادة 2/45 نص على التمديد مرة واحدة [3] في حين أن القانون الأردني نص على جواز منح تمديد أو أكثر.

وفي هذا الشأن أيضا فقد اختلفت وتدرجت أحكام القضاء، حيث أبطلت العديد من أحكام التحكيم لصدورها بعد انتهاء المدة المحددة، وقد كان القضاء متشدداً في هذا الأمر ابتداءً حيث كانت الأحكام تنص على إبطال أحكام التحكيم التي تصدر بعد انقضاء الميعاد المحدد، وكان رأي الفقه أيضا يسير على نفس المنوال [4]، عدا حالة استمرار الأطراف في الحضور أمام الهيئة والترافع بعد انقضاء مدة

---

(1) قرار رئيس محكمة استئناف عمان بتاريخ 2018/4/3 في الطلب رقم 2018/332/طلبات وقرار رئيس محكمة استئناف اربد بتاريخ 2014/2/4 في الطلب رقم 2013/102 منشورات عدالة.

(2) عكس ذلك شرايري، احمد بشير (2011). مرجع سابق. ص80 وقد استشهد بقرار لمحكمة النقض المصرية.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص524.

(4) مجلة التحكيم (2009). عدد 3. مرجع سابق. ص 317 قرار محكمة تمييز البحرين رقم 2004/305 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37. مرجع سابق. ص 707–709 قرار المحكمة العليا / الدائرة التجارية – صنعاء ومجلة التحكيم (2010). عدد 5 شهر (1)، بيروت. ص 236 قرار محكمة تمييز البحرين وص 267 قرار محكمة استئناف تونس رقم 134 تاريخ 2002/12/3 ومجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سابق ص 396 قرار محكمة استئناف مسقط رقم 2005/221 والقليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 291–292 وسامي، فوزي (2015). مرجع سابق. ص 304–308 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق ص 478.

التحكيم ما يشكل اتفاقاً ضمنياً على التمديد [1]، ويرى بعض الفقه أن تجاوز المحكمين ميعاد إصدار الحكم وعدم دفع أحد الأطراف بانتهاء المدة يعتبر موافقة ضمنية على التمديد فإن لم يتم التمسك بهذا الدفع أمام هيئة التحكيم سقط الحق فيه وفقاً لقرار محكمة النقض المصرية في 2010/11/9 ونص المادة 8 من قانون التحكيم المصري[2] والتي تقابلها المادة "7" من القانون الأردني، ويجاريه في ذلك أيضا بعض الفقه. [3]

وإننا نتفق مع رأي الفقه والقضاء بأن حضور الأطراف أو استمرارهم بالترافع يعني موافقة ضمنية على تعديل اتفاقهم على المدة تطبيقاً للقواعد العامة والتي تجيز أن يكون الاتفاق ضمنياً وليس فقط صريحاً، أما القول المطلق أن عدم إثارة الدفع أمام الهيئة يعتبر تنازلاً عنه ويسري ذلك بغياب تبادل اللوائح وعدم انعقاد الجلسات أو أثناء رفع الحكم للتدقيق فإنه محل نظر، لأن إرادة الأطراف لا يستدل عليها من السكوت في ظل وجود اتفاق سابق يحدد المدة، كما أننا نرى أن المقصود بنص المادة 22 من قانون التحكيم المصري والتي تقابلها المادة 21 من القانون الأردني[4] واللتان يُحتج بهما لدعم هذا الرأي هي تلك الدفوع المتعلقة باختصاص الهيئة بدلالة الفقرة "ب" منها والتي نصت على وجوب التمسك بهذه الدفوع مدة لا تتجاوز موعد تقديم اللائحة الجوابية، ولا تتعلق ابداً بتجاوز ميعاد إصدار الحكم المتفق عليه، أما الاحتجاج بالمادة "8" التي أوردها د. فتحي والي وتقابلها المادة "7" من

---

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سابق. ص 293 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 1242 تاريخ 2007/11/7 ومجلة التحكيم (2010). عدد5. مرجع سابق. ص 268 قرار محكمة تمييز دبي رقم 268 لسنة 2007 ومجلة التحكيم العربي (2004). عدد 7. مرجع سابق. ص 182 قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 53 لسنة 119ق ومجلة التحكيم (2009). عدد 3. مرجع سابق. ص302 قرار تمييز دبي رقم 2005/222 وشرايري، أحمد بشير (2011). مرجع سابق. ص 83 وحداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 379 وقرار محكمة التمييز رقم 2007/1242 منشورات قسطاس.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 731.

(3) طراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 207 حيث يستند إلى نص المادة 21 من قانون التحكيم.

(4) تنص المادة 21/أ على: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

القانون الأردني[1] فإن هذه المادة تنص صراحةً على استمرار أحد الأطراف في الإجراءات رغم علمه بوقوع مخالفة، ولم يعترض خلال المدة المتفق عليها، ما يشير أيضا إلى أنها تتعلق بإجراء تم بحضوره واستمر مع ذلك بالإجراء وهي الحالة التي تتمثل بالحضور أو الترافع أو تبادل اللوائح، ولا يمكن أن تكون خلال فترة التدقيق أو حجز القضية للحكم بعد اختتام المرافعات أثناء تداول الهيئة والتي يغيب فيها الأطراف ولا يمارسون أي إجراء خصوصاً وأن مراقبة مدة التحكيم تقع على عاتق الهيئة وبكل الأحوال فإن بعض الفقه يرى أن الحكم خارج المدة المتفق عليها يجعله باطلاً. [2]

الفرع الثاني: الرقابة على إنهاء الإجراءات

الحالة الأخرى لرقابة القضاء المنصوص عليها في المادة 37 هي طلب أحد الأطراف في حال انقضاء مدة التحكيم دون صدور حكم إنهاء الإجراءات، وللقاضي المختص (رئيس محكمة الاستئناف) بعد سماع أقوال الطرف الآخر ان ينهي الإجراءات، وهذا قرار ولائي لا يجوز الطعن فيه حسب القانون كما سبق ذكره، ولكن صدر حديثاً قرار عن محكمة التمييز بخصوص تسمية المحكم والذي أجاز الطعن بالقرار الولائي للقاضي. حيث قضت المحكمة أنه وفقاً لقانون التحكيم المعدل رقم 16 لسنة 2018 فإن القرارات بتعيين محكم قابلة للطعن لأن الأصل أن الأحكام قابلة للطعن وحيث أنها غير مقدرة القيمة فتكون قابلة للتمييز بإذن وهو يناقض حكماً سابقاً لذات المحكمة يتضمن أن أعمال الإدارة لا تقبل الطعن[3]، وقياساً على ذلك يعتبر قرار القاضي غير قابل للطعن فإن قرار القاضي

---

(1) تنص المادة 7 على: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في اجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضا على هذه المخالفة في الموعد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، يعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض".

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 478.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2019/6842 تاريخ 2019/12/29 منشورات قسطاس ويراجع قرار محكمة التمييز رقم 2005/4253 تاريخ 2006/9/25 والذي أبطل حكم تحكيم لأن التعيين تم من محكمة الاستئناف بما يخالف القانون وتضمن أن قرار التعيين لا يقبل الطعن كونه عملاً من أعمال الإدارة القضائية.

المختص بخصوص إنهاء الإجراءات أو تمديد المدة قابلاً للطعن أسوة بقرار تعيين المحكم، علماً أن محكمة التمييز سبق وأن أصدرت عدة قرارات قبل تعديل القانون بعدم جواز الطعن بتعيين محكم حيث كان قرار المحكمة بتعيين المحكم لا يقبل الطعن بنص القانون. [1]

وفي حال عدم تقدم الطرف الآخر بطلب للتمديد فإن حكم القاضي بإنهاء الإجراءات يكون كاشفاً لا منشئا، حيث أنه يصدر قراراه بالطلب وليس له أن يرفضه أو أن يصدر تمديداً دون طلب[2]، وفي هذه الحالة فإن إنهاء الإجراءات يعتبر إنهاء لاتفاق التحكيم حيث تنص المادة (37/ب) على أن صدور القرار بإنهاء الإجراءات يعطي أي من الطرفين الحق برفع الدعوى أمام القضاء، وتجدر الإشارة هنا إلى أن نص الفقرة "ب" من المادة 37 من القانون الأردني تميزت عن نص المادة 45 من القانون المصري، حيث أن الفقرة "ب" من المادة 37 قصرت جواز لجوء أي من الأطراف للقضاء بدلاً من التحكيم فقط على حالة إنهاء الإجراءات دون حالة تمديد ميعاد إصدار الحكم، أما في القانون المصري فإن ظاهر النص يجيز اللجوء للقضاء عند إصدار قرار القاضي بالطلب المقدم سواء كان بتمديد الميعاد أو كان بإنهاء الإجراءات وإن كان القصد من النص على الأغلب اللجوء للقضاء فقط في حال إنهاء الإجراءات. [3]

---

(1) قرارات محكمة التمييز رقم 2006/1682 تاريخ 2016/11/21 و2006/1934 تاريخ 2007/3/6 و2004/3820 تاريخ 2005/3/9 و2003/3094 تاريخ 2003/12/10 منشورات قسطاس.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 524.

(3) تنص الفقرة 37/ب من قانون التحكيم الأردني: "واذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (أ) من هذه المادة جاز لأي من طرفي التحكيم ان يطلب من القاضي المختص ان يصدر امراً لتحديد موعد اضافي أو اكثر أو بإنهاء اجراءات التحكيم وذلك بعد سماع أقوال الطرف الآخر، فاذا صدر القرار بإنهاء تلك الاجراءات يكون لأي من الطرفين رفع دعوى إلى المحكمة المختصة اصلاً بنظرها"، في حين تنص المادة 45 من قانون التحكيم المصري: "1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فإن لم يوجد اتفاق وجب أن يصدر خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ألا تزيد فترة المد على ستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك. 2- وإذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفترة السابقة جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن يصدر أمراً بتحديد ميعاد إضافي أو بإنهاء إجراءات التحكيم ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظرها".

ويرى جانب آخر من الفقه أن تمديد المدة حق للأطراف ولهم الحرية الكاملة في هذا الحق سواء بتقصير المدة أم تمديدها [1]، ولكن ذلك قد يتناقض مع التمديد القانوني المنصوص عليه في القانون، والباحث يرى أن التمديد وفقاً للقانون يطبق في حال عدم اتفاق الأطراف، أما القول بجواز اتفاق الأطراف على مدة أقصر فإننا نرى أنه يحرم الهيئة من المدة التي منحها لها المشرع في القانون وهو ما قد يجهض العملية التحكيمية قبل اكتمالها في حال انتهاء المدة المتفق عليها قبل صدور القرار وحرمان الهيئة من تمديدها ويؤيد ذلك أن المشرع استخدم عبارة وفي جميع الأحوال يجوز للهيئة تمديد هذه المدة ما يعطي الهيئة هذه الصلاحية حتى لو اتفق الأطراف على تمديد أقل.

وقد يثور تساؤل بخصوص امتداد رقابة القضاء على إنهاء الإجراءات التحكيمية لشمول حالات غير تلك المنصوص عليها وهي انتهاء مدة التحكيم قبل صدور قرار التحكيم، وفي الحقيقة فإنه لا توجد اي مادة أخرى في القانون تبيح للقضاء إنهاء الإجراءات، بل العكس فإن المادة "8" من القانون نصت على عدم جواز تدخل اي محكمة في المسائل التي يحكمها القانون. وفي حادثة فريدة فقد استجاب رئيس محكمة الاستئناف لطلب إنهاء إجراءات التحكيم خلال سريان مدة التحكيم بعد تمديدها من الهيئة عدة مرات وقضى بإنهاء الإجراءات بناءً على طلب المستدعية [2]، وقد قضت محكمة التمييز بقرارها رقم 2010/2968 تاريخ 2010/10/25 عدم اختصاصها نظر الطعن فيه كون قرار رئيس محكمة الاستئناف قراراً ولائياً ولا يقبل الطعن سنداً للمادة 170 من قانون أصول المحاكمات المدنية. [3]

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 372.

(2) قرار محكمة الاستئناف رقم 2011/34 تاريخ 2010/3/22، ولقد طبق رئيس محكمة الاستئناف القانون الأردني على النزاع كون الأردن مكان التحكيم، بالرغم من اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد ICC، وذلك على سند من القول أن تمديد مدة التحكيم "18" مرة يتنافى ومقاصد اللجوء للتحكيم وطبيعة التحكيم ومخالف لقانون التحكيم الأردني.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 2010/2968 الذي اعتبرت محكمة التميز أن القرار ولائي وغير خاضع للتمييز.

وتشمل الرقابة التي أعطيت للمحكمة المختصة أيضا، الرقابة على أتعاب المحكمين حيث يجوز للأطراف حسب القانون الأردني وتحديداً نص المادة 41/د الطعن بقرار الهيئة بخصوص الأتعاب أمام المحكمة المختصة، وقد صدرت العديد من الأحكام بهذا الخصوص إما برد الطعن أو تعديل الأتعاب أو اعتبار الدعوى سابقة لأوانها لأن الطعن قبل صدور الحكم المنهي للخصومة، وهذا الحكم لا يقبل الطعن وفقاً لقرار محكمة التمييز[1] وبعد تعديل القانون أصبح جواز الطعن بقرار الهيئة خلال "15" يوماً من تاريخ التبلغ بقرارها. وكان قد صدر قرار لمحكمة استئناف عمان بأن الهيئة لا تخاصم منفردة في الطعن بالأتعاب بل يجب مخاصمة الطرف الآخر. [2]

وختاماً لا بد من الإشارة إلى أن دور القضاء لا ينحصر في الرقابة وإنما يمتد إلى تقديم المساعدة لهيئة التحكيم في سبيل الوصول إلى تحقيق مهمتها وقد نصت المادة "8" من قانون التحكيم الأردني على حق هيئة التحكيم في الطلب من المحكمة المختصة مساعدتها لضمان سلامة سير التحكيم ويشمل ذلك دعوة الخبراء والشهود، أو تكليف الغير بتقديم مستندات تحت يده وسواها.

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. قرار محكمة التمييز الأردنية 2008/2871 تاريخ 2005/5/25 وقرار محكمة استئناف عمان رقم 2007/2 تاريخ 2008/1/9 وقرار محكمة استئناف عمان رقم 2016/335 تاريخ 2017/3/23 وفي قضية اخرى قررت محكمة الاستئناف مخالفة هذا التوجه وقضت ان الطعن في الأتعاب سابق لأوانه وقرار رقم 2014/410 تاريخ 2015/5/26 منشورات عدالة.

(2) مجلة التحكيم (2010). العدد 7 شهر 7، بيروت. ص 233–234).

المبحث الثالث
الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم

سنتناول في هذا المبحث الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم من خلال مطلبين الأول يتعلق بتنفيذ الحكم والثاني يتعلق بدعوى البطلان.

المطلب الأول
تنفيذ الحكم

ابتداءً فان محكمة التمييز هي المختصة بطلب تنفيذ الحكم وتأمر بتنفيذ الحكم إذا قضت برد دعوى البطلان وتأييد حكم التحكيم وفقاً للمادة 51 من قانون التحكيم، أو عند تقديم طلب التنفيذ مستوفياً شروطه الواردة في المادة "53" وهي:

"أ- انقضاء موعد رفع دعوى بطلان الحكم.

ب- إرفاق:

1. صورة عن اتفاق التحكيم.
2. أصل الحكم أو صورة موقعة عنه.
3. ترجمة لحكم التحكيم مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها". ومعناه جواز الأمر بتنفيذه إذا قدم بعد فوات ميعاد الطعن دون رفع دعوى بطلان.

فإذا كان طلب التنفيذ مستوفياً لمتطلباته ولا توجد مخالفة للنظام العام وتم التثبت من تبليغه فإن المحكمة تأمر بتنفيذه ولا يطلب في هذه الحالة جلب ملف التحكيم ولا يقدم طلب تنفيذ الحكم بشكل لائحة دعوى وإنما بطلب استدعاء. [1]

---

(1) طراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 282-287.

وبالتالي فإن طلب التنفيذ وفقاً للقانون الأردني المقدم بانقضاء مدة الطعن بالبطلان، (وهذا متصور في حال لم يطعن بالبطلان من الجهة المحكوم ضدها وعدم تنفيذها للحكم اختيارياً)، ينظر تدقيقاً من محكمة التمييز ويتوجب عليها الأمر بالتنفيذ بموجب المادة 54 ما لم يكن مخالفاً للنظام العام أو غير مبلغ للمحكوم.

وبهذا النص فإن المحكمة تبسط رقابتها وتتصدى من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام وتتصدى لعدم تبليغ الحكم تبليغاً صحيحاً. أما قرارها برفض الأمر بالتنفيذ فكان خاضعاً للطعن أمام محكمة التمييز خلال "30" يوماً كما كان يرتب قرارها برفض التنفيذ سقوط اتفاق التحكيم.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه وقبل تعديل القانون فإن المحكمة المختصة بذلك كانت محكمة الاستئناف التي يقع في دائرتها التحكيم، وكان قرار محكمة الاستئناف بتنفيذ الحكم لا يقبل التمييز قبل أن تقضي المحكمة الدستورية بعدم دستورية هذا النص ما جعل قرار محكمة الاستئناف قابلاً للتمييز بكل الحالات. [1]

وعليه لا يجوز تقديم طلب التنفيذ قبل فوات ميعاد رفع دعوى البطلان، فلو تم تقديم طلب التنفيذ بعد انقضاء ميعاد دعوى البطلان وتبين وجود دعوى بطلان (وهذا متصور في حال تقديم الطلب للتنفيذ قبل تبلغ لائحة دعوى البطلان) فلا بد للمحكمة من ضمهما معاً ذلك أنه لا يوجد نص يفيد بأن رفع دعوى البطلان يوقف تنفيذ الحكم، وفي حال رفع دعوى البطلان فإن المحكمة المختصة عند إقرارها عدم إبطال الحكم تأمر بالتنفيذ تلقائياً دون الحاجة لتقديم طلب تنفيذ، وبهذا أحسن المشرع الأردني بجعل طلب التنفيذ معلقاً على دعوى البطلان وبتوحيد المحكمة المختصة بنظر الأمرين

---

(1) القطاونة، مصعب. مرجع سابق. قرارات محكمة التمييز ذوات الأرقام 2012/967، 2012/857، 2010/3719، 2008/2361 وقرار المحكمة الدستورية رقم 2013/2 تاريخ 2013/9/25 منشورات قسطاس.

دعوى البطلان وطلب التنفيذ وبالتالي فإن الطرف المحكوم له الراغب في التنفيذ يكتفي بطلب تصديق الحكم من خلال رده على لائحة دعوى البطلان.

وبهذا تميزت نصوص القانون الأردني عن نصوص القانون المصري فالمشرع المصري أناط اختصاص الأمر بالتنفيذ لرئيس المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع عدا التحكيم التجاري الدولي والذي تختص به محكمة استئناف القاهرة، كما نص المشرع المصري في المادة "57" أن رفع دعوى البطلان لا يرتب وقف تنفيذ الحكم ما لم يطلب ذلك رافع دعوى البطلان مع أسباب جدية مع العلم أن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان في غير التحكيم التجاري الدولي هي محكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أي محكمة الاستئناف في الدائرة التي تنظر النزاع[1]، ما يجعل الأصل حسب المشرع المصري هو إنفاذ الحكم وقبل الفصل في دعوى البطلان إلاّ استثناء والقرار ولائي لرئيس المحكمة المختصة ويكون بأمر على عريضة ولا يقدم إلا بعد انتهاء ميعاد تقديم دعوى البطلان ولكن ينظر قبل الفصل فيها [2]، ونهج المشرع المصري يشبه نهج المشرع الفرنسي الوارد في المادتين 1487 و1496 والتي نصت على أن تنفيذ الحكم يجب أن يوقف حتى انتهاء مدة تقديم دعوى البطلان في حال تقديمها خلال هذه الفترة بينما نصت المادة 1499 على أن استئناف القرار أو دعوى البطلان توقف ولاية قاضي التنفيذ وتشكل طعناً فيه [3]، ولكن ذلك فقط فيما يختص بالتحكيم الداخلي، أما التحكيم الدولي فقد اختلف موقف المشرع بخصوصه وقد امتدح بعض الفقه موقف المشرع الفرنسي[4]. ولكن لا بد هنا من الإشارة إلى ان أحكام القانون

---

(1) قانون التحكيم المصري، المواد 54، 56، 57.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 620-621.

(3) قانون التحكيم الفرنسي.

(4) البريري، محمود مختار (2014). التحكيم التجاري والدولي. ط4، القاهرة: دار النهضة العربية. ص 215.

الفرنسي قد عدلت من حيث القابلية لاستئناف الحكم والمشروط باتفاق أطرافه على ذلك. وقد ميز المشرع الفرنسي في دعوى البطلان بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي حيث يقبل الأول دعوى البطلان فقط ويشرط أيضا أن يكون صادراً في فرنسا، أما ما هو صادر خارجها فلا يقبل الطعن بالبطلان ويجوز تنفيذه، ولكن الحكم بتنفيذه يجوز استئنافه وفقاً للمادة 1522 وعلى ذات أسباب بطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا والواردة في نص المادة 1520، كما يجوز استئناف عدم تنفيذ الحكم والمحصور في التحكيم الدولي خارج فرنسا في حال مخالفة النظام العام الفرنسي وعندها يجوز لأي طرف طلب إبطال الحكم. وهذا الأمر جعل فرنسا ملجأ لتنفيذ الأحكام الدولية الأجنبية حتى فيما لو كانت أبطلت في دولة المقر، وهو ما حصل في عدة حالات في فرنسا ومنها على سبيل المثال قضية الحكم المبطل في مصر فيما بين شركة Chromalloy ودولة مصر وقضية شركة Ata ضد شركة البوتاس العربية. [1]

ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه وحسب تعديلات قانون التحكيم الفرنسي فإن المحكمة المختصة بطلب التنفيذ ليست ذات المحكمة المختصة بالاستئناف (ان كان له مقتضى) أو بنظر دعوى البطلان في حين أن دعاوى الاستئناف أو الإبطال أو استئناف القرار يرفض التنفيذ تكون لذات المحكمة.

ولا بد من امتداح نهج المشرع الأردني في توحيد جهة اختصاص نظر دعوى البطلان أو طلب التنفيذ وفي عدم إجازة قبول طلب التنفيذ قبل انتهاء ميعاد رفع دعوى البطلان على خلاف نهجي قانون التحكيم المصري والفرنسي واللذان أجازا الأمر بالتنفيذ خلال نظر دعوى البطلان.

---

(1) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). نطاق الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة. ص 261 حيث قضى قرار محكمة النقض الفرنسية بتنفيذ حكم مبطل من محكمة النقض المصرية وهي القضية المعروفة Chromalloy ومحكمة التمييز الأردنية بقرارها رقم 2006/1352 حيث أبطل الحكم الصادر لصالح شركة Ata وقد تم تنفيذه في فرنسا رغم ابطاله ومجلة التحكيم العربي (2000). عدد 2 شهر يناير القاهرة. ص 237 بخصوص الحكم بقضية كروملوي.

وختاماً فإن أحكام المحكمين طبقاً للمادة "52" تحوز حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ ما لم يبطل الحكم بنتيجة دعوى البطلان أو أن ترفض محكمة التمييز الأمر بتنفيذه.

المطلب الثاني
دعوى البطلان وطبيعتها وأسبابها وتمييزها والمحكمة المختصة بنظرها

سنبحث في هذا المطلب في دعوى البطلان من خلال فرعين، يتناول الأول دعوى البطلان وتمييزها عن غيرها من الطعون والطبيعة القانونية لدعوى البطلان والثاني أسباب دعوى البطلان والمحكمة المختصة بنظرها.

الفرع الأول: دعوى البطلان وطبيعتها وشكلها وتمييزها عن غيرها من الطعون

سنتناول في هذا الفرع دعوى البطلان وأطرافها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها من الطعون وتقييم حصرية الطعن بالبطلان.

قبل البحث في طبيعة دعوى البطلان فلا بد من معرفة أطرافها والسؤال الأول هو ممن تقدم هذه الدعوى؟

إن دعوى البطلان مثل أي دعوى تتطلب للقبول حسب القواعد العامة توفر شرطي المصلحة والصفة، ولذا فقد بحث بعض الفقه في جواز رفع دعوى البطلان من غير أطرافها، ولا يوجد نص يمنع ذلك وبشرط تحقق المصلحة والصفة وانتفاء المانع القانوني مع الإشارة إلى أن هذه الشروط أيضا مطلوبة من أطراف الدعوى حيث قد لا يكون لأحد الأطراف مصلحة في رفعها، فمن غير المتصور رفع دعوى بطلان حكم من طرف لأن الهيئة لم تمكن خصمه من تقديم دفاعه، وبالتالي فإن الأجنبي عن الحكم لا تتوافر له شروط المصلحة والصفة ما يجعله فاقداً للحق بإقامتها ويسمى بالغير الحقيقي، أما الغير الوهمي وهو الذي ليس طرفاً وليس اجنبياً تماماً مثل شخص قبل تنفيذ عقد

مع علمه بوجود شرط التحكيم فيمتد له التحكيم وله حق في الخصومة والطعن، ومن أمثلته المقاول الفرعي المسمّى في عقود المقاولات فهذا قد يحتج ببطلان حكم التحكيم بالنسبة له لأنه لم يوقعه ويكون من حقه رفع دعوى البطلان وهذا يقتضي تدخله ابتداءً في التحكيم حسب رأي الفقه [1]. إلاّ أنه من المتصور مع ندرة ذلك أن تكون الخصومة مثلاً مع أحد أطراف ائتلاف وأحد أطرافه متضرر من الحكم ولم يعلم بإجراءات التحكيم، أو في حالة المقاول الفرعي المسمى والمرتبط بعقد التزامات متبادلة Back to Back مع المقاول الرئيسي وهذا المقاول الرئيسي طرف في التحكيم مع صاحب العمل بموجب شرط تحكيم حيث قد يمس حكم التحكيم بحقوق الأول لدى صاحب العمل [2]، كما أن هذه الحالة متصورة في حال رفع دعوى التحكيم من المقاول الفرعي باسم مدينه المقاول الرئيسي، فيكون رغم أنه ليس طرفاً صاحب مصلحة وصفة. أما بخصوص الخلف العام والخاص والمحال له والشريك المتضامن فإن حجية الحكم تمتد له.

وبحث الفقه أيضا في الخلاف بين حجية حكم التحكيم وحجية الحكم القضائي، وهل حجية حكم التحكيم من النظام العام أم لا؟ ومدى جواز إعادة طرح النزاع على التحكيم مرة أخرى باتفاق الأطراف، حيث يخلص بعض الفقه أن هذه الحجية ليست من النظام العام مما يجيز للأطراف إعادة طرح نزاعهم ان اتفقوا على ذلك. [3]

---

(1) علي، وليد علي (2019). دعوى بطلان أحكام التحكيم التجاري والدولي. ط1 الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية. ص 260-270.

(2) في بعض عقود الإنشاءات يكون المقاول الفرعي المسمى مستحقاً لقبض مستحقاته مباشرة من صاحب العمل في حال تخلف المقاول الرئيسي عن دفعها.

(3) طراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 142-148.

وبخصوص نشأة دعوى البطلان يمكن القول بأن النهج التشريعي تغير فقد كان يبيح ابتداءً الطعن في حكم التحكيم استئنافاً، ومن ثم ونتيجة تطور التجارة الدولية وضغط المستثمرين الأجانب ونتيجة انتقاد الفقه لمراجعة حكم التحكيم موضوعاً وإخضاعه لدرجة تقاضٍ ثانية فتم تعديل التشريعات وبسبب عدم إمكانية التخلي عن القضاء فقد ابتدعت دعوى بطلان حكم التحكيم وهي ليست طعناً عادياً.

وبالتالي فإن التشريعات الحديثة بتبنيها قواعد للجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية قد قصرت الطعن بحكم التحكيم بدعوى البطلان لأسباب حصرية تتمثل في الخروج على إرادة الأطراف الصريحة ومخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي إجرائياً، فقد صدر قانون التحكيم المصري لعام 1994 مأخوذاً عن قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (Uncitral) وكذلك القانون الفلسطيني عام 2000 والأردني رقم 31 لعام 2001 ثم السوري في عام 2008، والقطري في عام 2014 والبحريني في عام 2015، والاماراتي في عام 2018 [1] والقانون المغربي المعدل عام 2007 والتي بنت أحكام قوانينها على نموذج قواعد (Uncitral) وبالتالي فقد اصبحت هذه القوانين ومنها القانون الأردني تنص فقط على دعوى البطلان ولأسباب حصرية وتمنع خضوع حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن.

أولاً: طبيعة دعوى البطلان

لقد أسلفنا القول أن دعوى البطلان تتميز عن الطعون الأخرى في الأحكام وتباينت الآراء الفقهية بخصوص الطبيعة القانونية لدعوى بطلان حكم التحكيم وتأصيلها، فيرى جانب من الفقه أن هذه

(1) صدر قانون التحكيم السوري الجديد والقانون القطري الجديد والبحريني الجديد والاماراتي الجديد كقوانين مستقلة وألغيت المواد الخاصة بالتحكيم في قوانين أصول المحاكمات المدنية لهذه الدول.

الدعوى هي دعوى مبتدأه أصلية أراد المشرع منها الموازنة بين عدم إجازة لطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن وبين عدم إيصاد كل السبل لمعالجة ما قد يلحقه من عيوب، وبسبب طبيعة التحكيم التعاقدية فقد استحدثت دعوى البطلان والتي تنصب في جلها على عيوب شكلية تتعلق بالإجراء [1]. وذلك للمواءمة بين إعطاء حكم التحكيم حجية الأمر المقضي وعدم جواز التظلم منه من ناحية ومصلحة المجتمع المتمثلة بإهدار حجية حكم يشوبه عيب جسيم تجعل تقريره التفصيلي غير جدير بالاحترام، وللمواءمة بين سرعة الفصل بالنزاع تحكيماً من جهة وعدم مجافاة التطبيق الصحيح للقانون واستثناء لقاعدة لا دعاوى بطلان ضد الأحكام. [2]

ويرى هذا الجانب من الفقه أن التحكيم بصفته عملاً قضائياً قد يشوبه الخطأ وقد يكون الخطأ في التقدير في الاجراء مما يؤدي إلى تعيبه كعمل قانوني غير صحيح ويكون جزاؤه البطلان، أما إذا كان العمل القانوني من ناحية الاجراءات غير معيب فحتى لو لحقه عيب في التقدير من ناحية الموضوع فإنه يبقى صحيحاً ولكنه ليس عادلاً ولا يلحقه البطلان فالبطلان للعمل الإجرائي فقط. [3]

ويرى جانب آخر من الفقه أن دعوى البطلان هي درب من دروب النقض نشأته اتفاقية ولا تسري عليه قاعدة لا دعوى بطلان ضد الأحكام، وأن أسباب الطعن بعضها يعود للطبيعة القضائية وبعضها للطبيعة الاتفاقية [4]. في حين يرى جانب ثالث أن دعوى البطلان لا يجوز تأصيلها على

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 681-682 والتحيوي، محمود السيد (2011). النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم. ط1، الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية. ص 13 وطراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 166-168.

(2) طراونة، مصلح (2010). المرجع السابق. ص 171 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 682.

(3) طراونة مصلح (2010). المرجع السابق. ص 169 ووالي، فتحي (2014). المرجع السابق. ص 715، 719.

(4) شحاته، محمد نور (1993). الرقابة على أعمال المحكمين. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 301-303.

أساس الطبيعة القضائية ولا التعاقدية، وأنها بالتأكيد ليست طعناً من طرق الطعن العادية أو غير العادية وإنما هي ذات طبيعة خاصة، ويبرر هذا الجانب رأيه بما يلي:

1- أنها ليست طعناً لا عادي ولا غير عادي فليست استئنافاً ولا نقضاً ولا إعادة محاكمة، ومختلفة من حيث الهدف والمحل.

2- إنها ليست دعوى ابطال تصرف قانوني وليست كذلك دعوى انعدام حيث الأخيرة خلافاً لدعوى البطلان لا يوجد لها ميعاد محدد، كما أن دعوى بطلان حكم التحكيم لا تهدف إلى إبطال اتفاق التحكيم ولا ترفع أمام ذات المحكمة، وحكم التحكيم له حجية لا تعدمها دعوى البطلان.

3- دعوى بطلان حكم التحكيم تختلف عن بطلان الحكم الصادر من القضاء لاختلاف مسائلهما وأحكامهما واختلاف القوانين التي تحكمهما فحكم القضاء مجال إبطاله الاستئناف وفق أصول المحاكمات المدنية وضمن مهله، أما حكم التحكيم فلدى محكمة أخرى يحددها قانون التحكيم وليست استئنافاً، فإذا قضت ببطلان حكم التحكيم لا تتصدى لموضوع النزاع. [1]

ويتفق الباحث مع هذا الرأي بأنها دعوى خاصة أصلَّها نظام التحكيم وهذا ينسجم مع أحكام المواد 48، 49 من قانون التحكيم الأردني ومنعت الطعن بحكم التحكيم بأي وسيلة غير هذه الدعوى، وأعطت حكم التحكيم الحجية عند صدوره وجعلت الدعوى حصرية قاصرة على أسباب محددة وميعاد رفعها. "30" يوماً من تبليغ حكم التحكيم.

أما القضاء فقد قرر مفهوم هذه الدعوى وكرسه من خلال أحكام متواترة لمحكمتي الاستئناف والتمييز ويمكن إجمال هذا المفهوم كما ورد في قرار لمحكمة التمييز. [2]

---

(1) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 95-99.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 193 قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 2006/201 تاريخ 2006/8/21.

"جرى الاجماع في الاجتهاد والفقه على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليس طعناً بالاستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه كما أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك ان الرقابة المنصوص عليها في المادة 49 من قانون التحكيم الأردني لها صيغة شكلية بحيث لا تنفذ إلى أصل النزاع ولا تسلط المحكمة رقابة على كيفية تأويل هيئة التحكيم للقانون وكيفية تطبيقه إلا أن ذلك مشروط بأن لا يكون هناك خرق لقواعد النظام العام".

أما شكل دعوى البطلان فقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية بهيئتها العامة قراراً بتاريخ 2007/3/26 بخصوص قرار محكمة الاستئناف المميز المتضمن عدم قبولها لدعوى بطلان مقدمة بصيغة الاستئناف، حيث قضت محكمة التمييز ان المواد 2/أ، 48، 49، 50، 51 من قانون التحكيم حددت المحكمة المختصة بدعوى البطلان ومدد الطعن وخلصت إلى أن هذه المواد لم تتطلب شكلاً محدداً أو صيغة معينة لتقديم دعوى بطلان حكم التحكيم ولم تبين هذه المواد خلافاً لقانون أصول المحاكمات المدنية ما يجب أن تتضمنه لائحة الدعوى، وان اللائحة المتضمنة اسباباً تندرج ضمن الحالات الواردة في المادة "49" وطلبا بالإبطال فإن تقديمها بصيغة الاستئناف لا يغير من الأمر شيئاً، وأن كلمة الدعوى الواردة في المادة 48 من قانون التحكيم تطلق على جميع أشكال الدعاوى بكل مراحلها وتأسيساً ورجوعاً عن أي اجتهاد سابق تقرر نقض حكم محكمة الاستئناف.[1]

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سابق. ص 291 قرار محكمة التمييز رقم 2006/3726.

ثانياً: تمييز دعوى البطلان عن غيرها من الطعون

سنقدم في هذه الدراسة ابتداءً إضاءة على النهج الذي كان سائداً سابقاً والذي لا تزال بعض قوانين التحكيم وخصوصاً القانون اللبناني والفرنسي والجزائري تتبعه وهذه الإضاءة تهدف إلى بيان التطور الحاصل في الرقابة القضائية على حكم التحكيم ومداها.

كان قانون التحكيم رقم 18 لسنة 1953 الأردني تنص على جواز الطعن في أحكام التحكيم حيث كان القانون يجيز فسخ الحكم ويجيز إعادته للمحكمين لإعادة النظر ويجوز استئناف وتمييز قرار المحكمة بالفسخ أو التصديق أو إعادة القرار، وكانت هذه التشريعات تعتبر حكم التحكيم حكم محكمة الدرجة الأولى وتبيح جواز مراجعته موضوعاً بالاستئناف ثم قابليته للطعن تمييزاً، ولكن المشرع في معظم الدول أصبح يعدل في تشريعاته بما يحصن أحكام المحكمين من هذه الطعون وقد كان وراء ذلك عدة أسباب تتعلق بشكوى الخصوم من لجوئهم مرة أخرى لمحاكم الدولة ما ينفي هدفهم الأول ويزيد الجهد والنفقات[1]، ويرى د. أحمد أبو الوفا ضرورة النظر إلى الهدف الذي سعى إليه الخصوم من خلال لجوئهم للتحكيم، حيث نشدوا العدالة على أسس مغايرة للعدالة امام المحاكم، وإن كان يتطلب حكم التحكيم هذا إكساءه الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية من خلال الأمر بتنفيذه مشابهاً بذلك للحكم الأجنبي[2] وعليه فقد حظر قانون المرافعات المصري لعام 1968 إمكانية الطعن في حكم التحكيم استئنافاً حتى لو اتفق الخصوم على ذلك، في حين كان سابقاً يبيح الطعن عدا في حالة التحكيم بالصلح، وقصر الدعاوى على دعوى التنفيذ ودعوى البطلان، في حين كان سابقاً يجيز دعوى البطلان في حال عدم جواز الاستئناف. [3]

---

(1) أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم وإجراءاته. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. ص 11-12.

(2) المرجع السابق. ص 19-22.

(3) المرجع السابق. ص 299-308.

أما المشرع الفرنسي فكان ابتداء يعتبر حكم التحكيم حكم درجة أولى من درجات التقاضي، مما يجيز الطعن فيه لتصويبه ومعالجة القصور أو العوار الذي اعتراه بشرط وجود مصلحة للطاعن وعدم التنازل عن هذا الحق، وكان المشرع الفرنسي أيضا يفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقانون حيث منع المشرع الطعن استئنافاً بأحكام المحكمين المفوضين بالصلح [1] ما لم يتفق الأطراف على استئنافه، كما أوجب أن يكون الحكم القابل للاستئناف نهائياً منهياً للخصومة وحدد ميعاد الطعن بشهر ونص على أن التقدم بالطعن يوقف تنفيذ الحكم [2]. وكان هذا النهج من المشرع الفرنسي بالتفريق بين الحكم بالصلح والحكم بالقانون محل انتقاد من الفقه الفرنسي معتبرين أن جزاء مخالفة القانون والحكم بالعدالة في حال لم يكن المحكم مفوضاً بالصلح الإبطال لخروج المحكم عن مهمته، وليس بإصلاح الحكم من خلال الطعن بالاستئناف، وإن الأولى كان قصر التحكيم على درجة واحدة بدلاً من تقاض على درجتين ما دام إبطال الحكم متاحاً[3]، ونهج المشرع الفرنسي يميز بين دعويين هما الاستئناف والبطلان، ففي حين ترمي الأولى إلى إعادة النظر في النزاع وتصويب ما شابه من عيب في الشكل أو الموضوع تكون الدعوى الأخرى فقط للإبطال ولأسباب محددة أوردها المشرع حصراً ، في حين أن اسباب الدعوى الأولى عامة وتتسع لكل أسباب الطعن الاستئنافي[4]، وتغير نهج المشرع الفرنسي حيث انه بتعديله لقانون أصول المحاكمات الفرنسية الكتاب الرابع / الخاص بالتحكيم عدل في نصوص الأحكام الخاصة بالتحكيم من حيث المساواة في الاستئناف بين التحكيم بالصلح والقانون وحصر إمكانية الاستئناف باتفاق مسبق للخصوم، وألزم المحكمة التي تقضي بالبطلان

---

(1) شحاته، محمد نور (1993). الرقابة على أعمال المحكم. مرجع سابق. ص 276.

(2) المرجع السابق. ص 280.

(3) المرجع السابق. ص 289-291.

(4) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 214.

بنظر القضية موضوعاً ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما جعل المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان ذات المحكمة التي تنظر الاستئناف في حال اتفاق الخصوم على ذلك.

وحذا قانون التحكيم اللبناني حذو القانون الفرنسي وسار على نهجه تقريباً، لكنه أباح الاستئناف ما لم يتفق الأطراف على خلافه مع عدم قابلية الحكم من محكم مفوض بالصلح للاستئناف، وفي حال الاتفاق على عدم الاستئناف يمكن فقط الطعن بدعوى البطلان للأسباب المحددة حصراً والتي تكاد تكون مماثلة لما ورد في التشريع الفرنسي.

إلاّ أن قانون التحكيم اللبناني حصر اسباب رفض الصيغة التنفيذية بأسباب دعوى البطلان فقط، كما حدد المحكمة المختصة بنظر دعوى الاستئناف أو دعوى البطلان بمحكمة الاستئناف الصادر في نطاقها حكم التحكيم[1]، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد تقدم خطوة لم يتبعها المشرع اللبناني بمنعه الاستئناف إلا باتفاق الأطراف بدلاً عن جواز الاستئناف ما لم يمنعه الأطراف.

وقد سارت القوانين المغربية والتونسية والجزائرية على نفس خطى القانون الفرنسي، وفي بحث للدكتور عبد الحميد الأحدب بين أن الطعن في حكم التحكيم حسب القانون الفرنسي قبل تعديله في عام 2011 يشمل أربع وسائل وهي:

1- الاستئناف عدا حالة تنازل الأطراف عن هذا الحق باستثناء التحكيم بالصلح ما يعني أن التحكيم على درجتين الأولى تحكيمية والثانية قضائية ويكون الاستئناف الطريق الوحيد للمراجعة وتختص به محكمة الاستئناف.

(1) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني – المواد 793-804.

2- اعتراض الغير والتي تعطي الحق للغير بالاعتراض على حكم التحكيم إذا مس بمصلحته وتكون المحكمة المختصة هي تلك المختصة بنظر النزاع لو لم يكن هنالك تحكيم.

3- الإبطال عندما لا يكون الاستئناف متاحاً.

4- مراجعة إعادة النظر ضمن شروط محددة.

وقد بين د. عبد الحميد الأحدب أن القانون الجزائري الجديد الصادر في عام 2008 في التحكيم الداخلي قد حصر المراجعة بالاستئناف فقط في حال لم يتنازل الأطراف عنه، أما البطلان فلم يعد متاحاً، ولكنه أتاح المراجعة أمام الاستئناف إذا رفض القاضي منح الصيغة التنفيذية. [1]

وباستقراء مواد القانون الفرنسي المعدل الجديد نجد أنه أبقى على الحالات الأربع عموماً، فقد أجاز الاستئناف إذا اتفق الأطراف على ذلك دون أن يحدد الأسباب، أو التقدم بدعوى الإبطال لأسباب محددة في حال لم يتفق الأطراف على الاستئناف، وأجاز كذلك استئناف قرار القاضي عند عدم منح صيغة التنفيذ وفي هذه الحالة وعند طلب أحد الأطراف ذلك فيمكن استئناف الحكم أو طلب إبطاله ما لم يكن ميعاد تقديمهما قد فات، بالإضافة لاعتراض الغير (الطرف الثالث) من خلال المحكمة المختصة بنظر النزاع لو لم يكن هنالك تحكيم، كما أن المشرع الفرنسي قد أجاز طلب المراجعة والشائع تسميته الالتماس بإعادة النظر أو الطعن بطريق إعادة المحاكمة وللأسباب الواردة في المادة 595 من قانون أصول المحاكمات الفرنسية.

أما هذه الوسيلة الأخيرة من الطعن بإعادة المحاكمة فقد نص المشرع الفرنسي على وجوب تقديمها لهيئة التحكيم ابتداءً، وفي حال لم يكن بالإمكان انعقاد هيئة التحكيم تنظر من المحكمة

---

(1) الأحدب، عبد الحميد (2009). "قانون التحكيم الجزائري الجديد"، مجلة التحكيم، عدد 2. مرجع سابق. ص 125-143.

المختصة بنظر الاستئناف [1]. وهذا الطعن حسب القانون وإجماع الفقه هو أحد طرق الطعن غير العادية والقصد منه في حكم التحكيم شأنه شأن الطعن بأحكام المحاكم هو إصلاح عيوب الحكم للأسباب المحددة سواء كانت عيوباً في التقدير أو عيوباً في الإجراء، ويرى الفقه أن هذا الطعن طعن خاص بوسيلة مغايرة حيث يقصد إلى التشكيك في الحكم من حيث العدالة والصحة أي أن مجال الخصومة هنا ليس النزاع الأول الصادر بشأنه حكم نهائي وإنما صحة الحكم الصادر بالنزاع ويهدف إلى معالجة عيوب الحكم الأول لأسباب نص عليها القانون ولذا يقع إثبات أحد أسبابه على سالك طريق هذا الطعن. [2]

وقد تضمن قانون التحكيم اللبناني نصاً على جواز الطعن بطريق إعادة المحاكمة للأسباب الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وكذلك نص القانون المغربي (مسطرة التحكيم المغربية) [3]، وكان هذا الطعن جائزاً بالاستئناف وجائزاً في دعوى البطلان حسب القانون المصري القديم للتحكيم قبل تعديله في عام 1968. [4]

ثالثاً: تقييم حصر الرقابة اللاحقة بدعوى البطلان

في ضوء حصر رقابة القضاء بدعوى البطلان المبتدأه المقيدة بأسباب حصرية فإن معظم التشريعات العربية عدا تلك التي تمت الإشارة إليها آنفاً قد سدت الأبواب أمام طرق الطعن بالاستئناف، أو الطعون غير العادية والمتمثلة بإعادة المحاكمة واختلفت آراء الفقه بهذا الخصوص، فالبعض أيده

---

(1) القانون الفرنسي للتحكيم المادة 1502 والمادة 595 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي.

(2) شحاته، محمد نور (1993). الرقابة على أعمال المحكم. مرجع سابق. ص 292-293.

(3) قانون رقم 5-08 لعام 2007 من قانون المسطرة المدنية المعدل وقانون أصول المحاكمات المدنية الجديد / مرسوم اشتراعي 83-90.

(4) شحاته، محمد نور (1993). الرقابة على أعمال المحكم. مرجع سابق. ص 294-300.

والبعض انتقده بشدة على أساس أن هذا المنع يجافي تحقيق العدالة في حالات الغش والتزوير ويحصن العملية التحكيمية من أي سبيل للطعن. [1]

ونرى في هذا عدم مساواة دستورية بين حكم التحكيم وحكم القضاء حيث أن أحكام القضاء القطعية وغير القابلة للطعن والتي حازت قوة الأمر المقضي (حكم محكمة التمييز مثلاً) تبقى خاضعةً للطعن بإعادة المحاكمة سنداً لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية وللأسباب الواردة في نص المادة 213 منه [2]، في حين أنها حصنت حكم التحكيم وهو حكم على درجة واحدة من هذه الوسيلة بتوافر ذات الاسباب، وهو ما لا نجد له مبرراً أو سنداً لا في أعمال مبدأ سلطان الإرادة، ولا في نشد استقرار المعاملات والأحكام، ويرى البعض أن حكم محكمة التمييز ذاته الصادر برد دعوى البطلان قد يكون خاضعا لطلب إعادة محاكمة وليس حكم التحكيم [3] (وهذا خاضع لبحث مستفيض

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 213 وطراونة، مصلح (2010). مرجع سابق. ص 181.

(2) تنص المادة 213 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أسباب الطعن بإعادة المحاكمة وهي:

"1. إذا وقع من الخصم غش أو حيلة أثناء رؤية الدعوى كان من شأنه التأثير في الحكم.

2. إذا أقر الخصم بعد الحكم بتزوير الأوراق التي بني عليها أو إذا قضي بتزويرها.

3. إذا كان الحكم قد بني على شهادة أو شهادات قضي بعد الحكم بأنها كاذبة.

4. إذا حصل طلب الإعادة بعد صدور الحكم على أوراق منتجة في الدعوى كان خصمه قد كتمها أو حمل الغير على كتمها أو حال دون تقديمها.

5. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه.

6. إذا كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض.

7. إذا صدر حكم على شخص طبيعي أو اعتباري لم يكن ممثلاً تمثيلاً صحيحاً في الدعوى وذلك فيما عدا حالة النيابة الاتفاقية.

8. إذا صدر بين الخصوم أنفسهم وبذات الصفة والموضوع حكمان متناقضان."

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 807 وأبو نشيش، مسلم أحمد. مدى إمكانية الطعن غير العادي في حكم التحكيم. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الأوسط. عمان، الأردن. ص 66 ويرى أن الحكم الصادر نتيجة دعوى البطلان أو طلب التنفيذ جائز خضوعه لإعادة المحاكمة وأن قرار القضاء بهذا الشأن يمتد إلى حكم التحكيم ذاته.

ليس هذا محله) وإن كنا نرى أن نص المادة 213 لا يسعف في هذا المنحى، وانما يتوجب تعديل قانون التحكيم ليجيز إعادة المحاكمة بشروطها، أو صدور حكم للمحكمة الدستورية بهذا الأمر.

كما يرى الباحث ان عدم النص على هذه الوسيلة سببه أن مصدر القانون هو قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (الـ Uncitral) والتي وضعت لغايات التجارة الدولية، والتي تقتضي أسباب بطلان أكثر تحديداً تقصر عن أسباب الطعن بالحكم الوطني تتعلق تحديداً بالنظام العام الدولي والإجراءات الشكلية، وهي عيوب قليلة الحدوث، وربما هذا يبرر تمييز المشرع الفرنسي بين التحكيم الدولي والداخلي، فلم يجز الطعن في حكم التحكيم الدولي الصادر في فرنسا وقصره على دعوى البطلان، ولم يجز حتى الطعن بالإبطال في حكم التحكيم الدولي الصادر خارج فرنسا في حين أباحها في التحكيم الوطني. ونتيجة لحصرية أسباب الطعن فقد عدت دعوى البطلان طعناً غير عادي والذي كان موضع انتقاد بعض من الفقه. [1]

الفرع الثاني: المحكمة المختصة بدعوى البطلان وأسبابها

سنتناول في هذا الفرع البحث في المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان وأسبابها وجواز تعديلها.

أولا: إجراءات دعوى البطلان والمحكمة المختصة بنظرها

حدد المشرع الأردني المحكمة المختصة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 محكمة الاستئناف التي يجري ضمن دائرة اختصاصها التحكيم كمحكمة مختصة للنظر في دعوى البطلان وحكمها قابل للتمييز، وفي القانون المعدل رقم "16" لعام 2018 تم تعديل النص بحيث أصبح

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 211–213 ومحمد ياسر، عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص970 ومنصور، ياسر عبد السلام (2014). دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري. ط1، القاهرة: دار النهضة العربية. ص101–104 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 682 وذكر فيه أنه يفضل أن تستحدث دعوى إلغاء حكم التحكيم.

اختصاص نظر دعوى البطلان أو طلب التنفيذ لمحكمة التمييز وذلك في مسعى لعدم اخضاع حكم التحكيم للرقابة مرتين، مما يستنزف الجهد والوقت [1] وحدد ميعادها بـ "30" يوماً من اليوم التالي لتبليغ الحكم. لقد تضمنت المواد 48 و49 و50 و51 من قانون التحكيم أسباب وإجراءات بطلان حكم التحكيم والمحكمة المختصة وقد نصت المادة 48 على ما يلي:

"لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية، ولكن يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقا للأحكام المبينة في المواد(49) و(51) (50) من هذا القانون."

ومفاد هذا النص عدم خضوع حكم التحكيم للطعن، وقصر رقابة القضاء فقط على دعوى البطلان كما سلف ذكره.

وخلافاً لنصوص القانون المصري فليس مطلوباً إيداع الحكم في المحكمة، وخلال هذه المدة لا يقبل طلب التنفيذ كما سلف بيانه، وفوات هذه المدة يحصن الحكم من الدعوى بالبطلان حيث لا تقبل الدعوى بعد فوات الميعاد. [2]

وفي النهاية فلا بد من الإشارة إلى أن تفسير أو تصحيح الحكم أو طلب إصدار حكم إضافي وفقاً لنصوص المواد المعدلة 45، 46، 47 من القانون رقم "16" لعام 2018 اعتبرت هذه الأحكام متممة للحكم الأصلي وتضم لدعوى البطلان في حال رفعها أو نظرها قبل صدور الحكم المفسِّر أو المصحِّح أو الإضافي، ويثور التساؤل حول جواز تقديم لوائح جديدة أو مكملة بخصوص هذه الأحكام

---

(1) تراجع نصوص المواد 50 والمادة 51 والمادة 54 من قانون التحكيم رقم 31 لعام 2001 ونصوص المواد 50، 51، 54 من قانون التحكيم رقم 16 لسنة 2018 المعدل لقانون رقم 31 لسنة 2001.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2009/3540 تاريخ 2010/7/20 منشورات قسطاس.

المتممة خصوصاً وأن هذه الأحكام المتممة قد تتضمن أسباباً للبطلان لم تكن ضمن الحكم الأصلي، ومن ناحية أخرى فإن نص المادة 46/ب تضمن جواز التمسك ببطلان قرار التصحيح بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المواد 48، 49 في حين تضمنت المادة 46/ج أن حكم التصحيح يضم لدعوى البطلان ما يشكل تناقضاً ويميز النص بذات الوقت بينها وبين المادتين 45، 47 المتعلقة بالتفسير والحكم الإضافي، كما أن هذه المواد لم تعالج حالة تقديم طلب بتنفيذ الحكم دون وجود دعوى بطلان وصدور الحكم المتمم أو المفسر أو المصحح أثناء نظره فهل يضم للطلب أم لا؟

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأردني لم يميز بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، ولا بين التحكيم التجاري والمدني وبالتالي فقد وحد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان وذلك خلافاً للقانون المصري واللبناني والتونسي والجزائري، وبذلك فإن الاختصاص بنظر دعوى البطلان معقود لذات المحكمة في حين أنه في القانون المصري وفقاً للمواد يختلف فيما إذا كان دولياً تجارياً أم كان داخلياً، وهو نهج امتدحناه.

أما في حال كون التحكيم أجنبياً أي أنه صدر خارج المملكة فلا ينطبق عليه قانون التحكيم الأردني وذلك بدلالة المادة رقم "3" من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001، ما يجعل محكمة التمييز غير مختصة بنظره كونه حكماً اجنبياً يخضع لقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية.

ان نص المادة "3" المعدل بمقتضى القانون رقم "16" لسنة 2018 قد يثير اللبس بهذا الخصوص حيث نصت المادة 3/أ على ما يلي:

"مع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية النافذة في المملكة تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يكون مقره في المملكة، وعلى كل تحكيم يتم الاتفاق على اخضاعه لهذا القانون، سواءً تعلق

بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف اشخاص القانون العام أو القانون الخاص وأياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية أو غير عقدية."

فهل حكم تحكيم يتم خارج المملكة أو كان مقره خارج المملكة وطبق عليه قانون التحكيم الأردني باختيار الأطراف له، يكون خاضعاً لدعوى بطلان حكم التحكيم في الأردن، أم يعامل كحكم تحكيم أجنبي يتطلب الاكساء سنداً لأحكام قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية؟ وهذا الفرض متصور سواء في حال الطعن في حكم التحكيم في بلد المقر أو في بلد صدور الحكم وفقاً لقانون تحكيمها.

حيث من الوارد حدوث تنازع في الاختصاص القضائي فيما يتعلق بدعوى بطلان الحكم، فلو جرى تحكيم في جمهورية مصر العربية وأخضع لأحكام قانون التحكيم الأردني فإن أحكام قانون التحكيم المصري تسري عليه بما فيها اختصاص محاكمها بنظر دعوى البطلان، وبذات الوقت فان محكمة التمييز الأردنية مختصة لسريان أحكام قانون التحكيم الأردني على هذا التحكيم ومن ضمنها أحكام دعوى البطلان، وتساؤل مشابه يثور حول مقر التحكيم والذي عرف في المادة "2" بـ: "الدولة التي اتفق طرفا التحكيم على اعتبارها مقراً للتحكيم أو الدولة التي اتفق الطرفان على تطبيق قانون التحكيم النافذ فيها على إجراءات التحكيم أو الدولة التي تختارها هيئة التحكيم مقراً لها في حالة عدم وجود اتفاق". [1]

مما يجعل إمكانية التنازع القضائي لوجود دولة مقر اتفق الأطراف عليها مثل اتفاق الأطراف على كون الأردن مقراً للتحكيم وبذات الوقت اتفقوا على تطبيق قانون التحكيم الانجليزي مثلاً أو

(1) لقد أثير هذ الأمر من قبل د. فراس ملاحمة عضو اللجنة التي أعدت مسودة القانون المعدل والذي نبّه لإمكانية التنازع في المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان حيث أضيفت هذه النصوص من اللجنة القانونية في مجلس النواب.

العكس، فقضاء أي دولة يكون مختصاً بنظر دعوى البطلان في ظل انطباق التعريف على دولتي مقر؟

ثانياً: أسباب دعوى البطلان

أما أسباب دعوى البطلان حسب قانون التحكيم الأردني فقد وردت على سبيل الحصر وحددت بثمانية أسباب وفقاً لمنطوق المادة 49 [1]، إلا أنه لا بد من الإشارة إلى أن هنالك أسباباً أخرى لإبطال حكم التحكيم غير المنصوص عليها في المادة 49 وردت في القانون ومنها عدم تسبيب حكم التحكيم، أو عدم توقيع الحكم، أو عدم توقيع الأقلية دون إيراد أسباب عدم توقيعها، أو خلو الحكم من البيانات الأساسية مثل مكان وتاريخ صدوره وأسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين

---

(1) تنص المادة 49 على ما يلي:

"أ- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم الا في أي من الحالات التالية:

1- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم صحيحاً ومكتوباً أو كان هذا الاتفاق باطلا أو سقط بانتهاء مدته.

2- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت ابرامه فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذي يحكم أهليته.

3- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرداته.

4- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

5- إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف لهذا القانون أو لاتفاق الطرفين.

6- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الأجزاء الأخيرة وحدها.

7- إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على اجراءات تحكيم باطلة اثرت فيه.

ب- تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم فيما تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة أو إذا وجدت ان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها."

وعناوينهم وجنسياتهم، وقد اعتبر بعض الفقه وبعض القضاء إلى أن هذه الأسباب مشمولة في المادة 49/أ/7، وقال بعض الفقه أن هذه المادة تتسع لأسباب أخرى غير المذكورة نصاً في القانون. [1]

هذا وقد درج الفقه على تقسيم هذه الأسباب لأربعة طوائف هي:

1- بطلان يتعلق بالنظام العام.

2- بطلان يتعلق بالاتفاق على التحكيم.

3- بطلان يتعلق بخصومة التحكيم.

4- بطلان لعدم قابلية النزاع للفصل فيه.

والأول والرابع يقعان ضمن الفقرة ب من المادة 49 أما الثاني فواقع ضمن الفقرات أ/1، أ/2، أ/4 والثالث ضمن الفقرات أ/5، أ/3، أ/7 من المادة 49.

كما قسمت شروط الحكم إلى شروط موضوعية تتعلق بحدود المهمة والحكم النهائي في حين تضمنت الشروط الشكلية ورود الأسماء والعناوين والبيانات الموضوعية مثل أسباب الحكم وأقوال الخصوم. [2]

هذا وقد اعتبرت محكمتا التمييز والاستئناف الأردنيتين من خلال العديد من أحكامهما المتواترة أن رقابتها على حكم التحكيم شكلية إجرائية. [3]

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 718.

(2) التحيوي، محمود السيد (2011). مرجع سابق. ص 26-30 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 180-188 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق ص 73 علي، وليد علي (2019). مرجع سابق. ص 66.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 2006/201 تاريخ 2006/8/21 وقرار محكمة الاستئناف رقم 2010/422 تاريخ 2011/7/14 وقرارها رقم 2010/267 تاريخ 2011/3/29 و2008/293 تاريخ 2010/10/6.

وإننا وبعيداً على التقسيم التقليدي سوف نتبع تقسيماً يعتمد معيار الرقابة القضائية ومعيار العيوب التي قد تشوب الحكم شكلاً أو موضوعاً، وعليه فإننا سنبحث فقط في الأسباب الموضوعية وهي استبعاد القانون الموضوعي المطبق على النزاع وخرق النظام العام وعدم تسبيب الحكم، أما باقي الأسباب فتتعلق بعيوب شكلية والرقابة عليها شكلية بحتة ولا تتناولها الرسالة.

وقد بُحثَ جواز اتفاق الأطراف على تضييق أو توسيع أسباب البطلان، فأيد بعض الفقه هذا التوجه على أساس حرية الأطراف وانتصاراً لمبدأ سلطان الإرادة، في حين رأى جانب آخر عدم جوازه لأنه يهدم الهدف من التحكيم، وقد قضى حكم لمحكمة الاستئناف الاتحادية بأمريكا بجواز اتفاق الأطراف على توسيع الرقابة المنصوص عليها في القانون [1]، ويرى الفقه جواز التضيق فيها حد استبعادها وقد أباحت ذلك بعض التشريعات لتحصين أحكام التحكيم. [2]

ومن دون شك أن تقدير هذا الأمر خاضع للقضاء، وإن كانت صياغة المادة 49 توحي بعدم جواز ذلك، في حين يرى د. فتحي والي أن المشرع المصري لم يحصر حالات البطلان وسنده في ذلك نص المادة 53/ز من القانون المصري والتي تقابلها المادة 49/أ/7 [3] في القانون الأردني حيث تعمم هذه الفقرة برأيه حالات البطلان [4]، وفي حال تبني هذا الرأي فإن المادة 49/أ/7 من القانون الأردني قد تفتح الباب للقضاء للتوسع في أسباب البطلان عند بسط رقابته على الحكم.

---

(1) محمد ياسر، عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 84-85 وعبد الرؤوف، محمد. مجلة التحكيم العربي (2006). عدد 9 شهر (8) القاهرة. ص 33.

(2) المرجع السابق. ص 94 و118 و123 ويورد أمثلة على التشريعات بالقانون السويسري والسويدي والتركي.

(3) تنص الفقرة 53/ز من القانون المصري على: "إذا وقع بطلان في حكم التحكيم، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً أثر في الحكم"، وتنص المادة 49/أ/7 من قانون التحكيم الأردني على: " إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه أو استند الحكم على اجراءات تحكيم باطلة اثرت فيه".

(4) والي، فتحي (2014)، مرجع سابق. ص 718.

أما بخصوص جواز اتفاق الأطراف على أسباب أخرى للبطلان أو الحد منها فقد بحث الفقه في جواز توسيع رقابة القضاء على أحكام التحكيم، وإمكان التوسع أو التضييق فيها وذلك في ضوء النصوص التشريعية المختلفة، ويرى الباحث أن القانون الفرنسي واللبناني تبيح ابتداءً استئناف الحكم وذلك باتفاق الأطراف حسب القانون الفرنسي وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اللبناني، وعليه فإن الباحث يرى جواز توسيع حالات دعوى البطلان في هذه القوانين باتفاق الأطراف، ما دام أن لهم حق استئناف الحكم كله وخضوعه لرقابة محكمة الاستئناف بكليته، فمن باب أولى أن يكون لهما توسيع نطاق البطلان، عدا في التحكيم الدولي والذي لم يجز أصلا الاستئناف، وعلى الرغم أن حرفية النص توحي بعدم جواز ذلك حيث أورد أسباباً محددة للبطلان.

هذا وقد بحث الأمر في الولايات المتحدة الامريكية عدة مرات، ونذكر بهذا الصدد مثلاً قضية (Kyosera) حيث اتفق الأطراف على إضافة عدم تسبيب الحكم والخطأ في الواقع والخطأ في القانون لأسباب البطلان وفعلاً قدم طعن بالبطلان لهذا السبب، وردت المحكمة هذا الطعن لعدم جواز اتفاق الأطراف على توسيع الرقابة المنصوص عليها في المادة 10 من القانون الفيديرالي للتحكيم، ولكن محكمة الاستئناف قررت جواز اتفاق الأطراف على توسيع وسائل الرقابة وأعادت الحكم للمحكمة للحكم بموجب اتفاق الأطراف [1]. وقد أشار د. محمد عبد الرؤوف إلى قرار آخر في قضية (Bowen) في 2001 من الدائرة العاشرة من محكمة الاستئناف الفيديرالية بحكم قضى بعكس ذلك وقضى بعدم جواز اتفاق الأطراف على ما يخالف القانون أو أن يفرضوا على المحاكم قواعد

(1) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 84-86 للاطلاع على تفاصيل القضية حيث أورد تفاصيل القضية
عبد الرؤوف، محمد (2006). "التعديل الاتفاقي لنطاق الرقابة القضائية على أحكام التحكيم". مجلة التحكيم العربي، عدد 9 القاهرة. ص 33-40.

غير متعارف عليها واستبدال القانون بقواعد بديلة. [1] وفي قضية ثالثة (Hall Street V. Matte) صدر حكم فيها من المحكمة العليا الامريكية في عام 2008 ضد حكم محكمة استئناف (Oregon) الفيديرالية وقضت بعدم جواز توسيع الرقابة القضائية على البطلان وفقاً لاتفاق الأطراف خلافاً لأحكام المحاكم الاستئنافية الفيديرالية السابقة. [2]

أما في سويسرا وبلجيكا فقد قُضي بجواز اتفاق الأطراف على تضييق رقابة القضاء، بل وجواز الاتفاق على عدم خضوع الحكم لرقابة القضاء إما بنص قانوني جبري يمنع الطعن في حكم التحكيم أو بنص في القانون يسمح للأطراف بالاتفاق على عدم خضوع الحكم لرقابة القضاء[3].

هذا وكان القانون البلجيكي يمنع تدخل القضاء البلجيكي من خلال منعه قبول دعوى بطلان حكم تحكيم دولي تجاري صادر فيها ما لم يكن أحد أطرافه بلجيكياً أو مكتبه الرئيسي في بلجيكا، وذلك بقصد جذب التحكيم ولكنها عادت عن هذا التوجه وأجازت دعوى البطلان نتيجة تهيب الأطراف وأحجامهم عن التحكيم في بلجيكيا، أما في سويسرا فهناك ثلاثة قوانين تحكيم أحدها الخاص بولاية ما من ولاياتها يعطي رقابة واسعة والثاني يسمح للأطراف غير السويسريين أو غير المقيمين فيها الاتفاق على عدم خضوع الحكم للبطلان والثالث وفقاً لقانون التحكيم السويسري الخاص والذي يحدد أسباب بطلان ضيقة. [4]

أما المشرع الأردني فقد أوصد أبواب مثل هذا الاتفاق فجاء نص المادة 49 من قانون التحكيم الأردني آمراً بعدم قبول دعوى بطلان الحكم الا في الحالات المحددة حصراً.

---

(1) المرجع السباق. ص 38.

(2) مجلة التحكيم (2009). عدد 3. مرجع سابق. ص 946.

(3) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 94-96.

(4) Hunter Martins and Redfern Alen, (2004). Law and practice of international commercial arbitration. 4th edition London:Sweet & Maxwell. page 204-502

الفصل الثالث

دعوى البطلان لسببي استبعاد القانون ومخالفة النظام العام

سنبحث في هذا الفصل في بطلان حكم التحكيم لسببي استبعاد القانون ومخالفة النظام العام من خلال مبحثين، الأول يتعلق باستبعاد القانون واجب التطبيق وماهيته وصوره والثاني في النظام العام.

المبحث الأول

استبعاد القانون واجب التطبيق

لمعالجة هذا الموضوع سيتم التطرق لماهية القانون واجب التطبيق ولتشعب هذا الموضوع واختلاف اجتهاد الفقه فيه وتباين بعض أحكام القضاء سنتعرض له دون إسهاب ولا ابتسار.

من المهم ابتداءً توضيح المقصود بماهية القانون واجب التطبيق وهل المقصود القانون الموضوعي أم الإجرائي؟ أم كليهما؟ حسم المشرع الأردني هذا التساؤل بصريح النص الذي وضعه حيث أورد أنه القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع ما يعني عدم قابلية امتداد السبب ليشمل القانون الإجرائي، وهذا ما ذهب إليه رأي الفقه أيضاً [1]، فبالرغم من ضرورة احترام المحكمين وتقيدهم بالقواعد الإجرائية التي حددها الأطراف أو أشاروا إليها أو القواعد المقرة من الهيئة بغياب اتفاق الأطراف وفقاً لمقتضى المادة 24 من قانون التحكيم الأردني [2] ومراعاة قانون التحكيم

---

(1) القليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 309 علماً أن نص المادة 53/د من قانون التحكيم المصري التي تشير إليها المؤلفة تطابق نص المادة 49/أ/4 حيث تنصان: "إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع".

(2) قانون التحكيم الأردني، المادة 24 والتي تنص:

"أ- لطرفي التحكيم الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم وترتيب أدوار الطرفين في تقديم اللوائح والبينات والمرافعات ووسائل تقديم تلك البينات، كما يجوز للطرفين الاحالة إلى القواعد المتبعة لهذه الغاية لدى أي مركز تحكيم داخل المملكة أو خارجها.

إلاّ أن استبعاد القانون كسبب للبطلان لا يمتد لشمولها، وعليه فسنقصر دراستنا على القانون الموضوعي دون القواعد الإجرائية.

أما بخصوص قواعد الإثبات فيرى د. فتحي والي ان هذه المادة أيضا لا تمتد إلى عدم تطبيق قانون الاثبات حيث أنه قانون إجرائي[1]، في حين يرى د. محمود الشرقاوي أن قانون الاثبات يتضمن قواعد موضوعية وقواعد إجرائية، كما يرى ان اتفاق الفريقين بخصوص قانون الاثبات يجب ان يحترم، فإن لم يتفقا عليه فيجب على هيئة التحكيم ان تحدد قواعد الاثبات المطبقة مع منح الهيئة مرونة في ذلك، إلاّ أنه يرى ان المحكم يبقى مقيداً بالقواعد العامة بهذا الخصوص[2]، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن الأطراف وهيئة التحكيم تتبع في العادة مزيجاً من اجراءات القانون المدني (Civil Law) وإجراءات القانون العرفي (Common Law) مع غلبة قواعد القانون المدني حيث يرى أن مبدأ الافصاح "Disclosure" من القانون العرفي (Common Law) والذي يقضي بأن على كل طرف أن يفصح عن جميع الوثائق التي لديه هو عملية تستهلك الوقت ونادراً ما تؤدي إلى الكشف عن الدليل القطعي. [3]

مع العلم أن بعض مخالفات تطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية أو القواعد الإجرائية قد تنطبق عليها المادة 49/أ/7 [4]، كما تعتبر مخالفة بعض القواعد في قانون أصول المحاكمات

ب- على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً إجرائياً تحدد بموجبه إجراءات التحكيم الواجب اتباعها بما في ذلك البرنامج الزمني للتحكيم والمسائل الواردة في الفقرة السابقة وذلك مع مراعاة أي اتفاق للطرفين بهذا الشأن."

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 733.

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 302-303.

(3) Hunter Martins and Redfern Alen. مرجع سابق. ص 89-90 وقد استعمل المؤلفان عبارة (Smoking gun) التي ترجمناها إلى دليل قطعي.

(4) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 732.

المدنية مخالفة للنظام العام مثل عدم التسبيب وعدم المداولة [1]، ويقتضي التنويه إلى أن بعض أحكام قانون التحكيم قد ترتب البطلان لمخالفة إجراء لم يرض الطرفان بمخالفته أو غير جائز الاتفاق على مخالفته وفقاً لنص المادة "7" من القانون. [2]

وسندرس هذا الموضوع من خلال تقسيم المبحث إلى ثلاثة مطالب يبحث الأول منها تحديد القانون واجب التطبيق والثاني إلزامية تطبيق القانون الموضوعي على النزاع والاستثناءات عليه ويبحث الثالث في مفهوم استبعاد القانون وتقييم استبعاد القانون والتفرقة بين الخطأ في تطبيق القانون واستبعاده.

المطلب الأول
تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع ونطاقه

إن الأصل أعمال إرادة الأطراف باختيارهم للقانون واجب التطبيق تطبيقاً لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص، ويقومان بهذا التحديد إما بالنص عليه في العقد موضوع النزاع أو في اتفاق التحكيم، ولكن يحصل ألا يتفق الأطراف على القانون إما لاختلافهم أو لغفلة عن ذلك وسنبحث في هذا المطلب حالات تحديد القانون واجب التطبيق ونطاقه وما يدخل في مجاله من خلال فروع ثلاثة.

الفرع الأول: تحديد القانون واجب التطبيق

سنبحث آلية تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع في حالة اتفاق الأطراف وفي حالة غيبة هذا الاتفاق.

---

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 1. مرجع سباق. ص 527 قرار محكمة استئناف القاهرة 124/104ق تاريخ 2008/5/6 وص 533-540 قرار رقم 124/102ق تاريخ 2008/4/22.

(2) قانون التحكيم الأردني رقم 16 لعام 2018 المعدل لقانون رقم 31 لسنة 2001 – المادة 7 التي تنص على: "إذا استمر أحد طرفي النزاع في اجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لشرط في اتفاق التحكيم أو لحكم من أحكام هذا القانون مما يجوز الاتفاق على مخالفته ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الموعد المتفق عليه أو في وقت معقول عند عدم الاتفاق، يعتبر ذلك نزولاً منه عن حقه في الاعتراض".

أولا: اتفاق الأطراف

أورد المشرع الأردني جواز اتفاق الاطراف على القانون المطبق على موضوع النزاع حتى لو كان القانون اجنبياً أي قانون دولة أخرى غير الأردن وذلك من خلال نص الفقرة "أ" من المادة 36 من قانون التحكيم الأردني والتي تنص: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين". (1)

ويلاحظ أن نص الفقرة أعلاه أشار ابتداء إلى إمكانية اتفاق الأطراف على تطبيق قواعد قانونية بما في ذلك قانون دولة ما، ويرى بعض الفقه ويتفق الباحث معه في ذلك أن عبارة القواعد القانونية تحتمل معنى أعم من قانون محدد معين من ناحية، كما تحمل معنى قواعد أخص من هذا القانون ذي العلاقة، حيث قد تقتصر على شروط أو إحالات لاتفاقيات معينة أو جزءاً من قانون معين. (2)

ويرى جانب من الفقه انها قد تتضمن نظاماً قانونياً ما مثل تطبيق الشريعة الاسلامية أو مبادئ الشريعة الاسلامية أو قواعدها، ومن نافلة القول أنه لا يشترط أن يكون القانون الإجرائي المتبع هو قانون الدولة التي اتفق على تطبيق قانونها الموضوعي، وان تطبيق قانون دولة ما على موضوع النزاع يشمل الاتفاقيات التي ابرمتها تلك الدولة[3]، ويتفق الباحث مع هذا الرأي بشرط ان تكون هذه الاتفاقيات مرت بكل مراحلها الدستورية لكي تكون جزءاً من النظام القانوني للدولة.

وتضمنت الفقرة أن القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه من الخصوم يطبق دون قواعد التنازع فيه منعاً لتطبيق قانون موضوعي تحيل إليه القواعد خلافاً لنية الأطراف، ويكاد الفقه أن يجمع ان

---

(1) قانون التحكيم الأردني.

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 400.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 532-533.

استثناء تطبيق قواعد الاسناد أمر خاضع لاتفاق الأطراف فإن طلبوا تطبيق قواعد الاسناد أو الغوا استثناءها فيتم اتباع إرادة الأطراف. [1]

ويرى الباحث أن هذا الامر ليس مسلماً فيه، فمع وجاهة ان تحديد القانون اصلاً للأطراف، ومن له سلطة تحديد الأصل له سلطة تحديد الفرع أيضا، فإن أراد الخصوم التقيد بهذه القواعد يجب الخضوع لإرادتهم، إلاّ أن المشرع عندما أجاز من خلال العديد من مواد القانون اتفاق الاطراف على مخالفة ما ورد فيه فقد نص على هذا الجواز بوضوح أو بعبارات تفيده مثل "ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك" "إذا اتفق الأطراف على ذلك" أما في المادة 36/أ فلم ترد مثل هذه العبارات مما يعني ان المشرع وضع نصاً ملزماً. وتأسيساً على ذلك يرى الباحث أن ايراد هذا النص من المشرع هو لتلافي تعقيدات تنازع القوانين بموجب قواعد الاسناد، وجاءت هذه الصيغة بقصد تحقيق غاية التحكيم بسرعة الفصل في النزاع، ومن ثم في بسط رقابة القضاء على استبعاد القانون المطبق من عدمه، وفي حال تطبيق قواعد الاسناد فان مسألة مراقبة استبعاد القانون قد تقتضي مراجعة عدة قوانين أجنبية، وتؤخر الفصل في النزاع.

ونختم بأن اتفاق الأطراف على تطبيق قانون أو قواعد قانونية على موضوع النزاع ملزم لهيئة التحكيم فلا يجوز لها الخروج عليه. ومع ذلك فان د. فتحي والي يرى أن اتفاق الأطراف على قواعد قانونية لا يلزم الهيئة بتطبيقها بالذات إذا كانت غير ذات صلة وان كل ما يسع الأطراف صنعه أو عمله هو اختيار قانون دولة ما أو نظام قانوني ما أو مجموعة قواعد معينة كقواعد الأعراف. [2]

---

(1) والي، فتحي (2014). المرجع السابق. ص 534 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 400 والقليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 125.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 536.

ثانيا: القانون المطبق في غياب اتفاق الاطراف

لقد عالج المشرع مسألة غياب اتفاق الاطراف بأن نص في الفقرة "ب" من المادة 36: "إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الاكثر اتصالا بالنزاع"، أي في حال هذه الغيبة (وهذا امر محتمل) فإن هيئة التحكيم تحدد القانون واجب التطبيق أو القواعد القانونية لتطبيقها على موضوع النزاع، ويرى الفقه أن على هيئة التحكيم في هذه الحالة ان تطبق القانون الأكثر اتصالاً بالنزاع حسبما نصت عليه المادة "36" من قانون التحكيم الأردني. [1]

وللهيئة في هذه الحالة الاسترشاد بقواعد لاختيار قانون بلد ما وتطبيق قواعد الإسناد فيه، وقد يكون قانون بلد المحكم أو بلد مكان التحكيم (مقر التحكيم)، أو بلد مكان تنفيذ الالتزام، أو بلد تنفيذ الحكم[2]، في حين يرى جانبٌ آخر من الفقه أن هذا المبدأ يطبق فقط بخصوص التحكيم الدولي أما في التحكيم الداخلي فإن هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الوطني للدولة رغم عدم النص صراحة على ذلك [3]، أما المشرع الفرنسي فرغم أنه لم يورد نصاً على استبعاد تطبيق القانون واجب التطبيق كسبب للبطلان، فقد نص على القانون واجب التطبيق في التحكيم الداخلي عندما نصت في المادة 1478 من قانون التحكيم الفرنسي على أن هيئة التحكيم يجب أن تحكم بموجب القانون (In Accordance with law) ما لم يفوضها الأطراف بالحكم بالصلح، ومؤدى هذا النص هو تطبيق القانون الفرنسي ولم تنص على جواز اتفاق الاطراف على قانون آخر، في حين أجازته في

---

(1) قانون التحكيم الأردني.

(2) سامي، فوزي (2015). مرجع سابق. ص 179-183.

(3) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 401.

القسم المتعلق بالتحكيم الدولي في المادة 1511 حيث نصت على وجوب الحكم وفقاً للقانون الذي يختاره الأطراف فإن لم يتفقوا فبموجب القانون الأنسب. [1]

وقد سارت على ذات النهج قواعد المؤسسات التحكيمية مثل قواعد (ICC)، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري والدولي، وقواعد لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (Uncitral)، بتفويض الهيئة باختيار القانون الأنسب، أما القانون النموذجي للأمم المتحدة (Uncitral Model Law) فنص على تطبيق القانون الذي تحدده قواعد الاسناد التي ترى الهيئة انها واجبة التطبيق.[2]

ويرى د. محمود البريري أن القانون المصري (وبالتالي القانون الأردني كون النص متماثلا في القانونين) أكثر مرونة في اعطاء هيئة التحكيم اختيار القانون الموضوعي مما هو في القانون النموذجي كون الأخير يقيد هيئة التحكيم بقواعد الاسناد في القانون الذي اختاروه أولاً [3]، ويرى الباحث أن المرونة عملياً نفسها حيث أن لهيئة التحكيم ابتداءً سلطة واسعة ومرونة ومتروك لتقديرها اختيار القانون الذي ستطبق قواعد الاسناد الواردة فيه.

ويرى بعض آخر من الفقه أن هيئة التحكيم عند تطبيقها قانونا ما اختاره الأطراف لا تتقيد بالقواعد الآمرة إذا اتفق الأطراف على ذلك [4]، ويرى د. فتحي والي أنه عند الاتفاق على تطبيق قاعدة قانونية يعني تطبيق النظام القانوني أو القانون التي وردت فيه أو العرف أو العادات الجارية[5]. ويرى هذا الجانب أنه في حال اتفاق الاطراف على قواعد معينة مع التقيد بالقواعد الآمرة يجب

---

(1) قانون التحكيم الفرنسي.

(2) Mistelis, Loukas. مرجع سابق. ص 890.

(3) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 135.

(4) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 536، 539 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 132.

(5) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 533-534.

الخضوع لإرادة الأطراف وفي حال عدم تقييدها بالقواعد الآمرة فإن المحكمين لا يتبعون قواعد النظام العام الداخلي.

في حين يرى جانب من الفقه وجوب تتقيد الهيئة بالقواعد الآمرة في القانون الذي اختاره الأطراف بكل الأحوال، حيث وبالرغم من إمكان تجاوز هذا التقيد في حال التحكيم الدولي بالاستناد إلى اتفاقية نيويورك والتي تطبق القواعد الآمرة للنظام العام الدولي، فإن تنفيذ الحكم عملياً لا يمكن أن يتم في حال عدم التقيد بهذه القواعد، ويرى هذا الجانب من الفقه أن تغليب النظام العام الدولي ليس إلاّ من قبيل ترجيح مصالح دول الشمال على الدول الجنوب. [1]

الفرع الثاني: نطاق القانون واجب التطبيق

بحث الفقه فيما يدخل في نطاق القانون واجب التطبيق أو في مجاله سواء من حيث فرع القانون واجب التطبيق أو شروط العقد، وتالياً نبذة عن اجتهاد الفقه والقضاء بهذا الخصوص.

أولا: فرع القانون واجب التطبيق

ان تحديد قانون دولة ما أو نظام قانوني ما سواء باتفاق الأطراف أو باختيار الهيئة لهذا القانون الاكثر اتصالا بالنزاع قد لا يكون كافياً بحد ذاته، حيث يتوجب تحديد الفرع ذي العلاقة من القانون، فهل يطبق القانون المدني فقط على نزاع سواء كان مدنياً أو تجارياً أم يتوجب تطبيق القانون التجاري على النزاع التجاري؟ ويطبق القانون الإداري فقط إذا كان النزاع بخصوص عقد إداري؟ ويتوجه الفقه إلى ضرورة التقيد بفرع القانون الذي يتعلق النزاع فيه. [2]

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 133-134.

(2) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 537.

أما القضاء فلم يتبع نهجاً واحدا أو طريقا ثابتا بهذا الخصوص، حيث اختلفت أحكامه واختلف رأي الفقه أيضا بخصوص هذه الأحكام كما اختلف موقف الفقه في تقدير جزاء مخالفة هذا المنحى، وهو ما سنتناوله تالياً عند بحث حالات استبعاد القانون واجب التطبيق.

ثانيا: تطبيق شروط العقد

لقد اشارت الفقرة "ج من المادة 36" إلى ضرورة مراعاة شروط العقد عند تطبيق القانون الموضوعي على النزاع، ويبدو هذا طبيعياً جداً حيث ان العقد شريعة المتعاقدين، ومن باب أولى تطبيق شروط العقد بما لا يخالف القواعد الآمرة في القانون، ويبدو ان هذا النص المأخوذ أيضا من قواعد لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية الـ (Uncitral) تم إيراده لاحتمال اختيار الاطراف أو الهيئة قانوناً لتطبيقه على النزاع غير القانون الذي انبثق منه العقد، أو لاحتمال تضمن العقد شروطاً تخالف بعض قواعد القانون المطبق على النزاع، وعلى أساس ان هذه الشروط قواعد عقدية تمثل ارادة الأطراف تعلو على القواعد القانونية المتفق عليها، ويرى جانب من الفقه ان شروط العقد إذا تضمنت ما يخالف النظام العام الداخلي فيجب على هيئة التحكيم ترجيح هذه الشروط على متطلبات النظام العام الداخلي وفقط تستثنى القواعد التي تخالف النظام العام الدولي[1]. في حين يرى جانب آخر من الفقه أن هذا النص من لزوم ما لا يلزم، حيث أنه بديهي، وأن على هيئة التحكيم أن تولي تطبيق شروط العقد الأهمية الأكبر من تطبيق القانون وأن تقدمها عليه عدا ما يتعارض مع قواعد النظام العام [2] وتشمل شروطاً تعاقدية نموذجية أو قواعد موضوعية موحدة، فالقواعد المتفق عليها الواردة في الفقرة "ب" وفقاً لهذا الجانب من الفقه تشمل عدة قواعد قانونية مختارة منهم وقد

(1) المرجع السابق. ص 539.

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 410.

تكون من أكثر من قانون وهذه القواعد هي قانون عقدهم والتي من ضمنها شروط نموذجية للعقود مثل "الفيديك" مثلاً. [1]

ويرى الباحث أن اتفاق الاطراف على قواعد قانونية ما، يجب ان لا تتضمن قواعد من عدة انظمة قانونية أو من عدة قوانين، حيث يصعب في هذه الحالة بسط رقابة المحكمة على تطبيق القانون أو استبعاده، كما أنه يصعب مراقبة تقيد هيئة التحكيم بالقواعد الآمرة للنظام القانوني أو القانون ذي العلاقة، حيث بتعدد القوانين قد تتضارب هذه القواعد، فحتى عند تطبيق الشروط التعاقدية وإن كانت أعم من القانون المحدد يجب أن تخضع لاعتباراته.

الفرع الثالث: تطبيق القواعد والأعراف التجارية

تنص الفقرة "ج" من المادة 36 على أنه "يجب بكل الأحوال وعند الفصل في الموضوع مراعاة شروط العقد موضوع النزاع، وأن تراعى أيضا الأعراف الجارية والعادات المتبعة وما جرى عليه التعامل بين أطراف النزاع"، وقد اعتبر جانب من الفقه أن هذه الفقرة تتعلق بشروط اتفق عليها الأطراف لتحديد الحقوق والالتزامات وهي تتميز عن القواعد التي يتفق عليها الأطراف الواردة في الفقرة "ب"، حيث أن الفقرة "ب" تتعلق بقواعد في القانون ولذا فإن الفقرة "ج" وبعد الإشارة لشروط العقد أشارت إلى الأعراف التجارية والعادات المتبعة وهي مصدر من مصادر القانون ذي العلاقة غير المكتوبة وسواء اختار الأطراف القانون أم اختارته الهيئة ولذا جاءت الأعراف في الفقرة الثالثة[2].

(1) المرجع السابق ص 400.

(2) المرجع السابق. ص 410-412.

يبقى أن نشير إلى أن الاعراف والعادات التجارية تطبق بوصفها مصدراً من مصادر القانون ولكنها لا تمتد إلى الأعراف المسماة "بقانون التجار (Lex Mercaoria)" [1] حيث يصعب إضفاء صفة القانون عليها، رغم أن بعض الفقه يعتد بها ويبيح القانون الفرنسي الاستناد اليها، في حين يرى الفقه الانجليزي عكس ذلك ويرى انها ليست قانوناً، وانما قواعد من العصر الروماني والعصور الوسطى وترفضها قوانين عديدة ما يحرمها من أن تكون نظاماً قانونياً. [2]

وفي الختام لا بد من الاشارة إلى موقف بعض الفقه الانجلو سكسوني في مجال القانون واجب التطبيق والذي يرى أن تحديد القانون واجب التطبيق في الواقع العملي له دور اقل بكثير حيث أن غالبية العقود تصاغ من رجال أعمال مختصين مع محامين يركزون على المصاعب والنزاعات المحتملة ما يجعل تفسير العقد ذا أهمية أكبر بكثير، ويكون له دور أكبر من القانون، وأن الوقائع تلعب دوراً أكبر من القانون وان كان ذلك لا يعني الفراغ القانوني [3]، وهذا الموقف يبدو طبيعيا في دول أنظمة القانون العام (Common Law).

---

(1) الشرقاوي، محمود سمير (2000). "القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة التحكيم العربي، عدد 2 شهر 1، القاهرة. ص 23-29.

(2) المرجع السابق. ص 138 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 407-413.

(3) Hunter Martins and Redfern Alen. مرجع سابق. ص 129-130.

المطلب الثاني

إلزامية التقيد بالقانون والاستثناءات على القانون واجب التطبيق

سنبحث في هذا المطلب إمكانية اتفاق الأطراف على عدم الحكم بموجب القانون والاستثناءات الواردة بهذا الخصوص من خلال فرعين يتناول الأول الحكم بالصلح وتطبيق قواعد العدالة والثاني بالاستثناءات.

الفرع الأول: الحكم بالصلح وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف

لقد نصت الفقرة "د" من المادة 36/د على ما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح ان تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والانصاف دون التقيد بأحكام القانون".

وبموجب هذا النص فإن الحكم بالنزاع ووفقاً لقواعد العدالة والانصاف ودون التقيد بأحكام القانون جائز بشرط أن يتم تفويض الاطراف للهيئة بذلك، وهذا التفويض يعطي هيئة التحكيم الحق بإصدار حكمها دون التقيد بالقانون، وهذا التفويض يمكن أن يكون مسبقاً ويمكن أن يتم أثناء إجراءات التحكيم ولكن التفويض يجب أن يكون صريحا ولا يستنتج استنتاجاً، وعليه يرى الفقه أن الاتفاق على عدم جواز الطعن بالحكم لا يعني تفويضاً بالصلح كما أن عدم اتفاق الخصوم على القانون لا يعني تفويضا بالصلح ويجب أن تكون إرادة الخصوم بذلك واضحة. [1]

ومقتضى هذه المادة هو تحرير هيئة التحكيم من التقيد بقواعد القانون عند الفصل في النزاع فيمكنها ان تحكم دون الاستناد إلى قواعد القانون، كما لهيئة التحكيم أن تتحرر أيضا من تطبيق

---

(1) أبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح. مرجع سابق. ص 170-171 شحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين. القاهرة: دار النهضة العربية. ص 399-401 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق ص 140-141.

شروط العقد، وكل ذلك مشروط بعدم مخالفة النظام العام، مع جواز مخالفة القواعد الآمرة المقررة لمصلحة الخصوم والتحرر من النظام العام الداخلي[1]، وهذا الجواز لا يعني أبداً خروج هيئة التحكيم عن حدود المهمة، ولا يجوز لها أيضا أن تهدر قواعد التقاضي الأساسية بما فيها مبادئ المواجهة والمساواة بين الخصوم، كما أن على هيئة التحكيم أن تعلل وتسبب الحكم بما فيه الاشارة إلى قاعدة العدالة التي تستند اليها أو معيار الانصاف في حكمها[2]، ومع ذلك فإن د. محمود مختار البريري يقول أن مخالفة القواعد الآمرة والنظام العام الداخلي أمر منتقد مثلما ينتقد أيضا إباحة عدم اتفاق الاطراف على القانون واجب التطبيق وكذلك تفويض الهيئة بالصلح. [3]

والتساؤل الأهم معنى الحكم وفقا لقواعد العدالة والانصاف، وهل يجوز الحكم بالقانون مع التفويض بالصلح، لقد اختلف الفقه في معنى الحكم بالصلح فيرى جانب منه ان التفويض بالصلح يقتضي حكماً عدم الحكم لأي طرف بكل طلباته مستندين في ذلك لتعريف الصلح ومقتضيات المادة 549 من القانون المدني المصري [4]، ويرى بعض الفقه ان ذلك يبقى قائماً حتى لو لم تكن هناك دعوى متقابلة وفي هذه الحالة يجب عدم الحكم للطرف الآخر بكل طلباته [5]، أما معظم الفقه فيرى

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 531 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 142 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 397 وشحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين مرجع سابق. ص 404-405.

(2) أبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح. مرجع سابق. ص 166-169 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 140-141 والتحيوي، محمود السيد (2011). مرجع سابق. ص 124 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 529 وشحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين مرجع سابق. ص 402.

(3) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 144-145.

(4) أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم وإجراءاته. مرجع سابق. ص 194-196 وقد أورد نص المادة 549 "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

(5) التحيوي، محمود السيد (2011). مرجع سابق. ص 124-125 وأبو الوفا، احمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح. مرجع سابق. ص 166.

ان الحكم بموجب تفويض بالصلح لا يعني ذلك وممكن لهيئة التحكيم ان تحكم لطرف بكل طلباته وعدم الحكم للطرف الاخر بأي شيء. حيث انه ليس حلاً وسطاً [1]، وعلى هذا الأساس فقد انتقد بعض الفقه الصياغة حين ربطت بين قواعد العدالة والانصاف التي تجيز الحكم لطرف بكل طلباته والتفويض بالصلح والذي يقضي بعدم جواز ذلك. [2]

وأحكام الصلح في القانون المصري تقابله في القانون الأردني المواد "647-657" والتي لا تتضمن أصلاً نصاً بالتنازل المتبادل بين الطرفين عن جزء من ادعاءاته [3] وعليه فإنه وحسب القانون الأردني فإن تفويض الهيئة بالصلح إنما هو تفويض بتطبيق قواعد العدالة والإنصاف والحكم بما يوافقهما دون التقيد بالقانون أو شروط العقد.

إن قواعد العدالة والانصاف تجيز لهيئة التحكيم عدم التقيد بالقواعد القانونية بما في ذلك الحكم بالمقاصة دون انطباق شروطها، والحد من التعويض، واستبعاد قاعدة قانونية وعدم تطبيقها، أو تجاهل نص قانوني بما في ذلك عدم تطبيق شروط العقد، وعدم تطبيق قواعد التقادم شريطة ثبوت الحق فيه واكتمال مدته، كما يمكن تطبيق الاعراف التجارية بما فيها اعراف قانون التجار (Lex Mercaoria)، الاّ أن ذلك لا يمنع الحكم بموجب القانون فيجوز لهيئة التحكيم ان تحكم بموجب القواعد القانونية رغم تفويضها بالصلح [4]. إلاّ أنه وبكل الأحوال يجب تسبيب الحكم بما في

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 530 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 140-141 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 397 وشحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين. مرجع سابق. ص 399-401.

(2) منصور، ياسر عبد السلام (2014). مرجع سابق. ص 88-89.

(3) القانون المدني الأردني.

(4) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 529 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 142 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 397.

ذلك تسبيب توافق ما توصلت إليه الهيئة مع قواعد العدالة والانصاف خروجاً على القانون، أما عند تطبيق قاعدة قانونية فيجب تبيان توافقها مع قواعد العدالة والانصاف والا كان الحكم باطلاً. [1]

بقي أن نقول أن التحكيم بالصلح يجيز عدم تطبيق قواعد أصول المحاكمات المدنية (عدا مبادئ التقاضي الأساسية كما سلف ذكره) ولكنه لا يجيز الحكم بالعلم الشخصي أو بصدوره بعد ميعاد التحكيم، كما لا يجوز تعديل شروط العقد أو اقتصاديته تحت طائلة البطلان[2]، كما أن هذا الحكم يقبل الطعن وقد نص على ذلك قانون التحكيم الأردني والمصري والفرنسي والمغربي، أما القانون اللبناني فلم يجز استئنافه الا باتفاق صريح للخصوم وبهذا المفهوم فإنه يقبل الطعن بالبطلان سنداً للمادة 800 من قانون التحكيم اللبناني[3]، ويجوز الطعن بالحكم التحكيمي بإجماع معظم الفقه وهذا ما يقوله د. فتحي والي، ود. محمود مختار البريري ومحمد نور شحاته ومحمود الشرقاوي. [4]

ويختلف مع هذا الطرح بعض الفقه والذي يرى عدم جواز الطعن فيه، حيث يرى د. محمود السيد التحيوي ان الحكم الصادر من هيئة تحكيم مفوضة بالصلح لا يجوز الطعن فيه الا باتفاق

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 529 ومجلة التحكيم (2009). مجلة فصلية عدد 4 شهر 10 بيروت. ص 377 قرار محكمة استئناف بيروت بتاريخ 2007/10/16 والذي ورد فيه: "أن المحكمين فيما ذهبوا إليه باعتبارهم أنه لا يجوز لهم تطبيق قواعد الانصاف في امور مصيرية لمدة الشركة قد عرضوا قرارهم للإبطال لخروجهم عن المهمة، ولا يمكن للمحكمين أن يستبعدوا مبادئ الانصاف لتعارضها مع بعض بنود العقد، وكان عليهم ان يركزوا على مبادئ الانصاف حتى لو جاء حكمهم مطابقاً للقانون."

(2) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 397 وبذات المعنى أيضا والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 528–530 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 142–145 وأبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح مرجع سابق. ص 171 والتحيوي، محمود السيد (2011). مرجع سابق. ص 122–123، 127–129، 136 وشحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين مرجع سابق. ص 400.

(3) قانون التحكيم اللبناني.

(4) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 397 وبذات المعنى أيضا والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 528–530 وأبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء والصلح. مرجع سابق. ص 297 وشحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين. مرجع سابق. ص 369.

الأطراف [1]، ويتفق معه في ذلك د. أحمد أبو الوفا عند الطعن بالاستئناف في حين يخالفه في ذلك في دعوى البطلان حيث يرى أن الطعن من خلال دعوى البطلان يبقى جائزاً حتى عند التفويض بالصلح. [2]

وفي الختام فان المسألة ليست في مدى توافق الحكم الصادر من هيئة التحكيم وفقاً لقواعد العدالة عند تفويضها بالصلح مع اجتهاد الفقه أو حتى مع اجتهاد القضاء بهذا الخصوص، ولكن المسألة هي في تلك الأحكام المفترض أنها صادرة بموجب القانون ودون تفويض بالصلح ولكنها من الناحية الفعلية تطبق قواعد العدالة والانصاف، بل وأحياناً تتجاوز حتى قواعد العدالة والانصاف بحيث تكون عملياً صلحاً يمثل حلولاً وسطاً أقرب إلى التسوية ودون تعليل حقيقي كاف يبرر توافق قرارات الهيئة مع القانون أو مع قواعد العدالة والانصاف وهو ما سنبحثه في الفصل القادم حيث يشكل هذا استبعاداً للقانون وفقاً لاجتهاد القضاء المصري. [3]

الفرع الثاني: الاستثناءات على حرية الأطراف وهيئة التحكيم في اختيار القانون المطبق على النزاع

إن حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على النزاع تبدو مطلقة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وفي غياب اتفاق الأطراف فإن المشرع منح هذه الصلاحية لهيئة التحكيم، وجواز اختيارها لأي قانون يجعل حريتها أيضا مطلقة إلى درجة أن د. محمود مختار البريري يقول إرادة الهيئة محررة من أي قيد حتى أنها قد تختار قانونا منبت الصلة بكل نواحي النزاع ولا يتصل لا بجنسية الأطراف، ولا مكان التحكيم، ولا مكان إبرام أو تنفيذ العقد، وهذه وجهة نظر واجبة التأمل حيث يعود ويقول أنه

---

(1) التحيوي، محمود السيد (2011). مرجع سابق. ص 122.

(2) أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم وإجراءاته. مرجع سابق. ص 191 و336.

(3) مجلة التحكيم (2010). عدد 6 شهر 4، بيروت. ص 522–526 قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 72 لسنة 117ق تاريخ 2002/1/8.

ممكن اكتشاف انحراف هيئة التحكيم عند اختيارها للقانون الموضوعي ولكن لا بطلان على هذا الانحراف[1]، إلاّ أن بعضاً آخر من الفقه يشير إلى أن هذه الحرية عليها قيود سواء كان القانون من اختيار الاطراف أو من الهيئة. فإضافة لما تم بيانه من رأي هذا الجانب من الفقه حول القانون الاكثر اتصالا بالنزاع أو الزامية التقيد ببعض القواعد الآمرة في القانون حتى لو اتفق الاطراف على الاعفاء منها، فإن هنالك استثناءات على هذا الاختيار حيث تكون هيئة التحكيم ملزمة بتطبيق القانون الوطني لبلد المقر.

هذا الالزام متعلق فيما يسمى بتطبيق قوانين البوليس، وتعرف قوانين البوليس بأنها تلك القوانين التي تمس الأمن الاقتصادي للبلد، ما يجعل المشرع يمنع أحياناً هيئات التحكيم من نظر النزاعات الناشئة عنها ويسلب هذا الاختصاص من نظام التحكيم أصلاً ويحصره بمحاكم الدولة، بالتالي يمنع تطبيق أي قانون آخر عليها حتى لو أجاز التحكيم فيها استثناءً.

لقد استقر اجتهاد القانون الدولي الخاص على عدم جواز الاتفاق على تطبيق قانون آخر مخالف لقوانين البوليس [2]، ورأى جانب من الفقه المصري على أن هذه القوانين تشمل قانون التجارة البحرية والعقارية [3] وكذلك عقود نقل التكنولوجيا، وعقد النقل البحري، وقانون إيجار الأماكن. [4]

ويرى الباحث أن القوانين الملزمة أردنياً، أي قوانين البوليس الأردنية هي قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين، والقوانين الخاصة بالنزاعات المتعلقة بعقار في الأردن وقوانين الجمارك والضريبة وقانون

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 135.

(2) المصري، محمد وليد (2016). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص. ط3، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. ص65-69.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 532 والبريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 132.

(4) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 770 والقليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 126-148.

منع الاحتكار والمنافسة غير المشروعة وقوانين حماية المستهلك وعقود العمل وقانون التجارة البحرية، وقد أورد د. محمد وليد المصري القوانين الأربعة الأخيرة فقط عند بحثه في قوانين البوليس الأردنية [1]

المطلب الثالث

استبعاد القانون والخطأ في تطبيقه كسبب للبطلان وتقدير موقف القضاء والفقه منه

سنبحث في هذا المطلب أحكام التشريعات المختلفة المتعلقة بمخالفة تطبيق القانون واجب التطبيق كسبب للبطلان حيث سنلقي الضوء على التشريعات التي لم تنص عليه وتلك التي نصت عليه سواء باستبعاد القانون أو الخطأ في تطبيقه وماهية القانون المستبعد ونطاقه وتقدير موقف القضاء من معنى الاستبعاد والخطأ في تطبيقه من خلال فرعين.

الفرع الأول: موقف التشريعات المختلفة من مخالفة القانون كسبب البطلان

إن التشريعات التحكيمية المختلفة لم تتفق على توجه حول تطبيق القانون كسبب للبطلان فبعض التشريعات لم تورد عدم تطبيق القانون كسبب للبطلان وبعضها الآخر نص على استبعاد القانون كسبب للبطلان في حين ذهبت تشريعات أخرى للنص على الخطأ في تطبيق القانون كسبب للبطلان.

أولا: التشريعات التي لا تتضمن الاشارة إلى تطبيق القانون الموضوعي كسبب للبطلان

ان القانون النموذجي للأمم المتحدة (Uncitral Model Law) حصر الاعتراض على حكم التحكيم بدعوى البطلان وفقاً للمادة 34 من القانون النموذجي وعددت حالاته وليس من ضمنها مخالفة القانون الذي اختاره الاطراف أو استبعاد هذا القانون. [2]

---

(1) المصري، محمد وليد (2016). مرجع سابق. ص 69-71.

(2) Mistelis Loukas. مرجع سابق. ص 899-900.

أما قانون التحكيم الفرنسي فهو أيضا لم يتضمن نصا حول استبعاد أو عدم تطبيق القانون واجب التطبيق كسبب لدعوى بطلان حكم التحكيم الدولي أو دعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي ان لم يكن متاحاً استئناف الحكم باتفاق الفريقين، وعلى ذات النهج سار قانون التحكيم اللبناني ومسطرة التحكيم المغربية.

ولكن غياب النص هذا لا يمنع من أعمال استبعاد القانون، حيث أن هذه القوانين تضمنت إبطال حكم التحكيم في حال تجاوز هيئة التحكيم لمهمتها [1] والتي تتسع لاستبعاد القانون أو تطبيق قانون آخر، كما أن بعض القوانين العربية التي اعتمدت على القانون النموذجي لم تورد في اسباب البطلان ما يشير إلى القانون المطبق على موضوع النزاع. ومنها القانون البحريني، والقانون القطري والاماراتي والتونسي ولكنها حكماً مشمولة في خروج الهيئة عن المهمة أو اتفاق التحكيم. [2] وقد صدرت أحكام القضاء في بعض الدول بهذا المعنى، كما سنبين لاحقاً.

---

(1) المواد ذوات الأرقام 1492 من القانون الفرنسي و800 من القانون اللبناني و36ق الفصل 327 من مسطرة التحكيم المغربية.

(2) نص قانون التحكيم البحريني رقم 9 لعام 2015 في المادة الأولى/1 على ما يلي: "تسري أحكام قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المرافق لهذا القانون على كل تحكيم أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في المملكة أو في خارجها واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام القانون المرافق"، في حين نصت المادة 2/33 من القانون القطري لسنة 2017 على ما يلي: "لا تُقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا إذا قدم طالب البطلان دليلاً يثبت أي من الحالات التالية: أ- أن أحد أطراف اتفاق التحكيم وقت إبرامه كان فاقداً للأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته، أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح، وفقاً للقانون الذي اتفق الأطراف على أن يسرى علي هذا الاتفاق، أو وفقاً لهذا القانون إذا لم يتفقوا على ذلك. ب- أن طالب الإبطال لم يُعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم، أو تعذر على طالب الإبطال تقديم دفاعه لأي سبب آخر خارج عن إرادته. ج- أن حكم التحكيم قد فصل في أمور لا يشملها اتفاق التحكيم، أو جاوز حدود هذا الاتفاق. ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة فقط. د- أن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين أو إجراءات التحكيم، قد تم بالمخالفة لما اتفق عليه الأطراف وذلك ما لم يكن الاتفاق متعارضاً مع أحد أحكام هذا القانون مما لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، أو في حالة عدم وجود اتفاق أن يكون ذلك قد تم على وجه مخالف لهذا القانون".

ثانيا: القوانين التي نصت على استبعاد القانون كسبب لدعوى البطلان

إن بعض التشريعات التي أخذت عن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية (Uncitral) أو القانون النموذجي نصت على استبعاد القانون الذي اتفق عليه الأطراف كسبب من أسباب البطلان ومن هذه التشريعات القانون المصري، القانون الأردني، القانون السوري، القانون العُماني حيث تضمنت هذه التشريعات في المادة الخاصة بأسباب دعوى البطلان سبب استبعاد القانون الذي اتفق الاطراف على تطبيقه. [1]

لقد اعتبر بعض الفقه أن ايراد هذا النص هو من قبيل التوسع في اسباب البطلان، وكان الأولى التقيد بالقانون النموذجي وعدم ايراده تشجيعاً للتحكيم الدولي، حيث أن المجتمع الدولي لا يعترف بهذا السبب وخصوصاً أن هذا السبب غير موجود في اتفاقية نيويورك [2]، ويقول د. فتحي والي ان هذا السبب علاوة على أنه ليس موجوداً في القانون النموذجي ولا في اتفاقية نيويورك فان مشروع القانون الأصلي لم يحتو عليه الا أنه أضيف بناء على رأي اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية كون عدم تطبيق القوانين المتفق عليها يشكل مخالفة لاتفاق الأطراف[3]، وقد أخذ المشرع الأردني ذات النص عن المشرع المصري.

الفرع الثاني: ماهية القانون المستبعد ومعيار التفرقة بين استبعاد القانون والخطأ في تطبيقه

إن صياغة المشرع المتعلقة باستبعاد تطبيق القانون واجب التطبيق كسبب للبطلان أثارت تساؤلات حول ماهية القانون المقصود ومعيار التفرقة بين الخطأ في التطبيق والاستبعاد وتسببت في مواقف متباينة من معيار التفرقة وقصد المشرع.

---

(1) نص المادة 7/أ/4 من القانون الأردني، ونص المادة 1/53/د من القانون المصري ونص المادة 1/50/د من القانون السوري ونص المادة 1/53/د من القانون العُماني.

(2) منصور، ياسر عبد السلام (2014). مرجع سابق. ص 78-79.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 731-732.

أولاً: ماهية القانون المستبعد ونطاقه

1- القانون المستبعد

ان نص المادة 49/أ/4 من قانون التحكيم الأردني يحصر انطباق هذه المادة بشرطين الأول استبعاد القانون والثاني أن يكون الاستبعاد للقانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، ما يبعد رقابة القضاء عن حالة استبعاد القانون الذي اختارته الهيئة في حال عدم اتفاق الأطراف على القانون واجب التطبيق على النزاع، وبكلمات أخرى فإن استبعاد هيئة التحكيم لقانون حددته هي ليس من حالات البطلان، وعموماً فعلى هذا التفسير الضيق سار الفقه فأجمع ان هذا لا يمتد إلى القانون الاجرائي، المتفق على تطبيقه ولا يشمل القانون الذي قررت الهيئة تطبيقه، وفصل القول حسب اتجاه الفقه ان الاستبعاد الخاضع لرقابة القضاء هو ان يكون الاستبعاد للقانون الموضوعي الذي اختاره الأطراف بأن طبقت هيئة التحكيم على النزاع قانوناً موضوعياً غير القانون الذي حدده الأطراف.

ويرى الباحث ان هذا التوجه من الفقه محل نظر، حيث أن الواقع العملي يشمل عدة فروض مغايرة، منها تحديد الهيئة لقانون ما وقيامها فعلياً بتطبيق قانون آخر ما يجعل الحكم غير قابل للإبطال رغم استبعاد الهيئة للقانون واجب التطبيق، والذي من المفترض أن الأطراف أصبحوا على علم به منذ تحديده من الهيئة وعلى هذا الفرض فإن الأطراف يكونوا قد بنوا حججهم وسوَّغوا مطالباتهم على أسس قانونية محددة في حين أن الهيئة قامت باستبعادها تالياً، ويمكن للهيئة والحال كذلك ان تستخدم قواعد من قوانين وأنظمة مختلفة ما يعرض نزاهة ومصداقية الحكم ونتاجه للشك.

وفي فرض آخر فإن الهيئة وعند اختيارها للقانون قد تتعسف أو تشط باتجاه بعيد عن المقدمات والمتطلبات المنطقية، فقد يبدو غير سائغ تطبيق قانون انجلترا-ويلز على تحكيم أطرافه أردنية بعلاقة

تجارية في الأردن وبخصوص التزام جرى تنفيذه بالأردن، وبفرض ثالث من الممكن ان تحدد الهيئة قانوناً ولا تطبقه اطلاقاً وقد لا تطبق أي قانون على الإطلاق وتطبق فقط فهمها أو قناعاتها على النزاع، وبكل هذه الفروض فإن الهيئة عملياً تكون استبعدت القانون ومع ذلك فهو لا يخضع لرقابة القضاء حسب النص التشريعي وفي ذلك قصور في بسط الرقابة على تطبيق القانون الموضوعي من عدمه نرى ضرورة معالجته.

ثانياً: تقدير موقف الفقه والقضاء من معنى ومعيار التفرقة بين استبعاد القانون والخطأ في تطبيقه

لقد استقر اجتهاد معظم الفقه على ان الاستبعاد هو الاستبعاد بمعناه الحرفي للقانون الذي اتفق الأطراف عليه بقيام هيئة التحكيم بتطبيق قانون آخر ولا يجاوز مفهوم الاستبعاد هذه الحرفية، فلا يدخل في إطار ذلك الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله أو تفسيره، ولا يتسع لاختيار قاعدة قانونية بدل أخرى، ولا في فهم الوقائع أو حسن تفسيرها، ولا اسقاط القواعد الملائمة من القانون المتفق عليه على وقائع النزاع، ولا الخطأ في تكييف النزاع، بل وحتى أنه لا يشمل تطبيق الفرع الأنسب من فروع القانون، وقد استند هذا الجانب من الفقه في ذلك إلى وضوح عبارات النص التي لا تحتمل التوسع أو التفسير من ناحية، ومن ناحية أخرى أن قصر نطاق الطعن بدعوى البطلان وحصر اسبابها إنما يرميان إلى ابعاد رقابة القضاء عن كل ما يجاوز الاستبعاد الصريح لقانون إرادة الأطراف بخصوص هذا السبب وهذا أمر مقصود من المشرع، وعلى هذا الأساس ينتقد د. فتحي والي قرار محكمة استئناف القاهرة بخصوص قضية كرومالوي والذي قضى بإبطال الحكم الصادر من هيئة التحكيم لتطبيقه القانون المدني بدلاً من القانون الإداري[1]، وكان اتفاق الأطراف على تطبيق القانون المصري

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 733–740 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 480–484 ويورد رأياً مخالفا لرأي د. فتحي والي فيما يخص مسخ القانون وتطبيق فرع آخر من القانون غير ذي صلة والبريري، محمود مختار. مرجع سابق. ص 226–227.

دون تحديد لفرع ما وطبقت الهيئة القانون المدني رغم أن العقد إداري، ويرى د. فتحي والي ان هذا لا يعدو الخطأ في تطبيق القانون وليس استبعاداً له، فالاستبعاد برأيه يكون فقط في حال الاتفاق على فرع من القانون بعينه وطبقت الهيئة فرعاً آخر، والقضاء بغير ذلك يكون توسيعاً في حالات البطلان، بل ويعارض لجوء المحكمة للأعمال التحضيرية ورأي اللجنة المشتركة من لجنة الشؤون الدستورية والاجتماعية ومكتب لجنة الشؤون الاقتصادية التي اعتبرت ان حالة استبعاد القانون تشمل الخطأ في القانون حتى مسخه، محتجاً بأن قصد المشرع واضح وعلى القضاء أن يفسره وفقاً لروح النص في حال عدم وضوح العبارة وقائلاً بأنه ما دام مستقراً أن استبعاد قاعدة قانونية لا يماثل استبعاد القانون وليس سبباً للبطلان وما دام من البديهي أن استبعاد قاعدة بالكامل أشد من الخطأ في تطبيقها فالخطأ في تطبيق الفرع حكماً لا يقوم سبباً للبطلان، كما يرى أن الأصل في التفسير يجب أن يستند إلى تغليب العمل على البطلان اتباعاً لقواعد التفسير المستقرة، ويستشهد أيضا لتعزيز وجهة نظره بأن المذكرة الايضاحية أشارت إلى محاولة توحيد متطلبات المادة مع متطلبات اتفاقية نيويورك، ويختم بان شروط المسخ حسب تفسير القضاء لا تنطبق على حالة تطبيق فرع بدلاً من فرع آخر حيث أن المسخ يتعلق بتفسير القاضي لعبارات واردة في محرر أو مستند ويحرِّف تفسيره العبارات رغم وضوحها.

أما د. محمود سمير الشرقاوي فله رأي مخالف، حيث يقول: بما أن تطبيق فرع من القانون غير ذلك المقصود الذي كان يجب تطبيقه أدى إلى نتائج خطؤها جسيم، وغير تغييراً جوهرياً بنتائج الحكم عن النتائج فيما لو طبق فرع القانون المتوجب فيكون من الناحية العملية قد استبعد القانون، وأن ما قصدته اللجنة المشتركة في مجلس الشعب عند ذكرها لمسخ القانون ينطبق تماماً على هذه الحالة[1].

(1) الشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 482-483.

وقد أشرنا إلى أن حكم التحكيم هذا قد نفذ في باريس رغم بطلانه بدولة المقر وهي مصر، هذا مع العلم أن محكمة النقض المصرية كانت اعتبرت أن تطبيق فرع آخر يعد استبعاداً للقانون وقد تم التراجع لاحقاً عن هذا الاجتهاد [1]. كما يرى معظم الفقه أن هذا السبب أيضا لا يشمل مخالفة شروط العقد أو عدم تطبيقها بالرغم مما ورد في المادة 3/36 من قانون التحكيم الأردني على سند من القول بأن شروط العقد ليست قواعد قانونية مما يتفق عليها الأطراف، إلا أن جانباً آخر من الفقه يخالف هذا التوجه ويرى أن الخطأ الجسيم أو البين في القانون الموضوعي يعادل استبعاده وفي هذا الصدد ويرى جانب آخر من الفقه أن شروط العقد أسمى من القانون كما أسلفنا عند بحث مفهوم القانون واجب التطبيق.

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 735-735 حيث أشار لحكمي النقض حكم نقض رقم 7307لسنة 76ق تاريخ 2007/2/8 وحكم نقض رقم 15091 لسنة 80ق تاريخ 2011/12/27.

كما استقر اجتهاد القضاء على تأييد هذا التوجه العام للفقه نحو التفسير الضيق لمعنى استبعاد القانون، حيث توالت أحكام القضاء بهذا الخصوص [1]، ولا يتفق الباحث مع التوجه العام للفقه حول تضييق مفهوم استبعاد القانون وحصره فقط بقيام الهيئة بتطبيق قانون غير ذلك الذي اتفق الاطراف عليه وللأسباب التالية:

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. قرارات محكمة استئناف اردنية أرقام (2009/179 تاريخ 2010/4/28، 2010/38 تاريخ 2010/9/29، 203/ط/2019 تاريخ 2010/3/23، 2009/259 تاريخ 2010/5/6، 2009/39 تاريخ 2009/6/28، 2008/220 تاريخ 2009/4/8، 2009/197 تاريخ 2010/4/28، 2011/105 تاريخ 2011/6/21، 2010/421 تاريخ 2011/6/4، 2011/381 تاريخ 2011/6/13، 2010/422 تاريخ 2011/7/14، 2009/3338 تاريخ 2011/1/25، 2010/267 تاريخ 2011/3/29، 2010/207 تاريخ 2011/5/31، 2010/95 تاريخ 2011/6/7، 2010/120 تاريخ 2011/5/29) وقرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2014/236 تاريخ 2015/1/12 منشورات قسطاس ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37، مرجع سابق. ص 333–334 قرار محكمة التمييز رقم 2017/602 تاريخ 2017/3/27 وص 345–346 قرار محكمة التمييز رقم 2017/258 تاريخ 2017/4/17 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 38، مرجع سابق. ص 225–228 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2017/704 تاريخ 2017/3/22 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 39 و40، مرجع سابق. ص 330–331 قرار محكمة التمييز رقم 2018/977 تاريخ 2018/4/15 وص 49 و53 قرار رقم 2017/882 تاريخ 2017/7/12 ومجلة التحكيم العالمية (2019). عدد 41، مرجع سابق. ص263–269 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2018/2552 تاريخ 2018/8/7 وص 270–273 قرار رقم 2008/1005 تاريخ 2018/5/28 ومجلة التحكيم (2009). عدد2، مرجع سابق. ص 242–246 قرار محكمة استئناف تونس رقم 30536 ومجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص166–172 محكمة جبل لبنان قرار رقم 2008/302 وص 188 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2008/930 وص 349–350 قرار محكمة التعقيب في تونس رقم 13427 تاريخ 2008/1/14 وص 307–308 محكمة النقض العليا في أبو ظبي قرار رقم 27/56 تاريخ 2006/5/21 وص 609–610 محكمة استئناف باريس قرار رقم 5/23814 تاريخ 2008/1/15 وص 620 محكمة استئناف باريس قرار رقم 06/06750 تاريخ 2008/1/17 ومجلة التحكيم العالمية (2017). عدد 35 و36، مرجع سابق. ص 433–434 محكمة البحرين الدستورية قرار رقم د/1/2006 تاريخ 2017/1/25 وص485–496 محكمة استئناف تونس قرار رقم 85246 تاريخ 11/29/ 2016 وص 534–536 محكمة استئناف دمشق قرار رقم 71 تاريخ 2016/7/27 وص 549–553 محكمة استئناف مسقط قرار رقم 2016/174 تاريخ 2016/4/11 وص 567–571 المحكمة العليا في عُمان قرار رقم 2013/160 تاريخ 2014/5/8 وص 598–601 محكمة التمييز المدني في قطر قرار رقم 2016/344 تاريخ 2017/1/10 وص 661–666 محكمة الاستئناف الأولى في بيروت قرار رقم 2017/51 تاريخ 2017/1/17 وص 768–772 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 45 لسنة 131ق تاريخ 2015/6/3 وص 787–800 محكمة النقض المغربية قرار رقم 1/250 تاريخ 2016/6/16 وص 813–816 المحكمة العليا في اليمن قرار رقم 53956 تاريخ 2014/3/16 وص 817–820 المحكمة العليا في اليمن قرار رقم 53830 تاريخ 2013/1/30 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37، مرجع سابق. ص 458–464 المحكمة العليا في عُمان قرار رقم 2014/393 تاريخ 2015/1/29 وص 546–553 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2016/244 تاريخ 2016/2/24 ص 579–584 محكمة استئناف النبطية في لبنان قرار رقم 99/51 تاريخ 1999/7/12 وص 593–600 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 86 لسنة 133ق تاريخ 2017/2/8 وص 633–635 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 54 لسنة 132ق تاريخ 2016/1/6 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 38، مرجع سابق. ص 415–421 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2017/702 تاريخ 2017/6/6 وص 351–354 محكمة الاستئناف في عُمان قرار رقم 2017/808 تاريخ 2017/11/20 وص 348–350 محكمة استئناف مسقط قرار 2017/776 تاريخ 2017/11/20 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 39، مرجع سابق. ص 148–358 محكمة تمييز فرنسا قرار رقم 21391–16 تاريخ 2018/1/10 وص 861–868 محكمة استئناف باريس قرار رقم 15/17442 تاريخ 2017/5/16.

1) ندرة الحالات التي تنطبق فيها هذه المادة وفقاً لهذا التفسير، حيث ان الحالات التي استبعدت هيئة التحكيم فيها صراحة تطبيق القانون المتفق عليه هي حالات مشهورة ومعروفة حصلت في القرن الماضي وأهمها:

1- قضية Petrolium Development ضد شيخ أبو ظبي عام 1951 والذي قررت الهيئة فيه عدم تطبيق قانون أبو ظبي.

2- قضية Internatonal Marine Oil ضد حاكم قطر والذي قررت فيه الهيئة استبعاد قانون قطر.

3- قضية آرامكو ضد السعودية والذي قررت فيه الهيئة عدم تطبيق الشريعة الاسلامية.

وكلها صادرة عن محكمين بريطانيين رفضوا تطبيق القوانين المحلية أو أحكام الشريعة الاسلامية من منطلق استعلائي اعتبر ان هذه القوانين والشريعة لا تحتوي "على مبادئ قانونية مكرسة يمكن تطبيقها في هذه المنطقة الجد بدائية على العقود التجارية أو لا تتضمن قواعد تفصيلية" [1] ليتم تطبيقها على النزاع. وبالرغم من عودة المحاكم البريطانية لاستبعاد الشريعة الاسلامية في عام 2004 Beximo Pharmacauticals V. Shamil Bank of Bahrain والاكتفاء بتطبيق القانون البريطاني الا أن الأسباب الواردة لتحييد الشريعة الاسلامية كانت أيضا من رؤيا استعلائية [2]، ولا بد من الاشارة إلى حكم محكمة العدل العليا في لندن في القضية رقم HCOSC00497 بين محمد موسوي والدولية R.E ومحمد الشهرستاني والذي صدر فيه حكم تحكيم مستنداً إلى القانون الاسلامي والذي تضمن أن النظام الانجلوسكسوني يسمح بتطبيق أي قانون آخر يريده الأطراف بما فيها الشريعة

(1) فضل الله، إبراهيم (2009). "التحكيم في مواجهة نزاع الثقافات"، مجلة التحكيم، عدد 2، مرجع سابق. ص 17-40 ويمكن الرجوع للمجلة لقراءة تفصيلية في هذه الحالات والنصوص الخاصة بالأحكام الصادرة فيها المتعلقة باستبعاد القانون.

(2) المرجع السابق. ص 22-23 ويمكن مراجعة تعليق كاتب المقال على تفاصيل الحكم وتفنيد اسبابه.

الإسلامية. [1] وعليه فانه ليس من المتصور إلا فيما ندر أن تصرح الهيئة انها سوف تطبق أو طبقت قانوناً غير المتفق عليه بين الأطراف.

2) تطبيق فرع من القانون غير المتفق عليه يعادل عملياً استبعاد قانون إرادة الأطراف، فتطبيق القانون الإداري على سبيل المثال على نزاع تجاري بحت هو عمليا استبعاد للقانون الذي قصده الأطراف ضمنياً، ذلك أن عدم ذكر فرع القانون من قبل الأطراف ليس لإعطاء الصلاحية للهيئة لاختيار اي فرع، وانما لافتراض ان الهيئة لن تشذ عن الفرع المقصود، ولنا أن نتصور مثلاً أثار تطبيق القانون المدني عوضا عن القانون التجاري والذي تختلف أحكامه بشكل كبير عن أحكام القانون المدني في أمور جوهرية مثل التقادم والاثبات.
3) في العديد من الحالات فإن حكم التحكيم لا يشير صراحة أو ضمناً للقانون أو القواعد القانونية المطبقة فهل هذا يشكل استبعاداً للقانون أم أن هذه الحالة غير متوفرة ما دامت هيئة التحكيم لم تذكر صراحة استبعادها للقانون المتفق عليه، وفي حالات عديدة تكون الهيئة ودون ان تذكر ذلك طبقت قواعد قانونية من قانون آخر ودون ان تبين مصدرها، وتكون هذه الحالة أيضا مستثناة من دعوى البطلان وفقاً لهذا التفسير.
4) يثور التساؤل فيما لو قامت الهيئة بمخالفة شروط العقد (غير المخالفة للقواعد الآمرة) وطبقت بدلاً منها قواعد أخرى من القانون، الا يشكل ذلك استبعاداً للقانون خصوصاً وأن القاعدة العامة هي ان العقد شريعة المتعاقدين، وكما يقول العلامة السنهوري أنه قانون الأطراف، الذي توافقت إرادتهما على أعماله. [2]

---

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 3، مرجع سابق. ص 249-260.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (2000). الوسيط في شرح أحكام القانون المدني الجديد. المجلد الأول، نظرية الالتزام، ط3، بيروت: منشورات الحلبي. ص 697-698.

5) ان الرجوع إلى أحكام اتفاقية نيويورك للدلالة على عدم شمولها لحالة مسخ القانون غير مجدٍ، ذلك أن هذه الاتفاقية لم تتضمن استبعاد القانون من أصله.

6) إن الخطأ في تطبيق القانون قد يصل من الفداحة أن يخالف ليس فقط قواعد آمرة بل مبادئ تقاضٍ أساسية، وقواعد عامة استقر عليها التشريع والقضاء ما يصل به إلى هز أركان القانون الموضوعي والانحدار فيه إلى ما يتجاوز حتى مفهوم المسخ.

ثالثاً: التشريعات التي تنص على الخطأ في تطبيق القانون

لقد نص قانون التحكيم الانجليزي لعام 1996 على جواز الاعتراض على حكم المحكمين في "3" مواد وهي المواد 67، 68، 69 من القانون والتي لها شروط من حيث جواز تقديمها ومواعيد تقديمها وهي شروط تتعلق باتفاق الأطراف وتقديم هذ الاعتراضات خلال "28" يوماً وأن يكون قد استنفذ الوسائل الأخرى المسبقة لتصحيح أو طلب حكم إضافي أو إجراءات ممكنة أمام هيئة التحكيم.

إن المادة 67 تتعلق بالبطلان لعدم اختصاص الهيئة، والمادة 68 الطعن بالبطلان لمخالفة جدية (خطيرة)، وهي لا تتعلق بالقانون الموضوعي.

أما المادة 69 فتسمح بالاستئناف بما فيها لسبب يتعلق بنقطة قانونية لكن هذا السبب مقصور على تطبيق القانون انجلترا–ويلز، وبشرط أن تمنح المحكمة الاذن بالاستئناف، وعندها لها أن تعيده للهيئة لإعادة النظر أو أن تعدله أو تؤيده أو تلغيه بمقتضى المادة "71" [1]، ولقد عدّ الفقه وبحق أن هذا أوسع التشريعات في مجال الطعن في أحكام التحكيم [2]. وقد قصر الطعن بالاستئناف

---

(1) Saledo & Richard, Guide to the Arbitration Act 1996. Cvendish publishing Limited. page 51-58

(2) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 55-56.

والبطلان على أطراف الخصومة المشاركين بالإجراءات، والذي يعنينا هو جواز استئناف القرار لخطأ واضح في تطبيق القانون وحسب منطوق المادة 69/3/i. [1]

ويفسر جانب من الفقه نص المادة 10 من قانون التحكيم الفيدرالي الامريكي أنها تشمل الاهمال في تطبيق القانون وليس الخطأ فيه [2]. والعديد من القوانين العربية قبل تعديلها قد اشتملت على الخطأ في تطبيق القانون كسبب من أسباب الاستئناف أو البطلان، كما أن قواعد جمعية التحكيم الامريكية (AAA) تنص على الخطأ في تطبيق القانون كسبب لبطلان الحكم. [3]

ويرى الباحث أن لا خلاف على أن الفقه والقضاء في تضييقهما أسباب دعوى البطلان وحصريتها قد احترما المشرع والذي بدوره سعى إلى تحصين حكم التحكيم من الطعن واكتفى بمراجعته من خلال دعوى بطلان مقصورة على أسباب حصرية ضيقة احتراماً لإرادة الأطراف.

ولكن ذكرنا سالفاً أن استبعاد القانون المتفق عليه سبب للإبطال لأنه يطيح بإرادة الأطراف، وأثرنا التساؤل عن معنى هذا الاستبعاد وأوردنا رأينا وفحواه أن الاستبعاد لا ينحصر بتصريح هيئة التحكيم أنها استبدلت قانونها بقانون الأطراف المتفق عليه، وإنما يمتد إلى الاستبعاد الفعلي للمبادئ الأساسية أو القواعد العامة المستقرة أو القواعد التي تعتبر من أركانها وسنبحث لاحقاً في هذا الأمر بالتفصيل.

---

(1) Mestelis, Loukas. مرجع سابق. ص 1086-1088.

(2) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق ص 85 ومجلة التحكيم (2009). عدد3، مرجع سابق. ص 945 و Mestelis Loukas. مرجع سابق. ص 899-900.

(3) مجلة التحكيم العربي (2013). عدد 21 شهر 12، القاهرة. ص 115.

المبحث الثاني
النظام العام

منح المشرع القضاء سلطة بسط رقابته على تقيد حكم التحكيم بالنظام العام كونه يمثل مصلحة عليا للمجتمع يحرسها القضاء فنصت الفقرة "ب" من المادة "49" من قانون التحكيم الأردني على مخالفة النظام العام كسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم، كما تضمنت المادة "54" أن أمر تنفيذ حكم التحكيم معلق على عدم مخالفته النظام العام ورغم أن النظام العام من الأمور التي يجوز للمحكمة أن تتصدى لها من تلقاء نفسها وهذا ما تضمنته الفقرة "ب" فإنه من البديهي أن المحكمة لا يمكن أن تقوم بذلك إلا من خلال وجود دعوى بطلان حكم التحكيم أو وجود طلب تنفيذه.

كما تضمنت الفقرة "ب" إبطال الحكم إذا كان موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، وتشمل هذه الحالة مسائل الأحوال الشخصية أو مسائل جنائية أو كون محل العقد غير مشروعٍ[1] وكل هذا خارج نطاق بحثنا فبطلان اتفاق التحكيم لعدم مشروعية محله عالجته الفقرة أ/1 من المادة 49.

سنتناول في هذا المبحث مفهوم النظام العام ونطاقه والنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي والتفريق بينهما ومفهوم مخالفة النظام العام في الحكم التحكيمي وذلك من خلال ثلاثة مطالب ندرس في الأول منها مفهوم النظام العام ونطاقه وفي الثاني النظام العام في التحكيم والنظام العام الداخلي والنظام العام الدولي وتوجهات الفقه والقضاء بخصوص إخضاع حكم التحكيم لهما وفي المطلب الثالث تقديرنا لهذه التوجهات.

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 768 – 769.

المطلب الأول
مفهوم ونطاق النظام العام

لا تتضمن التشريعات الأردنية كغيرها من التشريعات تعريفاً للنظام العام أو تحديداً لمفهومه إلا ان العديد من مواد القانون المدني تضمنت الاشارة إليه، وقد اجتهد الفقه والقضاء في وضع تعاريف أو في تحديد مفاهيم للنظام العام، وسندرس هذا الأمر في فرعين الأول يبحث في مفهوم النظام العام والثاني في نطاقه.

الفرع الأول: مفهوم النظام العام

يجمع الفقه على وجود قواعد سامية ملزمة للجميع سواء كانت مكتوبة أم غير مكتوبة ولا يجوز للأطراف أو القاضي مخالفتها كونها تتعلق بالمصلحة العامة التي تسود على مصلحة الأطراف.

وهذا المفهوم متبع في كافة الأنظمة القانونية سواء النظام اللاتيني (Civil Law) أو نظام القانون العام (Common Law) أو الشريعة الاسلامية، ويرى البعض ضرورة التمييز بين النظام العام (Public Order) والسياسة العامة (Public Policy). ويرى الباحث أن المصطلحين يستعملان بذات المعنى حيث تستعمل التشريعات التي تتبع نظام (Common Law) عبارة السياسة العامة (Public Policy)، في حين تستعمل تشريعات نظام (Civil Law) عبارة النظام العام (Public Order)، أما الفقه الإنجليزي فيرى أن مفهوم السياسة العامة في النظام الأنجلو سكسوني مماثل لمفهوم النظام العام في النظام اللاتيني. [1]

---

(1) Hunter Martins and Redfern Alen. مرجع سابق. ص 497.

إن أهمية القواعد المتعلقة بالنظام العام تنبع من كونها تمثل مصلحة عليا تسمو على إرادة الأطراف والاتفاق على مخالفتها باطل وتسمى في القانون المكتوب بالقواعد الآمرة، وذلك خلافاً للقواعد القانونية الأخرى والتي وإن كانت ملزمة من ناحية المبدأ فإنه يجوز اتفاق الأطراف على مخالفتها. [1]

وقد نصت المادة "4/88" من القانون المدني الخاصة بصحة العقود بجواز "أن يرد على أي شيء ليس ممنوعاً بنص القانون أو مخالفا للنظام العام أو الآداب" وهذا معناه أن المنع يمكن ان يكون منصوصا عليه في القانون أو غير منصوص عليه في حال اعتبر من النظام العام.

وقد نصت المواد 163، 164، 165 من القانون المدني على وجوب أن يكون محل العقد وسببه مشروعين غير مخالفين للنظام العام. [2]

ومن التعريفات التي قيلت في النظام العام: "ان القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة، سواء كانت هذه المصلحة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، فحيث يعتبر القانون ان المصلحة التي تكفلها قاعدة قانونية معينة تعلو على مصلحة الأفراد وتسمو إلى مقام المصلحة العامة، وجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة"[3] أي انه يتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع والذي يجب

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2020). نظرية العقد. ج1 ط3 القاهرة: دار مصر للنشر والتوزيع. ص 489-491.

(2) ورد في المادة 164 من القانون المدني: "1- يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة. 2- كما يجوز ان يقترن بشرط فيه نفع لاحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضا".

(3) السنهوري، عبد الرزاق (2020). مرجع سابق. ص 494-495.

تحديد ماهيته، ويخلص بالنتيجة ان هذا الأمر يجب ان يترك للقاضي لتحديده بسبب تغيره حسب التطور وحسب نزعة النظام السائد فيما إذا كان فرديا ام اشتراكيا وحسب روح العصر[1] وقد نحى معظم الفقه هذا المنحى، فالنظام العام مختلف من بلد إلى آخر، كما أن ما قد يعتبر من النظام العام في زمن ما قد لا يعود من النظام العام في زمن آخر، فأحكام التقادم مثلاً تعتبر من النظام العام في قطر وفي مصر[2] ولكنها ليست كذلك في دول أخرى، والفوائد من النظام العام في الأردن ولكنها ليست كذلك في دول أخرى.

وبالرغم من الاجتهاد السابق باعتبار القواعد الآمرة جزءاً من النظام العام فإن بعض الفقه يرى أنه ليس كل قاعدة آمرة من النظام العام فالقواعد الآمرة التي لا تمس بأسس المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والخلقية ليست من النظام العام وتعتبر كذلك فقط إذا مست بهذه الأسس. [3]

في ضوء ما سبق تتضح صعوبة وضع تعريف جامع مانع للنظام العام، وفي الحقيقة فان ذلك متعذر بسبب تغير وتطور هذا المفهوم مع الزمن وتطور العلاقات الاقتصادية والاجتماعية ما يغير في هذا المفهوم ضيقا واتساعا، وقد اجتهد القضاء الأردني بشرح مفهوم النظام العام حيث ورد في حكم لمحكمة الاستئناف ما يوسع هذا المفهوم، يبين فكرة النظام العام وحماية مصالح الجماعة حيث ورد فيه: "... فإنها تشير إلى فكرة النظام العام لا يقصد بها كما يبدو لأول وهلة تحقيق الأمن الجماعي فقط أو النظام في الإدارات الحكومية فحسب وإنما يتسع هذا المصطلح لكل ما تتخذه الهيئات العامة في الدولة للقيام بوظائفها الأساسية في حماية السلام الاجتماعي وتوفير الرضاء وتحقيق العدل ويلحق نعت النظام العام كذلك القواعد التي تحمي مصالح خاصة تعتبر حمايتها

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2020). مرجع سابق. ص 493.

(2) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 388.

(3) المرجع السابق. ص 385 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق ص 649، 771.

ضرورية لسلام المجموع ذلك أن مصلحة الجماعة هي مجموع مصالح أفرادها أو أغلبهم وليست المصلحة العامة في الحقيقة سوى مجموع أو غالبية المصالح العامة، وعلى هذا تقوم تلك القواعد من خلال حمايتها لمصالح الأفراد بحماية مصالح الجماعة". [1]

أما محكمة النقض المصرية فقد أوردت مفهوم النظام العام من خلال قرار رقم 308 تاريخ 1946/6/25 "... ولكن يمكن القول بشأن هذه الفكرة أنها مرتبطة بالأسس الاجتماعية والسياسية والاقتصادية أو الخلقية في كل دولة من الدول مما يتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع" [2]

أما محكمة استئناف القاهرة في قرارها في القضية 88 لسنة 18ق تاريخ 2002/1/23 قضت "فكرة النظام العام هي من الاتساع بحيث تشمل الكثير من القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تعلو على مصلحة الأفراد". [3]

أما الفقه الحديث فقد عرفه بأنه "مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية وهي بهذه المثالية مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً عالياً في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي يؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخالف بها بالمخالفة لها عقد كان

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2002/2150 تاريخ 2002/3/10 منشورات عدالة.

(2) أبو نشيش، أحمد مسليم. مرجع سابق.

(3) القليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 312.

هذا العمل أو فعلاً منفرداً من ناحية وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي يقررها بعض منهم قبل البعض الآخر من ناحية ثانية". [1]

وقد صدرت عدة قرارات لمحكمة التمييز الأردنية تبين ما قد يدخل في نطاق النظام العام. [2]

الفرع الثاني: نطاق النظام العام

في ظل غياب التعريف التشريعي للنظام العام فقد اجتهد الفقه في رسم ووضع الضوابط التي تحدد نطاق النظام العام، وتم استيقاء هذه الضوابط ابتداءً من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها بصريح النص القانوني، وقد أورد المشرع العديد من المواد القانونية التي تتضمن هذه العبارات الآمرة مثل المواد 90، 105، 117، 159، 2/160، 3/161، 168، 446، 463، 479، 506، 548، 549، 550، 790، 799، 2/806، 843، 844، 849، 915، 921، 924، 931، 1001، 1008، 1013، 1022، 1029، 1148 من القانون المدني الأردني. [3]

كما تضمن قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني أيضا العديد من هذه المواد التي تمثل قواعد آمرة.

ان القواعد القانونية الآمرة المكتوبة تُسهّل الاستدلال على ما يقع ضمن النظام العام ولكنها لا تحدده ولا تؤطره وهو لا يقتصر على هذه القواعد حيث ان مفهومه اشمل واوسع من هذه القواعد،

---

(1) المرجع السابق. ص 312 حيث أوردت تعريفاً ورد في كتاب التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية تأليف د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال.

(2) قرارات محكمة التمييز الأردنية ذوات الأرقام 98/458 تاريخ 1998/9/9 و2001/258 تاريخ 2001/5/23 و2003/3029 تاريخ 2003/12/21 و2004/2219 تاريخ 2004/12/7 و2007/2708 تاريخ 2007/11/5 و2008/1234 تاريخ 2009/2/8 و2019/4290 تاريخ 2019/7/24 و2019/4060 تاريخ 2019/9/5 و2019/6111 تاريخ 2019/10/28 و2019/7014 تاريخ 2019/12/1 منشورات قسطاس.

(3) ان المواد المشار إليها تتضمن عبارات لا يجوز، يقع باطلا، لا يصح، يشترط وما هو على منوالها.

وكما يقول د. عبد الرزاق السنهوري فان العديد من القواعد القانونية ليست مكتوبة وبعضها يعتبر جزءاً من النظام العام، كما ان هنالك العديد من القواعد المكتوبة والتي تعتبر من النظام العام رغم عدم النص الصريح على عدم جواز مخالفتها علاوة على أن النظام العام متغير ومتطور مع الزمن وفقاً للتطور الاقتصادي والاجتماعي للدولة ومذهبها الاجتماعي والسياسي [1]، وعليه وامام هذا التعقيد في هذا المفهوم ونسبيته وتطوره وتغيره مع الزمن، وامام سعة المفهوم فإن د. عبد الرزاق السنهوري وفي مسعاه لتسليط الضوء على هذا المفهوم لجلاء مكنونه قد استعرض العديد من القواعد التي تدخل في نظامه وقسمها إلى قسمين أساسين حسب الرابطة القانونية فالقسم الأول احتوى الروابط المتعلقة بالقانون العام وشملت روابط القانون الدستوري وحقوق وحريات الافراد السياسية والدستورية والحريات الشخصية المتعلقة بحقوق التملك والعمل وحرية المعتقد والدين والكرامة وسلامة الجسد، وروابط النظم الإدارية مثل الوظيفة العامة وتحريم الرشوة وتنظيم المهن ومنع ارتباطها بالتجارة، وروابط النظام القضائي سواء اختصاص المحاكم أو الحق باللجوء للقضاء وبعض قواعد الاثبات سواء الخاصة بعبء الاثبات أو الاتفاق على مخالفة البينة مثل استبدال الكتابة بالشهادة والقواعد الخاصة بالنظم المالية مثل قوانين البوليس، وقوانين العملة، والمنافسة المشروعة ومنع الاحتكار والتسعير الالزامي، والقواعد المتعلقة بالقوانين الجزائية وعدم جواز الاتفاق على إخفاء الجريمة أو التعاقد على جريمة.

أما القسم الثاني فيتعلق بالروابط المتعلقة بالقانون الخاص وتشمل الأهلية والجنسية والاسم، والمعاملات المالية مثل المنافسة ومنع الاتفاق في المزايدات، وحماية الغير حسن النية وحماية الدائنين في دعاوى الصورية والبوليصية والتنازل عنها، والاتفاق على ما يتعلق بمستقبل الشخص مثل تركته

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2020). نظرية العقد، مرجع سابق. ص 491-492.

وعمله طيلة الحياة وحماية الطرف الضعيف في عقود العمل وعقود التأمين، والفوائد التي تزيد على ما حدده القانون والاتفاقات المخالفة للآداب العامة. [1]

ونضيف إلى ذلك طائفة من القواعد القانونية في قانون أصول المحاكمات المدنية منها تسبيب الحكم، قبول الدعوى والخصومة، تمثيل الخصوم من خلال محامين، صحة الوكالات، عدم صلاحية القضاة لنظر الدعوى، الاختصاص النوعي للمحاكم، الفائدة القانونية، بطلان الإجراءات، وإثبات الموطن المختار والتبليغات بالإضافة لقواعد أخرى وبالتالي يمكن اعتبار المواد التالية من قانون أصول المحاكمات المدنية متعلقة بالنظام العام 16، 19، 25، 29، 32، 109، 111، 114، 126، 131، 132، 136، 142، 159، 167، 386، 170، 177. [2] ويضاف إليها مبدأ المواجهة والمساواة بين الخصوم وحق الدفاع. أما بخصوص قواعد البينات فإن المواد الموضوعية فيه اعتبرت في معظمها غير متعلقة بالنظام، على الرغم من أن بعض الفقه اعتبر بعضها من النظام العام مثل سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة ومبدأ المواجهة بالأدلة، في حين ان القواعد الموضوعية الأخرى مثل جواز قبول الشهادة في أمر يتطلب دليلاً كتابياً فهي ليست من النظام العام.[3] أما القواعد الإجرائية فإنها من النظام العام مثل تلك الخاصة بالطريق المتبع للإثبات ووسائل تقديم الأدلة وإجراءات الحضور أمام المحاكم وإجراءات حلف اليمين قبل الشهادة، وقال البعض: أن كل وسائل الإثبات بالمجمل ليست من النظام العام ويجوز الاتفاق على مخالفتها. [4]

كما يمكن اعتبار شرط التحكيم الاجباري، وشرط التحكيم في عقود التأمين وعقود العمل وعقود المستهلكين والمتعلقة بقوانين البوليس مخالفة للنظام العام.

---

(1) المرجع السابق. ص 496-534.

(2) قانون أصول المحاكمات المدنية والزعبي، عوض (2013). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية. ط3، عمان: (د.ن).

(3) العبودي، عباس (2012). شرح أحكام قانون البينات. ط4، عمان: دار الثقافة. ص 86-89.

(4) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 386.

المطلب الثاني
النظام العام في التحكيم

لا تثير الرقابة على مراعاة الأحكام القضائية للنظام العام مشكلة حيث أن القاضي الوطني يطبق مفهوم النظام العام لدولته والأصل سريان ذلك على جميع الأحكام، ولكن الفقه والمشتغلين في التحكيم أبوا الاَّ أن تثار هذه المسألة حيث بحثت سواء عند إكساء أحكام التحكيم الأجنبية الصيغة التنفيذية وعند مراقبة أحكام التحكيم الصادرة في الدولة فابتدعت فكرة النظام العام الدولي وسنتناول هذا الأمر في فرعين يتناول الأول النظام العام الداخلي والدولي وفقاً للتشريعات والفقه والثاني موقف القضاء وتدرج أحكامه من بعض قواعد النظام العام.

الفرع الأول: النظام العام الداخلي والدولي

لقد تباينت وتغيرت الآراء حول هذين المصطلحين وبالتالي فقد تباينت المواقف التشريعية والفقهية والقضائية منه وسنبحثها تباعاً.

أولا: موقف التشريع

ان بعض التشريعات نصت صراحة على مصطلحي النظام العام الداخلي (الوطني) والدولي حيث ضمنت قوانينها نصوصاً بخصوصهما، في حين أن تشريعات أخرى لم تورد هذا التمييز.

1- إن المشرع الفرنسي ميز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي حيث عرف في المادة 1504 التحكيم الدولي ابتداءً بأنه ذاك المتعلق بمصالح التجارة الدولية وأفرد أحكاماً له، وفي المادة 1518 حصر مراجعة حكم التحكيم الدولي فقط بدعوى البطلان وفي المادة 1520 حدد خمسة أسباب لدعوى البطلان ينص الخامس منها على مخالفة النظام العام الدولي[1]، وقد حذا

(1) قانون التحكيم الفرنسي.

المشرع اللبناني حذو المشرع الفرنسي، حيث أفرد أحكاماً خاصة بالتحكيم الدولي مبتدئاً بتعريفه في المادة "809" وبذات التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي وفي المادة "819" نص على خضوع حكم التحكيم الدولي للإبطال وفقاً للأسباب الخمسة الواردة في المادة "817" وخامس أسبابها مخالفته لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي[1]. وعلى ذات المنوال سار المشرع المغربي مع بعض الاختلافات حيث ميز بين التحكيم الدولي والوطني فقد اشترط بالإضافة إلى تعلق الحكم بمصالح التجارة الدولية أن يكون مقر أحد أطرافه في الخارج في المادة (327–40) والتي حددت حالاته، وفي المادة (327–51) نص على قابلية هذا الحكم لدعوى البطلان للأسباب الخمسة الواردة في المادة (327–49) الخاصة باستئناف الصيغة التنفيذية للحكم وينص السبب الخامس منها على مخالفة النظام العام الدولي أو الوطني في حين في المادة (327–36) الخاصة بدعوى البطلان المتعلقة بالتحكيم الداخلي نص على صلاحية المحكمة في إبطال حكم التحكيم لمخالفته النظام العام في المغرب[2]، مما يعني عملياً أن حكم التحكيم الدولي خاضع للإبطال إذا خالف النظام العام الوطني ولكن بمفهوم المخالفة لا تتصدى المحكمة من تلقاء نفسها لإبطاله كما يستنتج أن مخالفة حكم التحكيم الداخلي للنظام العام الدولي لا تبطله.

2- ميز المشرع المصري بين حكم التحكيم التجاري وغيره في المادة 2، وفي المادة "3" ميز بين التحكيم الدولي والداخلي ووضع تعريفاً للتحكيم الدولي بأنه المتعلق بالتجارة الدولية محدداً حالاته ولكنه في المادة 53 والتي حددت أسباب دعوى البطلان وفي الفقرة (2) منها نص على بطلان حكم التحكيم في حال مخالفته للنظام العام في مصر، وجواز تصدي المحكمة

---

(1) قانون التحكيم اللبناني.

(2) قانون التحكيم المغربي.

لإبطاله من تلقاء نفسها دون تمييز بين التحكيم الدولي والداخلي[1]، وهو ما اتبعه تماماً المشرع العماني في المادة 2/53 والتي نصت على بطلان حكم التحكيم بسبب مخالفة النظام العام العماني وبصرف النظر كان دولياً أم داخلياً مع العلم أن المشرع العماني أيضا ميز بين التحكيم الدولي والداخلي حيث عرف التحكيم الدولي وحدد حالاته في المادة "3" من القانون العماني. [2]

3- نهج المشرع الأردني نهجاً مختلفاً فلم يميز بين التحكيم الداخلي والدولي ولم يعرف الأخير، وفي المادة "49" فقرة "ب" جاء النص مطلقاً على بطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام الأردني وبصرف النظر كان دولياً أم محلياً.

ثانيا: موقف الفقه

1- نطاق الإبطال لمخالفة النظام العام:

مع أن نص المشرع المصري واضح ومطلق بإبطال حكم التحكيم جزاء مخالفته للنظام العام المصري فقد اختلف الفقه في مصر في جواز تطبيق قواعد النظام العام المصري على التحكيم الدولي في دعوى البطلان من ناحية وفي مدى التوسع والتضيق في تطبيقه من ناحية أخرى، ويسلم معظم الفقه بأن النظام العام لا يمتد إلى كل قاعدة آمرة في القانون وتقتصر قواعد النظام العام على تلك التي تمس المصلحة العليا للمجتمع فلا اطراد بين القواعد الآمرة والنظام العام فبعض القواعد الآمرة تمس فقط مصالح الأفراد ولا تمس بأسس المجتمع الاقتصادية والاجتماعية والسياسة ولا تتعلق

(1) قانون التحكيم المصري.

(2) قانون التحكيم العماني.

بالمصلحة العامة التي تفيأ المشرع ظلالها، وبالتالي فللأطراف الاتفاق على مخالفتها انطلاقاً من نسبية النظام العام وتغيره. [1]

وبالرغم أن الفقهاء المصريين يتفقون على أن النص الذي أورده المشرع المصري يتعلق بالنظام العام المصري ولكنهم يرون بأنه يجب تضييق مفهوم النظام العام المصري في التحكيم الدولي ليقتصر البطلان على مخالفة النظام العام الدولي، حيث يرى بعضهم أن المحكم في التحكيم التجاري الدولي لا ينظر في النظام العام بموجب القانون الذي اختاره الأطراف إلاّ باعتباره مكملاً لشروط عقدهما وفي حال أن شروط العقد تخالف النظام العام الداخلي فيتوجب على المحكم اتباع نصوص العقد المخالفة واحترام تطبيقها طالما أنها لا تخالف النظام العام الدولي، وذات الشيء ينطبق في حال كان القانون واجب التطبيق من اختيار الهيئة إذا لم يتفق الأطراف [2]، ويتبنى ذات الرأي كل من د. عبد الحميد الأحدب ود. محسن شفيق ود. أحمد الصاوي ود. أبو زيد رضوان. [3]

وتستند هذه الآراء إلى أن ضرورة التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في التحكيم الدولي تنبع من طبيعة التعاملات التجارية، وحثت هذه الآراء على وجوب أن يكون القضاء منفتحاً ومرناً عند نظره دعاوى بطلان أحكام التحكيم الدولية، وامتدح مرونة القضاء المصري في بعض أحكامه ذات العلاقة [4]، كما يؤيد د. حمزة حداد هذا التوجه ويرى ضرورة التقليل من إبطال

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 233 ويستند إلى حكم محكمة النقض رقم 51/547ق تاريخ 11/23 تضمن أن الصفة الآمرة لا ترتبط دوماً بالنظام العام والقليوبي، سميحة (2014). مرجع سابق. ص 314 والشرقاوي، محمود سمير (2016). مرجع سابق. ص 494 وحداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 385.

(2) والي، فتحي (2014)، مرجع مشار إليه سابقاً ص 647 و771 و772 وأشار في هامش الكتاب على تلك الصفحات إلى رأي فقهي بأن على القاضي المصري في التحكيم الدولي مراقبة عدم مخالفة النظام العام الدولي وليس النظام العام المصري.

(3) شرايري، أحمد بشير (2011). مرجع سابق. ص 206–207.

(4) المرجع السابق. ص 209.

أحكام التحكيم الدولية أو الأجنبية حيث يقول "....ما يجوز إبطاله أو عدم تنفيذه من أحكام تحكيم وطنية لمخالفته للنظام العام الداخلي ليس بالضرورة أن يؤدي إلى النتيجة ذاتها في التحكيم الأجنبي أو الدولي ما دام حكم التحكيم في الحالة الأخيرة لا يخالف النظام العام الدولي وبمعنى أصح فإنه لا يجوز للقاضي الوطني في دولة من الدول أن يقضي ببطلان حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي أو يعدم تنفيذه لمجرد مخالفة النظام العام في دولته بل يجب أيضا أن يكون مخالفاً للنظام العام الدولي"، ويرى أنه لا يستقيم مع المنطق ولم يعد مقبولاً تطبيق القواعد الخاصة بالنظام العام الداخلي أو الوطني على التحكيمات الدولية مما يعني أنه في حال اتفاق حكم التحكيم مع القانون واجب التطبيق وكان مخالفاً للنظام العام للدولة التي صدر فيها فيجب عدم إبطاله إلاّ إذا عارض النظام العام الدولي ومثال ذلك تطبيق فائدة تخالف النظام العام الداخلي ولا تخالف النظام العام الدولي [1]. وأشرنا سابقاً إلى انتقاد بعض الفقه لهذا التوجه باعتباره تمييزاً غير مقبول لصالح الدول ذات النفوذ.

2- مفهوم النظام العام الدولي:

وعلى الرغم من الانحياز للنظام العام الدولي وكثرة اجتهاد الفقه بهذا الخصوص فإنه لم يحدد مفهوماً واضحاً للنظام العام الدولي ولم يضع تعريفاً له، ولذا فقد فُسِّر هذا المفهوم بعبارات مطاطة وعامة وغامضة واعتبر البعض أنه من المستحيل تعريفه [2]، في حين اعتبره البعض نظاماً عاماً عابراً للحدود أو الأوطان على سند من أن القيم الخلقية والاجتماعية والسياسية في المجتمعات المتحضرة قيماً واحدة عابرة للأوطان[3]، ويرى بعض الفقه أنه يجب التمييز بين النظام العام الدولي فهو يخص دولة محددة مثل النظام العام الدولي الفرنسي أو التونسي وبين النظام العام عبر الوطني

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 390-396.

(2) المرجع السابق. ص 392.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 648.

والذي يمثل القيم المشتركة بين مختلف الدول. [1] في حين رأى بعض آخر أنه ليس عابراً للحدود وأن النظام العام الدولي يستمد وجوده من دولة معينة وليس من أنظمة مجموعة دول ما يجعله نظاماً وطنياً ويستلزم بالتالي رؤية واسعة لهذا النظام [2]، كما يرى أن العلاقة بين القواعد الآمرة والنظام العام لدولة ما ملتبسة ولذا فإن الحل يكون باللجوء للنظام العام الدولي بدلاً من اعتماد مفهوم النظام العام الداخلي. [3]

ويرى بعض الفقه أن مفهوم النظام العام الدولي قد حُدِّد تشريعياً في بعض الدول ورائدتها في ذلك فرنسا ويقوم على ما تضمنته المادة 1525 من مرسوم التحكيم الفرنسي فعرفه الفقه بناء على ذلك "مجموعة القيم والقواعد التي لا يعتمد النظام القانوني الفرنسي مخالفتها حتى في مجال المعاملات الدولية". [4]

ويرى هذا الفقه أن النظام العام الدولي هو نظام وطني وهو مستقى من الاتفاقيات الدولية ومن النظام العام لغالبية الدول وقيمه هي تحريم الاتجار في المخدرات والبشر، ومبدأ حسن النية وعدم جواز التذرع بالقانون الداخلي لعدم تطبيق حكم تحكيم أو اتفاق تحكيم [5]، ويمكن القول أن قواعد النظام العام الدولي تعتمد عدم جواز الغش أو الاتجار بالبشر أو الاتجار بالمخدرات أو التهريب أو المنافسة غير المشروعة والرشوة والاعتداء على حقوق الانسان.

---

(1) سليم، اسماعيل (2009). "النظام العام الدولي لصالح التحكيم – دراسة مقارنة"، مجلة التحكيم العربي، عدد 13 شهر 12، القاهرة. ص 175–189.

(2) سليم، هادي (2011). "التحكيم والقواعد الآمرة"، مجلة التحكيم العالمية، مجلة فصلية عدد 11 شهر تموز بيروت. ص 192.

(3) المرجع السابق. ص 191.

(4) محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). مرجع سابق. ص 226.

(5) المرجع السابق. ص 227.

واستطراداً لما سلف من موقف الفقه المصري فإنه قد جهد أسوة بالفقه الدولي في حث القضاء على اتباع نهج ميسر في رقابته على أحكام التحكيم الدولية حيث يرى ان رقابة القضاء على أحكام التحكيم هي على نوعين الأولى رقابة الحد الأدنى وتقتصر على رقابة سطحية لضمان عدم تعارض الحكم مع النظام العام الدولي وفقط من حيث التثبت من تطبيق حكم التحكيم لقواعد هذا النظام دون التعمق في مراقبة صحة تطبيقها ويبطل الحكم فقط في حال وجود مخالفة صارخة لهذه القواعد، أما الثانية فهي الرقابة المعمقة أو رقابة الحد الأقصى والتي تنفذ إلى رقابة على اتباع قواعد النظام العام الداخلي وأحياناً صحة تطبيقها، حيث يرى أن القضاء المصري يراوح بين الرقابتين في أحكامه ويخلص إلى إمكانية قبول التضحية بالرقابة المعمقة على حكم التحكيم الدولي فيما يخص النظام العام مما يحافظ على الاستثمارات وعلى جاذبية مركز القاهرة الإقليمي كمركز للتحكيم وعلى موقع مصر كمقر للتحكيم، أما في التحكيم الداخلي فلا يمانع من التشدد في مراقبة تقيد الحكم بالنظام العام الداخلي[1]، وكان الفقه الدولي تبنى نفس النهج في تشجيع القضاء والمشرع على تخفيف رقابة القضاء على التقيد بالنظام العام وقد استجاب المشرع الفرنسي لهذا في آخر تعديل لقانون التحكيم وتبعه القضاء الفرنسي فقد أصبحت رقابته على النظام العام في التحكيم الدولي متيسرة ومتساهلة[2].

الفرع الثاني: موقف القضاء

أما القضاء فقد تباينت وتدرجت أحكامه من الرقابة المعمقة والمشددة إلى الرقابة اللينة والتي تتيسر في الرقابة على مخالفة القواعد الآمرة والنظام العام الداخلي في أحكام التحكيم الدولي سواء

---

(1) سليم، إسماعيل (2011). "الرقابة القضائية على احترام حكم التحكيم للنظام العام"، مجلة التحكيم العربي، عدد 16 شهر 7 القاهرة. ص 67-100 وزيادى، إسماعيل (2014). "القضاء المصري وبطلان أحكام التحكيم إطلالة على المرتكزات القانونية لأحكام محكمة استئناف القاهرة"، مجلة التحكيم العربي، عدد 23 شهر 12 القاهرة.

(2) سليم، هادي (2011). مرجع سابق. ص 190 حيث يرى أن استقراء أحكام المحاكم النظامية منذ التسعينات تبين تبني القضاء الفرنسي لنهج متساهل في الرقابة في التحكيم الدولي.

عند رقابتها على اتفاق التحكيم أو إجراءاته أو عند بسط رقابتها على بطلان حكم التحكيم لمخالفة النظام العام سواء لقواعده الموضوعية أو الإجرائية، وكذلك في الرقابة على خروج موضوع النزاع من ولاية التحكيم، وحتى في تطبيق النظام العام الدولي فإن الأحكام أصبحت أكثر تساهلاً فقد قضت محكمة تمييز دبي بأن الحكم بالعلم الشخصي لا يخالف النظام العام ولا يبطل الحكم[1]، وحتى في الرقابة على مفهوم الفساد وهو من النظام العام الدولي تم التساهل معه فلم تبطل المحكمة الفيديرالية السويسرية حكم تحكيم قضى بأن عمولة بنسبة 10% لا تشكل فساداً فرغم أن المحكمة أبدت قناعتها بوجود شبهة فساد بهذه النسبة فقد قضت أنها لا تراقب تقدير المحكمين [2] لكن محكمين في قضية ICC حكموا بإلزام شركة فرنسية باعت أسلحة لتايوان بأن تسدد للحكومة قيمة العمولة التي دفعتها لوكلاء محليين باعتبار هذه العمولة فساداً [3]، وسنعرض لقرارات قضائية تبين تطور موقف القضاء من أحكام التحكيم المتعلقة بالنظام العام.

أولا: الوكالات التجارية وعقود التمثيل التجاري

لقد نصت معظم التشريعات على اختصاص محاكم الدولة بالنزاعات الخاصة بالوكالات التجارية سعياً لحماية الوكلاء التجاريين المحليين، فقد نص قانون الوكالات التجارية في الامارات رقم 1981/18 على اختصاص محاكم الدولة في النزاعات بين الوكيل والموكل وعليه أصدرت المحكمة الاتحادية العليا في الامارات قراريها رقم 221 لسنة 14 بتاريخ 1994/3/20 و 270 لسنة 16 تاريخ 1995/2/14 بعدم جواز التحكيم في نزاعات الوكالات التجارية كونها من الاختصاص الولائي

(1) مجلة التحكيم (2010). عدد 6. ص 269–280 قرار تمييز دبي رقم 537 لسنة 99 تاريخ 2000/4/23.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2014). عد 24 شهر 10 ص 742–759.

(3) مجلة التحكيم العربي (2010). عدد 14 شهر 6. ص 208–209.

لمحاكم الدولة وهو من النظام العام [1]، إلاّ أن قراراً حديثاً غاير هذا النهج ففي قرار محكمة تمييز دبي رقم 2004/40جلسة 2004/9/26 قضت رد طعن ببطلان حكم تحكيم محله نزاع بين موكل أجنبي ووكيله للتوزيع الحصري. [2]

أما في لبنان فقد تضمن المرسوم الاشتراعي 67/34 في المادة (5) "... بالرغم من كل اتفاق مخالف تعتبر محاكم المحل الذي يمارس فيه الممثل التجاري نشاط صالحة للنظر في النزاعات الناشئة عن عقد التمثيل التجاري"، وعليه قضت محكمة التمييز اللبنانية في القرار رقم (6) تاريخ 1998/3/19 بأن البند التحكيمي غير جائز في عقود التمثيل التجاري بشكل عام، وأكده قرار رئيس الغرفة الابتدائية في القضية رقم 93/48 برفضه إكساء حكم تحكيم أجنبي الصيغة التنفيذية لمخالفته للمرسوم الاشتراعي رقم 67/34 حيث أن اختصاص محاكم محل ممارسة نشاط الممثل التجاري من النظام العام، إلاّ أن حكماً حديثاً صادر بتاريخ 2016/5/26 عن محكمة الدرجة الثانية في بيروت في القرار 166 قضى بصحة الشرط التحكيمي المطعون فيه بالرغم من نص في المرسوم الاشتراعي قائلة أن نص المادة (5) يتعلق بالاختصاص المكاني للقضاء ولا يمتد لمرجع غير قضائي. [3]

واتبعت نفس النهج محاكم البحرين وتونس في العديد من قراراتها المنشورة في الأعداد المتتالية من مجلة التحكيم العالمية.

أما في فرنسا فإن نهج المحاكم الفرنسية أيضا أصبح يقضي بصحة شرط التحكيم ويرفض دعاوى البطلان المؤسسة على أن شرط التحكيم يخالف الاختصاص الولائي للقضاء النظامي كونه

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 144.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2011). عدد 11 بيروت. ص 259.

(3) مجلة التحكيم العالمية (2017). عدد 35 بيروت. ص 642-648 محكمة الدرجة الأولى بيرت قرار رقم 166 تاريخ 2016/5/26.

من قوانين البوليس المتعلقة بالنظام العام، وعليه فقد حكمت محكمة النقض الفرنسية برد دعوى البطلان المقامة من وكيل فرنسي ضد موكله السويدي في قرارها رقم 22675-15 تاريخ 2010/7/8 وورد فيه رغم أن اختصاص المحاكم الفرنسية بدعاوى التعويض عن فسخ عقد تجاري من القواعد الآمرة فإنها لا تمنع فصلها بالتحكيم وحتى لو تعلقت بالمسؤولية المدنية عن فعل ضار [1] كما أجاز القضاء الفرنسي شرط التحكيم في عقود التأمين المطبوعة سلفاً بعد أن كان يمنعها باعتبارها من النظام العام وأجاز القضاء الفرنسي أيضا حل النزاع الخاص بتفسير أو تطبيق قوانين الضرائب بالتحكيم. [2]

وفي الولايات المتحدة أصدرت المحكمة العليا الامريكية قراراً رقم 473U.S.5.614 في 1985/7/2 في قضية (Mitsubichi) المتعلق بقضية وكالة تجارية قائلة: ورغم خضوع العقد لقواعد المنافسة وهي قواعد آمرة فإنه يتوجب أعمال شرط التحكيم كونه بين أطراف في ميدان التجارة الدولية. [3]

كما غير القضاء المصري موقفه من مراقبة صحة أو بطلان اتفاق التحكيم في العقود الإدارية في التحكيم الدولي فبعد أن كان يعطي هذا الاختصاص للمحكمة الإدارية أصبح يعطيه لمحكمة استئناف القاهرة كمحكمة مختصة في مراقبة صحة هذا الشرط. [4]

---

(1) سليم، هادي (2011). مرجع سابق. ص 186-187.

(2) المرجع السابق. ص 185-186.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 227-229.

(4) المرجع السابق. ص 420 ويشير المؤلف إلى قرارات المحاكم بهذا الخصوص حيث أورد على الصفحة 241 قرار المحكمة الإدارية في عام 2009 وأورد على الصفحة 420 قرار محكمة استئناف القاهرة بهذا الخصوص في 2012/1/15.

ثانيا: الفوائد التأخيرية

لقد اعتبرت الفوائد التأخيرية من النظام العام في دولة الامارات ولا تجوز مخالفتها أو الحكم بما يزيد عما هو محدد في القانون [1]، إلاّ أن قراراً حديثاً صدر عن المحكمة العليا في الامارات رفض إبطال حكم التحكيم الذي قضى بفائدة 12% في قرارها رقم 27/56 تاريخ 2006/5/21. [2]

كما اعتبرت محكمة النقض المصرية بقرارها رقم 815 لسنة 52ق بتاريخ 1990/5/21 الفائدة من النظام العام، وكانت محكمة استئناف القاهرة قضت بأن حكم التحكيم المتضمن فائدة LIBor + 3% بما يزيد عن الفائدة المحددة في المادتين 226، 227 من القانون المدني المصري مخالفة للنظام العام وقضت بإبطال الحكم إبطالاً كلياً في قرارها رقم 15 لسنة 117ق تاريخ 2011/7/30[3]، وبذات المنحى صدر حكم محكمة استئناف الإسكندرية والقاضي بإبطال الجزء من حكم التحكيم المتضمن فائدة 10% في الدعوى بين شركة الإسكندرية للمشروعات السياحية ضد مصر اكستريور بتاريخ 2003/7/22. [4]

وقضت بذلك أيضا محكمة النقض المصرية بقراراتها 810 لسنة 71ق تاريخ 2007/1/25 حيث اعتبرت ان هذه المواد من النظام وقضت بإبطال حكم التحكيم بهذا الجزء، وفي قرارها رقم 2010 لسنة 64ق تاريخ 2008/1/22 اعتبرت تجاوز الفائدة مخالفاً للقانون وأبطلت هذا الجزء [5]. وأكدت محكمة النقض المصرية في 2011/3/22 في الطعن رقم 12790 لسنة 75ق توجهها

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 393.

(2) مجلة التحكيم (2009). مرجع سابق. ص 308.

(3) سليم، إسماعيل (2014). "رقابة القضاء المصري على الفوائد المقضي بها تحكيمياً ومدى اتصالها بالنظام العام"، مجلة التحكيم العربي، عدد 23 شهر 12 القاهرة. ص 235.

(4) المرجع السابق. ص 237.

(5) مجلة التحكيم (2009). عدد 3 شهر 7 بيروت ص 618–620 وص 622.

باعتبار زيادة الفائدة التأخيرية مخالفة للنظام العام المصري ولكنها أرست مبدأ جديداً يقولها أن القواعد الآمرة ليست كلها من النظام العام.

إلاّ أن أحكام محكمة استئناف القاهرة استقرت على اعتبار مخالفة المواد 226، 227 من القانون المدني المصري بخصوص الفائدة لا تتعلق بالنظام العام ولا تخضع لرقابة قاضي البطلان وذلك في الأحكام المتوالية 62 لسنة 121ق تاريخ 2005/4/5 و108، 111 لسنة 121ق تاريخ 2005/5/3[1] وأكدته حديثاً بتاريخ 2016/11/9 بالقرار رقم 49 لسنة 133ق. [2]

ثالثا: تسبيب الحكم

لقد اعتبر تسبيب الحكم التحكيمي من النظام العام وغيابه يوجب إبطال الحكم سواء في مذاهب أهل الفقه أو تقدير القضاء وبهذا قضت أحكام القضاء فالمحكمة العليا في ليبيا بقرارها 31/18ق تاريخ 1985/2/25 و40/171ق تاريخ 1995/12/11 اعتبرت تعليل الحكم من النظام العام [3] وكذا قضت محكمة استئناف تونس في قرارها رقم 45823 [4] ومحكمة استئناف القاهرة بقرارها 134/69ق في 2004/9/11. [5]

وتواترت قرارات المحاكم التي تبطل الحكم لخلوه من التسبيب أو حتى لقصور أو عدم جدية أسبابه.

---

(1) سليم، إسماعيل (2014). "رقابة القضاء المصري على الفوائد المقضي بها تحكيمياً ومدى اتصالها بالنظام العام"، مجلة التحكيم العربي، عدد 23 شهر 12 القاهرة. ص 232.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2017). عدد 35 شهر 7 بيروت. ص 126.

(3) مجلة التحكيم (2010). عدد 5، مرجع سابق. ص183.

(4) مجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص 335.

(5) المرجع السابق. ص 504.

فقد أصدرت محكمة استئناف بيروت قراراً في 2004/4/29 يتضمن أن تفسير العقد بما يخالف مضمونه يعادل غياب التسبيب مما يجعل الحكم باطلاً. [1]

كما قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها في الدعوى 47 لسنة 119ق تاريخ 2003/6/29 بما يلي: "لا نزاع في ضرورة تسبيب أحكام المحكمين حتى تتمكن المحكمة في مقام دعوى بطلان الحكم من بسط رقابتها على الحكم وصحته وخلوه من أوجه العوار" [2]. وكانت قضت في حكم سابق بأن خلو التسبيب والتسبيب غير الجدي يبطلان الحكم في قرارها رقم 114/26ق تاريخ 1998/2/18. [3]

بل أن حكماً صدر في كندا عن محكمة استئناف كيبيك أبطل حكماً تحكيمياً لعدم التسبيب والذي يقع ضمن مخالفة النظام العام رغم عدم إبطاله في بلد صدوره. [4]

---

(1) مجلة التحكيم (2010). عدد 5، مرجع سابق. ص 495 وقد أشير للقرار ضمن تعليق للنقيب عبدالله درويش هو بعنوان خروج المحكم عن حدود اتفاق التحكيم.

(2) مجلة التحكيم العربي (2004). عدد 7، شهر 7 القاهرة. ص 172.

(3) المرجع السابق. ص 172-173.

(4) مجلة التحكيم (2009). عدد 2، مرجع سابق. ص 862 القضية بين شركة .Smart Technologiec Inc ضد .Domitique Secant Inc

وكان هذا نهج القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي، ولاحقاً تغير نهج القضاء على وجه العموم وصدرت العديد من الأحكام التي تقول أن الخطأ في التسبيب أو التناقض فيه ليس من النظام العام بل حتى ذهبت إلى القول أن خلو الحكم من التسبيب لا يبطله وبهذا المعنى أو قربه صدرت أحكام عديدة عن المحاكم المصرية واللبنانية والمغربية والفرنسية. [1]

ولا بد أن نشير إلى بعض الأحكام الحديثة المغايرة فالمحكمة العليا في هولندا قضت بأن غياب التسبيب وليس تعيبه سبب للبطلان مما اعتبر رجوعاً عن أحكام سابقة لم تعتبر غياب التسبيب من أسباب البطلان [2]. كما قضت محكمة استئناف القاهرة في قرارها 39، 31 لسنة 132ق بتاريخ 2016/3/26 بأن خطأ خطيراً في التسبيب يعادل عدم وجوده مما يوجب إبطال الحكم. [3]

رابعاً: حياد المحكم ورده

دأب القضاء على اعتبار حياد المحكم من أهم ركائز العملية التحكيمية وأن عدم حياد أو عدم استقلال المحكم يستوجب البطلان ففي قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2005/2/7

---

(1) مجلة التحكيم العربي (2016). عدد 16، مرجع سابق. ص 155 قرارات محكمة النقض المصرية ذوات الأرقام 4457، 4463، 4853 لسنة 77ق جلسة 2010/11/9 وتتضمن أن خلو الحكم التسبيب ليس من النظام العام ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 39 و40، مرجع سابق. ص 742–746 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 25 لسنة 135ق تاريخ 2018/5/9 وقرار رقم 50 تجاري تاريخ 2016/3/30 وتتضمن أن القصور أو الخطأ في التعليل ليس سبباً للبطلان ومجلة التحكيم العالمية (2019). عدد 41، مرجع سابق. ص 542 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 71 لسنة 130ق تاريخ 2015/3/4 يتضمن القرار أن القصور أو الخطأ في التعليل ليس سبباً للبطلان وص 588 قرار محكمة استئناف الدار البيضاء رقم 5490 حيث قضت بأن وجوب التعليل ليس من النظام العام وأن التضارب في التعليل لا يبطل الحكم ومجلة التحكيم العربي (2014). عدد 22 شهر 6 القاهرة. ص 98–99 محكمة النقض المصرية قرار رقم 537 لسنة 73ق تاريخ 2014/3/25 والقاضي بأن قصور التسبيب ليس سبب للبطلان ومجلة التحكيم (2009) عدد 1، مرجع سابق. ص 373 محكمة استئناف تونس قرار رقم 6699 تاريخ 2007/3/28 والقاضي بأن المحكمة تراقب وجود التعليل لا صحته ومجلة التحكيم (2010). عدد 5، مرجع سابق. ص 393 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2009/1328 تاريخ 2009/10/9 وقرار محكمة استئناف باريس 18/2008 تاريخ 2008/4/17 وقضيا بأن نقص التعليل أو غيابه لا يخالف النظام العام.

(2) مجلة التحكيم العربي (2006). عدد9، القاهرة. ص 270 في القضية STBank ضد Nannini.

(3) مجلة التحكيم العالمية (2018. عدد 38، مرجع سابق. ص 742.

قالت: "حيدة المحكم واستقلاله من ضمانات التقاضي الأساسية وبتوافرهما يطمئن طرفا التحكيم أن قضاء المحكم لا يصدر عن هوى أو تميز[1] "، وكانت محكمة الاستئناف المصرية في قرارها رقم 120/160ق تاريخ 2003/6/29 قضت أن رد المحكم يخضع لإجراءات التقاضي وطرق رفع الدعاوى وأن المحكمة تقضي به من تلقاء نفسها معتبرة إياه من النظام العام قائلة: "ان القواعد والإجراءات الخاصة برد المحكمين من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك أنها من ناحية أولى تتعلق بضمانتي الحيدة والاستقلال اللتين لا غنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أياً كان مصدرها فيتعين توافرهما في المحكم أسوة بالقاضي ومن ناحية ثانية تتصل بشكل الخصومة وإجراءات التقاضي.... وتقضي به المحكمة من تلقاء نفسها" وكان الفقه يؤيد القضاء بأن أسباب رد القاضي تسري على المحكم بل أن أسباب رد المحكم أوسع كون أسباب رد القاضي حصرية. [2]

وقضت محكمة التعقيب في تونس بقرارها رقم 75130 تاريخ 2000/2/21 "المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم لمنحه سلطة الفصل في نزاعهم". [3]

وعلى نحو مماثل قضت محكمة النقض الفرنسية بقرارها رقم 22164-07 تاريخ 2009/2/12 ببطلان حكم التحكيم لعدم استقلال المحكم ولعلاقته بمكتب محاماة يمثل الشركة الأم [4] كما قضت المحاكم الفرنسية بالبطلان لعدم الإفصاح وتكرار التعيين. [5]

---

(1) والي، فتحي (2014). "مدى اختصاص القضاء الوطني بالفصل في طلبات رد المحكمين في التحكيم المؤسسي"، مجلة التحكيم العربي، عدد 23 شهر 12، القاهرة ص. 99 قرار رقم 445 لسنة 21ق.

(2) الجمل، يحيى (2006). "المخاصمة والرد – دراسة مقارنة بين القضاة والمحكمين"، مجلة التحكيم العربي، عدد 9 شهر 8، القاهرة. ص 76.

(3) الورفلي، أحمد (2014). "جزاء نقص التجريح بالقوادح"، مجلة التحكيم العربي، عدد 23 شهر 12، القاهرة. ص 143.

(4) مجلة التحكيم. عدد "3"، مرجع سابق. ص 888.

(5) الورفلي، أحمد. مجلة التحكيم العربي عدد 23، ص 135 قرار رقم 68.997-09 ورقم 28.537-09 تاريخي 2010/10/20 و2011/3/10 ومجلة التحكيم العربي عدد 1، ص 176، مرجع سابق.

غير أن القضاء بات يغير توجهه بهذا الخصوص حيث صدر قرار الغرفة السادسة الابتدائية جبل لبنان بتاريخ 2007/7/18 رقم 2007/150 بعدم إجابة طلب رد محكم لأنه اتفق مسبقاً على أتعابه مع الطرف الذي عينه رغم أن الحكم تضمن أن أسباب رد المحكم هي ذات أسباب رد القاضي[1].

وقضت محكمة استئناف القاهرة في حكمها في القضايا 71 و65 لسنة 125ق تاريخ 2009/2/3 بأن أسباب رد المحكم تختلف عن رد القاضي وأن الأصهار والأقارب يمكن أن يكونوا محكمين وكون الوكيل يعمل في مكتب رئيس الهيئة ليس سبباً للرد [2] وبذات المعنى صدر قرار لمحكمة استئناف القاهرة بقرار 22 لسنة 129ق تاريخ 2015/1/18 والمتضمن أن لا قيود على تعيين الأقارب حيث أن التحكيم يختلف عن القضاء [3] وتوالت أحكام أخرى بذات المعنى من قضاء دول عديدة. [4]

وبخصوص موقف القضاء الأردني من النظام العام فإن الباحث يرى أنه ومن البداية اتبع رقابة لينة في دعاوى البطلان، ويلاحظ قلة الأحكام التي صدرت بخصوص دعاوى البطلان لسبب مخالفة

---

(1) مجلة التحكيم. عدد "1"، مرجع سابق. ص 176.

(2) مجلة التحكيم. عدد 3، مرجع سابق. ص 601-.

(3) مجلة التحكيم العالمية. عدد 37، مرجع سابق. ص 641.

(4) مجلة التحكيم العالمية. عدد 3، مرجع سابق. ص 641 قرار محكمة النقض الفرنسية رقم 108 17-16 تاريخ 2017/6/15 والذي تضمن أن توقيع اتفاقية تحكيمية يعد تنازلاً عن الدفع بالبطلان حتى لو لم يصرح المحكم عن علاقاته بالطرف الآخر ومجلة التحكيم العالمية. عدد 38، مرجع سابق. ص 299-303 قرار محكمة استئناف دمشق رقم 107 تاريخ 2010/3/3 والذي تضمن أن القرابة ليست سبباً للرد لمعرفة المعلومة وتقديم الرد خارج المدة ورغم كون المحكم هو والد المحتكمة وشريك من الباطن ولم يفصح فإن طلب الرد غير مسموع لتجاوز الميعاد.

النظام العام وربما يعزى ذلك إلى قلة الطعون التي استندت إلى هذا السبب أو تم إيراده بعبارات عامة دون بيان وجه مخالفة النظام العام. [1]

إن معظم القرارات الصادرة عن القضاء الأردني بهذا الخصوص تركزت على مخالفة النظام العام لعدم دفع رسوم الطوابع وقد تباينت القرارات بهذا الخصوص حيث أبطلت بعض الأحكام كلياً وبعضها في الجزء المتعلق برسوم الطوابع وبعضها لم يبطل [2]، في قرارين آخرين حصلا على إذن تمييز وأثير فيهما الدفع بعدم دفع رسوم الطوابع قضت محكمة التمييز رد الطعنين لأن قرار محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن أصلاً ودعوى البطلان شكلية [3]، وبذلك فلم يستقر موقف القضاء الأردني على نهج واحد ثابت بخصوص جزاء عدم دفع رسوم الطوابع لمدة طويلة حيث استمرت المراوحة في تقرير الجزاء فبعد صدور قرار محكمة الاستئناف بإبطال شق من التحكيم لعدم دفع رسوم طوابع عنه قضت محكمة التمييز بأن محكمة الاستئناف لا تكلف المستدعي بدفع رسوم الطوابع [4]، صدرت عدة قرارات لمحكة الاستئناف بعدم إبطال أحكام التحكيم لعدم دفع رسوم الطوابع [5]، كما صدرت

---

(1) قرارات 2019/8301، 2019/6858، 2019/7225، 2019/6591، 2019/6111، 2019/6411، 2019/3055 – منشورات قسطاس.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/38 تاريخ 2010/9/29 وقضت المحكمة بإبطال شق الحكم الذي لم يدفع عليه رسوم طوابع ورقم 2010/6 تاريخ 2010/1/9 إبطال حكم التحكيم لعدم دفع رسوم الطوابع على المستندات وقرار رقم 2010/422 تاريخ 2011/7/14 عدم الإبطال لعدم دفع رسوم الطوابع على العقد المحكوم بموجبه حيث أن محكمة الاستئناف لم تأخذ بهذا الدفع بقرارها رقم 2006/201 ورقابة محكمة التمييز شكلية ولا تتسع لمناقشة البينات منشورات قسطاس وقرار رقم 2015/8 تاريخ 2015/9/5 حيث نقضت محكمة التمييز حكم محكمة الاستئناف بالبطلان لعدم دفع رسوم الطوابع وقرار تمييز رقم 2016/1665 تاريخ 2016/10/17 ونقضت قرار محكمة الاستئناف برد دعوى البطلان وسند النقض عدم دفع رسوم الطوابع مما يشكل مخالفة للنظام العام.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 2013/1238 تاريخ 2013/4/7 وقرار رقم 2012/857 تاريخ 2012/7/7 منشورات قسطاس.

(4) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 193–194 قرار محكمة التمييز رقم 2006/201 تاريخ 2008/8/21.

(5) المرجع السابق ص 350–356، 390–394، 401–407 قرارات 2010/422، 2010/38، 2009/203.

قرارات أخرى بإبطال أحكام التحكيم لعدم دفع رسوم الطوابع [1] ثم قررت محكمة التمييز بهيئتها العامة أن على محكمة الاستئناف تكليف مبرز العقد بدفع الرسوم وإلاّ فإبطال الحكم[2]. وفعلاً طبقت ذلك في قرار قضت فيه أنه كان على محكمة الاستئناف تكليف مبرز السند بدفع رسوم الطوابع قبل البت في دعوى البطلان [3] ويتفق الباحث مع هذا النهج المحمود.

كما تم إصدار قرارات لم يتم التعرض فيها نهائياً لما أثير حول مخالفة النظام العام [4] إلاّ أن المحكمة في بعض القرارات فرضت رقابة معمقة [5]، كما كرست أن تمثيل الخصوم لا يشترط أن يكون من خلال المحامين قبل تعديل قانون التحكيم وقانون نقابة المحامين [6]. إلاّ أن قراراً حديثاً لمحكمة التمييز بين مفهوم النظام العام واعتبر أن خرق القواعد الآمرة لا يشكل خرقاً للنظام العام[7].

---

(1) المرجع السابق ص 386–389 ومجلة التحكيم العالمية (2015). عدد 28 شهر 10، بيروت. ص 274–276 قرار 2010/6.

(2) قرار رقم 2015/8 تاريخ 2015/9/15 منشورات عدالة.

(3) قرار رقم 2016/2677 تاريخ 2016/1/20 منشورات قسطاس.

(4) قرارات محكمة الاستئناف رقم 2010/114 تاريخ 2011/3/21 وقرار رقم 2009/153 تاريخ 2011/5/31 وقرار رقم 2008/309 تاريخ 2009/7/29 منشورات عدالة.

(5) قرارات محكمة التمييز رقم 2018/5482 تاريخ 2018/9/25، 2015/2247 تاريخ 2016/2/7، 2015/2245 تاريخ 2015/8/17، 2014/1677 تاريخ 2015/3/23، 2016/1665 تاريخ 2016/10/17 و2016/1665 تاريخ 2016/10/17 منشورات قسطاس.

(6) مجلة التحكيم العالمية (2011). مجلة فصلية عدد 9 شهر 1، بيروت. ص 295 قرار محكمة الاستئناف 207/ط/2009 تاريخ 2010/2/9 ومجلة التحكيم (2010) عدد 5 شهر كانون ثاني، مرجع سابق. ص 194 قرار محكمة الاستئناف رقم 2008/206 تاريخ 2008/6/10.

(7) قرار محكمة تمييز رقم 2017/3540 تاريخ 2017/10/6 منشورات قسطاس.

المطلب الثالث

تقدير الموقف من النظام العام

باستقراء وتحليل مواقف الفقه التي تمت الإشارة إليها وأحكام القضاء المتدرجة بخصوص النظام العام فإننا لا نتفق مع ما ذهب إليه الفقه والمستحدث من أحكام القضاء النظامي وما ذهبت إليه بعض التشريعات بخصوص التفرقة في حصر تطبيق النظام العام الوطني على التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي وذلك سواء كان الأمر يتعلق بالنظام العام للقانون واجب التطبيق أو النظام العام لبلد تنفيذ الحكم، ويرى الباحث أن هذا في الواقع تمييزاً غير محبذ بين الحكم القضائي والحكم التحكيمي بتطبيق أحكام مختلفة من ذات القضاء حال وجود عنصر أجنبي ما يشكل تمييزاً تحيزياً لصالح علاقات التجارة الدولية على حساب العلاقات الوطنية ترتقي إلى مخالفة دستورية لمبدأ المساواة أمام القانون، كما أن ذات النظام القضائي سيصدر أحكاماً متعارضة ويطبق معايير مختلفة لرقابته على المبادئ الأساسية حتى بين ذات الخصوم بالاعتماد على كيفية حل نزاعاتهم أمام القضاء النظامي أم بالتحكيم.

ولنا أن نتصور أن خصمين تنازعا في عقدين منفصلين على ذات المحل تضمن الأول شرط تحكيم والآخر لم يتضمنه، وأحيل النزاع في العقد الأول للتحكيم وقضى بفائدة مركبة 10% وفقاً لشرط العقد أما العقد الثاني فنظره القضاء وحكم بفائدة 9% غير مركبة لأن شرط العقد مخالف للنظام العام، وطعن بالأول، لمخالفته النظام العام وصدر الحكم برد الطعن لأن الفائدة ليست من النظام العام الدولي ألا يشكل هذا تعارضاً غير مبرر من ذات القضاء في أحكامه، كما لنا أن نتخيل في فرض آخر أن حكم التحكيم في العقد الأول صدر غير مسبب أو متناقض الأسباب وصدر حكم القضاء في العقد الثاني أيضا متناقض الأسباب أو خالياً منها فعند الطعن بهما تمييزاً ستحجب

المحكمة رقابتها عن عيوب خلو أو تناقض التسبيب في حكم التحكيم الصادر في العقد الأول ولن تبطله وستصادق على تنفيذه لأن هذه القاعدة الآمرة ليست من النظام العام الدولي وستقضي بنقض الحكم في الثاني لمخالفته للنظام العام الوطني.

كما أن هنالك عدم مساواة حتى بين التحكيم الوطني والتحكيم الذي يشوبه عنصر أجنبي أو تنطبق عليه حالة التحكيم الدولي، ولنا أن نتصور أن شركة محلية تعاقدت في عقدين الأول لتوريد مواد لشركة محلية والثاني لتوريد ذات المواد لشركة أجنبية وفي العقدين تتم إحالة النزاعات للتحكيم وورَّدت بضاعة معيبة في الحالتين وفي التحكيمين دفعت الشركة الموردة بمرور الزمن المانع من سماع الدعوى وقضي في التحكيمين ضدها رغم مرور الزمن فطعنت بالبطلان في الحكمين فسيقضي في الأول بنقض الحكم لمخالفته لقاعدة آمرة في حين سيقضي برد دعوى البطلان في الثاني لأنه لا يخالف النظام العام الدولي في الثانية.

وهذا التمييز أيضا يتحقق بين حكم تحكيم أجنبي دولي عند طلب إكسائه الصيغة التنفيذية وحكم تحكيم داخلي ذي طابع دولي يخضع لقانون الدولة وتمت فيه مخالفة النظام العام الداخلي (الوطني) فالأخير لن يتم إبطاله كون المحكمة تراقب فقط خرق قواعد النظام العام الدولي أما الأول فإن القاضي الوطني لن يمنحه الصيغة التنفيذية لخرقه ذات القاعدة حيث سيطبق النظام العام الداخلي وليس الدولي رغم أن حكم التحكيم الأجنبي دولي.

إن جميع الفروض السابقة ستؤدي إلى نتائج غير معقولة ولا مقبولة لا بذريعة تشجيع التحكيم ولا يجذبه بل أنه قد يجعل مفهوم التحكيم الدولي باباً للغش نحو القانون وذلك باستبعاد تطبيق أحكام النظام العام للدولة، مما يجعلنا نخلص إلى أن التقيد بقواعد النظام العام الوطني يجب أن يراقب سواء كان القانون المطبق على النزاع وطنياً أم أجنبياً.

ونختم بأن الرأي المخالف للرقابة المعمقة يضع بعض الحجج والذرائع، الأولى منها أن للتحكيم نظامه الخاص الذي يختلف عن النظام القضائي ولذا فإنه لا يخضع لنفس المعايير، وإن كنا نتفق مع اختلاف النظامين فإن ذلك يتعلق بمرونة الإجراءات وحق الأطراف باختيار القواعد الموضوعية والإجرائية وأدلة الإثبات ولا تمتد لأسس وجوهر النظام القانوني، ولا لإخراج العملية برمتها من دائرة الرقابة وإلاّ لقبل مبدأ اتفاق الأطراف على عدم خضوع الحكم لدعوى البطلان وهو ما تأباه معظم التشريعات، وحتى التشريعات التي أجازته اشترطت أن لا يكون أحد أطراف التحكيم مقيماً أو مواطناً في بلد التشريع وهو ما تأباه أيضا قاعدة المساواة بين المواطنين وخضوع جميع من فيها لنفس قواعد العدالة وحماية الحقوق كما أن فيه إهدار لمبادئ الدولة العليا التي تقوم عليها أركان المجتمع تحقيقاً لمصلحة عامة أسمى من اتفاقات الأطراف، أما الحجة الثانية فإنها تستند إلى تشجيع التحكيم وتفعيله وجذب التحكيم للدولة وجذب الاستثمارات الأجنبية، وإن كان هذا هدفاً مشروعاً فإنه يجب أن لا يتم على حساب العدالة والمبادئ العليا الوطنية وإهدار النظام العام، وحتى التشريعات التي أجازت عدم الطعن بالبطلان في حال كان أطراف النزاع أجانب بهدف جذب التحكيم انتهت إلى نتيجة عكسية بامتناع هؤلاء الأطراف عن تطبيق تشريعها لافتقاره لأدنى ضمانات الحماية كما سلف ذكره بخصوص التشريعين السويسري والبلجيكي.

كما أن معاهدة نيويورك ذاتها والتي شجعت على التحكيم وألزمت الدول بتنفيذ أحكام التحكيم تطلبت عدم مخالفة النظام العام لبلد التنفيذ وإلاّ أجازت عدم تنفيذه.

وأما الذريعة التي تقوم على أن التحكيم لا يمثل سلطة الدولة ونظامها وأنه يمثل إرادة الأطراف وعليهم تحمل تبعة خياراتهم وليس الركون للقضاء لمعالجة ما يقترفه المحكمون فالصحيح أن الأطراف بإرادتهم إنما يبتعدون عن إجراءات التقاضي للسرعة والسرية وللمعرفة المتخصصة في بعض الميادين ولتعدد جنسيات الأطراف ولكنهم لا يقصدون أبداً إلى المقامرة بقضاياهم وحقوقهم وإفلاتها من أي

عقال ولذا فإنهم في الغالب يختارون نظاماً قانونياً ينشدون العدالة في ظله ويعتقدون أن القضاء هو حارس أركانه وقواعده العليا بما يحمي وفقاً لهذا النظام ما قد يطيح به المحكمون جهلاً أو قلة حرص أو قلة عناية بما هو من أسس هذا النظام القانوني وقيم المجتمع الذي شيده.

وأخيراً يتذرع بعض الفقه بأن مفهوم النظام العام متغير ونسبي وغير محدد ولكن هذه الحجة تنطبق وبشكل أكبر على النظام العام الدولي فهو مفهوم أقل تحديداً وأقل ثباتاً واستقراراً وأكثر نسبية وغموضاً، والقضاء الوطني أقدر على تحديد المبادئ والقواعد التي يشكل خرقها أو المساس بها اعتداء على المصلحة العليا للمجتمع وفي ابتداع رؤى تؤطر هذا المفهوم حتى في حال تغيره أكثر من قدرته على تحديد مفهوم النظام العام الدولي.

أما بخصوص القانون الأردني فإننا نرى أن الجدل حول النظام العام الداخلي والدولي لا يخصه حيث أن المشرع لم يميز بينهما كما أشرنا سابقاً فضلاً عن أنه لم يضع أصلاً تعريفاً للتحكيم الدولي مما يستوجب تطبيق النظام العام الأردني على أحكام التحكيم.

الفصل الرابع
موقف القضاء من استبعاد القانون ومخالفة النظام العام – تطبيقات قضائية

سنبحث في هذا الفصل تطبيقات في مدى أعمال القضاء رقابته على استبعاد أحكام التحكيم للقانون ومخالفتها للنظام العام من خلال استعراض مجموعة من الأحكام القضائية وذلك من خلال مبحثين نعرض في الأول حالات طعن فيها باستبعاد القانون وفي الثاني طعن فيها بمخالفة النظام العام، وهذه الحالات لأحكام تحكيم في نزاعات عقود مقاولة نظراً لكونها الوحيدة التي تسنّى لنا الحصول على حكم التحكيم وعلى كامل لوائح الطعن والتي تتيح فحص مضمونها وتسبيبها.

المبحث الأول
موقف القضاء من استبعاد القانون

سنتناول في هذا المبحث المبادئ والقواعد التي نرى أن مخالفتها أو إهمالها أو الخطأ الصارخ فيها يرتقي لدرجة استبعاد القانون، وسنعرض لحالات وردت في أحكام تحكيم نرى أنها تمثل استبعاداً للقانون وفقاً لما أوردناه لمفهوم استبعاد القانون خلال أربعة مطالب.

المطلب الأول
قواعد التقادم لمرور الزمن وسبق التحكيم لأوانه

سنبحث في هذا المطلب قواعد التقادم والدفع بمرور الزمن وسبق التحكيم لأوانه وذلك من خلال فرعين.

الفرع الأول: قواعد التقادم ومرور الزمن

إن قواعد التقادم ومرور الزمن المانع من سماع الدعوى من القواعد الأساسية في أي نظام قانوني، وبعض الأنظمة القانونية تعتبرها من النظام العام كما أسلفنا.

ففي مصر تعتبر هذه المدد غير خاضعة لإرادة الأطراف وليس لهم تقصيرها أو إطالتها كونها من النظام العام، واتفاقهم المخالف لحدود القانون يقع باطلاً وكذلك التنازل المسبق عن الدفع بالتقادم[1].

والدفع بالتقادم ليس من النظام العام وإن كان شرع لمصلحة عامة ولا بد للمدين من التمسك به وتجوز إثارته في أي حال كانت عليها الدعوى ويجوز التنازل عنه بعد ثبوته صراحة أو ضمناً [2].

كما اعتبر المشرع الأردني أيضا مدد التقادم من النظام العام، وأوردها المشرع في القانون المدني ونص على عدم جواز تعديلها وعدم جواز التنازل المسبق عن الدفع بمرور الزمن الذي نظمه المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية في المادة "109" واشترط أن يقدم بطلب مستقل خلال المدد المحددة في المواد (59)، (60) من ذات القانون، قبل التعرض لموضوع النزاع، وكان يتوجب على المحكمة أن تفصل في هذا الدفع قبل الفصل في الدعوى قبل تعديل قانون أصول المحاكمات المدنية في عام 2017 [3]، ونصت المادة (110) من ذات القانون على أن كافة الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتعلقة بالنظام العام يجب إبداؤها قبل دفاع أو طلب أو دفع آخر وإلاّ سقط الحق فيها[4].

وقد كان القضاء الأردني فيما مضى يجيز إثارة هذا الدفع والتمسك فيه في أي مرحلة رغم أنه ليس من النظام العام بشرط أن لا يتم التمسك فيه بعد الحكم القطعي أو أمام محكمة التمييز لأول

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون الجديد. ج 3 الأوصاف، الحوالة، الانقضاء. ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية. ص 1053.

(2) المرجع السابق ص 1126 – 1135 وص 1145 – 1146.

(3) قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 24 لسنة 1998 وتعديلاته والمعدل رقم "31" لسنة 2017.

(4) تنص المادة 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية على ما يلي: " 1- الدفع بالبطلان غير المتصل بالنظام العام وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام، والدفع بعدم الاختصاص المكاني أو بوجود شرط التحكيم يجب إبداؤها معاً قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب الدفاع في الدعوى وإلا سقط الحق فيها. كما يسقط حق الطعن في هذه الدفوع إذا لم يبدها في لائحة الطعن. ويجب إبداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلق بالإجراءات غير المتصلة بالنظام العام معاً وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها. "

مرة [1]، وكان هذا موقف الفقه الأردني أيضا [2]، وتغير موقف القضاء الأردني لاحقاً حيث أصبح القضاء يتعامل معه كدفع شكلي تجب إثارته قبل الدخول بالأساس وتكون إثارته بعد الدخول بالأساس مخالفة للقانون وهذا الموقف الجديد المتوافق مع نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية قد استقر في اجتهاد القضاء الأردني[3]، وبينت هذه الأحكام أن موقفها بعدم قبول هذا الدفع بعد الدخول بالأساس يهدف إلى عدم تشجيع الخصوم على إبدائه في مرحلة متأخرة فيضيع الجهد والوقت دون فائدة ويعُاد بحث الخصومة من جديد، وخلصت إلى عدم تعلق هذا الدفع بالمصلحة العامة فيجوز التنازل عنه، ويسقط الحق فيه إذا لم يُبدَ قبل الدخول بالأساس والساقط لا يعود.[4]

---

(1) قرارات محكمة التميز ذوات الأرقام 81/38، 76/5/30، 84/152، 98/1283، 99/1946 منشورات عدالة.

(2) الزعبي، عوض (2013). مرجع سابق. ص 244.

(3) قرارات محكمة التميز ذوات الأرقام 2004/3921، 2004/1519، 2006/513، 2007/1108، 2008/3783، 2013/4020، 2014/4517، 2015/209، 2015/2082 ذوات التواريخ 2005/3/16، 2004/8/1، 2006/11/15، 2007/4/9، 2009/6/25، 2014/7/17، 2015/3/15، 2015/3/23، 2015/6/1 على التوالي منشورات عدالة.

(4) ورد في قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1108/2007 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/9/4 منشورات مركز عدالة: "1. يعتبر الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن من الدفوع الشكلية التي أوجبت المادة (109) من قانون أصول المحاكمات المدنية تقديمه: أ- قبل التعرض لموضوع الدعوى. ب- وفي طلب مستقل خلال المدة المنصوص عليها في المادة (59) من القانون ذاته. وأوجبت المادة المذكورة على المحكمة المقدم لها ذلك الطلب الفصل فيه قبولاً أو رداً قبل التعرض لموضوع الدعوى، إذا تمسك به مقدمه. وإن تكرار وكيل المميز ضدها للائحتها الجوابية ومذكرتها الاعتراضية على بينات الجهة المدعية وطلبه إبراز حافظة مستنداتها يشكل: "تنازلاً عن طلبها المقدم لرد الدعوى لمرور الزمن وتعراَ لموضوع الدعوى. مما لا يجوز مع العودة للتمسك بالطلب لسقوط الحق فيه لأن الساقط لا يعود. كما أن المعدوم لا يعود، وكان على المدعى عليها ان كانت متمسكة بطلبها تمكين المحكمة من الفصل فيه، فإذا قضت برده كررت لائحتها الجوابية ومذكرتها الاعتراضية، وطلبت إبراز حافظة مستنداتها المقدمة ضمن المدة المنصوص عليها في المادة 59 سالفة الذكر." وفي قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 513/2006 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/11/15 منشورات مركز عدالة: "وحيث نجد أن الجهة المميزة بتقديم دفعها بمرور الزمن بعد دفعها بعدم الخصومة يجعلها والحالة هذه مسقطة لحقها في الدفع بمرور الزمن وفقاً لأحكام المادة 110 سالفة الذكر مبدين أن الحكمة من وراء إبداء الدفع الشكلي قبل إبداء أي دفع إجرائي آخر أو طلب أو دفاع في الدعوى وكما ذهب إليه الفقه هي أن إتاحة الفرصة للخصوم لإبداء الدفوع الشكلية في أية حالة كانت عليها الخصومة يشجع الخصم على الانتظار إلى قرب نهاية الإجراءات للتمسك بالدفع الشكلي فيضيع الوقت والجهد والنفقات دون فائدة ويضطر المدعي إلى بدء الخصومة من جديد بعد أن تكون قد قطعت شوطاً كبيراً. وحيث توصلت محكمة الاستئناف لذات النتيجة عندما اعتبرت الدفع بمرور الزمن غير مقبول لتقديمه بعد الدفع بعدم الخصومة وأيدت بذلك محكمة الدرجة الأولى. فيكون قرارها المميز وبالاستناد إلى ملف ذكره واقعاً في محله ومتفقاً مع القانون لا تنال منه هذه الأسباب ولا تجرحه ويتعين ردها".

وسنعرض تالياً لبعض الحالات المتعلقة بالتقادم والدفع بمرور الزمن.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة وأثناء التنفيذ خاطب المهندس المقاول بأن الأعمال مخالفة للمواصفات وهناك عيوب عليه إصلاحها، ونتيجة عدم استجابة المقاول وفشل بعض الاختبارات قام صاحب العمل بالطلب من مقاولين آخرين معالجة الأعمال المعيبة، فقام المقاول بترك العمل دون أن يكمله، وقام صاحب العمل برفع قضية لتحصيل قيمة شيك ضمان الأداء فسدده المقاول، فأحال المقاول الخلاف على قيمة الشيك للتحكيم وقدم صاحب العمل ادعاء متقابلاً وتم الانتهاء من تبادل اللوائح وتم الاستماع لجزء من البينة الشخصية ثم تقدم وكيل المقاول بطلب يتضمن الدفع بمرور الزمن المانع من سماع الادعاء المتقابل سنداً للمادة 791 من القانون، وطلب صاحب العمل رد الدفع حيث أنه كان يجب أن يقدم قبل الدخول بالأساس كما أن ادعاءه لا تنطبق عليه المادة 791 لعدم تعلقها بعيوب الضمان العشري أو العيوب الخفية، بل تتعلق بالعيوب أثناء التنفيذ ولم يسلم المقاول العمل أو يكمله وتطبق بخصوصها المادة 785 والتعويض بموجبها يخضع للتقادم الطويل، فقررت الهيئة ضمه للحكم فيه مع الحكم المنهي للخصومة. ثم أصدرت هيئة التحكيم بالأغلبية حكماً برد الادعاء المتقابل لعلة مرور الزمن المانع من سماع الدعوى والحكم بالادعاء الأصلي، فطعن صاحب العمل لدى محكمة الاستئناف لإبطال الحكم ومن ضمن أسباب الطعن مخالفة المادتين 109، 110 من قانون أصول المحاكمات المدنية مستنداً لقرار محكمة التمييز بهيئتها العامة والقاضي أن الإجابة على لائحة الدعوى تعد تنازلاً عن الدفع بالتقادم، كما استند إلى مخالفة المادة 21 من قانون التحكيم والتي توجب التقدم بالدفوع قبل تقديم اللائحة الجوابية فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها برد طعن البطلان والأمر بتنفيذ الحكم على سند من القول أن القواعد الإجرائية أعفت الهيئة من التقيد بقانون

أصول المحاكمات المدنية [1] وأن المادة 791 تنطبق دون مراعاة انطباق مدة التقادم الطويل، ورغم استقرار قاعدة النزول عن الدفع بالتقادم في حال لم يقدم قبل الدخول بالأساس ورغم أن القواعد الإجرائية تتعلق بتنظيم إجراءات التحكيم لا غير، وبعد تمييز قرار محكمة الاستئناف قضت محكمة التمييز برد القرار المميز سنداً لشكلية الرقابة على حكم التحكيم [2] على خلاف قرارات محكمة التمييز المتواترة وقرار هيئتها العامة باعتبار عدم إبداء هذا الدفع قبل الدخول بالأساس نزولاً عن الدفع بمرور الزمن واستقرار قاعدة أن عدم إبداء هذا الدفع قبل الدخول بالأساس يسقط الحق فيه.

الحالة الثانية:

في نزاع بخصوص عقد مقاولة طالب المقاول بالتعويض عن استطالة المدة وقدم صاحب العمل دفوعاً من ضمنها أن نص المادة 1/20 من شروط عقد المقاولة يوجب قيام المقاول بإرسال إشعار بنية المطالبة خلال "28" يوماً من الواقعة المؤدية للمطالبة وإلاّ أخليت مسؤولية صاحب العمل وسقط حق المقاول في المطالبة [3]، ولم تأخذ الهيئة بهذا الدفع ولم تعالجه، وطعن بالحكم للإبطال لعدة أسباب منها هذا الدفع فلم يبطل الحكم ولم تعالج محكمة الاستئناف أيضا هذا السبب[4]، وتكرر هذ الدفع في العديد من النزاعات المتعلقة بعقد المقاولة وصدرت أحكام التحكيم دون التعرض للدفع ودون

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان 2015/372 تاريخ 2016/3/16 منشورات عدالة.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2017/3724 تاريخ 2017/10/12 منشورات قسطاس.

(3) تنص المادة 1/20 على ما يلي: " إذا كان المقاول يعتبر نفسه مستحقاً للحصول على تمديد في " مدة الانجاز " و/أو اية دفعة اضافية بموجب أي "مادة" من هذه الشروط، أو لغير ذلك من الاسباب المتعلقة بالعقد، فانه يتعين عليه ان يرسل إلى المهندس اشعاراً مبيناً فيه الواقعة أو الظرف الذي أدى إلى تكوّن المطالبة، يتعين ارسال هذا الاشعار في أقرب فرصة ممكنة عملياً، وذلك خلال مدة لا تتجاوز (28) يوماً من تاريخ دراية المقاول أو وجوب درايته بتلك الواقعة أو الظرف.

إذا أخفق المقاول في ارسال الاشعار خلال فترة الـ (28) تلك، فإنه لن يتم تمديد مدة الانجاز، ولكن يكون المقاول مستحقاً للحصول على أي دفعة اضافية، وبذلك يعتبر صاحب العمل أنه قد اخليت مسؤوليته فيما يتعلق بتلك المطالبة. وفيما عدا ذلك فانه ينبغي تطبيق الأحكام التالية من هذه "المادة"."

(4) قرار محكمة الاستئناف رقم 2015/513 تاريخ 2016/2/23 منشورات عدالة.

مناقشته أو معالجته وطعن بهذه الأحكام وكان هذا الدفع أحد أسباب دعوى البطلان كونه يشكل استبعاداً للقانون ولشروط العقد وفقاً للمواد 49/أ/4 والمادة 36/ج من قانون التحكيم وكان القضاء يرد الطعونُ على سند أن رقابته لا تتسع للبحث في خطأ المحكمين في تطبيق القانون أو تفسيره حيث أنها ليست من أسباب البطلان الواردة في المادة 49/أ [1]، رغم أن محكمة التمييز سبق أن قضت بعدم استحقاق مطالبات في عقود مقاولة لأن المادة "2/40" من الشروط العامة لعقد المقاولة تشترط تقديم إشعار للمهندس خلال "28" يوماً [2].

وفي حكم حديث وفي نزاع مشابه كان قد تم تقديم ذات الدفع لهيئة التحكيم ولم تتصدى له الهيئة ولا محكمة الاستئناف في قرارها رقم 2019/6 تاريخ 2019/1/9 رغم إيراده كسبب للبطلان لاستبعاد القانون وفقاً للمادة 49/أ/4 وعند الطعن بالحكم تمييزاً نقضت محكمة التمييز الحكم وأعادت الأوراق على سند أن حكم هيئة التحكيم جاء مخالفاً لنص المادة 1/20 من عقد المقاولة ما يشكل استبعاداً للقانون وشروط العقد ومخالفاً أيضا للمادة 11/14 من دفتر عقد المقاولة [3]، وقد تضمن القرار "وفي ذلك نجد من استعراض الحكم المطعون فيه قد جاء فيه: (وأما عن باقي أسباب دعوى البطلان جميعها...) وبعد أن أوردت نص المادة (49/أ و ب) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 أضافت أن وظيفة محكمة الاستئناف المعروض عليها دعوى البطلان على حكم المحكمين تنحصر في فحص أوجه البطلان والواردة في المادة (49) من قانون التحكيم وأن الاجماع منعقد في الاجتهاد

---

(1) قرارات محكمة التمييز رقم 2018/8514، 2016/1121، 2015/2425، 2018/2270 منشورات قسطاس.

(2) قرار رقم 2007/1879 تاريخ 2008/3/9 منشورات عدالة، وتنص المادة 2/40 من دفتر عقد المقاولة لعام 1999 على ما يلي: "يتعين على المهندس حين ممارسته لصلاحيته بموجب الفقرة (1/40) حيثما تنطبق أحكام هذه الفقرة أن يبت فيما يلي (بعد إجراء التشاور اللازم مع صاحب العمل والمقاول): أ- أي تمديد لمدة العمل يستحق المقاول بموجب أحكام المادة (44). ب- والتعويض الذي ينبغي إضافته لقيمة العقد بسبب النفقات التي تكبدها المقاول نتيجة لأمر التوقيف عن العمل. شريطة أن يشعر المقاول بالقرار ويرسل نسخة من الاشعار لصاحب العمل."

(3) منشورات عدالة وقرار محكمة التمييز رقم 2019/6858 تاريخ 2019/12/31 منشورات قسطاس.

والفقه على أن دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طعناً بالاستئناف فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه كما أنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم لتقدير ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه ذلك أن الرقابة المنصوص عليها في المادة (49) من قانون التحكيم لها صبغة شكلية. وإذا كان ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف هو القاعدة العامة إلا أنه لا يجوز لها أن تتفيأ ظلال المادة (49) من قانون التحكيم لرد أسباب البطلان جميعها سيما وأن بعض الأسباب مما أوردته الطاعنة في طلبها يندرج تحت المادة المشار إليها حيث طعنت في الحكم استناداً إلى استبعاد هيئة التحكيم القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه".

لا بد للباحث من امتداح هذا القرار الحديث لمحكمة التمييز ويرى فيه نهجاً جديداً بالتعمق في الرقابة على أحكام التحكيم كما يرى الباحث أنه وبصرف النظر عن صحة الرأي برد المطالبات من عدمه سنداً للمادة 1/20 التي قد تخالف قواعد التقادم بتقصير الزمن المانع من سماع الدعوى وفقاً لأحكام قضائية وقواعد قانونية [1]، فإن من واجب هيئة التحكيم أن ترد على مثل هذا الدفع وأن تعلل قضاءها سواء بقبوله أو برده، عند تسليط المحكمة رقابتها على الحكم فمن الممكن تقييم حكم الهيئة من قبيل الخطأ في تفسير أو تطبيق القانون أو باعتباره خروجاً على قاعدة عامة جوهرية توجب البطلان، كما نحث القضاء على معالجة هذه الدفوع لأهميتها وكونها تمس قاعدة تعتبر من أركان القانون ولتأصيل جزاء مخالفة تطبيق هذه القاعدة.

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 1992/98 المتضمن أن عدم توجيه إخطار حسب المادة 218 بحري لا يمنع من سماع الدعوى وقرار رقم 2008/750 تاريخ 2008/10/8، وقرار محكمة التمييز رقم 2001/2969 تاريخ 2001/9/30 والقاضي أن شرط عقد التأمين المتضمن بسقوط الحق في المطالبة إذا لم تقدم خلال سنة مخالف للقانون حيث لا يجوز تقصير مدة التقادم.

الحالة الثالثة: الضمان العشري وضمان العيوب الخفية

في عقد مقاولة يتعلق بمنشأ ترفيهي عام تبين للمقاول أن التصميم المعد من المهندس معيب وأن سلامة المنشأة مهددة وقد يؤدي التنفيذ إلى التهدم، فتوقف المقاول عن التنفيذ وقدم دراسة من طرف ثالث تبين عدم السلامة فأصر صاحب العمل على معاودته العمل وعند رفضه أقصاه عن الموقع، ورفع النزاع للتحكيم فقضت الهيئة وبعد إجراء الخبرة أن التصميم معيب والسلامة الإنشائية غير متوفرة إلا أنها قضت بحق صاحب العمل بإقصاء المقاول ومصادرة ضمان الأداء وحكمت بمطالبات كل فريق عدا قيمة ضمان الأداء التي بقيت معلقة فقالت بحق صاحب العمل مصادرته من ناحية المبدأ دون البت في مآل قيمة الكفالة المصادرة، وبما يناقض مضمون حكمها وبما يخالف القواعد الآمرة بعدم جواز تنفيذ تصميم يؤدي للتهدم ولم يبطل الحكم عند الطعن فيه.[1]

وفي حالة أخرى ثبت من الاختبارات والتقارير العلمية من ثلاث جهات مستقلة أن المنشأ وهو مبنى حكومي عام آيل للسقوط ومتوجب الهدم، وأحيل النزاع للتحكيم فأجرت الهيئة الخبرة وقضت بإلزام المقاول بالإصلاح والتدعيم للمنشأ في حين كان صاحب العمل في هذه الأثناء قد هدم المنشأ بتوصية من لجنة السلامة العامة مما جعل المقاول يحتج بأن تنفيذ التزامه أصبح مستحيلاً، ورغم الطعن بالبطلان فإن الحكم لم يبطل الحكم رغم مخالفته أحكام الضمان العشري. [2]

الفرع الثاني: سبق التحكيم لأوانه

يقتضي أعمال الشرط التحكيمي استيفاء شروطه ومنها عدم مباشرة التحكيم قبل أوانه وقد استقر اجتهاد القضاء الأردني على ذلك فقضي برد الطلب بتسمية محكم لسبقه لأوانه وعدم استيفاء شروطه

(1) قرار محكمة الاستئناف رقم 2007/43 تاريخ 2008/5/26 منشورات عدالة.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2016/4106 تاريخ 2017/3/19 منشورات قسطاس.

المسبقة أو استنفاد الإجراءات السابقة عليه [1]، كما صدرت العديد من القرارات برد تعيين محكم لسبق التحكيم لأوانه في نزاعات عقود مقاولة لعدم استنفاد الإجراءات السابقة له أو عدم اتباع تسلسل حل النزاعات بموجب العقد ومنها إحالة الخلاف للمهندس أولاً وإصدار قراره فيه [2] وبذلك أيضا قضت محكمة الاستئناف الأردنية بقرارها رقم 2009/5 تاريخ 2009/7/21. [3]

إن المسألة تختلف فيما إذا تم تعيين المحكمين من الخصوم وأثير الدفع بسبق التحكيم لأوانه أمام الهيئة حيث انه من الدفوع المنصوص عليها في المادة "21" من قانون التحكيم والتي تنص على أن قيام فريق بتعيين محكم أو الاشتراك بتعيينه لا يحرمه من إثارة الدفوع المتعلقة باختصاص الهيئة أو بشرط التحكيم، واستمرت الهيئة في نظر النزاع فهل يخضع حكم التحكيم للإبطال لاحقاً لهذا السبب رغم أنه ليس من أسباب البطلان المنصوص عليها في المادة 49؟ وماذا لو قضت الهيئة بعدم اختصاصها فهل يجوز الطعن فيه؟ وتزداد المسألة إشكالاً فيما إذا كانت المحكمة هي التي عينت محكماً رغم الدفع بسبق التحكيم لأوانه ونظرت هيئة التحكيم النزاع برغم إثارة ذات الدفع أمامها وأصدرت حكماً فهل يكون قابلاً للطعن بالبطلان لسبق التحكيم لأوانه؟ أم تحجب المحكمة رقابتها عن هذه المسألة على أهميتها؟ لقد أصدرت محكمة استئناف عمان قرارها رقم 2010/197 برد دعوى البطلان لسبق التحكيم لأوانه متعللة بأن هذا الدفع قد أثير أمام محكمة الاستئناف في

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 220 و240 قرار محكمة الاستئناف رقم 2010/12 و2010/202.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2000/1902 تاريخ 2000/11/29 ورد التمييز لعدم اتباع نصوص المادة 3/67 من عقد المقاولة والتي تنص: " إذا لم يتم التوصل إلى حل الخلاف وفقاً لما هو منصوص عليه في الفقرتين (1) و (2) من هذه المادة فيتم اللجوء إلى التحكيم وفقاً للأحكام والاجراءات المنصوص عليها في قانون التحكيم الأردني المعمول به." وقرار محكمة التمييز رقم 2012/964 تاريخ 2012/4/30، وقرار محكمة الاستئناف رقم 2007/69 تاريخ 2008/3/31 وتمييز رقم 2008/1884 تاريخ 2009/5/14 منشورات عدالة.

(3) مجلة التحكيم (2010) عدد 5، مرجع سابق. ص 185-188.

طلب تعيين المحكم وقرار محكمة الاستئناف بهذا الشأن قطعي [1]، كما أصدرت قراراً مماثلاً ولكن بتعليل مختلف في قرارها رقم 2008/288 [2] والذي ردت فيه دعوى البطلان لسبق التحكيم لأوانه على سند أن قرار تعيين المحكم قرار قطعي لا يقبل الطعن وصادر عن محكمة استئناف موازية للمحكمة الناظرة لدعوى البطلان لا رقابة للمحكمة عليها، هذا على الرغم من أن محكمة التمييز أبطلت عدة أحكام تحكيم لأن تعيين المحكمين كان مخالفاً للقانون وقد بررت قراراتها بأن القرار بتعيين محكم الصادر عن محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن ابتداء كونه ليس حكماً قضائياً وإنما عمل من أعمال الإرادة وذلك في قراراتها رقم 2005/4253 تاريخ 2006/9/25 ورقم 2004/3316 تاريخ 2005/8/2. [3]

وفي ضوء تعديل قانون التحكيم أصبح تعيين المحكم يتم من القاضي المختص تدقيقاً وأزيل النص على عدم قابلية قراره للطعن فقد صدر حكم بجواز تمييزه. [4]

وصدر قرار بمضمون مشابه من محكمة استئناف القاهرة وقضى بعدم إبطال حكم تحكيم أجنبي لعدم استنفاد التسوية الودية قبل اللجوء للتحكيم لأنه لا توجد شروط لشكل التسوية الودية وقرار محكمة استئناف القاهرة رقم 103 لسنة 121ق المتضمن أن عدم استنفاد الإجراءات المنصوص عليها في عقد الفيديك وسبق التحكيم لأوانه ليست سبباً للبطلان [5] وبعكس ذلك قضت المحكمة

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 317-323.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 408-411.

(3) المرجع السابق ص 194-195.

(4) قرار محكمة تمييز رقم 2019/6842 تاريخ 2019/12/29 منشورات قسطاس.

(5) مجلة التحكيم العربي (2007). عدد 10، مرجع سابق. ص 339-340 ومجلة التحكيم العالمية (2018) عدد "37"، مرجع سابق. ص 636-640 قرار استئناف رقم 18 لسنة 126ق تاريخ 2015/7/15 حيث أورد القرار أن عدم اجراء التسوية قبل اللجوء للتحكيم لا يبطل الحكم.

الفيديرالية السويسرية عندما أبطلت الحكم الجزئي باختصاص هيئة التحكيم نظر نزاع لم يُحل سابقاً لمجلس فض الخلافات وفقاً لعقد الفيديك. [1]

وسنعرض بعض الحالات بهذا الخصوص.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة تم تعيين هيئة تحكيم لبحث النزاعات بين الطرفين، وتقدم المقاول بادعائه وتقدم صاحب العمل بادعائه المتقابل، دفع المقاول بأن التحكيم سابق لأوانه كون مطالبات صاحب العمل لم يسبق أن قدمت للمهندس وفقاً للمادة 1/67 و3/67 مما يجعل التحكيم فيها سابقاً لأوانه ورد صاحب العمل على الدفع بان الهيئة شكلت لبحث نزاعات الطرفين وأن ادعاءه مقدم وفقاً للمادة "116" كونه متصلاً بدعوى المقاول، وقضت الهيئة بعدم اختصاصها نظر دعوى صاحب العمل كونها سابقة لأوانها فطعن صاحب العمل بدعوى بطلان بالقرار سنداً للمادة 49/أ/4 ومخالفة النظام العام فردت محكمة الاستئناف الطعن لأن التحكيم في مطالباتها سابق لأوانه لعدم اتباع المادة 67 وعدم مخالفة حكم الهيئة للقانون وأيدتها محكمة التمييز في سبق التحكيم لأوانه عند تمييز القرار، أما بخصوص عدم تعرض محكمة الاستئناف لمخالفة النظام العام لتناقض التسبيب قالت محكمة التمييز أن رقابتها لا تشمل عمل المحكمين، وأن محكمة الاستئناف لم تجد مخالفة للنظام العام[2]. وعند صدور حكم الهيئة بمطالبات المقاول طعن به صاحب العمل بدعوى البطلان ومن أسبابها رد دعواه على سند سبق التحكيم لأوانه بما يخالف شرط التحكيم والمادة 116 من قانون أصول

(1) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 334-336.

(2) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2013/359 تاريخ 2014/12/29 منشورات عدالة وقرار محكمة التمييز رقم 2015/1071 تاريخ 2015/7/14 منشورات قسطاس.

المحاكمات ومخالفة النظام العام فقضت محكمة الاستئناف برد الدعوى لسبق التحكيم في دعواه لأوانه وأيدتها محكمة التمييز ولذات السبب. [1]

الحالة الثانية:

في عقد مقاولة مشابه تم تعيين هيئة تحكيم وتقدم المقاول بمطالباته وقدم صاحب العمل ادعاء متقابلاً فقدم المقاول دفعاً بسبق التحكيم لأوانه بالادعاء المتقابل ولعدم استيفاء شروط العقد بخصوص مطالبات صاحب العمل حيث لم يسبق التقدم بها للمهندس لإصدار تقديراته قبل اللجوء للتحكيم بخصوصها طالباً من الهيئة تقرير عدم اختصاصها، وقضت الهيئة بعدم اختصاصها لسبق التحكيم لأوانه وأصدرت حكمها بمطالبات المقاول، وعند الطعن به بدعوى البطلان استئنافاً ردت محكمة الاستئناف الطعن وعند تمييز قرارها وعلى سند من القول أن الهيئة لم تراع نص المادة 116 وبذلك تكون استبعدت القانون واجب التطبيق قضت محكمة التمييز إبطال الحكم لاستبعاده القانون وخرق النظام العام بحرمان صاحب العمل من حقه بنظر دعواه، واتبعت محكمة الاستئناف النقض وأبطلت حكم التحكيم فطعن به تمييزاً وردت محكمة التمييز الطعن وأيدت قرار الإبطال لأن الهيئة خالفت قانون أصول المحاكمات المدنية الذي يحفظ لكل طرف حق تقديم ادعائه وإتاحة الفرصة بتقديم الادعاء المتقابل وهو من المبادئ الأساسية في التقاضي وأن الاتفاق على الإعفاء من تطبيق قانون أصول المحاكمات المدنية لا يطيح بهذه المبادئ. [2]

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2016/426 تاريخ 2017/1/9 منشورات عدالة وقرار محكمة التمييز رقم 2017/1294 تاريخ 2017/7/11 منشورات قسطاس.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2019/5532 تاريخ 2019/9/23 وقرار محكمة التمييز رقم 2017/3551 تاريخ 2017/11/29 منشورات قسطاس وقرار محكمة استئناف اربد رقم 2016/63 تاريخ 2016/11/22 وقرار محكمة استئناف اربد رقم 2018/1 تاريخ 2019/5/8 منشورات عدالة.

ويمتدح الباحث اجتهاد محكمة التمييز الأخير ونفاذها لمكنونات الحكم للوقوف على مدى مخالفته لمبادئ أساسية، ويرى الباحث أن قرار هيئة التحكيم في الحالة الأولى وإن اتبعت فيه أحكام القانون واجتهادات محكمة التمييز بسبق التحكيم لأوانه في حال عدم مراعاة شروط المادة 3/67 من عقد المقاولة يبقى محل نظر فقد كان عليها أيضا مراعاة أحكام المادة "116" وبسط رقابتها على مدى اتصال الدعويين ببعضهما فإن اتصلتا فان الحكم بإحداهما قد يفوت فرصة الطرف الآخر ويحرمه من دعواه، فحتى لو عاد وطرح نزاعه مجدداً على التحكيم بعد استنفاذ الإجراءات السابقة فستغدو دعواه عديمة الجدوى على قاعدة القضية المقضية لسبق الحكم في مسائلها المتصلة بالدعوى الصادر بها حكم منه للخصومة حاز حجية الأمر المقضي، ولذا فإن حكم محكمة التمييز في الحالة الثانية أصوب وأكثر اتفاقاً مع القانون ومقتضيات العدالة.

الحالة الثالثة: الاختصاص

يتفرع عن الحالتين أعلاه، مدى جواز الطعن في قرار الهيئة المتعلق باختصاصها، ولا مشكلة في حال قضت بأنها مختصة حيث الطعن فيه متاح مع الحكم المنهي للخصومة، وعلى الرغم من عدم النص عليه في المادة 49 كسبب للبطلان فإن الباحث يرى جواز إبطال الحكم لعدم اختصاص الهيئة لأن بطلان اختصاصها يجعل القرار منعدماً ومماثلاً لبطلان شرط التحكيم والباطل لا تسري عليه الإجازة.

ولكن الأمر يدق في حال قضت الهيئة بعدم اختصاصها، فهل يجوز الطعن فيه قبل صدور حكم منهٍ للخصومة؟ ونجيب بأن نص المادة 21 يجيز هذا الطعن في حال كان عدم الاختصاص بشق من الدعوى أو بأحد الادعاءين وهذا مناط الحالتين أعلاه، أما إعلان عدم الاختصاص الكلي فهو ما يثير التأمل والتساؤل حول جدوى دعوى البطلان ابتداءً وعن تقبل إلزام هيئة نظر نزاع قالت

أنها غير مختصة فيه وعن مآل شرط التحكيم عندها حيث كان يسقط بقرار بطلان حكم التحكيم قبل تعديل القانون في عام 2018، أما بعد تعديل القانون فهنالك مصلحة لأي من الطرفين بإبطال قرار الهيئة بعدم اختصاصها، حيث أن هذا الإبطال لا يسقط شرط التحكيم هذا وقد أصدرت محكمة التمييز والاستئناف قرارات ببطلان حكم التحكيم بعدم الاختصاص وأبقت على صحة الشرط [1]، وهذه القرارات محمودة وتدل على أعمال القضاء لرقابة جدية على أحكام التحكيم، وفي قرار حديث أصدرت هيئة التحكيم حكماً بعدم اختصاصها لعدم صحة شرط التحكيم، وطعن فيه تمييزاً حسب القانون الجديد فأبطلت محكمة التمييز قرار هيئة التحكيم[2]، وفي قضية أخرى قضى المحكم بعدم اختصاصه لأن اتفاق التحكيم وارد في صورة فوتوستاتية اعترض عليها أحد الأطراف رغم عدم إنكاره توقيع اتفاق التحكيم وإقراره بتوقيع الأصل واحتج فقط بأن شرط التحكيم لا يعتد به إلاّ إذا أبرز السند الأصلي المتضمن له وقد طعن في القرار ولم يصدر حكم المحكمة فيه بعد [3] كما طعن بقضية مماثلة قضت الهيئة فيها بعدم اختصاصها وردت الدعوى فطعن بحكم الهيئة بعدم الاختصاص بدعوى بطلان أمام محكمة التمييز ولا زال الطعن منظوراً.

ويرى الباحث أن اختصاص الهيئة سواء إيجاباً أو سلباً يجب أن يراقب بعمق من المحكمة ناظرة دعوى البطلان لأهميته والآثار الخطيرة المترتبة عليه كما يرى أنه في حال إبطال حكم الهيئة القاضي بعدم اختصاصها نظر النزاع بكليته فإنه يجب حرمان هيئة التحكيم مصدرة الحكم من إعادة نظر النزاع.

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2018/4164 منشورات قسطاس واستئناف 2017/438 تاريخ 2018/3/6، 2016/ط/301 تاريخ 2016/2/22 منشورات عدالة.

(2) قرار رقم 2019/3895 تاريخ 2019/10/27 منشورات قسطاس.

(3) طعن رقم 2019/7514 ولم يصدر القرار بعد.

المطلب الثاني
قواعد الضمان والتعويض

سنعرض لأحكام تحكيم تمس بقواعد وأحكام الضمان والتعويض من خلال حالات عملية في عقود مقاولة وتعامل هيئات التحكيم مع تطبيق هذه الأحكام ومراجعة القضاء لها في دعاوى البطلان من خلال ثلاثة فروع.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية وفوات الكسب

من المستقر كقاعدة عامة أن الضمان المترتب على الإخلال بالمسؤولية العقدية لا يشمل الربح وفوات الكسب وأنه ينحصر بالضرر الفعلي المباشر، وقد قضت محكمة الاستئناف بإبطال الشق المتعلق بالأرباح من حكم تحكيم كون الضرر ناتجاً عن مسؤولية عقدية وليس عن مسؤولية تقصيرية وبالتالي فإن حكم المحكمين بالأرباح وفوات الكسب مخالف لأحكام القانون [1]، كما أن محكمة التمييز بهيئتها العامة قررت أن فوات الربح يحكم به فقط في المسؤولية التقصيرية ولا يحكم به في المسؤولية العقدية [2]، كما قضت محكمة النقض المصرية أن حكم هيئة التحكيم بتعويض المطعون وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية في عقد ضمان يوجب إبطال الحكم بهذا الخصوص[3]. وكانت محكمة التمييز الأردنية قضت بإبطال جزء من حكم التحكيم المتعلق بتعويض عن فعل جزائي. [4]

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 428-431 قرار محكمة استئناف عمان رقم 2008/220 تاريخ 2009/4/8.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2014/1677 تاريخ 2015/3/23 منشورات عدالة.

(3) مجلة التحكيم العربي (2004). عدد 7، مرجع سابق. ص 171 قرار محكمة النقض رقم 86 لسنة 70ق تاريخ 2002/11/26.

(4) قرار رقم 2018/6790 منشورات قسطاس واتبعت محكمة الاستئناف النقض وأبطلت هذا الجزء في قرارها رقم 2019/1749 منشورات عدالة.

ومع ذلك فإن هيئة التحكيم في قضية الخرافي ضد الحكومة الليبية قضت بالتعويض عن الربح الفائت وضياع الفرصة [1] كما صدرت العديد من أحكام التحكيم في الأردن في عقود مقاولة قضت بالربح الفائت وفوات الكسب أو قضت وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية والفعل الضار بتطبيق المادة 266 من القانون المدني. فقد طعن ببطلان حكم تحكيم حيث طبقت الهيئة المادة 266 مع المادة 363 في مسؤولية عقدية فردت محكمة الاستئناف الطعن على سند من القول أنه ليس من ضمن واجباتها مراقبة حسن وصحة تطبيق القانون وتفسيره. [2]

في حين أن محكمة النقض الفرنسية في 2011/6/29 أبطلت حكماً لصالح شركة امريكية قضت ببدل الكسب الفائت عوضاً عن فوات الفرصة لأن الشركة لم تستند إلى الكسب الفائت ولم تناقش هذه الحجة [3]، وفي حكمٍ مشابه لمحكمة سفيا السويدية في شهر 2019/12 قضت بإبطال حكم تحكيم لتجاوز الهيئة لمهمتها (استبعاد القانون) لأن الهيئة استندت لحجة لم يثرها الطرف المحكوم له. [4]

وسنعرض أدناه لبعض الحالات:

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة تأخر صاحب العمل في إصدار أمر المباشرة مدة "41" يوماً عن المدة المحددة في العقد، فقام المقاول بإنهاء العقد من طرف واحد، وعند إحالة النزاع للتحكيم أصدرت هيئة التحكيم

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2013). عدد 19 شهر 7، بيروت ص 475-485.

(2) مجلة التحكيم (2009). عدد 3، مرجع سابق. ص 276-280 قرار محكمة استئناف عمان رقم 2008/264 تاريخ 2009/4/20.

(3) مجلة التحكيم العربي (2011) عدد 17 شهر 12، القاهرة. ص 225.

(4) مجلة التحكيم العربي (2009). عدد 13 شهر 12، القاهرة. ص 213.

قرارها بالحكم للمقاول بنسبة 15% من قيمة العقد بدل أرباح وفوات كسب سنداً للمادة 4/16 من شروط العقد [1] ودون تسبيب لهذه النسبة المحكوم بها أو كيفية استخلاصها، وقد طعن بالقرار بدعوى بطلان لدى محكمة الاستئناف ومن ضمن أسباب الطعن مخالفة الحكم للقانون فأصدرت محكمة الاستئناف قرارها برد دعوى البطلان والأمر بتنفيذ الحكم على سند من القول أن رقابتها لا تمتد إلى الخطأ في تطبيق القانون [2] علماً أن حكم التحكيم بتعويض المقاول كان عن إنهاء عقد المقاولة قبل المباشرة فيه لتأخر إصدار أمر المباشرة من صاحب العمل رغم أن تأخر إصدار أمر المباشرة ليس من أسباب إنهاء العقد حسب الشروط، ورغم أن المقاول لم يطالب بالفسخ ولم تصدر الهيئة قراراً بفسخ العقد ومع ذلك حكم للمقاول بالتعويض بنسبة مئوية من قيمة العقد الإجمالية. وكان طلب الإبطال استند أيضا إلى عدم دفع رسوم الطوابع على العقد وعلى عدم تسبيب الحكم وردت المحكمة على هذه الأسباب بأن الهيئة معفاة من التقيد بقانون أصول المحاكمات والبينات.

الحالة الثانية:

في عقد خدمات هندسية قام صاحب العمل بإنهاء العقد قبل اكتمال أعمال التصميم وعند بحث النزاع من قبل هيئة التحكيم قضت أيضا بتعويض المكتب الهندسي عن فوات الكسب بسبب الإنهاء، ورغم أن الهيئة لم تحكم بخطأ صاحب العمل الجسيم بإنهاء العقد فقد قضت وفقاً لأحكام المسؤولية

---

(1) تنص المادة 4/16 من شروط عقد المقاولة على ما يلي: " يتعين على صاحب العمل، بعد ان يكون الاشعار الصادر بإنهاء العقد بموجب المادة (2/16) قد أصبح نافذاً، ان يقوم بالتالي:

أ- اعادة ضمان الاداء إلى، و

ب- ان يدفع استحقاقات المقاول حسب أحكام المادة (6/19)، و

ج- ان يدفع للمقاول بدل أي ربح فائت أو أي ضرر أو خسارة اخرى تكبدها المقاول نتيجة لهذا الانهاء."

(2) مجلة التحكيم العالمية (2012). مجلة فصلية، عدد 15 شهر تموز، بيروت. ص 390-394 قرار محكمة استئناف عمان رقم 334 تاريخ 2009/4/9.

التقصيرية وليس وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية، ولم تطبق القواعد العامة بالتعويض عن الفسخ والتي تقصر التعويض على الضرر الفعلي، أو القواعد الخاصة بأحكام القانون المدني المتعلقة بعقد المقاولة وأجور المهندس، وقد طعن بالحكم إلاّ أنه لم يبطل لأسباب شكلية. [1]

الحالة الثالثة:

في عقد مقاولة من الباطن، حصل نزاع بين الطرفين وأحيل للتحكيم، وقد قضت الهيئة بالاستناد إلى أحكام المادة 264 المتعلقة بالفعل الضار عند بتها بالمطالبات الناتجة عن تنفيذ العقد، ورغم طعن أحد الأطراف بأن هذا الخطأ الجسيم بتطبيق أحكام الفعل الضار المتعلق بالمسؤولية التقصيرية على علاقة عقدية يشكل عملياً استبعاداً للقانون واجب التطبيق فلم يبطل القضاء حكم هيئة التحكيم[2].

وتواتر صدور أحكام تحكيم تقضي بفوات الكسب والربح الفائت وخصوصاً بسبب إنهاء عقد المقاولة من طرف المقاول ففي عقد آخر فسخ قبل إكماله قضت الهيئة بالحكم بتعويض المقاول عن الربح الفائت عن باقي أعمال العقد وقد طعن بالحكم ولم تبطل محكمة الاستئناف هذا الشق من الحكم[3].

إن ما يعنينا من هذه الأحكام هو تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية عوضاً عن المسؤولية العقدية دون توافر أسبابها، والحكم بفوات الكسب والربح في المسؤولية العقدية رغم استقرار اجتهاد الفقه والقضاء بعدم جواز الحكم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية في العقود إلاّ في حالتي الغش والخطأ الجسيم بتواتر أحكامه على ذلك واقتصار الضمان في المسؤولية العقدية على التعويض عن

---

(1) قرار محكمة الاستئناف رقم 2012/33 تاريخ 2012/12/27 منشورات عدالة.

(2) قرار محكمة الاستئناف رقم 2017/68 تاريخ 2017/12/6 منشورات عدالة وقرار محكمة تمييز رقم 2018/1564 تاريخ 2018/4/2 منشورات قسطاس.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 2018/8467 تاريخ 2019/3/4 منشورات قسطاس.

الضرر الفعلي المباشر[1]، ويرى الباحث أن هذه القاعدة المستقرة في اجتهاد القضاء وفي موقف الفقه ترتقي إلى قواعد النظام العام كونها أصبحت من القواعد الاجتماعية والاقتصادية الراسخة وانسجاماً مع مصادر القانون الأردني[2]، كما نرى أن الخروج عنها يرتقي إلى درجة استبعاد القانون وليس مجرد خطأ في تطبيق القانون أو تفسيره.

يقتضي إبطال الحكم أو الجزء المستند لأحكام المسؤولية التقصيرية ونشير هنا إلى قرار محكمة استئناف مدنين التونسية بإبطال حكم قضي ببدل ربح بنسبة 30% واعتباره يشكل عدم حياد من الهيئة [3].

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة من القواعد العامة التي تطبق على العقود وقد نظمتها المادة "205" من القانون المدني الأردني وتقضي بجواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الاستثنائية العامة التي تجعل التنفيذ مرهقاً وشريطة أن لا يكون الالتزام قد نفذ، وهو ما استقر عليه اجتهاد الفقه والقضاء [4]، وقد صدر قرار محكمة استئناف عمان بالأمر بتنفيذ حكم تحكيم طبقت فيه هيئة التحكيم المادة "205" رغم عدم انطباق شروطها وبعد تنفيذ الالتزام [5] وفي حالة ثانية طبقت هيئة التحكيم المادة (205) وأحكام نظرية الظروف الطارئة لتبرير تأخر أداء التزام

---

(1) الفار، عبد القادر (2016). مصادر الالتزام. ط 8، عمان: دار الثقافة. ص 147 وأورد فيه قرارات محكمة التمييز بالتعويض عن الضرر المباشر وعدم جواز الحكم بالكسب الفائت.

(2) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني (1985). ط2، عمان، نقابة المحامين، المكتب الفني. ص 400-403 و296-301.

(3) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق محكمة استئناف مدنين التونسية في القرار رقم 5468 تاريخ 2000/7/5 والتي حكمت بأن تعويض بنسبة 30% دون بينة خرق لمبدأ الحياد وعكس ذلك قرار محكمة استئناف عمان رقم 289/474 تاريخ 2019/7/18 منشورات عدالة.

(4) الفار، عبد القادر (2016). مرجع سابق. ص 129 قرار محكمة التمييز بعدم تطبيق النظرية بعد تنفيذ الالتزام.

(5) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 420 قرار محكمة الاستئناف رقم 2009/69 تاريخ 2011/5/23.

من أحد الأطراف رغم أن الظرف ليس عاماً ولا يتعلق بأي ظروف طارئة استثنائية، وعند الطعن في الحكم وأحد أسبابه الخطأ في تطبيق نظرية الظروف الطارئة لم تأخذ محكمة الاستئناف بهذا السبب ولم تبطل الحكم [1]، في حين أن محكمة استئناف القاهرة أوردت في حكم لها أن الخطأ في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على النزاع حد مسخها يشكل استبعاداً للقانون كون القاعدة من النظام العام[2].

وسنعرض تالياً لثلاث حالات عملية.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة وأثناء التنفيذ طرأت ظروف استثنائية عامة أدت إلى ارتفاع أسعار حديد التسليح بشكل كبير جداً، فاستند المقاول إلى المادة (205) وخاطب صاحب العمل بأنه سيلجأ للتحكيم لتعديل العقد حيث أن تنفيذ التزامه أصبح مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة، فرد صاحب العمل بأنه ملتزم بتعديل السعر وفقاً للمادة (205) وسيتم الاتفاق على السعر الجديد لاحقاً، طالبا من المقاول الاستمرار في التنفيذ وبعد إنجاز الأعمال لجأ المقاول للتحكيم لحل الخلافات ومن ضمنها هذا البند مبيناً أنه لا زال مديناً بفرق السعر للموردين وقدم الأدلة على ذلك، ورغم المطالبة بقيمة الخسارة الناجمة عن فرق السعر لهيئة التحكيم فلم تأخذ الهيئة بذلك ولم تطبق المادة (205) [3].

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2018/153 تاريخ 2018/4/18 منشورات عدالة وتمييز رقم 2018/5482 تاريخ 2018/9/25 منشورات قسطاس وقد فسخ الحكم بقرار محكم التمييز وعلى سند آخر هو عدم اتباع شكلية التي يتطلبها القانون لتسجيل العقد في دائرة الأراضي.

(2) مجلة التحكيم (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 350 قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 48 لسنة 130ق تاريخ 2004/6/2.

(3) الحكم لم يطعن به ونفذ طوعياً.

الحالة الثانية:

في عقد مقاولة حدثت ظروف عامة طارئة بارتفاع حاد في أسعار المحروقات أدت إلى ارتفاع أسعار المواد، وطالب المقاول صاحب العمل بتعديل الأسعار فرد صاحب العمل بتعهده بتعويضه عن الخسائر لاحقاً، وبعد إنجاز الأعمال لم يتوصل الفريقان إلى اتفاق فتم اللجوء للتحكيم لحل النزاع واستند المقاول إلى شروط عقد المقاولة التي تسمح بتعديل الأسعار في حال تغيرها، ودفع صاحب العمل بأن العقد لا يتضمن مثل هذا الشرط، وتبين للهيئة أن العقد لا ينص على تعديل الأسعار في حال تغيرها، ومع ذلك فقد حكمت الهيئة بتعويض المقاول عن الخسائر استناداً للمادة (205) رغم عدم الاستناد إليها من المقاول، مما حرم صاحب العمل من التعرض لها ومناقشة مدى انطباقها [1] مما قد يشكل إخلالاً بمبدأ المواجهة.

الحالة الثالثة:

في عقد خدمات هندسية للإشراف طالب المهندس بتعديل أجور مستخدميه عن مدة التنفيذ الفعلية والتي تجاوزت المدة الواردة في جدول التسعير للأجور، ورغم أن العقد ينص على أن مدة العقد هي ذات مدة التنفيذ من المقاول، وثبوت أن المهندس لم يزد في أجور مستخدميه وعدم وجود بند لتعديل السعر ورغم تنفيذ الالتزام قبل اللجوء للتحكيم فقد استندت الهيئة إلى المادة (205) رغم عدم انطباق شروطها وقضت بتعويض المهندس بنسبة مئوية من الأجور المتفق عليها، وقد طعن بالقرار بدعوى بطلان استندت في أحد بنودها إلى مخالفة القانون ومع ذلك فإن حكم التحكيم لم يبطل. [2]

---

(1) الحكم لم يطعن به ونفذ طوعياً.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2019/4006 منشورات قسطاس وقرارات استئناف رقم 2016/336 تاريخ 2017/1/22 ورقم 2019/13 تاريخ 2019/3/31 منشورات عدالة.

الفرع الثالث: الشرط الجزائي والتعويض المجحف

من المستقر أن التعويض هو عن الضرر الفعلي المباشر الذي يلحق بالدائن نتيجة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، كما أن القواعد العامة تستوجب إثبات حدوث الضرر الفعلي وليس افتراضه[1]، وقد تواترت أحكام القضاء الأردني بذلك[2]، ويجوز الاتفاق على الضمان في العقد وللمحكمة تعديله بناء على طلب أحد الفريقين وتطبيقاً لذلك تم النص في دفتر عقد المقاولة على تعريف الكلفة التي تدفع للمقاول بسبب إخلال صاحب العمل بأنها ما تكبده بصورة معقولة، وقد استقر اجتهاد القضاء أيضا على ذلك. [3]

وفي طعن بحكم تحكيم في مصر قررت محكمة النقض بأن الحكم بالتعويض شرطه بيان عناصر الضرر ومناقشة كل عنصر ومدى أحقية طالب التعويض فيه. [4]

وفي تونس قضي عند الطعن بحكم تحكيم أن رقابة القضاء تشمل مراقبة وصول المحكم لحل عادل عند تفويضه بالصلح حيث أن المحكمة مخولة ببسط الرقابة على جوهر الموضوع وذلك في قرارها رقم "40" في 1990/5/4 [5]، وصدر قرار للمحكمة العليا في روسيا يتضمن أن قاضي التنفيذ يراقب فيما إذا كان حكم التحكيم يقضي بتعويض مجحف يتجاوز قيمة الضرر بشكل فادح وله أن

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2020). مرجع سابق. ص 753-775.

(2) الفار، عبد القادر (2015). أحكام الالتزام. ط16، عمان: دار الثقافة ص 82-83 حيث أورد العديد من أحكام محكمة التمييز بذلك.

(3) المرجع السابق. ص 84-85.

(4) مجلة التحكيم العربي (2002) عدد 5، مرجع سابق. ص 201 قرار رقم 405 سنة 76ق تاريخ 1999/4/26 و3310 لسنة 60ق تاريخ 1999/4/26.

(5) الورفلي، أحمد (2012). "الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مجلة التحكيم العالمية، عدد 16 شهر 10، بيروت. ص 205-208.

يتحقق من مبدأ التناسب فإذا كان التعويض مجحفاً له أن يرفض منحه الصيغة التنفيذية [1] كما صدرت العديد من قرارات القضاء المشابهة دولياً فقد قضت محكمة استئناف باريس في 2006/7/3 بأن الحكم بالتعويض يجب أن يكون بالضرر الفعلي وليس بالشرط الجزائي[2]، كما قضت المحكمة العليا في إيطاليا بقرارها المتعلق بحكم تحكيم 2007/1183 تاريخ 2007/1/19 بأن الحكم بالشرط الجزائي مخالف للنظام العام، وكذلك حكم المحكمة الفيديرالية الألمانية في 1992/6/4 وكذا في هولندا في حكم محكمة مقاطعة روتردام 1995/2/17. [3]

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية وقرار للمحكمة الفيديرالية السويسرية في حكمين حديثين قضيا بإبطال حكم التحكيم لقضائه بالشرط الجزائي رغم الدفع بأنه لا يمثل الضرر الفعلي وعلى قاعدة تجاوز الهيئة لمهمتها باستبعادها للقانون [4] وقد بين الفقه أن قضاء معظم الدول وخصوصاً الولايات المتحدة لا تقبل بالتعويض وفقاً للشرط الجزائي. [5]

وقد أشرنا سابقاً إلى عديد أحكام التحكيم التي قضت بالتعويض جزافياً ودونما أي سند وعلى افتراض وقوع الضرر وبدون إثبات للضرر أو مقداره وعلى أساس نسبة محتملة للمصاريف والأرباح، وقد تواترت أحكام التحكيم الأردنية المماثلة، وسنعرض أدناه لحالتين تحكيميتين:

---

(1) الورفلي، أحمد (2012). "الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مجلة التحكيم العالمية، عدد 16 شهر 10، بيروت. ص 205-208 قرار محكمة روسيا الاتحادية 560/2010 10 A05.

(2) Petsche, Markus (2013). Punitive Damages in International Commercial Arbitration. The Journal of the London Court & International Arbitration, 29(1).

(3) Hunter Martins and Redfern Alen. Page 425 مرجع سابق.

(4) سليم، هادي. ورقة عمل مقدمة في مؤتمر شرم الشيخ للتحكيم في 2018/12/9 بعنوان التعويض الجزائي في التحكيم التجاري الدولي – نظرة مقارنة.

(5) www.sorbone-assas.ils.org.punitive damages in international commercial Arbitraqtion: Much Ado about Nothing. مجلة محكمة لندن للتحكيم الدولي. العدد 29، مرجع سابق...

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة نشأ نزاع بين المقاول وصاحب العمل بخصوص مطالبة بالتعويض عن التأخير وأحيل للتحكيم فقضت الهيئة بتعويض المقاول عن التأخير وحكم باستحقاقه لنسبة 25% من قيمة العقد لقاء التأخير، وقد طعن بحكم التحكيم لدى محكمة الاستئناف لعدة أسباب منها مخالفة الحكم لشروط العقد، ومخالفته للقانون الأردني ومواده والنصوص الآمرة فيه ما يشكل مخالفة للنظام العام حين قضي بتعويض جزافي بنسبة 25% من قيمة العقد، وردت محكمة الاستئناف الطعن وأمرت بتنفيذ الحكم فطعن به تمييزاً فنقض الحكم لسبب عدم الإجابة على كل أسباب الطعن [1] فاتبعت محكمة الاستئناف النقض وحكمت ببطلان الحكم لمخالفته للنظام العام من حيث عدم جواز التحكيم في المال العام، فطعن به تمييزاً ولذات الأسباب فنقضت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف بالبطلان وتالياً نفذ الحكم وعلى أساس أن محكمة البطلان لا تراقب خطأ تطبيق القانون أو حسن تقدير المحكمين. [2]

الحالة الثانية:

في قضية تحكيم دولية في الأردن بين مقاول وصاحب عمل أحيل النزاع إلى هيئة تحكيم، وطالب صاحب العمل بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت به نتيجة تأخر المقاول مبنداً إياها، حيث أنها تفوق بكثير غرامة التأخير (الشرط الجزائي المتفق عليه) وطالب المقاول بمستحقات له وبالتعويض وقد أصدرت هيئة التحكيم حكمها والذي ورد فيه عند بحث مطالبات صاحب العمل بأن العقد تضمن غرامات تأخير متوافقة مع المادة 1/364 وأن القانون المدني في المادة 364 أجاز في

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2014/1987 تاريخ 2014/9/28 منشورات قسطاس.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2015/2425 تاريخ 2016/1/16، منشورات قسطاس وقرار محكمة الاستئناف رقم 2014/508 تاريخ 2015/3/31 منشورات عدالة.

حال اختلاف الأطراف حول التعويض المستحق بموجب العقد لأي منهما أن يطالب تعديل القيمة المحددة في العقد، وفي حال عدم الاعتراض على القيمة المحددة أو رفض المحكمة يطبق مقدار الضمان المحدد في العقد وأن عبء إثبات الضرر ينتقل إلى الطرف المعترض عليه، ثم أضافت بأن نص المادة المتعلقة بغرامات التأخير صيغت من صاحب العمل وتم تحديد مقدار الغرامة من قبله وضمنت في العقد قبل تنفيذه، وأن الهيئة ترى أن صاحب العمل كان الأقدر على تحديد الغرامات كماً ونوعاً والتي قد تحصل أثناء التأخير وأن الهيئة بتطبيقها نص المادة 364 من القانون المدني ترى أن صاحب العمل بتقديره للأضرار من خلال بند غرامات التأخير كان يتوقع القيمة التقريبية للأضرار بسبب التأخير، وعليه وبفرض ثبوت التأخير فإن الهيئة ستطبق فقط الغرامة المحددة، كما أن الهيئة تلاحظ وجود حد أعلى للغرامة بنسبة 10%، وعليه فإن الهيئة وبفرض ثبوت التأخير فإنها لن تحكم بأكثر من 10%، وعند إصدارها الحكم اعتبرت مطالبات صاحب العمل بالأضرار مطالبات متعلقة بالتأخير وتقع ضمن بند غرامات التأخير ولم تحكم بها. [1]

وبرغم التسبيب الوافي أعلاه فإن الباحث يرى في الاستنتاج بأن تقدير الضرر المسبق من صاحب العمل في بند غرامة التأخير يستوجب الحكم فقط بقيمتها (في حال ثبوت التأخير) وعدم الحكم بالضرر الفعلي المطالب به مخالف لمبدأ قانوني أساسي ويشكل استبعاداً فعلياً للقانون ويرتقي إلى مخالفة النظام العام.

وفي قضية أخرى طعن بحكم هيئة تحكيم بالبطلان لقضائها بالتعويض بقيمة الشرط الجزائي رغم عدم تمثيله للضرر الفعلي بدلالة طلب الخبرة من المدعية بالضرر لتقدير قيمته الفعلية ومع ذلك قررت المحكمة رد دعوى البطلان ولم تعتبر ذلك من أسباب البطلان. [2]

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2017/3540 منشورات قسطاس.

(2) قرار محكمة تمييز رقم 4253 تاريخ 2006/9/25 منشورات قسطاس وقرار محكمة الاستئناف رقم 2005/27 منشورات عدالة.

المطلب الثالث

انقضاء العقد

من المسلم به قانوناً أن فسخ العقد أو انفساخه أو بطلانه يلزم بإعادة المتعاقدين إلى حالة ما قبل التعاقد وفي حال عدم إمكان ذلك يقضي بالتعويض سنداً لنصوص المواد 168، 247، 248، 249، 801، 802 من القانون المدني واستقر الفقه على ذلك [1] وكذلك أحكام القضاء. [2]

وقد قضت محكمة استئناف عمَّان في دعوى بطلان حكم تحكيم بقرارها رقم 2008/216 تاريخ 2008/11/17 بأن من وظيفة المحكمة مراقبة تأمين حقوق التقاضي والتحقق من الفسخ عند الادعاء به[3]، كما أن محكمة النقض المصرية قضت بأن فسخ العقد يزيل الشرط ولا يجوز الاستناد إليه [4]، كما أن مركز القاهرة للتحكيم الدولي قضى بأن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي أي إرادة [5]، كما قضت أحكام ذات المركز بأن فسخ العقد يحيل إلى ما قبل التعاقد. [6]

وفي ذات السياق قضت محكمة التمييز الكويتية في القضية رقم 773 لسنة 2006 المتعلقة بالطعن بإبطال حكم تحكيم بأن العقد الباطل لا يرتب أثراً وأيدت حكم التحكيم الذي حكم بذلك [7]،

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2000). مصادر الالتزام، مجلد 2، مرجع سابق. ص 803، 805، 806، 818، 824.

(2) الفار، عبد القادر (2016). مصادر الالتزام، مرجع سابق. ص 160-163 وأورد قرارات محكمة التمييز القاضية بالإحالة لما قبل التعاقد.

(3) مجلة التحكيم. عدد 3، مرجع سابق. ص 287-289.

(4) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 238 قرار محكمة النقض رقم 1857 لسنة 51ق 87/5/17 ورقم 533 لسنة 53ق تاريخ 1988/4/4 ورقم 2328 لسنة 57ق تاريخ 1991/4/1.

(5) مجلة التحكيم العربي (2002). عدد5 شهر 9، القاهرة. ص 191 قضية رقم 2001/265 تاريخ 2002/2/2 ورقم 248 لسنة 2001 تاريخ 2002/3/7.

(6) مجلة التحكيم العربي (2007). عدد 10، مرجع سابق. ص346 قضايا ذوات الأرقام 466، 477، 492.

(7) مجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص 433-435.

وبذات المضمون قضت محكمة استئناف الدار البيضاء قائلة بأن التعويض عن البطلان والفسخ لا يجوز الحكم به، إذ أن شرط التحكيم اقتصر على تنفيذ العقد وأبطلت حكم التحكيم بناءً عليه. [1]

في حين أن محكمة استئناف عمَّان ردت دعوى بطلان حكم تحكيم لقضاء الهيئة بموجب عقد ينص على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه وعدم تطبيقها قاعدة إحالة المتعاقدين إلى ما قبل التعاقد والحكم بالتعويض سنداً لهذه القاعدة. [2]

وصدر العديد من أحكام التحكيم قضت بفسخ العقد واستندت إليه، كما أن بعضها قضى بموجب شروط العقد رغم بطلانه وسنعرض لحالتين منها.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة وأثناء التنفيذ تم إيقاف الأعمال ومن ثم قام المقاول بإنهاء العقد منفرداً بسبب إيقاف الأعمال وتمت إحالة النزاع للتحكيم، فقضت الهيئة بالتعويض وفقاً لشروط العقد عن الكلف كما حكمت له بالربح الفائت عن باقي قيمة العقد سنداً للمادة 4/16 من شروط العقد بما يخالف أحكام المسؤولية العقدية، وقد طعن لدى محكمة الاستئناف لإبطال الحكم، ولكن الدعوى حجزت لحين البت بدعوى رد محكم رفعت قبل صدور الحكم، وقد رد المحكم مما أبطل الإجراءات بما فيها الحكم. [3]

الحالة الثانية:

في عقد خدمات هندسية بين صاحب عمل وشركة هندسية أجنبيين نشأت نزاعات بين الطرفين بخصوص مستحقات الشركة الهندسية عن الخدمات التي قامت بها وفقاً لشروط العقد بينهما وأحيلت

---

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 3، مرجع سابق. ص 636-639 قرار رقم 2006/1489 تاريخ 2006/3/31.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 377-381 قرار رقم 2011/105 تاريخ 2011/6/21.

(3) طلب بطلان لدى محكمة الاستئناف رقم 2014/396.

للتحكيم فدفع صاحب العمل ببطلان العقد لعدم أهلية المكتب الهندسي بالتعاقد حيث أن المرسوم الاشتراعي رقم 83/46 الذي أنشأ الشركة تضمن أن نشاط شركات الأُف شور وارد على سبيل الحصر وليس منها الخدمات والأعمال التي تعاقدت عليها ذلك أن أهليتها مستمدة من سند إنشائها، كما طعنت بأن محل الالتزام تغير بموافقة الفريقين ما يجعل تطبيق الأجر المتفق عليه غير جائز لبطلان العقد من ناحية ولتعديل محل الالتزام من ناحية أخرى، وإن استحقاقها ينحصر بأجر المثل بعد إعادة المتعاقدين لحالة ما قبل التعاقد.

وحكمت هيئة التحكيم سنداً لشروط العقد رغم بطلانه ورغم تعديل محل الالتزام، وإن كان بطلان العقد لا ينال من شرط التحكيم وصحته إلاّ أن العقد الباطل لا يرتب أثراً ما يجعل الحكم بشروطه باطلاً وكان يجب الحكم بالتعويض وفقاً للقواعد العامة في القانون وتحديداً سنداً للمادة 248 والمادة 797 من القانون المدني، وعند الطعن بالحكم لأسباب عديدة منها السببان المشار إليهما فإن المحكمة ردت دعوى البطلان وأمرت بتنفيذه وعلى ذات السند من أن رقابة المحكمة شكلية ولا تتسع لمراقبة خطأ تطبيق القانون. [1]

ويرى الباحث أن القواعد المتعلقة بأثر بطلان العقد وانفساخه قواعد راسخة والخروج عليها يشكل إخلالاً بالاستقرار الاقتصادي والاجتماعي للدولة والحكم بالتعويض بموجب شروط عقد باطل أو مفسوخ انحراف عن تطبيق القاعدة العامة بالإعادة لما قبل التعاقد يرتقي إلى حالة استبعاد القانون.

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2019/5110 تاريخ 2019/9/11 وقرار محكمة التمييز رقم 2018/6275 تاريخ 2018/12/10 منشورات قسطاس وقرارات محكمة استئناف عمان رقم 14/ط/2019 تاريخ 2019/5/12 ورقم 2017/212 تاريخ 2017/6/14 منشورات عدالة.

المطلب الرابع
تطبيق شروط العقد

تعتبر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين من أهم القواعد المستقرة في النظام القانوني الأردني كما تضمنها قانون التحكيم في المادة 36/ج وأشرنا سابقاً إلى الآراء التي تقدمها على القانون ما عدا ما يخالف النظام العام، ومع ذلك فإن الكثير من أحكام التحكيم لا تلتزم بهذه القاعدة ونبحث في هذا المطلب تطبيق شروط العقد من هيئات التحكيم وموقف القضاء منها في فرعين.

الفرع الأول: تعديل شروط العقد

من القواعد الجوهرية في القانون عدم جواز تعديل العقد إلاّ باتفاق الفريقين ونص المشرع على ذلك في المادة 241 من القانون المدني الأردني، وأكده القضاء بمضمون قرار محكمة التمييز رقم 2005/4215 تاريخ 2006/7/5 [1]، كما أن المشرع حصر سلطة القاضي فقط في تفسير العقد بحدود ما غمض منه وليس للقاضي تعديل العقد أو شروطه أو نقضه حتى لو كان بهدف تحقيق العدالة فالعدالة لا تنسخ إرادة المتعاقدين وإن قيام القاضي بذلك يحتم بطلان حكمه [2]، ومع ذلك فإن بعض أحكام المحكمين تستند في قضائها إلى تعديل شروط العقد وتالياً بعض الحالات.

<u>الحالة الأولى:</u>

في عقود بين صاحب العمل (شركة مملوكة للحكومة) وثلاثة مقاولين، نصت الشروط الخاصة لهذه العقود على إلغاء البند الخاص بتعديل أسعار العقد بسبب تغير أسعار المواد في السوق، وحصل أثناء التنفيذ ارتفاع في أسعار الأنابيب وطالب المقاولون بتعويض عن ارتفاع الأسعار فرفض صاحب العمل، وأحيلت النزاعات للتحكيم وقضت هيئات التحكيم بتعويض المقاولين على سند من القول أن

---

(1) منشورات عدالة.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (2000). مصادر الالتزام مجلد (1). مرجع سابق. ص 698.

العقد الموقع تضمن في الشروط الخاصة تعديلاً على الشروط العامة لدفتر عقد المقاولة الموحد الصادر عن وزارة الأشغال وأنه لا يجوز للشركة تعديل هذه الشروط حيث أن تعديلها يتم من وزير الأشغال بعد موافقة مجلس الوزراء لأن العقد النموذجي الصادر عن وزارة الأشغال وافق عليه مجلس الوزراء ابتداءً، هذا مع العلم أن المقاولين أقروا بأن عقدهم ألغى تعديل الأسعار إلاَّ أنهم احتجوا أن الارتفاع حصل لأنابيب مغايرة للتي لا يجوز تعديل أسعارها.

وعند الطعن بهذه الأحكام بالبطلان لدى محكمتي الاستئناف والتمييز وكان أحد أسباب الطعن استبعاد شروط العقد المتفق عليها والحكم بما يخالفها مما يشكل استبعاداً للقانون، ردت المحكمتان الطعون كون رقابتها لا تنفذ لصحة تطبيق القانون والعقد. [1]

الحالة الثانية:

في عقد مقاولة بين مؤسسة أهلية وأحد المقاولين وبعد إنجاز العمل أحيلت خلافات الطرفين للتحكيم وكان أحد الخلافات حول بند حفريات مسعر في العقد على أساس الوحدة بالمتر المربع وطالب المقاول بمبالغ إضافية وتحويل الكمية من المتر المربع للمتر المكعب بسعر جديد كون عمق الحفريات كبير وقضت الهيئة بتعديل البند والكمية مستندة إلى أن إيراد الوحدة بالمتر المربع وبالسعر المحدد غير عادل وأنه كان يتوجب أن تكون الوحدة في العقد بالمتر المكعب أسوة بما تتبعه وزارة الأشغال في عقودها المشابهة وتم الطعن بالحكم بدعوى بطلان وقضت المحكمة برد دعوى البطلان وأمرت بتنفيذ الحكم. [2]

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2013/3399، وقرار رقم 2012/857، وقرار رقم 2013/1238 منشورات قسطاس وقرارات محكمة الاستئناف رقم 49/ط/2011 تاريخ 2011/5/16، ورقم 2011/382 تاريخ 2011/10/12 منشورات عدالة.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2013/3155 تاريخ 2014/4/7 منشورات قسطاس وقرار استئناف رقم 2012/10 تاريخ 2013/7/3 منشورات عدالة.

الحالة الثالثة:

في عقد خدمات هندسية بين مطور ومكتب استشاري تضمن إعداد تصاميم لمشروع تطوير عقاري وضمن مواصفات وشروط محددة ومدة محددة وبناء على سبق الحصول على ترخيص أولي وتضمن العقد أن الحصول على رخصة البناء من البلدية هي من التزامات المكتب الاستشاري وتم إيرادها صراحة ضمن البنود الرئيسية التي تشملها الاتفاقية، واستطالت مدة إعداد المخططات عن المحددة في العقد وقبل إكمال إعدادها صدر نظام جديد للأبنية غير أحكام البناء ولم يعدل الاستشاري المخططات لتتناسب مع الأحكام الجديدة ولم يعلم صاحب العمل بالنظام الجديد وأكمل المخططات وفقاً للنظام السابق أخفق في الحصول على الرخصة من البلدية بسبب تعديل نظام الأبنية، وحصل نزاع حول مستحقات المكتب الاستشاري وأحيل للتحكيم وأقر المكتب الاستشاري بعلمه بتعديل نظام الأبنية كما أقر أنه أكمل العمل وفقاً للنظام القديم وأقر أنه لم يعلم صاحب العمل بالتعديل، وقضت الهيئة أنه بالرغم من أن شروط العقد تنص على مسؤولية وواجب المكتب الاستشاري الحصول على رخصة البناء وأنها من التزاماته العقدية إلاّ أن العرف جرى على أن صاحب العمل هو من يحصل على الرخصة وقضت بأتعاب المكتب الاستشاري كاملة، ورفع صاحب العمل دعوى لإبطال حكم التحكيم وكان أحد أسباب طعنه بالبطلان استبعاد القانون بتعديل الشرط العقدي حول الالتزام بالحصول على الرخصة، وقضت المحكمة برد الطعن وأمرت بتنفيذ الحكم وعلى ذات السند من أن رقابتها لا تتسع لهذا الأمر. [1]

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2019/2036 تاريخ 2019/5/9 وقرار رقم 2019/8712 تاريخ 2020/2/11 منشورات قسطاس وقرار محكمة الاستئناف رقم 2017/555 تاريخ 2019/1/13 وقرار رقم تاريخ 2019/417 تاريخ 2019/11/6 منشورات عدالة.

وإن الباحث يرى أن قيام هيئات التحكيم بالحكم بتعديل العقد أو إلغاء جزء منه وفقاً لما تراه أصح أو أعدل وهو الأمر الممنوع على القاضي يرتقي ليس فقط إلى درجة استبعاد القانون بل ويرتقي إلى خرق النظام العام يستوجب إبطال حكم التحكيم.

الفرع الثاني: عدم تطبيق شروط العقد

سنعرض في هذا الفرع باختصار لحالتين من مخالفة المحكمين لشروط العقد والقضاء بما يخالفها.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة بين مؤسسة أهلية ومقاول تقدم المقاول بادعاء متقابل بالمطالبة بفروق الأسعار لتغير الكميات سنداً للمادة 12 وبين المدعى عليه بالتقابل عدم انطباق شروط المادة. وحكمت الهيئة في الادعاء المتقابل بفروقات الأسعار بما يخالف نص المادة كما حكمت الهيئة بقيمة دفعة الإنجاز غير المصادق عليها من المهندس ما يجعلها غير مستحقة وفقاً لشروط لعدم تحديد المهندس للمبالغ المستحقة فعلاً منها وبالرغم من عدم تقديم دفعة الإنجاز ضمن البينات لتحكم الهيئة في مدى استحقاقها كلياً أو جزئياً وعند الطعن بالحكم بدعوى بطلان تم رد الدعوى وأمرت محكمة الاستئناف بتنفيذه [1]، وتم تمييز القرار فنقضت محكمة التمييز قرار محكمة الاستئناف بخصوص دفعة الإنجاز لأن محكمة التمييز بتفحصها لملف التحكيم وجدت أن المدعية بالتقابل لم تطالب في لائحة دعواها بقيمة دفعة الإنجاز [2] مع العلم أن الطاعنة لم تذكر ذلك في طعنها بل أشارت فقط أن دفعة الإنجاز لم تقدم ضمن البينات لعدم المصادقة عليها. مما يعني أن المحكمة بسطت رقابة معمقة ومراجعة تفصيلية للحكم وهو نهج محمود.

---

(1) قرار محكمة الاستئناف رقم 2019/474 تاريخ 2019/7/18 منشورات عدالة.

(2) قرار محكمة التمييز رقم 2019/6022 تاريخ 2019/12/4 منشورات قسطاس.

الحالة الثانية:

في نزاع في عقد مقاولة تقدم المقاول بمطالبة بدل ارتفاع أسعار المواد وفقاً للمادة 8/13 وأجاب صاحب العمل بأن المطالبة غير مستحقة كون المقاول لم يقدم فواتير الشراء وتواريخ الشراء وتواريخ توريد المواد للموقع وهي متطلبات ضرورية بمقتضى المادة 8/13 لتطبيق ارتفاع الأسعار، فأجرت الهيئة خبرة ودون توفر المستندات وأشار الخبير إلى عدم توفر المستندات وأن خبرته مبنية على تواريخ مفترضة لمواعيد الشراء والكميات المشتراة، وحكمت الهيئة بقيمة المطالبة بفرق الأسعار خلافاً لشروط العقد، وفي ذات القضية لم تحكم بالادعاء المتقابل بقيمة إصلاح العيوب الخفية التي رفض المقاول إصلاحها خلافاً لشروط العقد وتم الطعن بدعوى لإبطال حكم التحكيم مؤسسة على استبعاد القانون بعدم تطبيق شروط العقد وتم رد الدعوى وتنفيذ الحكم كون رقابة المحكمة شكلية ولا تنفذ لحسن تقدير المحكمين. [1]

إن الحالات التي استعرضناها أعلاه في هذا المبحث تبين بوضوح الإهمال بتطبيق شروط العقد حد تعديلها وإنزال رأي وقناعة المحكم الذاتية لما يراه عادلاً مكان شرط العقد خلافاً لإرادة الأطراف وعدم أعمال رقابة كافية على هذا الخروج عن العقد لدرجة إهداره بحيث نكون أحياناً أمام حالة لا عقد وشاعت هذه الأحكام كما شاعت أحكام القضاء بالنأي عن أي رقابة. [2]

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2281/ 2017تاريخ 2017/11/28 منشورات قسطاس.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق قرار استئناف 2009/132 تاريخ 2009/5/20 ورقم 2010/38 تاريخ 2010/9/29 و2009/338 تاريخ 2011/25 ورقم 2010/38 تاريخ 2010/9/29 وقرار رقم 2011/381 تاريخ 2011/6/13 ومنشورات قسطاس قرار محكمة التمييز رقم 2019/3416 تاريخ 2019/7/24 وقرار رقم 2017/882 وقرار رقم 2009/3338 تاريخ 2011/1/25 وقرار رقم 2017/258 تاريخ 2017/4/17 وقرار 2018/977 تاريخ 2018/4/15.

أما القضاء العربي والدولي فقد تباينت أحكامه بهذا الأمر بين إبطال الحكم وبين عدم اتساع رقابة القضاء له، وقد صدرت العديد من الأحكام القضائية التي تبطل أحكام التحكيم لمخالفة شروط العقد أو الحكم بما يناقض مضمونها أو تعديلها. [1]

وسنختم إيجازاً لحكمين تم التطرق إليهما ضمن الحالات السابقة ولكن بإضاءة على مرتكزات ومشتملات الحكم، ففي التحكيم الأول والذي تم تناوله بخصوص سبق التحكيم لأوانه فإن الحكم قد خلا من التسبيب الحقيقي كما أنه قضى بالتعويض للمقاول عن نصف مدة التأخير دون أي سند وقسم المسؤولية عن التأخير مناصفة رغم وجود تقرير خبرة حدد عدد أيام التأخير المعزوة لكل طرف، وقضى بالتعويض بنسبة مئوية من قيمة العقد دون سند أو تسبيب.

وفي الحكم الخاص بتعديل شروط العقد بخصوص رخصة البناء فإن الحكم لم يسبب، كما أن مبدأ المواجهة لم يتم أعماله حيث تم تزويد الخبراء بوثائق وبينات دون تزويد المدعى عليها بنسخة منها رغم طلبها ذلك ورغم اعتراضها على هذا الأمر كما حكم للمكتب الاستشاري بكامل أتعابه رغم عدم تنفيذ كل الالتزامات المتعاقد عليها حيث لم تجرى بعض الدراسات المطلوبة ولم تنفذ كل الالتزامات المنصوص عليها والمشمولة في السعر والتي لم ينكر المكتب الاستشاري عدم إكمالها.

إن استبعاد القانون برأي الباحث ليس محدوداً أو محصوراً بخروج الهيئة التحكيمية على اتفاق الأطراف واستبعادها الصريح للقانون الموضوعي المتفق عليه من الأطراف، فالباحث يرى أن مخالفة

---

(1) مجلة التحكيم العربي (2006). عدد 9، مرجع سابق. ص 243 محكمة استئناف بيروت قرار رقم 2001/1885 تاريخ 2001/12/20 ومجلة التحكيم (2009). عدد2، مرجع سابق. ص 266 محكمة دمشق قرار رقم 775 تاريخ 2008/11/25 ومجلة التحكيم (2010). عدد 5، مرجع سابق. ص 487-497 محكمة استئناف الدار البيضاء قرار رقم 362 تجاري تاريخ 2008/3/26 ووالي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 739 قرار المحكمة العليا في عُمان رقم 98/2 تاريخ 1998/10/19 وقرار محكمة التمييز الأردنية 2005/4215 تاريخ 2006/7/5 وقرار رقم 2000/3101 تاريخ 2001/4/2 منشورات عدالة.

مجموعة من القواعد الأساسية الراسخة التي أرساها اجتهاد وإبداع القضاء، أو القواعد الجوهرية التي تشكل أسساً وعماداً شُيِّدَ عليها النظام القانوني، أو إغفالها أو إهمالها أو الانحدار بمفهومها إلى درجة إهدار القانون أو إعدامه يعادل استبعاد القانون، وأن القضاء قادر على تحديد ما يعد استبعاداً فعلياً للقانون أو مجرد خطأ في تطبيقه.

كما يرى الباحث أن الاستبعاد يشمل الحكم وفقاً لقواعد العدالة دون تفويض بذلك عوضاً عن أعمال القواعد القانونية.

ونرى ضرورة تسليط رقابة القضاء على تطبيق قواعد جوهرية من القانون ويجتهد الباحث أنه يدخل في هذه الطائفة في القانون الأردني احترام قواعد التقادم وشروط قبول الدعوى وعدم جواز قيام القاضي بتعديل العقد وعدم تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على المسؤولية العقدية وجواز تعديل الضمان والشرط الجزائي وقواعد الإبراء وأحكام الضمان العشري وأحكام المقاصة وأحكام بطلان العقود وانفساخها والحكم بالصلح دون اتفاق وتوافر أركان المسؤولية واحترام شروط العقد بما لا يخالف النظام العام.

كما نرى أن الرقابة يجب أن تنفذ أعمق من السطح للتأكد من أن قواعد النظام العام تم احترامها، وأن مبادئ القانون لم يحط بها دركاً سفلياً أو أن يتم ذروها مهب الريح، وإن بسط هذه الرقابة لا يشكل خروجاً على نظام التحكيم وتميزه عن النظام القضائي وليس إعادة بحث لموضوع الدعوى أو مدخلاً موارباً لإخضاع حكم التحكيم لرقابة القضاء خلافاً للغاية من نظام التحكيم وإنما إيجاد توازن خلاق باحترام إرادة الأطراف وعدم إهدار القانون.

أما الاحتجاج بأن نظام التحكيم مختلف أصلاً ويتطلب عدم مراقبة الاستبعاد غير الصريح لأن المقصود أن يكون التحكيم على درجة واحدة خلافاً للقضاء النظامي وهذا بحد ذاته عدم مساواة

وتماثل بين القضاء النظامي ونظام التحكيم من البداية فهو غير صحيح حيث أن القضاء النظامي ذاته يجيز على أن يكون التقاضي على درجة واحدة وألا يخضع الحكم للاستئناف بدلالة المادة "177" من قانون أصول المحاكمات المدنية.

المبحث الثاني
موقف القضاء من النظام العام – تطبيقات قضائية

سنتطرق في هذا المبحث لحالات تتضمن المس بالمبادئ والقواعد التي يرى الباحث أنها جزء من النظام العام وموقف القضاء منها وسنعرضها في مطلبين نبحث في الأول منها مخالفة النظام العام من حيث مخالفة قواعد الاختصاص والتحكيم الإجباري وفي الثاني مخالفة أحكام التحكيم لقواعد النظام العام.

المطلب الأول
جبرية التحكيم والاختصاص الولائي

أصل التحكيم إرادة الأطراف الحرة، وإلاَّ اختلَّ ركن الرضا في شرط التحكيم ولذا فإن عدم صحة شرط التحكيم أو بطلانه أو سقوطه من أسباب بطلان حكم التحكيم. ولكن هنالك حالات حيث يكون شرط التحكيم صحيحاً وقائماً بين أطرافه ولكن لا يجوز اللجوء للتحكيم لحل النزاعات بين أطرافه.

سنتناول في هذا المطلب بحث مخالفة نظر النزاع تحكيماً واختصاص هيئات التحكيم في بعض النزاعات إما لمخالفتها للنظام العام الدستوري كجبرية التحكيم أو بسبب اختصاص المحاكم الولائي مع بعض الأمثلة العملية وموقف القضاء منها تباعاً وذلك في فرعين.

الفرع الأول: التحكيم الإجباري

إن الأصل أن يلجأ الفرد لقاضيه الطبيعي لحل نزاعاته وهذا حق كفله الدستور وحرمان أي شخص من ممارسته مخالف للدستور وأي شرط يتضمن ذلك أو ينص عليه يكون باطلاً، ولذا فإن ورود شرط في تشريع ما يلزم الأطراف بحل نزاعاتهم بالتحكيم يكون باطلاً لمخالفته النظام العام، علاوة على تناقضه مع فكرة التحكيم القائمة على الاختيار الحر لهذا الطريق، ومع ذلك فإن العديد من التشريعات تضمنت شرطاً بحل النزاعات بين الأطراف تحكيماً، ففي مصر تضمنت العديد من

التشريعات هذا الشرط وقد قضت المحكمة الدستورية ببطلان هذه النصوص لمخالفتها للدستور، وأشرنا لأحدها فيما سبق، وتوالى قضاء المحكمة الدستورية المصرية على ذات النهج حيث أكدت في حكمها بتاريخ 1994/12/17 في القضية رقم 13 لسنة 15ق المبدأ التالي: "فلا يجوز للمشرع أن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون له ويأبون الدخول فيه ...تحكيم حمل عليه أطراف الخصومة ينبغي أن يعامل باعتباره تحكيماً تم دون اتفاق أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم" وخلص إلى عدم دستورية الفقرة "2" من المادة 18 من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي وسقوط الفقرات المتعلقة بالتحكيم [1] وتواترت أحكام المحكمة بإلغاء التحكيم الإجباري فقد صدرت الأحكام التالية: القضية رقم 104 لسنة 20ق في 1999/7/3 بإسقاط المواد 57، 58 من قانون الجمارك رقم 66 لسنة 1963 وورد في حكمها "... إن التحكيم لا يتولد إلاّ عن إرادة حرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التي أنشأتها النصوص الطعينة ... يكون منتحلاً ومنعدماً ... ومنطوياً بالضرورة على الإخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء إلى محاكم القانون بوصفها قاضيها الطبيعي". [2] وتلاه إصدار قراراتها بإبطال التحكيم في قانون الضريبة على المبيعات رقم 11 لسنة 1991 بتاريخ 2000/1/6 وفي 2003/5/11 إبطال التحكيم الإجباري في قواعد العمل في الجمعيات التعاونية وفي 2002/1/13 إبطال التحكيم الإجباري في قانون سوق المال رقم 95 لسنة 91 [3]، وأكدت المحكمة الدستورية بهذه الأحكام: "أن ركيزة التحكيم اتفاق خاص وفرض المشرع التحكيم على طرف انتهاك لحقه الدستوري بالتقاضي". [4]

---

(1) البريري، محمود مختار (2014). مرجع سابق. ص 316.

(2) المرجع السابق. ص 325.

(3) أبو العنين، محمد (2006). "الدور الإنشائي والخلاق للقضاء بشأن التحكيم"، مجلة التحكيم العربي، عدد 9، مرجع سابق. ص42.

(4) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 43.

إن جميع هذه القرارات أكدت على عدم دستورية التحكيم الإجباري ومخالفته للنظام العام، وقد أصدرت محكمة استئناف القاهرة قرارها رقم 96 لسنة 132ق تاريخ 2016/3/6بوقف نظر دعوى بطلان حكم تحكيم لحين بت المحكمة الدستورية بدعوى عدم دستورية التحكيم الإجباري في قانون رقم 97 لسنة 1983. [1]

وكانت المحكمة الفيديرالية السويسرية قد أبطلت في عام 1976 حكماً صادراً عن هيئة تحت مظلة (ICC) أحد أطرافها حكومة بنغلادش باعتبار التحكيم إجبارياً [2]، كما قضت محكمة لاهاي بتاريخ 2016/4/2 ببطلان حكم تحكيم ضد روسيا لأن حكومة روسيا وقعت الاتفاقية المتضمنة شرط التحكيم ولم تصادق عليها وبالتالي فإن شرط التحكيم لا يعتبر اختيارياً. [3]

وفي قضية أخرى تخص التحكيم الرياضي واسع الانتشار رفعت دعوى إبطال حكم تحكيم رياضي صادر في بلجيكيا بموجب القانون الأساسي للاتحاد الملكي لكرة القدم المتضمن شرط تحكيم لحل النزاعات ويمنع اللجوء للقضاء لحلها بموجب قانون (الفيفا) حيث طعن اللاعب بالحكم مستنداً لعدم دستورية شرط التحكيم الإجباري لحرمانه إياه من حق التقاضي، فقضت محكمة استئناف بروكسل بتاريخ 2018/8/29 بمخالفة الشرط للمادة (6) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 التي تكفل حق التقاضي والتي تسمو على القانون الوطني وقد طعن مجلس التحكيم الرياضي بقرار محكمة استئناف بروكسل لإبطاله أمام المحكمة الفيديرالية السويسرية والتي رفضت طلب الإبطال،

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 38، مرجع سابق. ص 462-465.

(2) الأحدب، عبد الحميد (2018). "عزل المحكم". مجلة التحكيم العالمية. عدد 38، مرجع سابق. ص 155 وتم إيراد تفاصيل القضية حيث بوشر بالتحكيم من دولة باكستان وعلى إثر استقلال بنغلادش أصدرت قانوناً بإلغاء جميع التحكيمات التي تشارك فيها هيئة التنمية الصناعية الباكستانية، إلاّ أن المحكمين استمروا نظر القضية وأصدروا الحكم الذي أبطلته المحكمة.

(3) مجلة التحكيم العربي (2016). عدد 26 شهر 6، القاهرة. ص 231-232.

ويذكر في هذا الصدد أن تركيا عدلت دستورها في عام 2011 وأقرت فيه بدستورية التحكيم الرياضي[1].

إلاّ أن القضاء الإنجليزي لم يعتبر التحكيم الرياضي مخالفاً للمادة "6" من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. [2]

وقد أيد الفقه أحكام القضاء بعدم دستورية التحكيم الإجباري حيث يرى الفقه المصري عدم دستورية التحكيم الإجباري سواء كان خاضعاً لقانون التحكيم المصري أو كان خاضعاً لقواعد نظمها قانون آخر أو بتعليمات أو لوائح تشريعية أخرى، ويرى أن جزاء حكم التحكيم الصادر بموجب تحكيم إجباري هو البطلان للخطأ في تطبيق القانون وفق ما قضت به محكمة استئناف القاهرة [3]، ونرى أن الخطأ في تطبيق القانون الذي استند إليه الفقه المصري ومحكمة استئناف القاهرة المشار إليه أعلاه ليس من أسباب البطلان الحصرية الواردة في القانون وإن كان يقع ضمن مخالفة النظام العام أو يندرج ضمن بطلان اتفاق التحكيم أو استبعاد القانون.

كما يرى د. فتحي والي أن الدفع بعدم دستورية شرط التحكيم الإجباري في حال تقديمه مستنداً إلى حكم المحكمة الدستورية يوجب على الهيئة قبول الدفع فإذا صدر الحكم فإن جزاؤه البطلان ويجوز إثارة الطعن فيه أول مرة أمام محكمة الاستئناف أو التمييز كونه من النظام العام. [4]

---

(1) الورفلي، أحمد (2018). "التحكيم ومسائل القانون الدستوري". مجلة التحكيم العالمية، عدد 41، مرجع سابق. ص 58-60.

(2) الورفلي، أحمد (2018). المرجع السابق وينتقد القرار لأنه أسس على أسباب براغماتيه وليست قانونية حيث استند إلى شيوع هذا الشرط في مجال الرياضة.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 44 حيث استند بهذا الرأي إلى قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 188 لسنة 114ق تاريخ 1997/12/24.

(4) المرجع السابق. ص 44-46 واستند فيه قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 115 لسنة 118ق تاريخ 2002/5/21 والقليوبي، سميحة. مرجع سابق ص 66، 67.

وهذا الرأي محل نظر من وجهة نظر بعض الفقه حيث أن الحكم بعدم دستورية نص ما أو قانون ما هو اختصاص ولائي حصري للمحكمة الدستورية من ناحية ومن ناحية أخرى فإن قوانين التحكيم لم تنص صراحة على وقف الإجراءات لحين البت في هذا الدفع [1]، ولكن في قرار تحكيم في تونس تصدت هيئة التحكيم للمسألة الدستورية بأن حق التقاضي كفله الدستور والذي طعن فيه استئنافاً وصدر القرار رقم 85246 تاريخ 2016/11/29 بإبطال حكم التحكيم. [2]

أما في ظل القانون الأردني فإن المحكم لا يملك الإحالة للمحكمة الدستورية وإن كان الباحث يرى أن للمحكم الاستناد للنظام العام لإعلان عدم اختصاصه ويبقى قراره طبعاً خاضعاً للطعن بدعوى بطلان سنداً للمادة "21" من قانون التحكيم.

ومن الحالات الأخرى التي أدرجها الفقه ضمن التحكيم الإجباري المنازعات وفقاً لقانون سوق المال [3]، وكذلك النزاعات العمالية ويرى بعض الفقه أن المحل في المنازعات العمالية غير صالح للتحكيم بموجب قانون العمل المصري [4]، وتشمل أيضا التحكيم المستند لعقود معدة سلفاً ومنها عقود التأمين أو ما شابهها مثل عقود النقل البحري والجوي [5]، ويمكن أن نضيف لها عقود المستهلكين بشكل عام مثل عقود اشتراكات المياه والكهرباء والهاتف والمعدة سلفاً.

---

(1) الورفلي، أحمد. مرجع سابق ص 55-113 ويورد المؤلف تفاصيل عديدة عن مخالفة المبادئ الدستورية وإشكاليات النظام العام الدستوري واستعرض نشأة التحكيم الإجباري الذي كانت تبيحه الدساتير وازدهر في الأنظمة الاشتراكية.

(2) الورفلي، أحمد (2018). "التحكيم، الحق في التقاضي وانكار العادلة". مجلة التحكيم العالمية، عدد 38. مرجع سابق. ص 121 وكان المحكم قرر رفض الدعوى وعدم سماعها ولم يفسر معنى حكمه بعدم قبول الدعوى.

(3) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 768 وقد استند لحكم محكمة النقض رقم 201 لسنة 70ق في 2006/1/24.

(4) والي، فتحي (2014). المرجع السابق. ص 148 ويشير إلى حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية التحكيم في المنازعات العمالية من هيئات خماسية.

(5) الورفلي، أحمد. التحكيم ومسائل القانون الدستوري، مرجع سابق. ص 72 ويرى أنها تشمل العقود التي يقبلها المتعامل عبر الوسائل الالكترونية والهواتف.

هذا وقد أصدرت محكمة النقض المصرية قرارها 595 لسنة 63ق تاريخ 2006/2/28 بإبطال شرط تحكيم في سند شحن بحري كون الطرف القوي (الشاحن) أجبر الطرف الضعيف على التوقيع على شرط تحكيم محدداً مكان تحكيم لا يستطيع الطرف الضعيف تحمل تكاليفه. [1]

موقف القضاء الأردني في ضوء التشريعات الناظمة

نصت المادة 25 من أصول وقواعد العمل والتعليمات الخاصة بالمقاصة الالكترونية على تشكيل لجنة خاصة للتحكيم للفصل في النزاعات بين الأعضاء وأعطت محافظ البنك المركزي صلاحية إحالة أي نزاع بين الأعضاء إلى لجنة التحكيم الخاصة، هذا وقد طعن بالبطلان في حكم تحكيم بين بنكين صادر من لجنة التحكيم الخاصة لمخالفته المادة 49/أ/4 باستبعاد القانون واجب التطبيق وبمخالفته للمادة 49/ب المتعلقة بالنظام العام على أساس صدور الحكم باسم صاحب الجلالة، وقد أصدرت محكمة الاستئناف قرارها رقم 2011/381 تاريخ 2011/6/13 [2] برد البطلان وأوردت أن الحكم غير مخالف للنظام العام، ويرى الباحث أنه كان على محكمة الاستئناف التصدي من تلقاء نفسها لمخالفة النظام العام كون شرط التحكيم إجبارياً ولا يتيح للأطراف اللجوء للقضاء.

كما تضمن قانون الطيران المدني وتعديلاته رقم 41 لسنة 2007 في المادة 23/ج إحالة أي نزاع بين الهيئة والمستثمر للتحكيم، وهو نص على تحكيم إجباري أيضا.

وفي النزاعات العمالية تم تحديد الاختصاص النوعي لمحكمة الصلح ولم تكن المحاكم تعمل بشرط التحكيم إلا ان محكمة التمييز أصدرت بهيئتها العامة القرار رقم 2005/10 تاريخ 2005/6/16 والذي قضت فيه بصحة وأعمال الشرط التحكيمي الوارد في عقد العمل قائلة أنه شرط

---

(1) مجلة التحكيم العربي (2007). عدد 10، مرجع سابق. ص 335-336.

(2) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 368-369.

اتفاقي ولا يحرم العامل من حقوقه العمالية [1]، هذا بالرغم من أن المادة "4" من قانون العمل نصت على بطلان أي شرط في العقد يتضمن تنازل العامل عن أي حق له منحه إياه القانون وقد حدد القانون أن النزاعات تنظر استعجالاً من محكمة الصلح، وتوالت القرارات القضائية بذات المضمون ومنها القرار رقم 2007/2140 تاريخ 2007/12/13 عن محكمة التمييز بأعمال الشرط التحكيمي في العقد. [2]

ولكن محكمة التمييز تراجعت عن هذا التوجه وأصدرت قراراً حديثاً نسبياً بهيئتها العامة رقم 2015/320 تاريخ 2015/3/31 وأيدت إبطال حكم تحكيم صادر بناءً على شرط تحكيم في عقد عمل قائلة "أن شرط التحكيم المشار إليه آنفاً الوارد في عقد العمل فيه انتقاص لحقوق العامل" [3] ولا بد لنا من تأييد هذا التوجه.

كما أن نهج القضاء ابتداءً كان يقضي بعدم أعمال شرط التحكيم في عقود التأمين في حال وروده في وثيقة التأمين انسجاماً مع نصوص القانون فقد أصدرت محكمة الاستئناف قرارها رقم 2010/35 القاضي برد طلب تعيين محكم وفقاً لشرط في عقد تأمين لمخالفته نص المادة 4/924 من القانون المدني والتي تقضي ببطلان شرط التحكيم الوارد في الشروط العامة المطبوعة إلاّ أن ذات المحكمة قامت بتعيين محكم وفقاً لشرط في عقد التأمين في قرارها رقم 2008/227 تاريخ 2009/1/22 [4]، وتبنت محكمة التمييز من خلال قرارها رقم 2009/823 تاريخ 2009/9/24

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). المرجع السابق. ص 54.

(2) المرجع السابق ص 63 وبذات المعنى صدر القرار 2008/114 تاريخ 2008/8/25 منشور على ص 69 والقرار 2010/1783 تاريخ 2010/10/6 ص 59 وقرار رقم 2009/3658 تاريخ 2010/4/20 ص 53 وقرار محكمة الاستئناف رقم 2009/153 ص 313.

(3) منشورات عدالة.

(4) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 233 و293–294 على التوالي.

جواز التحكيم عندما يرد شرط التحكيم بشكل منفصل عن عقد التأمين وأكدته في قرارها رقم 2009/168 تاريخ 2009/2/19 [1] وهو ما سارت عليه المحاكم الأردنية في أعمال شرط التحكيم بهذه الصورة رغم أن وثيقة عقد التأمين المطبوعة لا تصدر ما لم يوقع المؤمن معها أيضا الوثيقة المنفصلة الخاصة بالتحكيم مما يجعل حكمها هو حكم الشرط المطبوع سلفاً في عقد التأمين ويعتبر بالتالي الشرط جبرياً، وفي حالة أخرى قضت محكمة التمييز الأردنية بعدم أعمال شرط التحكيم في عقد التأمين ولكن لسبب آخر هو مخالفة للمادة (10) من قانون التحكيم لعدم توقيع وثيقة التأمين من الطرفين. [2]

وبكل الأحوال فإن المشرع الأردني عالج هذا الأمر بشكل جذري في التعديلات المدخلة على المادة "10" من قانون التحكيم رقم 16 لسنة 2018 المعدل لقانون رقم (31) لسنة 2001 حيث أدخلت الفقرة "د" والتي تنص "على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر ومع عدم المس بالأوضاع القانونية السابقة لسريان هذا القانون المعدل يقع باطلاً أي اتفاق سابق على التحكيم في الحالتين التاليتين:

1- عقود المستهلكين المعدة على نماذج مطبوعة مسبقاً.

2- عقود العمل".

---

(1) المرجع السابق. ص 65-66 وص 67 على التوالي.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2016). عدد 30 شهر 4، بيروت. ص 196-200 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2013/939 تاريخ 2013/8/14 هذا بالرغم من أن المادة "10" لم تشترط أن التوقيع على شرط التحكيم واشترطت فقط الكتابة.

ورغم عدم دقة الصياغة فإن المقصود أن أي شرط تحكيم سابق على حدوث النزاع في هذه العقود يعتبر باطلاً ويمكن توقيع شرط التحكيم وسريانه بعد نشوء النزاع وبهذا فقد أزال المشرع الجبرية في عقود العمل وعقود المستهلكين.

وختاماً فإننا نرى أنه لا بد من تصدي القضاء لشروط التحكيم الإجبارية الواردة في نصوص تشريعية عند نظر دعاوى البطلان أو تعيين المحكمين، أو أن تحيلها محكمة التمييز للمحكمة الدستورية لإصدار قرارها بخصوصها.

الفرع الثاني: اختصاص القضاء الولائي وقوانين البوليس

نتناول في هذا الفرع بحث بعض الحالات التي نص القانون على اختصاص المحاكم الأردنية فيها، وبالتالي فإنها تشكل اختصاصاً نوعياً أو ولائياً للقضاء الأردني ولا يصح فيها شرط التحكيم وأسلفنا بذكر بعض هذه القوانين ونشير هنا إلى المادة 246 قانون التجارة البحرية التي نصت على اختصاص المحاكم الأردنية بنظر منازعات تصادم السفن وكانت محكمة التمييز الأردنية قضت بتطبيق اتفاقية هامبورغ بدلاً من قانون التجارة البحرية وأجازت التحكيم بنزاع في التجارة البحرية [1]، والى المادة 16 من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين والتي تنص على اختصاص المحاكم الأردنية بنظر المنازعات الخاصة بالوكلاء التجاريين وقد أوردنا تطور مواقف القضاء عموماً من صحة شرط التحكيم بخصوص الوكالات التجارية وسنستعرض هنا حكم محكمة التمييز بجواز التحكيم في نزاعات الوكالات التجارية، وموضوع القضية أن وكيلاً محلياً متعاقداً مع موكل سويدي ويتضمن عقد الوكالة شرط تحكيم بإحالة النزاعات للتحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية (ICC) وتطبيق القانون السويدي

(1) مجلة التحكيم العالمية (2012). مجلة فصلية، عدد 14 شهر كانون ثاني، بيروت. ص 131-136 محكمة التمييز الأردنية قرار رقم 2011/1483.

على النزاع، وقام الموكل بفسخ عقد الوكالة من طرف واحد فلجأ الوكيل بعد أن عين محكماً للقضاء الأردني لتعيين محكم عن الموكل وعين المحكم وبعد اكتمال تشكيل الهيئة طعن الموكل باختصاص الهيئة في نظر النزاع، فلجأ الوكيل للقضاء الأردني بصفته صاحب الاختصاص حسب القانون إلاّ أن الموكل دفع بوجود شرط تحكيم وأصدر القضاء الأردني حكماً باختصاصه ولائياً بالنزاع [1]، فطعن بالقرار تمييزاً وأصدرت محكمة التمييز هيئة عامة قرارها رقم 2018/4164 تاريخ 2019/5/9 [2] بالأكثرية بأن التحكيم جائز في الوكالات التجارية سنداً لاتفاقية نيويورك معتبرة أن من حق الأطراف أصلاً الاتفاق على محكمة أجنبية أو على التحكيم، بما يخالف اجتهاداتها السابقة، ويرى الباحث أن النص في المادة 16 من القانون جاء لحماية الوكيل المحلي ولذا فقد حصر الاختصاص بنظر النزاعات في المحاكم الأردنية مما يجعل التحكيم غير جائز في مثل هذه النزاعات وأن هذا من النظام العام الذي لا تجوز مخالفته آملين الرجوع عن هذا الاجتهاد، كما نرى أن ذات الأمر ينطبق على قانون التجارة البحرية.

المطلب الثاني
حالات خرق القواعد الموضوعية للنظام العام

سنتعرض في هذا المطلب إلى خرق حكم التحكيم بعض قواعد النظام العام الموضوعية والتي وردت في قانون التحكيم وقانون أصول المحاكمات المدنية من خلال حالات عملية وموقف القضاء منها وذلك في ثلاثة فروع.

---

(1) قرار محكمة التمييز رقم 2013/2910 بتاريخ 2013/11/25 منشورات قسطاس.

(2) منشورات قسطاس.

الفرع الأول: تسبيب الأحكام

سبق لنا الإشارة إلى أهمية تسبيب حكم التحكيم بما يدخل الطمأنينة للأطراف ويؤمن القناعة بالحكم ونزاهته من ناحية ومن ناحية أخرى بما يكفل تقيد المحكم بمهمته وأدائها على أكمل وجه، وتطور موقف القضاء من التسبيب وقد اعتبر بعض الفقه أن التسبيب ليس من النظام العام بدلالة أن قانون التحكيم أجاز للأطراف الاتفاق على عدم التسبيب [1]، كما أشرنا إلى أن القضاء اجتهد بعكس ذلك حيث اعتبره من النظام العام ويتفق الباحث مع القضاء بأن التسبيب في حال اتفاق الأطراف عليه يعتبر من النظام العام ويبطل الحكم بغيابه، هذا وقد نصت المادة 41 من قانون التحكيم الأردني على أنه يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً خلافاً لنص المادة 2/43 من القانون المصري.

كما استعرضنا تغير موقف القضاء من عدم كفاية التسبيب أو تناقضه أو صحته منتهياً في معظمه إلى اعتبار ذلك خارج رقابته، وقد خالف بعض الفقه هذا التوجه معتبراً أن التناقض في التسبيب أو عدم كفايته أو تناقض التسبيب مع النتائج سببٌ للبطلان ويعادل غياب التسبيب وأن رقابة القضاء تنحسر فقط عن صحة أو خطأ التسبيب [2] وانتقد هذا البعض مواقف القضاء الحديثة من التساهل أو الكف عن مراقبة التسبيب. [3]

---

(1) والي، فتحي (2014). مرجع سابق. ص 751 واستند لنص المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري التي أجازت اتفاق لأطراف على عدم تسبيب الحكم.

(2) المرجع السابق. ص 751-756 ويرى أن تناقض الأسباب يؤدي إلى ما يعادل عدم التسبيب ويستند إلى قرارات لمحكمة استئناف القاهرة ومحكمة النقض، وقد أشرنا وأشار المؤلف أيضا إلى قرارات لاحقة من القضاء بعكس ذلك، كما يرى أن الرأي القائل بأن عدم كفاية الأسباب لا يبطل الحكم مستنداً إلى أن هذا سبب موضوعي يتناقض مع المادة 53/ز والتي تقابلها المادة 49/أ/7 من القانون الأردني غير سليم لأن تناقض الأسباب يعادل تماحيها.

(3) والي، فتحي (2008). "دور القضاء المصري في الحد من دعاوى بطلان أحكام المحكمين (دراسة نقدية)". مجلة التحكيم العربي، عدد 11، القاهرة. ص 95-103 وينتقد الباحث موقف القضاء المصري حيث أورد على ص 98 ستة أحكام قضائية برد دعاوى البطلان رغم تناقض الأسباب أو قصورها مما يراه مخالفاً لقانون التحكيم.

وعموماً فالفقه الأجنبي يرى أن تسبيب الحكم من هيئة التحكيم أصبح مبدأ عالمياً في التحكيم الدولي [1] وصدرت في استراليا أحكام قضائية بأن عدم التسبيب يبطل الحكم التحكيمي كونه من النظام العام وأن التسبيب المطلوب من الهيئة مماثل للمطلوب من القاضي [2] إلاّ أن حكماً لمحكمة استئناف عمّان بخصوص دعوى بطلان أحد أسبابها عدم تسبيب الحكم قضى بأن إيراد أسماء هيئة التحكيم والاجراءات وأقوال الخصوم والفقرة الحكمية يعتبر تسبيباً ولم يعالج أسباب الطعن الأخرى وكان أحدها سبق التحكيم لأوانه. [3]

وتالياً نعرض بعض الحالات العملية مع بيان موقف القضاء الأردني من بسط رقابته على هذا الموضوع وذلك في ضوء وجوب تسبيب الأحكام حسب القانون الأردني آخذين في الاعتبار ما سلف ذكره عن أهمية التسبيب سواء ضرورة وجوده وعدم تناقضه وجديته وتعلقه بالنزاع وارتباطه بمنطوق الحكم.

الحالة الأولى:

في عقد مقاولة طالب مقاول بالضرر الذي لحقه نتيجة إيقاف العمل من صاحب العمل ودفع صاحب العمل بأن الضرر المطالب به غير ناتج عن صاحب العمل ولم يثبت المقاول الضرر، كما دفع بأن شروط العقد تشترط إرسال إشعار لصاحب العمل حسب المادة 1/20 خلال 28 يوماً من

---

(1) Born, Gary (2014). International Commercial Arbitration. 2nd Ed, London: Wolters Kluwer page 3039 "it is now a nearly universal principle that, unless otherwise agreed, international arbitral awards must set forth the reasons for the tribunal'a decision".

(2) Lack of reasoning in the award https://svjt.se/content/insufficient.reasoning-proper-basis-setting-asideaward.ftn قضية 3/161 ocg 18 تاريخ 2016/9/18 وقرار محكمة فيكتوريا 2007/7/16.

(3) مجلة التحكيم العالمية (2012). عدد 5 شهر 7، بيروت. ص 390-394 قرار محكمة استئناف عمان رقم 2009/334 تاريخ 2012/4/9.

حدوث الواقعة المؤدية للمطالبة وإلاّ أصبح صاحب العمل مبرأ والمقاول غير مستحق للمطالبة وبالتالي فإن مطالبة المقاول غير مستحقة لإخفاق من المقاول بتقديم الإشعار مما يستوجب ردها لمرور الزمن، في حين رد المقاول بأن مدة الـ 28 يوماً مخالفة للنظام العام كونها تعديلاً لمدة التقادم من ناحية ولتنازل صاحب العمل عن هذا الدفع بإجابته على مطالبة المقاول دون إثارة هذا الدفع قبل تحويل النزاع للتحكيم وقبل الدخول في الأساس أثناء التحكيم، فعينت الهيئة خبيراً لتقدير الضرر على فرض الثبوت وقدر الخبير الضرر بحوالي "50" ألفاً، وعند الحكم قالت الهيئة أن تقارير العمل اليومية لم تقدم وأنها تستند في حكمها إلى المواد 9/1، 1/2، 4/8، 8/14، 1/20 من العقد والمواد 167، 199، 213، 780، 789 ودون ربط لأي من هذه المواد بالوقائع أو بالمطالبات وقضت بأن المصاريف الفعلية التي تكبدها المقاول 15% من قيمة العقد وحكمت باستحقاقه مبلغ 148116 ديناراً وحددت قيمة الفائدة حتى تاريخ صدور الحكم بـ 10965 ثم حكمت بفائدة قانونية بنسبة 9% على المبلغين المحكوم بهما من تاريخ صدور الحكم وحتى السداد التام، وهذا الحكم خالٍ من التسبيب فعلياً حيث لم تسقط نصوص المواد من شروط العقد ونصوص القانون على الوقائع أو المطالبات، بل اكتفت بإيراد أرقام المواد دون مضمونها، وبالتالي تصلح ذات المواد التي أوردت أرقامها سبباً لرد المطالبات أو الحكم بها على حدٍ سواء.

كما أن الهيئة لم ترد على الدفوع التي أوردها الفريقان ومنها الدفع بسقوط المطالبات وعدم سماع الدعوى لمرور الزمن وفقاً لشروط العقد، ولم تبين كيف توصلت إلى أن قيمة الضرر الفعلي 15% من قيمة العقد مع إيرادها عدم وجود تقارير عمل أو إثبات للكلف ولم تبين علاقة خطأ صاحب

العمل بالضرر، ولم تبين لماذا لم تأخذ بتقديرات الخبير للضرر ولم تبرر كيف قضت بفائدة 9% على مبلغ الفائدة الذي حكمت فيه. [1]

الحالة الثانية:

في عقد بين مقاول وصاحب عمل، طالب المقاول بالتعويض عن التأخير وطلب إجراء الخبرة لتقدير الضرر عن مدة التأخير، وأقرت الهيئة أن التأخير من مسؤولية صاحب العمل ويستحق المقاول التعويض وقررت عدم إجراء الخبرة الفنية لتقدير الضرر لعدم الإنتاجية بسبب عدم وجود إثبات وكان من المتوقع بناء عليه أنها ستقوم برد المطالبة لعلة عدم الإثبات ولكنها قامت بالحكم بالتعويض بنسبة 15% دونما أي سند أو تبرير للنسبة وكيفية تقديرها ودون أي بينة على تكبد الكلفة أو قيمتها وبالتالي يكون هنالك تناقض واضح بتسبيبها، ورغم الطعن بحكم التحكيم فإن القرار لم يبطل[2]، ونذكر بقرار محكمة مدنين التونسية بخصوص النسبة المقدرة بدل الربح. [3]

على خلاف أحكام قضائية عربية عديدة قضت بخلاف ذلك [4] أما القضاء الأردني فقد حكم بأن مخالفة خلاصة الحكم لمضمونه ليست من أسباب البطلان. [5]

---

(1) لم يطعن بالحكم ونفذ اختياراً.

(2) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2019/474 تاريخ 2019/7/18 منشورات عدالة وأبطلت محكمة التمييز جزءاً آخر من الحكم بقرارها رقم 2019/6022 تاريخ 2019/12/4 ولم تتطرق لهذا الشق.

(3) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق محكمة استئناف مدنين التونسية في القرار رقم 5468 تاريخ 2000/7/5 والتي حكمت بأن تعويض بنسبة 30% دون بينة خرق لمبدأ الحياد وعكس ذلك قرار محكمة استئناف عمان رقم 289/474 تاريخ 2019/7/18 منشورات عدالة.

(4) مجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص 335 محكمة استئناف تونس قرار رقم 45823 ومجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 38، مرجع سابق. ص 764 قرارات محكمة استئناف القاهرة 39، 31 لسنة 132ق تاريخ 2016/3/6 والذي قال إن خطأ خطيراً في التسبيب يعادل عدم وجوده وأبطل الحكم بناءً عليه.

(5) مجلة التحكيم العالمية (2013). مجلة فصلية، عدد 17 شهر كانون ثاني، بيروت. ص 367–372 قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2010/421 والقطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 426–427 محكمة استئناف عمان قرار رقم 2009/39 تاريخ 2009/6/28 وقرار محكمة التمييز الأردنية رقم 2009/179 تاريخ 2009/4/28 والذي قضى أن مخالفة قانون أصول المحاكمات المدنية المتفق على تطبيقه لعدم صحة التبليغ لا يبطل الحكم.

الحالة الثالثة:

في عقد مقاولة أخفق صاحب العمل في تمكين المقاول من حيازة أجزاء من الموقع بسبب اعتراض المجاورين ومنعهم من العمل فتم إيقاف العمل مدة (300) يوم، وبعدها أنهى صاحب العمل العقد فطالب المقاول بكلف المدة التي توقف فيها معززة بالبينات فحكمت الهيئة أن التوقيف ثابت وأن مدة التوقيف هي 184 يوماً متواصلة، وأن شروط العقد وتحديداً المادة 11/8 تعطي المقاول الحق في إنهاء العقد[1] حكمت الهيئة بتعويض المقاول عن كلف مدة (84) يوماً فقط وبنسبة إجمالية من قيمة العقد قائلة أنه كان يتوجب على المقاول فسخ العقد بعد (84) يوماً، ويرى الباحث أن هذا التسبيب ليس فقط غير جدي ولكنه تعسفي ويصل درجة الإسفاف. [2]

الفرع الثاني: الفوائد القانونية

لقد استقر الاجتهاد القضائي والفقه على أن الفوائد من النظام العام، ولذا فإن الحكم الذي يتضمن فوائد مركبة تزيد على 9% أو الحكم بها من تاريخ مغاير لما ورد في القانون، أو فائدة على الفائدة مستوجب الإبطال على الأقل في هذا الشق وصدرت أحكام قضائية بذلك[3]، إلاّ أن القضاء في بسط رقابته على أحكام التحكيم لم يتبع هذا النهج فقد حجبت محكمة الاستئناف نفسها عن التصدي لسبب الطعن المتعلق بمخالفة الفائدة للنظام العام في قرارها رقم 2010/267 تاريخ 2011/3/29 قائلة

---

(1) تنص المادة 11/8 على: " إذا استمر تعليق العمل بموجب المادة (8/8) لمدة تتجاوز (84) يوماً، جاز للمقاول ان يطلب من المهندس ان يصرح له باستئناف العمل. فاذا لم يقم المهندس بالتصريح للمقاول باستئناف العمل خلال الـ (28) يوماً التالية لتاريخ الطلب، جاز للمقاول، بعد اشعار المهندس، ان يتعامل مع ذلك التعليق وكأنه الغاء بموجب أحكام "الفصل الثالث عشر" لذلك الجزء المتأثر من الاشغال. اما إذا كان التعليق يؤثر على الاشغال بمجملها، جاز للمقاول ارسال اشعار بإنهاء العقد من قبله عملاً بأحكام المادة (2/16)".

(2) الحكم لم يطعن فيه وتم التفاوض بين الطرفين على قيمة التعويض.

(3) قرار محكمة التمييز رقم 2017/2294 وقرار محكمة التمييز 2011/3731 منشورات عدالة والقرارات ليست في قضايا تحكيمية ولكن قضيا بإبطال الحكمين اللذين حكما بغير مقتضى المادة.

أن هذا السبب لا يقع ضمن الأسباب الواردة في 49/أ [1] وسنستعرض بعض الحالات العملية والخاصة بأحكام تحكيم بنزاعات مقاولة:

الحالة الأولى:

أصدرت هيئة التحكيم حكماً بفائدة مركبة تراكمياً شهرياً بنسبة 9% سنداً لشروط العقد وقد تجاوزت الفائدة نسبة الـ 9% سنوياً مما يشكل مخالفة للنظام العام، ورغم الطعن في الحكم فإن القضاء لم يبطل الحكم ولم يبطل هذا الشق على الأقل رغم أن منطوق الحكم وبصراحة بين اعتماد فائدة مركبة شهرياً. [2]

الحالة الثانية:

في عقد مقاولة بين صاحب عمل وأحد المقاولين حصل نزاع بين الطرفين حول التعويض عن الضرر المدعى به بسبب التأخير وحكمت الهيئة بمبلغ تعويض ثم احتسبت الفائدة عليه بنسبة 9% سنوياً من تاريخ تقديم لائحة الدعوى وحتى تاريخ إصدار الحكم ثم حكمت بفائدة قانونية بنسبة 9% على مبلغ التعويض الذي قررته وفائدة قانونية بنسبة 9% أيضا على مبلغ الفائدة المقرّة حتى تاريخ صدور الحكم وتحسب من تاريخ صدور الحكم وحتى تاريخ السداد التام وبذلك تكون قضت بفائدة على الفائدة وهذا الحكم لم يطعن فيه، وفي حالة مشابهة أصدرت هيئة التحكيم في نزاع بشأن عقد مقاولة بين صاحب عمل ومقاول حكمها للمقاول بفائدة 9% سنوياً على مبلغ التعويض المحكوم به حتى تاريخ صدور الحكم ثم حكمت بفائدة على مبلغ الفائدة من تاريخ صدور الحكم وحتى السداد،

---

(1) إن حكم التحكيم في الواقع لم يخالف نص المادة 167حيث قضي بفائدة 1% + LIBOR بشرط ألا يتجاوز 9% سنوياً.

(2) قرار محكمة الاستئناف رقم 2019/6 تاريخ 2019/9/1 حيث ردت محكمة الاستئناف دعوى البطلان.

ورغم الطعن لإبطال الحكم وأحد أسباب الطعن مخالفة الفائدة للقانون فإن المحكمة لم تبطل الحكم وأمرت بتنفيذه. [1]

وفي حكم تحكيم حديث في نزاع بين مقاول وصاحب عمل قضت هيئة التحكيم للمقاول بفائدة قانونية بنسبة 9% على كامل المبلغ المحكوم فيه متضمناً أتعاب المحاماة وأتعاب التحكيم والخبرة وحتى السداد التام وفائدة عقدية بنسبة 6.8% مركبة شهرياً على مبلغ آخر وحتى السداد التام وعند الطعن فيه على قاعدة أنه لم يحكم للمدعى عليها بأي فائدة على مطالباتها أسوة بما حكم للمدعية (المقاول) فقد ردت المحكمة على هذا الدفع، ولكنها ومن تلقاء نفسها أبطلت الفائدة القانونية على أتعاب المحاماة وأتعاب التحكيم مستندةً إلى نص المادة 167 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تقضي بالفائدة على الحق الموضوعي دون مشتملاته وأبطلت هذا الشق ولم تتطرق للفائدة المركبة شهرياً. [2]

الحالة الثالثة:

أصدرت هيئة التحكيم في نزاع بخصوص عقد مقاولة قرارها باستحقاق المقاول لفائدة بنسبة 9% على قيمة دفعة الإنجاز المقدمة من المقاول للمهندس من تاريخ الاستحقاق العقدي مستندةً لنص المادة 8/14 منها رغم أن تلك المادة تنص على استحقاق المقاول للفائدة بنسبة 9% فقط على المبالغ التي صادق عليها المهندس[3] ولم يقم المهندس بالمصادقة على أي مبلغ من الدفعة ولم ترفق

(1) مجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 39 و40، مرجع سابق. ص 349 قرار محكمة التمييز رقم 2017/882 تاريخ 2017/8/12.

(2) قرار محكمة الاستئناف رقم 2019/755 تاريخ 2019/12/18 منشورات عدالة.

(3) مفاد نص المادة 8/14 – يكون المقاول مستحقاً للفائدة بنسبة 9% سنوياً على المبالغ التي صادق المهندس على دفعها ولم يقم صاحب العمل بتسديدها خلال "56" من تقديم الدفعة من المقاول.

الدفعة ضمن بينات الدعوى وتم الطعن بدعوى بحكم التحكيم ومن ضمنها الطعن بالحكم بقيمة الدفعة النهائية والفائدة عليها لعدم وجودها ضمن البينات ولم تبطل محكمة الاستئناف الحكم بل أمرت بتنفيذه ولاحقاً أبطلت محكمة التمييز هذا الشق. [1]

الفرع الثالث: حياد المحكم ودعوى البطلان

من المسلم فيه أن نزاهة أي حكم قضائي سواء كان نظامياً أو تحكيماً تقوم على حيدة واستقلال القاضي أو المحكم حيث بدونها لا يطمئن الخصوم لعدالة الحكم أو صحته ما جعل المشرع في كل دول العالم يضمن قوانينه النص عليها، وقد نص عليها المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية، كما تم إيراد نصوص تتعلق بحيدة واستقلال المحكم في المادة "15" والتي استوجبت إفصاحه عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حيدته واستقلاله، ويكون جزاء عدم توفرهما أو عدم الإفصاح عنهما الرد والذي نظمته المادتان 17، 18، وتقضي محكمة الاستئناف بطلب الرد ويكون قرارها غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن.

لم يضع المشرع الأردني أسوة بالتشريعات الأخرى معايير للحياد والاستقلالية، وأسلفنا أن الفقه والقضاء يجمعان على أن أسباب رد المحكم أوسع من أسباب رد القاضي[2]، ويرى الفقه أن معايير الحياد والاستقلال موضوعية وليست شخصية، وحدد المشرع مدة تقديم طلب الرد بـ "15" يوماً من تاريخ العلم بالظرف وإلاّ قضي برد الطلب لتقديمه خارج المدة. [3]

---

(1) قرار محكمة استئناف عمان رقم 2019/474 تاريخ 2019/7/18 منشورات عدالة.

(2) قرارات محكمة الاستئناف رقم 2013/267 وقرار رقم 2013/297 تاريخ 2017/10/2 منشورات عدالة.

(3) قرار محكمة الاستئناف رقم 2009/239 تاريخ 2011/5/30 منشورات عدالة.

إن توفر أي ظرف جدي يؤدي للشك كافٍ لطلب الرد ولا تكون هنالك مشكلة فيما إذا كان الظرف معلوماً عند تعيين المحكم أو أثناء الإجراءات وقبل صدور الحكم حيث يقدم طلب الرد وفقاً للقانون وفي حال استمرت الإجراءات وصدر حكم التحكيم قبل الفصل في طلب الرد فإن الفقه والقضاء يقولان بعدم البت بدعوى البطلان (في حال تقديمها) حتى صدور الحكم في طلب الرد حيث يرى عدم سقوط دعوى الرد بإصدار الحكم ويجوز لطالب الرد أن يطعن أيضا بالبطلان [1] وصدر قرار محكمة التمييز رقم 2005/2575 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/3/13 بذات المضمون ونقض قرار محكمة الاستئناف بالبت في دعوى البطلان قبل البت في طلب الرد كون البت في دعوى البطلان سابقاً لأوانه. [2]

كما أن محكمة الاستئناف أوقفت نظر دعوى البطلان رقم 369/ط/2014 لحين البت بدعوى رد المحكم، وحين صدر القرار برد المحكم ترتب بطلان حكم التحكيم حكماً. [3]

ولكن الأمر يستشكل في حالات ثلاث وهي العلم بالظرف بعد صدور الحكم وقبل فوات ميعاد الطعن بالبطلان في الحكم وفي حالة فوات مدة الطعن، والثالثة في حال كان قدم طلب رد وصدر حكم برد الطلب فهل يمكن الطعن بالبطلان بناء على عدم حياد المحكم؟

بداية لا بد من أن نشير إلى رأي الفقه بهذا الخصوص، أيد الفقه نصوص القانون من حيث وجوب ان يكون الطلب خلال مدة معينة من تاريخ العلم وان تكون الظروف مستجدة وليس تلك التي

---

(1) حداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 347.

(2) مجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص 287–289 قرار محكمة التمييز رقم 2005/2575 (هيئة خماسية) تاريخ 2006/3/12 وقرار محكمة التمييز رقم 2248 منشورات عدالة.

(3) قرار محكمة الاستئناف رقم 2013/297 تاريخ 2017/10/2 منشورات عدالة.

كان يعلم بها طالب الرد ابتداءً ويرى الفقه أن على طالب الرد إثبات تاريخ علمه على أن يضاف للميعاد ميعاد مساقه. [1]

أما موانع طلب الرد فهي كما يراها الفقه الإفصاح، حيث لا يقبل طلب الرد لسبب أفصح عنه المحكم ولم يعترض عليه أو لم يقدم طلب الرد بخصوصه خلال "15" يوماً من الإفصاح [2]، وتعتبر هذه المدة مدة سقوط حسب رأي الفقه [3]، وقد نص القانون الكويتي على أن هذه المدة مدة سقوط، أما القانون الأردني فنص على مدة الـ "15" يوماً دون أن يشير إلى أنها مدة سقوط، وبالتالي فلا يقبل طلب البطلان في حال كان السبب معلوماً ولم يقدم طلب رد خلال المدة ولم يجرِ الاعتراض على المحكم وفقاً لقرارات القضاء الأردني. [4]

وحكمت محكمة الاستئناف الأردنية بأن عدم الإفصاح بحد ذاته مدعاة للرد فقد قضت برد محكم لعدم إفصاحه عن وجود علاقة عمل تربط بينه وبين محامي أحد الخصوم في قضية التحكيم المنظورة [5]، إلاّ أن محكمة الاستئناف كانت حكمت مسبقاً برد الطلب لمجرد صدور الحكم قبل البت فيه.

---

(1) والي، فتحي (2007). التحكيم في النظرية والتطبيق. ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف ص 259.

(2) البتانوني، خيري عبد الفتاح (2013). مفهوم المحكم في التحكيم التجاري. القاهرة: دار النهضة العربية ص 167.

(3) يوسف، سحر عبد الستار (2006). المركز القانوني للمحكم. القاهرة: دار النهضة العربية ص 200 وحداد، حمزة (2007). مرجع سابق. ص 236.

(4) قرار محكمة الاستئناف رقم 2010/241 تاريخ 2011/6/14 وقرار رقم 2009/203 تاريخ 2011/5/22 وقرار رقم 2013/498 منشورات عدالة.

(5) قرار محكمة الاستئناف رقم 2013/267 منشورات عدالة.

وقد كان توجه القضاء الأردني يقضي برد المحكم في حال وجود علاقات قد تثير شكوكاً حول حيدته[1] إلاّ أن أحكام القضاء أصبحت متساهلة في هذا الشأن [2]، وبخصوص إبطال الحكم لعدم حياد المحكم قضت المحكمة بعدم إبطال حكم التحكيم رغم سبق تقديم طلب رد في المحكم على سند من أنه لم يقدم ضمن أوراق طلب البطلان الحكم القاضي برد المحكم رغم وجود دعوى جزائية منظورة من الطاعنة ضد المحكم، كما صدر قرار رقم 2009/302 تاريخ 2011/5/22 بعدم إبطال حكم تحكيم رغم أن المحكم كان وكيلاً لأحد الخصوم على سند من أن هذا الأمر ليس سبباً للبطلان ما دام لم يقدم طلب لرد المحكم [3]، إلاّ أن حكماً صدر أخيراً عن محكمة الاستئناف قضى برد محكم كونه كان يعمل في مؤسسة أهلية وأحد الأطراف رئيسها. [4]

إن رد المحكم قضية حساسة حيث أنها قد تستغل فقط للتأثير على المحكم أو لإعاقة التحكيم في حال تنحي المحكم أو في حال رده، كما أن دعوى البطلان المؤسسة على عدم حياد المحكم قد تستغل لإبطال حكم سليم ولذا يتوجب الحذر فيهما ومع ذلك فإن الباحث يرى أن هذه المسألة يجب أن تخضع لرقابة معمقة من المحكمة المختصة حيث أن حيدة المحكم أهم عامل للثقة بحكم التحكيم، وإن أحكام القضاء عموماً تباينت وتناقضت بهذا الشأن مع الميل للحد من إجابة طلب الرد أو إبطال الأحكام لسبب عدم الحياد.

---

(1) قرار محكمة الاستئناف رقم 2008/237، قرار رقم 2010/353 منشورات عدالة.

(2) مجلة التحكيم (2009). عدد 1، مرجع سابق. ص 289 محكمة التمييز الأردنية القرارات رقم 2006/2598 و2005/2575 والقرار رقم 2010/421 تاريخ 2010/6/14 مشار له سابقاً.

(3) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص344.

(4) قرار رقم 2013/297 تاريخ 2017/10/2 منشورات قسطاس.

عرفت محكمة استئناف القاهرة عدم الحيدة "بأنها ميل نفسي للمحكم لصالح أو مع أحد الأطراف" ومع ذلك لم تبطل حكماً لأن المحكم رئيس الشركة المالكة للمشروع في النزاع التي هي طرف فيه كون الطرف الآخر عالماً بهذا الأمر. [1]

أما محكمة النقض الفرنسية فقضت بتاريخ 2017/6/15 بقرارها رقم 17108-16 بأن عدم الإفصاح عن المعلومات التي كان يمكن الوصول إليها لا يرتب البطلان [2]، رغم أن ذات المحكمة كانت قضت ببطلان حكم تحكيم لعدم إفصاح المحكم عن علاقة بمكتب محاماة أو لأن المحكم لم يفصح سابقاً عن تقديم خدمات لشركة المحاماة. [3]

ولا نتفق مع هذه التوجهات لأن صلاحية شخص للقضاء في نزاع يجب أن يكون من البداية ضمن ضوابط محددة ولا يخضع فقط لعدم اعتراض الأطراف لكي تحظى العملية بالاحترام، فلا يصلح شخص ذو مصلحة مباشرة أو على الدرجة الأولى من عمود القرابة مع أحد الأطراف للقضاء في نزاعه مع الآخرين، وهل يتصور ألا يميل أخ لأخيه أو ابن لأبيه؟ ولذا فإن جمعية المحامين الدوليين وضعت معاييراً ومنعت من يقع في دائرة اللون الأحمر من الانتصاب محكماً في النزاع بصرف النظر عن رأي الأطراف [4]، وعليه فإننا نرى أن أسباب منع القاضي من نظر الدعوى أو أسباب رده الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية يجب أن تطبق على المحكمين، وعلى سبيل

---

(1) مجلة التحكيم العالمية (2017). مجلة فصلية، عدد 34 شهر نيسان، بيروت. ص 596 قرار رقم 66 لسنة 132ق تاريخ 2015/11/4.

(2) مجلة التحكيم العالمية (2018). عدد 37، مرجع سابق. ص 854-855.

(3) مجلة التحكيم العربية (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 136 محكمة نقض فرنسية قرار رقم 68131-09 تاريخ 2010/10/20.

(4) ضمن دليل معايير الاستقلالية في اللون الأحمر لا يقبل فيها المحكم حتى لو لم يعترض الأطراف (4) حالات و(15) حالة بالبرتقالي تشترط موافقة صريحة للأطراف والمحكمين الآخرين.

المثال فإن الفقرة "1" من المادة 134 أوردت سبباً لرد القاضي في حال كان له أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها، وفي التحكيم تتكرر مثل هذه الحالة في نزاعات المقاولات حيث يقوم المقاول بتعيين مقاول زميل محكماً من طرفه في نزاعه وغالباً ما يكون موضوع النزاع أو بعضه مماثلاً لدعوى أخرى مقامة من المقاول المعين محكماً ضد طرف آخر، فهل يتصور أن يقضي بما يخالف ما طالب فيه في دعواه؟ ونرى هذا سبباً كافياً لطلب الرد ولإبطال الحكم بعد صدوره.

وأحياناً يتم تعيين عضو مجلس إدارة لمؤسسة عامة أو هيئة ما أو جمعية محكماً في نزاع بين أحد أعضائها وطرف آخر، ويكون المحكم المعين وبحكم موقعه معنياً بمتابعة قضايا الأعضاء والدفاع عن مصالحهم وحقوقهم حتى مع الأطراف في الخصومة، فهل يتصور حياده واستقلاله؟ وقدم طعن على هذه الأسس أعلاه في أحد المحكمين وقضت محكمة الاستئناف في القرار رقم 2017/477 تاريخ 2017/10/3 برد الطلب معتبرة أن هذه الأسباب لا تثبت التحيز من عدمه ولا الإخلال بشرط الحياد. [1]

ومن المسائل العملية وكثيرة الشيوع في الأردن تكرار تعيين المحكم من ذات الجهة أو تعيين ذات المحكم في جميع دعاوى طرف ما وأثر ذلك على استقلالية وحياد المحكم، وقد عرض هذا الأمر على القضاء وتباينت أحكام القضاء فيه، وعرفت محكمة النقض الفرنسية المحكم المتكرر في حكمها في قضية Fremarc V ITM Enterprises في 2001/12/6 بأنه ذات المحكم الذي تتم تسميته بطريقة متكررة من قبل ذات الطرف في المنازعات التي ترفع ضده حول موضوعات مشابهة من قبل أطراف مختلفة. [2]

---

(1) منشورات قسطاس.

(2) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 174.

وفي حكم لمحكمة استئناف Reims في 2012/18/31 بين Batard V Carrefour قالت المحكمة أن على المحكم أن يفصح عن عدد التحكيمات التي اختارته الشركة فيها، وأبطلت حكم التحكيم لعدم الإفصاح عن هذا الأمر [1] وقد أرست محكمة النقض الفرنسية في ذات القضية في قرارها بتاريخ 2010/10/20 معيار التبعة المالية قائلة: "يكفي تكرار التعيين من طرف (أو تابعه) على مرحلة زمنية طويلة حول منازعات مشابهة بشكل يحقق دخلاً مستمراً ولو لم يكن دخلاً مستمراً" [2] وقضت في القضية رقم 28537–09 ورقم 09.68.131 وصد الحكمان في 2010/10/20 ببطلان الحكم لتكرار التعيين. [3]

أما القضاء المصري فقد رد دعوى بطلان حكم لتكرار التعيين في قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 42 لسنة 131ق في 2014/12/14 [4] معتبراً أنه لا يؤثر في حياد المحكم.

أما جمعية المحامين الدوليين فقد وضعت تكرار تعيين المحكم ضمن اللون البرتقالي في دليل الحياد والاستقلال مما يوجب الإفصاح. [5]

وبعد استعراض راي الفقه بالحياد والاستقلالية وموقف القضاء وعودة على أحكام إبطال حكم تحكيم على هذا الأساس رغم سبق صدور قرار قطعي بطلب الرد فإننا نرى أن صدور القرار برد طلب الرد لا يمنع من إثارته مرة أخرى في دعوى البطلان حيث أن قرار المحكمة إن كان لا يقبل الطعن فإنه لا يمنع محكمة التمييز من مراقبة صحته في دعوى البطلان وذات الأمر ينطبق على

---

(1) المرجع السابق ص 187.

(2) المرجع السابق ص 195.

(3) المرجع السابق ص 136.

(4) المرجع السابق ص 161.

(5) تضمن دليل الحيادية والاستقلال للجمعية في البند 3/1/3 أن على المحكم أن يفصح عن تعيينه مرتين أو أكثر من ذات الطرق خلال الـ 3 سنوات الأخيرة.

حالة عدم سبق تقديم طلب، هذا وقد قضت محكمة التمييز في عدة قرارات بأن لها أن تراقب صحة تعيين المحكم بدعوى البطلان رغم عدم قابليته للطعن وقضت ببطلان الحكم لعدم صحة التعيين مستندةً إلى أن قرار تعيين المحكم غير قابل للطعن معتبرة إياه عملاً من أعمال الإدارة وليس حكماً قضائياً [1]، وأبطلت حكماً بسبب عدم صحة تعيين محكمين في قضية رقم 2005/27 تاريخ 2005/5/29 رغم أنها كانت ردت الطعن بتسمية المحكمين شكلاً كون قرار محكمة الاستئناف لا يقبل الطعن بأي طريق من الطرق [2]، وبالقياس وحيث أن قرار المحكمة بخصوص الرد مماثل لقرار المحكمة بتعيين المحكم (قبل تعديل القانون) من حيث عدم قابليتهما للطعن ولم يمنع ذلك من إبطال الأحكام لمخالفة قرار التعيين للقانون فلا نرى ما يمنع من إبطال الحكم لعدم الحياد حتى لو كانت المحكمة قضت برد طلب الرد.

وفي ظل تعديل أحكام المادة 18 من قانون التحكيم فإن تساؤلات تنشأ على عدة فروض ومنها فرض تقديم طلب الرد في مرحلة إصدار حكم التحكيم حيث يجب أن يقدم الطلب ابتداءً للهيئة، وثم على المحكم إن لم يتنح أن يقدم جوابه على طلب الرد خلال "15" يوماً قبل إحالة الأمر للمحكمة، فقد يصدر الحكم قبل أن يقدم المحكم المطلوب جوابه (خصوصاً وأن الإجراءات لا تتوقف بناءً على تقديم طلب الرد)، وبعد صدور الحكم ترفع يد الهيئة ولا يعود لها دور لا في تحويل الطلب للمحكمة ولا في تقديم جواب المحكم المطلوب رده.

وسنبحث تالياً في الحالات الثلاث بالعلم بالظرف بعد صدور الحكم دون إحالة الهيئة طلب الرد للمحكمة.

---

(1) القطاونة، مصعب (2012). مرجع سابق. ص 194 قرار 2005/4253 تاريخ 2006/9/25 وقرار رقم 2007/2480 تاريخ 2008/1/29 وص 189-190 قرار رقم 2004/3316 تاريخ 2005/8/2.

(2) منشورات عدالة.

الحالة الأولى:

الطرف المتضرر علم بعدم الحيادية قبل فوات "30" يوما على صدور حكم التحكيم، فعليه في هذه الحالة رفع قضية رد المحكم خلال "15" يوما من تاريخ علمه بعدم الحياد ورفع دعوى البطلان قبل مرور "30" يوما، وعليه ان يطلب وقف السير في اجراءات دعوى البطلان إلى ان يصدر الحكم بطلب الرد على فرض أن المحكمة ستقبل طلب الرد لعدم إمكانية تقديمه للهيئة التي رفعت يدها عن النزاع بمجرد صدور الحكم حيث أن الصلاحية الوحيدة المتبقية لها إصدار تصحيح لخطأ مادي أو تفسير غموض أو إصدار حكم إضافي في مطالبة لم يبت بها، كما يجوز له الاكتفاء بدعوى البطلان مضمناً أسباب البطلان عدم الحياد، أما في حال انقضاء مدة الـ (15) يوماً دون تقديم طلب رد أو أن المحكمة رفضته لأن الطلب لم يحول من الهيئة فيرى الباحث ان دعوى البطلان في كل الاحوال يجب ان ترفع على سند عدم الحياد ما دامت لم تنقض مدة الـ30 يوما المحددة لرفعها بالرغم من انقضاء مدة الـ "15" يوماً المحددة لتقديم طلب رد المحكم واعتبارها مدة سقوط، ويعود السبب في ذلك إلى امرين اولهما أثر الحكم بعدم الحياد في دعوى البطلان ذاتها حيث أنه في حال تبين عدم الحياد فان جميع الاجراءات تعتبر باطلة بما فيها الحكم، والسبب الثاني تمكين طالب البطلان من معالجة أثر عدم الحياد في دعوى البطلان ذاتها فمع أن حياد أو رد المحكم ليست واردة ضمن أسباب البطلان فإن اكتشاف عدم حيادية المحكم وفوات ميعاد الرد أو في حال قضي برفض طلب الرد بعد صدور الحكم لا يمنعان من وجهة نظرنا بتأسيس دعوى البطلان على هذا السبب حيث ان عدم حياد احد المحكمين يؤثر في الحكم خصوصا إذا صدر بالأغلبية والمحكم المنحاز من الأغلبية.

ويرى الباحث ان البندين 3 و7 من المادة 49/أ ينطبقان على هذه الحالة لان وجود محكم منحاز لطرف يعني تمكين طرف من عرض دفاعه وحججه أثناء التداول من خلال ممثل له في

الهيئة في حين أن الطرف الاخر حرم من هذه الفرصة وتكون هيئة التحكيم لم تراع الشروط التي تؤثر في مضمون الحكم. أما في حال كانت دعوى البطلان رفعت واكتشفت حالة عدم الحياد أثناء نظرها فنرى جواز إضافة هذا السبب بلائحة معدلة.

وهذا الرأي أيده بعض الفقه وعارضه جانب آخر، فقال الجانب الأول أن صدور الحكم يمنع تقديم طلب رد إذا اكتشف عدم الحيدة أو عدم الاستقلال بعد صدوره ولكن يكون الحكم قابلاً للطعن بالبطلان [1] أما الجانب الآخر فيرى أن الحكم لا يقبل الطعن بالبطلان بعد صدوره لسبب عدم الحيدة أو لعدم الاستقلال ويبقى صحيحاً. [2]

الحالة الثانية:

تقوم عند علم الطرف المتضرر بعدم الحيادية بعد مرور "30" يوما على صدور حكم التحكيم ولم يكن قد رفع دعوى بطلان ففي هذه الحالة ومن الناحية النظرية يستطيع الطرف المتضرر ان يرفع قضية رد المحكم خلال 15 يوما من علمه لكن ذلك قد يكون غير مجد بما ان الحكم حاز حجة الأمر المقضي وفات ميعاد رفع دعوى البطلان هذا بفرض قبول محكمة الاستئناف طلب الرد رغم عدم عرضه على الهيئة ابتداءً والتي رفعت يدها عن النزاع.

ويبقى لهذا الطرف اللجوء إلى دعوى مدنية على المحكم سندا للقواعد العامة وهذا متاح سواء قدم طلب رد المحكم أو لم يقدمه، ويقاس هذا على حكم أصدرته محكمة استئناف باريس قراراً يجيز مساءلة غرفة التجارة (ICC) المنظمة للتحكيم لصدور حكم غير قابل للتنفيذ لعدم مراجعته شكلاً كافٍ قبل صدوره. [3]

---

(1) البتانوني، خيري عبد الفتاح (2013). مرجع سابق. ص 167.

(2) يوسف، سحر عبد الستار (2006). مرجع سابق. ص 200.

(3) مجلة التحكيم العربي (2009). عدد 12 شهر 7، القاهرة. ص 114-115.

الحالة الثالثة:

هي رد المحكمة لطلب الرد سواء أثناء إجراءات التحكيم أو بعد صدور الحكم وهذا القرار من المحكمة لا يقبل الطعن، وإن الباحث يرى جواز تأسيس دعوى البطلان على سبب عدم حياد المحكم أو عدم استقلاله خصوصاً في ضوء رأي الفقه والقضاء الذي بيناه آنفاً بأن حيدة واستقلال المحكم من النظام العام وحيث أن دعوى البطلان تتسع لهذا السبب حتى لو كان طلب الرد قد رفض، وقد أوردنا آنفاً قرارات قضائية عربية ودولية عديدة قضت بقبول هذا السبب في دعوى البطلان وكانت تقضي أحياناً بإبطال الحكم على سند منه وبصرف النظر عن دعوى الرد، ونشير هنا إلى حكم صادر عن المحكمة العليا في ستكهولم في شهر 2007/11 في القضية ت 06-24408 بخصوص الاستئناف رقم ت 04-6875 برد المحكم لعدم الحياد هذا مع أن الحكم التحكيمي كان قد صدر في 2004/6/7 وسبب الرد أن المحكم لم يفصح عن علاقته بمكتب المحاماة وشركة اريكسون [1]، ومن الجدير ذكره أن محكمة استئناف القاهرة قبلت نظر التماس الطعن بالبطلان لعدم حياد المحكم بعد مرور ميعاد رفع دعوى البطلان وبعد القضاء بردها ولم يكن هذا السبب مدرجاً بدعوى البطلان التي ردت، حيث قدم الالتماس متأخراً بحجة عدم العلم بهذا السبب إلاّ بعد البت في دعوى البطلان، وقضت المحكمة عدم إجابة الالتماس لأن تقديمه كان عن عدم حسن نية حيث ثبت للمحكمة علم الطرف فيه قبل رفع دعوى البطلان. [2]

كما يرى الباحث ضرورة إصدار دليل لحيدة واستقلال المحكمين وأسباب ردهم، كما يرى ضرورة تعديل قانون التحكيم بحيث يعالج حالة ظهور الظرف الجدي حول حيدة المحكم بعد صدور الحكم

---

(1) مجلة التحكيم (2009). عدد 2 مرجع سابق. ص 901-905.

(2) مجلة التحكيم العربي (2016). عدد 26 شهر 6، القاهرة. ص 248 محكمة استئناف القاهرة قرار رقم 132 لسنة 133ق تاريخ 2016/5/11 ولاحظت المحكمة أن الالتماس قُدم بنفس تاريخ صدور الحكم برد دعوى البطلان.

سواء لحالتي طلب الرد ودعوى البطلان، وكذلك معالجة قيام هيئة تحكيم مقدم لها طلب لرد أحد أعضائها بإصدار حكم تحكيم قبل إحالة طلب الرد للمحكمة، ويرى الباحث أن الرقابة على حيدة واستقلال المحكم في حال إثارتها يتوجب أن تكون معمقة وحصيفة ورصينة لأهمية ذلك وأثره على حقوق الأطراف وعلى نزاهة المؤسسة التحكيمية ولأثر عدم حياد المحكم جوهرياً في الحكم حتى لو صدر الحكم بالإجماع لأن لكل محكم تأثيره أثناء المداولة وقد يؤثر محكم منحاز في قناعة جميع المحكمين الآخرين.

وختاماً تبين الحالات التي تم عرضها في هذا الفصل أن العديد من أحكام التحكيم تفتقر إلى أساسيات الحكم وتنطوي على أخطاء جسيمة في فهم وتفسير وتطبيق القانون بما فيها انتهاك المبادئ الأساسية فيه حد إهداره وصولاً إلى درجة اللاقانون، وصحيح أن التحكيم هو خيار الأطراف ويتحملون تبعاته ولكن ذلك مشروط بعدم الخروج عن إرادة الأطراف بتطبيق القانون واجب التطبيق والتي تعادل إرادتهم باللجوء للتحكيم، ولو قصد الأطراف عدم تطبيقه لذهبوا إلى أعمال قواعد العدل والإنصاف وفوضوا الهيئة بالصلح، مع ملاحظة أنه حتى في هذه الحالة فإن الحكم يجب أن لا يخرق قواعد النظام العام وأن يكون مسبباً واضحاً غير متناقض مرتكزاً إلى أسس لا مجرد نطق عن هوى أو مجرد حل توفيقي أو رؤى المحكم الذاتية لما هو أعدل.

وجدنا أن القضاء بدأ متشككاً بالنظام التحكيمي وراقبه بعين الريبة معتبراً إياه بديلاً غير موثوق، ثم وأمام ضغط الفقه وإرادة المشرع غير موقفه إلى متساهل ثم حام له حد تحصين أحكامه من اي طعن بصرف النظر عن سوية الأحكام ورصانتها وأصالتها بحيث بدأ النظام التحكيمي ينحرف وينفلت عقاله.

ولا نوافق الرأي السائد أن القضاء يجب أن ينأى عن فرض رقابته على حكم التحكيم وأن لا تتعدى رقابته الشكلية التي تجعله ظلاً لحكم التحكيم يغطى ضلاله بذريعة حصرية أسباب دعوى البطلان وأنها ليست درجة تقاضٍ ثانية فمع التقدير لهذا الرأي فإن دعوى البطلان لا تقتصر على الشكل وتستوعب أسباب أخرى في ضوء عمومية البند 7 من المادة 49/أ ومراقبة عدم خلخلة قواعد وركائز القانون ولا الإطاحة بالنظام العام، آخذين في الاعتبار أن اللجوء للتحكيم لم يكن هروباً من قواعد القانون ولا اعتراضاً على قرارات القضاء أو عدم الثقة بعدالة أحكامه، بل كان تجنباً لشكليات التقاضي وإجراءاته الصارمة وطول أمد التقاضي، فلماذا إذا قبول الرقابة فقط على الإجراء والشكل القانوني وحجبها عن جوهر العملية التحكيمية وهو الحكم الموضوعي. ولا نقصد من ذلك أن نغير في طبيعة دعوى البطلان أو جعل رقابة القضاء عليها درجة ثانية من التقاضي، ومراقبة خطأ تطبيق أو تفسير العقد.

والقضاء قادر أن ينهض بمهمة رقابة متوازنة لا تهدر مبادئ القانون والحقوق على حساب تحصين الحكم ولا تطيح بالحكم التحكيمي لصالح إعادة بحث الموضوع.

وليس الباحث منفرداً الذي ينشد ذلك فإن الفقه بات ينتقد هوائية أحكام التحكيم وعدم خضوعها لأي رقابة، فنتيجة للأحكام المعيبة والتي تقتصر على إيراد أقوال الخصوم وتختم بعد عبارات عامة عن النزاع أو العقد أو القانون بقرار يتضمن أرقاماً مجردة تمثل رأي الهيئة الخاص حتى أنها أحياناً تقضي بجزء ورد الباقي دون أي معالجة سواء لما قضت به ولما ردته ودون رد على الدفوع المثارة، فأصبحت الأصوات تتعالى لتعديل الوضع الراهن وتدعوا إلى رقابة أشد، وبذلك صدرت بعض أحكام القضاء التي تراقب مدى جدية المعالجة والعناية والفهم وتراقب الخطأ الجسيم أو خرق المبادئ الأساسية والقواعد المستقرة كما اقترح بعض الفقهاء إنشاء محكمة استئناف دولية لمراجعة أحكام

التحكيم أو إخضاع الأحكام للمراجعة الموضوعية بواسطة هيئة تحكيم استئنافية فقد نشر (Mauro Robin Sammaranta) مقالاً بهذا الاقتراح [1]، كما أن الفقهاء والمشتغلين بالتحكيم أصبحوا يبحثون في جواز توسيع أسباب البطلان اتفاقياً وبعضهم ينادي بتعديلها تشريعاً بسبب ازدياد الأخطاء في أحكام التحكيم وخصوصاً في فهم وتطبيق القانون وسوء فهم الواقع [2]. وفي مؤتمر مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي اقتُرح من المؤتمرين تعديل التشريعات أو إعطاء الحق للأطراف باستئناف الحكم بحيث تتسع الرقابة لتطبيق المحكم للقانون وعلى تحصيله للوقائع [3]، كما انتقد البعض توجه القضاء بالحد من الرقابة على أساس حصريتها وعدم إبطال الأحكام بسبب تناقض التسبيب، وانتقد بعض آخر موقف القضاء بعدم نظر الطعن المتعلق بفحص وقائع الدعوى باعتباره تعرضاً لموضوع النزاع ويرى أن على القضاء النظر في بينات الدعوى وفي عناصر الحكم والإخلال بحق الدفاع [4]، وإن بحث توسيع الرقابة يهدف إلى توازن بين احترام إرادة الأطراف واعتبارات العدالة، ولذا فقد تبنى جزء من الفقه الدفاع عن خضوع حكم التحكيم لرقابة مزدوجة من قضاء بلد الحكم بدعوى البطلان ثم خضوعه لرقابة قضاء بلد التنفيذ. [5]

كما أن القضاء أرسى بعض المبادئ بهذا الخصوص، ففي تونس أبطلت المحكمة حكم تحكيم على أساس أن القانون خول المحكمة الناظرة في طلب الإبطال سلطة إعادة النظر في الأصل بما

---

(1) مجلة التحكيم العربي (2004). عدد 7، مرجع سابق. ص167 وقد أورد الدكتور محمد عبد الرؤوف ملخصاً للمقال.

(2) عبد الرؤوف، محمد (2006). "التعديل الاتفاقي لنطاق الرقابة القضائية على حكم التحكيم"، مجلة التحكيم العربي، عدد 9، مرجع سابق. ص 33-36.

(3) مجلة التحكيم العربي (2006). عدد 9، مرجع سابق ص 266.

(4) والي، فتحي (2008). "دور القضاء المصري في الحد من دعاوى البطلان"، مجلة التحكيم العربي، عدد 11، مرجع سابق. ص 95-102 ومعماري، مهيب (2008). "دراسة حول بطلان القرار التحكيم في ضوء اجتهاد محكمة النقض اللبنانية"، مجلة التحكيم العربي، عدد 11. ص 103-114.

(5) الحداد، حفيظة (2010). "الرقابة على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة"، مجلة التحكيم، عدد 5، مرجع سابق. ص 50.

فيه مراقبة اجتهاد المحكم وأن وجود تسبيب الحكم حتى عندما يكون المحكم مفوضاً بالصلح يهدف إلى تمكين محكمة البطلان من التأكد من احترام النظام العام ولتراقب المحكمة في نطاق ضيق واستثنائي جداً احترام هيئة التحكيم لقواعد العدالة، وقد علق الفقه أن قرار المحكمة يبدو لأول وهلة مخالفاً للقانون حيث يماثل سلطات محكمة الدرجة الثانية ولكنه في الحقيقة لا يبطل الحكم إلاّ لخرق صارخ وظلم فادح فاضح. [1]

وتبنت مدارس حديثة امتداد رقابة القضاء إلى أعمال المحكمين وانتقدت في هذا السياق قواعد الأمم المتحدة، حيث ترى أن رقابة القضاء ضمان لنزاهة وعدالة وصحة الحكم. [2]

كما تناول المؤتمرون في مؤتمر الاحتفالية بالذكرى العشرين لقانون التحكيم المصري هذا الأمر وانتهوا إلى توصية بتعديل قانون التحكيم ليتسع إلى مراقبة خطأ تطبيق القانون وكذلك ليتسع لإعادة المحاكمة [3] كما طالب البعض بمراجعة وتعديل قانون التحكيم المصري لإغفاله بعض القواعد الإجرائية بالإضافة للموضوعية [4]، وهذا ما جعل د. فتحي والي يقترح استحداث دعوى الإلغاء لمراقبة خطأ المحكمين أو جهلهم في القانون، وفي المجمل يرى الفقه أن تساهل القضاء وإبعاد رقابته يؤثر على نزاهة العملية التحكيمية وعلى صورتها وقد تنعكس سلباً على تحبيذ اللجوء للتحكيم، ولذا فقد صدر حكم حديث في مصر أن الحكم القائم على أسباب غامضة ومبهمة أو جهل فاضح في

---

(1) الورفلي، أحمد (2012). "الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مجلة التحكيم العالمية، عدد 16، مرجع سابق. ص 206–207 وقد علق على قرار محكمة استئناف تونس رقم 40 الذي أشار له الباحث سابقاً.

(2) مجلة التحكيم العربي (2015). عدد 24 شهر 6، القاهرة. ص 157 مقال للدكتور عثمان معاوية عثمان.

(3) المرجع السابق. ص 163–180.

(4) منصور، ياسر عبد السلام (2010). "في وسائل تحديد القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم التي أغفلها القانون"، مجلة التحكيم العربي، عدد 14 شهر 6، القاهرة. ص 127–164.

القانون أو تجريد القاعدة القانونية من مضمونها يعادل المسخ مما يوجب إبطاله [1]. وقد صدر قرار حديث لمحكمة استئناف القاهرة بشأن رقابة أكثر عمقاً وقد ورد فيه "ليس للقضاء أن يتدخل في عدالة المحكم أو حريته في الاقتناع ولو أخطأ في ذلك" وأضاف "الضوابط التي قيد بها المشرع العمل التحكيمي والحدود الضيقة التي أجاز فيها رفع دعوى إبطال حكم التحكيم، لا تعني حرمان قاضي الطعن بالبطلان من أن يمر على أسباب الحكم فاحصاً إياها "بعناية" على ضوء العناصر المطروحة في دعوى التحكيم، توصلاً إلى استظهار أسباب الطعن المثارة واستبيان مفترضاتها" "رقابة القضاء على تسبيب حكم التحكيم ولئن كانت لا تقتضي فحصاً أو تمحيصاً موضوعياً، فإنها لا تقف عند حد الشكل الظاهري، فيتحقق سبب البطلان إذا تبين عند قراءة حكم التحكيم "بدقة" وجود مخالفة ملموسة بارزة في أسبابه، وأن هذه المخالفة كانت حيوية وحاسمة فيما انتهى إليه الحكم من نتيجة"، وقد أثار هذا القرار قريحة الفقه فتم التعليق عليه باستفاضةٍ [2]، وقريب من ذلك صدر قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 7، 18 لسنة 133ق تاريخ 2016/11/9 ومضمونه حتى لو كانت الرقابة شكلية فإنها لا تقف عند الحد الشكلي الظاهري، وعند وجود مخالفة ملموسة لها تأثير في الحكم يجب إبطال الحكم. [3]

وقد يقول قائل أن هذا يعني ضرورة علم المحكم بالقانون وهو ما يناقض أسس نظام التحكيم، ونرد ليس حتماً ولكن على من انبرى لمهمة القضاء بين الخصوم أن يبذل الجهد والحرص بالاطلاع

---

(1) مجلة التحكيم العربي (2014). عدد 23، مرجع سابق. ص 350 قرار محكمة استئناف القاهرة رقم 48 لسنة 130ق في 2014/6/2.

(2) رزقانه، حازم عبد الغفار (2017). "قراءة تحليلية لحكم محكمة استئناف القاهرة المؤرخ في 2016/1/6– نحو رقابة أكثر ملائمة وفعالية على أحكام التحكيم"، مجلة التحكيم العربي، أعداد (28، 29، 30) أشهر 6 و2017/12 و2018/6، القاهرة. ص 105–120 بخصوص قرار 11 لسنة 132ق تاريخ 2016/1/6.

(3) مجلة التحكيم العربي (2017). أعداد (28، 29، 30)، مرجع سابق. ص 216–217.

والبحث ودراسة ما يثيره الأطراف والإحاطة بالمفاهيم القانونية التي يرتكزون عليها، فحتى المتخصص في القانون قد يكون مطلوباً منه تطبيق قانون أجنبي عنه ولا يعرفه والواجب يقضي قيامه بالبحث والتقصي والدرس، أما الاستسهال والتراخي من المحكمين في حقوق الخصوم فيستلزم أن يكون جزاؤه بطلان أحكامهم.

وفيما يتعلق بالنظام العام فإن الباحث لا يخالف فكرة النسبية في النظام العام وفي تغيره المستمر كما أنه لا يعارض إمكانية إخراج جزء من القواعد الآمرة من النظام العام وفقاً لتطور المجتمع ولا حتى إخراج أي قواعد أخرى غير آمرة أو غير مكتوبة من مظلة النظام العام أو إدخال قواعد أخرى مما كانت تخرج عن إطاره أو مفهومه ولكن بشرط المساواة وعدم التمييز بين التحكيم والقضاء المستندة إلى قاعدة أن التحكيم يختلف عن القضاء مما يجيز التضييق في تطبيق النظام العام أو التساهل مع مخالفته أو في الرقابة على مدى التقيد فيه، حيث أننا لا نرى أن هذا يتسق مع منطق القانون السليم أو المساواة الدستورية ولا مع فكرة عدم جواز اتفاق الأطراف على مخالفة النظام العام، أما التذرع بإرادة الأطراف لعدم تطبيق النظام العام فهو تبرير لمخالفة النظام العام بوسيلة خرق النظام العام كما أن الباحث يقف على الضد أيضا من قاعدة التضحية بالنظام العام الداخلي وصرامته في حال التحكيم الدولي لحساب مفهوم النظام العام الدولي بحجة أن مفهوم الأخير أقل سعة وأكثر تساهلاً من أن تقيده قواعد النظام العام الداخلي. وفي غير هاتين القاعدتين فلا يرى الباحث ضيراً في ابتداع القضاء لأحكام تضيق أو توسع أو تعدل في النظام العام.

ويرى الباحث أن تواتر أحكام القضاء واستقرارها على أمر ما بحيث يصبح مسلماً به وراسخاً في ذهن الجميع مما يقود إلى الإرتكان إليها في المعاملات والاستناد إليها عند التعاقد تشكل قواعداً يطمئن المجتمع إليها وتصبح جزءاً من منظومته الاقتصادية والاجتماعية ترتفع إلى مستوى مبادئ

وقواعد ترتقي إلى اعتبارها من النظام العام، وبكل الأحوال فإن القضاء هو الحارس على حماية هذه المبادئ والقيم العليا التي تمس المصلحة العامة وأسس المجتمع الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وعلى ضمان عدم المساس بها ومراقبة تقيد الأحكام والأطراف سواء حكماً قضائياً أو تحكيمياً.

الفصل الخامس
الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولا: الخاتمة

تناولت هذه الدراسة موضوعاً شائكاً وجديراً بالبحث، حيث تندر الدراسات والأبحاث التي تتناوله بالتفصيل والإسهاب فمع كثرة الكتب والرسائل والأبحاث التي تتناول الرقابة على التحكيم بصورة عامة والعديد منها يبحث في دعوى البطلان أو بطلان أحكام التحكيم فإن جل هذه الأبحاث والرسائل والكتب تبحث هذين السببين باختصار وإجمال وتبتعد عن الأسباب الموضوعية وتعرض للتشريعات التي تسمح بالاستئناف وتلك التي تمنعه، وفي البحث في أسباب الطعون ومداها وتقدير جواز استبعادها أو تضييقها أو التوسع فيها، بل يكاد يجمع الفقه أن دعوى البطلان هي دعوى شكلية لا تتسع لرقابة القضاء على الموضوع، وتتواتر أحكام القضاء والتي ترسخ هذه المقولة وتتكرر عبارات أن المستقر أن دعوى البطلان لا تتسع لمراقبة قضاء المحكمين موضوعاً أو حسن تقدير المحكمين أو خطأ فهمهم أو تطبيقهم أو تفسيرهم للقانون وأن الرقابة تنحصر بالعمل الإجرائي، ولا تمتد إلى تطبيق القانون من عدمه أو تطبيق شروط العقد وخلافها، هذا من ناحية تطبيق أو استبعاد القانون واجب التطبيق أما من ناحية النظام العام فإن الأبحاث والدراسات تتناوله بشكل موجز عند بحث الرقابة على الحكم أو في دعوى البطلان، ويتجه الفقه وأحكام القضاء إلى تضييق هذه الرقابة في التحكيم عامة وخصوصاً في التحكيم الدولي من خلال تضييق مفهوم النظام العام الوطني والتساهل مع قواعد النظام العام باستبعاد تطبيق العديد منها على التحكيم لصالح أعمال إرادة الأفراد كونها تمس مصالحهم لا مصلحة المجتمع دون البحث المعمق في مفاهيمها أو في تأصيل وجهة النظر هذه لشرح ما يخالف النظام العام والآداب العامة في محل التحكيم مع تخفيف حدة هذه المفاهيم يوماً

بعد يوم، وهذا التوجه يضطرد لحماية أحكام التحكيم من البطلان إلى حد تحصين العملية التحكيمية برمتها وهو ما لم يتفق معه الباحث.

ويرى الباحث في عدم تطبيق القانون المحدد افتئات على إرادة الأطراف، وتعتبر ان التوجه لتحصين حكم التحكيم قد يؤدي إلى عدم رصانة الأحكام وهوائيتها وربما إلى عدم الاستقلال والى عدم بذل العناية والإهمال والتقصير في أداء المحكمين لمهامهم. كما أن الباحث يرى أن لجوء الأطراف للتحكيم بمحض إرادتهم يجعلهم حكماً متحملين تبعات هذا الخيار بما فيه الأخطاء والقصور وسوء التقدير في إطار المعقول والمنطق ودون إهدار النظام العام أو ضمانات التقاضي الأساسية إجراءات وموضوعاً أو الإطاحة بأسس القانون مما يؤثر على صون العدالة وتحقيق المساواة بين أفراد المجتمع، وقد يؤدي أيضا إلى نتيجة عكسية فبدل تشجيع العملية التحكيمية وزيادة التحول إليها واتساع سوقها سيضطر الأطراف إلى استبعادها وربما هجرانها والعودة إلى مظلة القضاء النظامي للثقة بأنه سيوفر أحكاماً أكثر عدالة واتساقاً وصادرة على أسس واضحة ومعللة ومتوافقة مع القانون، وسيقتصر التحكيم على عقود الاستثمارات الخارجية والتي تفرض سلفاً مقر التحكيم وقانونه والنظام القضائي الذي سيراقبه على قاعدة فرض إرادة القوي على الضعيف.

إن الباحث لا يهدف إلى صوغ قانون تحكيم جديد ولا إلى استبدال دعوى البطلان بدعوى استئنافية ولا لتغيير طبيعة هذه الدعوى المبتدأة، ولكنه يهدف إلى تعديل بعض المفاهيم التي تمنع أي رقابة موضوعية لتتسع هذه الرقابة لحالات محددة تمس بمبادئ وقيم قانونية أساسية وينشد رقابة من نوع خاص توازن بين خصوصية نظام التحكيم وبين العدالة بوضع ضوابط لعدم الخروج على النظام العام بمفهومه النسبي والمتطور وبعدم إهدار القانون أو استبعاده عملياً والقضاء قادر على النهوض بهذه المهمة.

ثانيا: النتائج

1. أن التوجه العام فقهاً وقضاءً هو الحد من الرقابة على أعمال التحكيم.
2. شيوع الطعن في أحكام المحكمين وإرهاق القضاء بها وبعكس الهدف المنشود من اللجوء للتحكيم ومن هدف المشرع بحصر حالاتها وتقديم الطعون في أحكام التحكيم بما لا يتوافق مع دعوى البطلان وطبيعتها وإنما كاستئناف للحكم.
3. عدم إيلاء المحكمين الاهتمام بالقانون الموضوعي وتطبيقاته والقواعد التي تعتبر من النظام العام وبشروط العقد والحكم بما يخالفها وأن الكثير من أحكام التحكيم تخلو من التسبيب أو من كفايته وإن وجد فمتناقض مع منطوقه أو غموضه.
4. ان أحكام التحكيم في الأردن في جلها صادرة عن تحكيم حر وليس مؤسسياً ولا تخضع لمراجعة قبل إصدارها وإن الارتقاء بأحكام التحكيم تتطلب إنشاء مركز تحكيم مستقل يضع ضوابط وقواعد للعملية التحكيمية ويراجع الأحكام قبل صدورها.
5. أن القضاء في عديد أحكامه الحديثة أصبح أكثر تعمقاً في دراسته لأحكام التحكيم وفي تقدير احترامها لقاعدتي عدم استبعاد القانون وعدم مخالفة النظام العام من خلال تفحص حكم التحكيم والولوج إلى مكوناته ومكنوناته لكي يقرر مدى سلطته في إبطاله.
6. أن المشرع قد حصر أسباب البطلان ولم يجز للأطراف الاتفاق على توسيعها أو جواز الطعن بإعادة المحاكمة ولم يعالج حالة استبعاد القانون الموضوعي الذي اختارته الهيئة.
7. أن المشرع لم يعالج حالة اكتشاف عدم حياد المحكم بعد صدور الحكم، أو تقديم طلب الرد للهيئة وإصدارها للقرار قبل تحويل طلب الرد للمحكمة، ولم يعالج المشرع التعامل مع الأحكام الإضافية والمفسرة في حال عدم إقامة دعوى بطلان بالحكم الأصلي.

8. أن النص الذي أورده المشرع بخصوص مقر التحكيم قد يؤدي إلى تناقض أو تعارض في تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان.
9. أن المشرع لم يميز بين التحكيم الداخلي والدولي وقرر وجوب التقيد بالنظام العام الأردني على كل حكم تحكيم خاضع لقانون التحكيم الأردني سواء كان وطنياً أو دولياً.

ثالثا: التوصيات

1) تعديل المادة 2/أ والمادة 3/أ الخاصتين بمقر التحكيم وانطباق قانون التحكيم بحيث يزول أي تعارض محتمل حول وجود أكثر من مقر للتحكيم أو خضوع دعوى البطلان أو طلب التنفيذ لمحكمة التمييز الأردنية وبذات الوقت لمحاكم دولة المقر (تنازع قضائي).
2) تعديل نص المادة 49 فقرة "أ" بحيث تسمح باتفاق الأطراف على أسباب مغايرة لدعوى البطلان بما يجيز للأطراف التوسع أو التضيق في أسباب البطلان ما عدا ما يخالف النظام العام. وتحديداً في معالجة عدم تطبيق هيئة التحكيم للقانون الموضوعي المحدد على النزاع.
3) تعديل نص المادة 18 لتعالج حالة اكتشاف عدم الحياد بعد صدور الحكم أو صدوره قبل إحالة طلب الرد من الهيئة للمحكمة وتعديل المواد 45، 46، 47 لمعالجة الأحكام الإضافية والمفسرة في حال عدم الطعن بالحكم الأصلي.
4) تعديل قانون التحكيم بإضافة مادة تسمح بإخضاع حكم التحكيم لإعادة المحاكمة إذا توفرت إحدى حالاته وتسمح باعتراض الغير مع حصر حالاته وتحديد مدة له.
5) إنشاء مركز تحكيم مؤسسي له نظامه وقواعده وإجراءاته بحيث يخضع نظام تعيين واختيار المحكمين لها، وتخضع الأحكام قبل صدورها عن المحكمين بمقتضى قواعده لنظام مراجعة مؤسسي لتقويمها وإعادتها للتصويب إذا اقتضت الحاجة وبما يرفع من مستوى الأحكام الصادرة

ومستوى الثقة فيها مع بقاء هذه الأحكام خاضعة لدعاوى البطلان بموجب القانون وإصدار دليل لمعايير الحياد والإفصاح.

6) تجنب الأطراف الطعن بدعوى البطلان في حال عدم توافر حالاتها المنصوص عليها حتى لو كان الأطراف غير مقتنعين بصحة الحكم أو عدالته، وابتعاد وكلاء الخصوم عن العمومية في الطعون وتصديهم لتحديد دقيق لانطباق حالات الطعن وتفصيل وبيان وجه مخالفة النظام أو استبعاد القانون.

7) نهوض القضاء للارتقاء بالعملية التحكيمية من خلال تصدي القضاء وإبداعه في خلق وبسط رقابة موضوعية متوازنة على حكم التحكيم بما يضمن احترام تميز نظام التحكيم من ناحية ومن ناحية أخرى حماية حقوق الأطراف في الحصول على حكم تحكيم مقنع يطمئنون له واحترام إرادة الأطراف وأعمالها فعلاً بما فيها عدم تطبيق القانون الذي اختاروه على نزاعهم وصون النظام العام وتحقيق المساواة بين الأفراد بخضوعهم لنظام عدالة غير متحيز أو مزدوج المعايير.

قائمة المراجع

أولا: أ- الكتب القانونية

1- أبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم بالقضاء وبالصلح. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

2- أبو الوفا، أحمد (2007). التحكيم الاختياري والاجباري. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

3- أبو الوفا، أحمد (2007). عقد التحكيم واجراءاته. الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

4- أبو الوفا، أحمد (2015). التحكيم في القوانين العربية. الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية.

5- الأحدب عبدالحميد (2008). وثائق تحكيمية (الكتاب الثالث). ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

6- الأحدب، عبدالحميد (2008). التحكيم الدولي (الكتاب الثاني). ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

7- الأحدب، عبدالحميد (2008). التحكيم في البلدان العربية (الكتاب الاول). ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

8- الأحدب، عبدالحميد (2009). التحكيم في البلدان العربية (ملحق الكتاب الاول). ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

9- أحمد، أحمد خليفة (2016). التنظيم القانوني لبطلان حكم التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة. ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

10- البتانوني، خيري عبد الفتاح (2013). مفهوم المحكم في التحكيم التجاري. القاهرة: دار النهضة العربية.

11- بركات، علي (2003). الرقابة على دستورية نصوص التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.

12- البريري، محمود مختار (2014). التحكيم التجاري الدولي. ط4، القاهرة: دار النهضة العربية.

13- التحيوي، محمود السيد (2011). النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم، دراسة مقارنة. ط1، الاسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية.

14- الجغبير، ابراهيم (2009). بطلان حكم المحكم. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

15- حداد، حمزة (2008). التحكيم في القوانين العربية (الجزء الاول). ط2 بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

16- حداد، حمزة، (2007). التحكيم في القوانين العربية (الجزء الاول). ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

17- حكيم، ميشيل (2018). الوجيز في حجية أحكام التحكيم واجراءات تنفيذها في مصر وفقا لقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 (واتفاقية نيويورك 1958 واتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1938). ط1، القاهرة: دار أبو المجد للطباعة.

18- خلوصي، ماجد (2007). قضايا تحكيمية، الأحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي نظرت في المركز العربي للتحكيم من 2002/1/1 إلى 2006/12/31. القاهرة.

19- الزعبي، عوض (2013). الوجيز في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. ط3، عمان.

20- الزعبي، محمد (2011). دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

21- زمزم، عبدالمنعم (2007). الاجراءات التحفظية والوقتية قبل وأثناء وبعد انتهاء خصومة التحكيم. القاهرة: دار النهضة العربية.

22- سامي، فوزي (2009). شرح القانون التجاري (الجزء الاول). ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

23- سامي، فوزي (2015). التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي. ط7، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

24- سليم، أحمد (2017). تطبيق المحكم الدولي لعادات وأعراف التجارة الدولية. القاهرة: دار النهضة العربية.

25- السنهوري، عبدالرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

26- السنهوري، عبدالرزاق (2020). موسوعة العقود، نظرية العقد، الجزء الثاني. ط3، القاهرة: دار مصر للنشر والتوزيع.

27- السنهوري، عبدالرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (1) المجلد الاول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

28- السنهوري، عبدالرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (3)، نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف، الحوالة، الانقضاء. ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

29- السنهوري، عبدالرزاق (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (7) المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة. ط3، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

30- السنهوري، عبدالرزاق (2020). موسوعة العقود، نظرية العقد، الجزء الاول. ط3، القاهرة: دار مصر للنشر والتوزيع.

31- السيد، حاتم رضا (2016). التحكيم في منازعات الشركات. القاهرة: دار النهضة العربية.

32- السيد، حسام رضا (2016). التحكيم المبتور. القاهرة: دار النهضة العربية.

33- شحاته، محمد نور (1993). الرقابة على أعمال المحكمين "موضوعها وصورها، دراسة مقارنة". القاهرة: دار النهضة العربية.

34- شحاته، محمد نور (1993). النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين. القاهرة: دار النهضة العربية.

35- شرايري، أحمد بشير (2011). بطلان حكم التحكيم، ومدى رقابة النقض (التمييز) عليه، دراسة مقارنة. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

36- شرف الدين، أحمد (2011). الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره. ط2، القاهرة.

37- الشرقاوي، محمود سمير (2016). التحكيم التجاري الداخلي والدولي/دراسة قانونية مقارنة. ط2، القاهرة: دار النهضة العربية.

38- الطراونة، مصلح (2010). الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية في القانون الأردني، دراسة مقارنة. ط1، عمان: دار وائل للنشر.

39- عبد الستار، سحر (2006). المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة. القاهرة: دار النهضة العربية.

40- العبودي، عباس (2012). شرح أحكام قانون البينات، دراسة مقارنة. ط4، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

41- العبيدي، علي هادي (2016). العقود المسماة، البيع والايجار وقانون المالكين والمستأجرين. ط10، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

42- علم الدين، محيي الدين (2010). أحكام التحكيم (الجزء الثاني). القاهرة.

43- علم الدين، محيي الدين (2011). أحكام التحكيم (الجزء الثالث). القاهرة.

44- علم الدين، محيي الدين (2012). أحكام التحكيم (الجزء الرابع)، القاهرة.

45- علم الدين، محيي الدين(2002). أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000). ط1، القاهرة.

46- علم الدين، محيي الدين (2014). أحكام التحكيم (الجزء الخامس). القاهرة.

47- علم الدين، محيي الدين (2015). أحكام التحكيم (الجزء السادس). القاهرة.

48- علم الدين، محيي الدين (2018). أحكام التحكيم (الجزء الثامن). القاهرة.

49- علي، وليد علي (2019). دعوى بطلان أحكام التحكيم التجاري الدولي، ط1، القاهرة: دار الوفا للطباعة والنشر.

50- العوا، محمد (2014). قانون التحكيم في مصر والدول العربية معلقا عليه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، الجزء الاول. ط1، القاهرة: دار مكة للطباعة والنشر.

51- العوا، محمد (2014). قانون التحكيم في مصر والدول العربية معلقا عليه بآراء الفقهاء وأحكام القضاء، الجزء الثاني. ط1، القاهرة: دار مكة للطباعة والنشر.

52- الفار، عبدالقادر (2015). أحكام الالتزام اثار الحق في القانون المدني. ط16، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

53- الفار، عبدالقادر (2016). مصادر الالتزام. ط8، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

54- القطاونة، مصعب (2012). قانون التحكيم الأردني رقم 1 لسنة 2001. ط1، عمان: شبكة قانوني الأردن.

55- القليوبي، سميحة (2014). الاسس القانونية للتحكيم التجاري وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994. القاهرة: دار النهضة العربية.

56- محمد، ياسر عبد اللطيف (2016). نطاق الحكم الصادر ببطلان حكم التحكيم التجاري الدولي. القاهرة: دار النهضة العربية.

57- مدغمش، جمال (2002). شرح القانون المدني، آثار الحق. الأردن (د.ن).

58- مدغمش، جمال (2002). شرح القانون المدني، العقود المسماة. الأردن (د.ن).

59- مدغمش، جمال (2002). شرح القانون المدني، الفعل الضار، الفعل النافع، التصرف الانفرادي، القانون. الأردن (د.ن).

60- مدغمش، جمال (2002). شرح القانون المدني، حق الملكية، التأمينات العينية، الرهن التأميني، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز. الأردن (د.ن).

61- المصري، عمر (2001). ترجمة فيديك 1999، شروط عقد الانشاءات، الشروط العامة، دليل اعداد الشروط الخاصة. ط2، عمان.

62- المصري، محمد وليد (2016). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة للتشريعات العربية والقانون الفرنسي. ط3، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

63- المعاني، جعفر (2014). التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله. ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

64- منصور، ياسر عبد السلام (2014). دراسة نقدية لقانون التحكيم المصري.ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

65- المواجدة، مراد (2015). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي/دراسة مقارنة. ط2، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

66- نقابة المحامين، المكتب الفني (1985). المذكرات الايضاحية للقانون المدني (الجزء الاول). عمان: مطبعة التوفيق.

67- نقابة المحامين، المكتب الفني (1985). المذكرات الايضاحية للقانون المدني (الجزء الثاني). عمان: مطبعة التوفيق.

68- والي، فتحي (2007). قانون التحكيم في النظرية والتطبيق. ط1، الاسكندرية: منشأة المعارف.

69- والي، فتحي (2014). التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا. ط1، الاسكندرية: منشأة المعارف.

ب- مراجع مترجمة

1- دالي بروكس، ايفجينيا غورياتشيفا، هيو ميغان (2016). **دليل قواعد التحكيم بالمحكمة الدائمة للتحكيم**. الكتاب الاصلي نشر سنة (2014).

ج – المراجع الاجنبية

1- Born, Gary (2014). International Commercial Arbitration. 2nd Ed, London: Wolters Kluwer.

2- Corbet. E. C (1991). FIDIC 4th, a Practical Legal Guide. London: Sweet and Maxwell.

3- Mistelis Loukas (2015)**. International Arbitration**.2nd Edition, New Yourk: Wolters Kluwer.

4- Hunter Martins and Redfern Alen, (2004)**. Law and practice of international commercial arbitration**. 4th edition London: Sweet & Maxwell.

5- Saledo & Richard**, Guide to the Arbitration Act 1996**. Cvendish publishing Limited.

6- Verbist/Schafer/Imhoos. **ICC Arbitration in Practice**. 2nd edition New Yourk: Wolters Kluwer.

د: الاصدارات الدورية

مجلة التحكيم العربي– القاهرة

1– مجلة التحكيم العربي (1999). العدد الاول، مايو.

2– مجلة التحكيم العربي (2000). العدد الثاني، يناير.

3– مجلة التحكيم العربي (2000). العدد الثالث، أكتوبر.

4– مجلة التحكيم العربي (2001). العدد الرابع، أغسطس.

5– مجلة التحكيم العربي (2002). العدد الخامس، سبتمبر.

6– مجلة التحكيم العربي (2003). العدد السادس، أغسطس.

7– مجلة التحكيم العربي (2004). العدد السابع، يوليو.

8– مجلة التحكيم العربي (2005). العدد الثامن، أغسطس.

9– مجلة التحكيم العربي (2006). العدد التاسع، أغسطس.

10– مجلة التحكيم العربي (2007). العدد العاشر، سبتمبر.

11- مجلة التحكيم العربي (2008). العدد الحادي عشر، يونيو.

12- مجلة التحكيم العربي (2009). العدد الثاني عشر، يوليو.

13- مجلة التحكيم العربي (2009). العدد الثالث عشر، ديسمبر.

14- مجلة التحكيم العربي (2010). العدد الرابع عشر، يونيو.

15- مجلة التحكيم العربي (2010). العدد الخامس عشر، ديسمبر.

16- مجلة التحكيم العربي (2011). العدد السادس عشر، يونيو.

17- مجلة التحكيم العربي (2011). العدد السابع عشر، ديسمبر.

18- مجلة التحكيم العربي (2012). العدد الثامن عشر، يونيو.

19- مجلة التحكيم العربي (2012). العدد التاسع عشر، ديسمبر.

20- مجلة التحكيم العربي (2013). العدد العشرون، يونيو.

21- مجلة التحكيم العربي (2013). العدد الحادي والعشرون، ديسمبر.

22- مجلة التحكيم العربي (2014). العدد الثاني والعشرون، يونيو.

23- مجلة التحكيم العربي (2014). العدد الثالث والعشرون، ديسمبر.

24- مجلة التحكيم العربي (2015). العدد الرابع والعشرون، يونيو.

25- مجلة التحكيم العربي (2015). العدد الخامس والعشرون، ديسمبر.

26- مجلة التحكيم العربي (2016). العدد السادس والعشرون، يونيو.

27- مجلة التحكيم العربي (2016). العدد السابع والعشرون، ديسمبر.

28- مجلة التحكيم العربي (2017، 2018). الاعداد 28 و29 و30، يونيو وديسمبر2017 ويونيو 2018.

مجلة التحكيم- مجلة فصلية- بيروت

1- مجلة التحكيم (2009). العدد الاول، كانون الثاني.

2- مجلة التحكيم (2009). العدد الثاني، نيسان.

3- مجلة التحكيم (2009). العدد الثالث، تموز.

4- مجلة التحكيم (2009). العدد الرابع، تشرين الأول.

5- مجلة التحكيم (2010). العدد الخامس، كانون الثاني.

6- مجلة التحكيم (2010). العدد السادس، نيسان.

7- مجلة التحكيم (2010). العدد السابع، تموز.

8- مجلة التحكيم (2010). العدد الثامن، تشرين الأول.

9- مجلة التحكيم (2010). ملحق العدد الثامن، تشرين الأول.

مجلة التحكيم العالمية- مجلة فصلية- بيروت

1- مجلة التحكيم العالمية (2011) العدد التاسع، كانون الثاني.

2- مجلة التحكيم العالمية (2011). العدد العاشر، نيسان.

3- مجلة التحكيم العالمية (2011). العدد الحادي عشر، تموز.

4- مجلة التحكيم العالمية (2011). العدد الثاني عشر، تشرين الأول.

5- مجلة التحكيم العالمية (2012). العدد الثالث عشر، كانون الثاني.

6- مجلة التحكيم العالمية (2012). العدد الرابع عشر، نيسان.

7- مجلة التحكيم العالمية (2012). العدد الخامس عشر، تموز.

8- مجلة التحكيم العالمية (2012). العدد السادس عشر، تشرين الأول.

9- مجلة التحكيم العالمية (2013). العدد السابع عشر، كانون الثاني.

10- مجلة التحكيم العالمية (2013). ملحق العدد السابع عشر، كانون الثاني.

11- مجلة التحكيم العالمية (2013). العدد الثامن عشر، نيسان.

12- مجلة التحكيم العالمية (2013). العدد التاسع عشر، تموز.

13- مجلة التحكيم العالمية (2013). العدد العشرون، تشرين الأول.

14- مجلة التحكيم العالمية (2014). العدد الواحد والعشرون، كانون الثاني.

15- مجلة التحكيم العلمية (2014). العدد الثاني والعشرون، ابريل.

16- مجلة التحكيم العلمية (2014). العدد الثالث والعشرون، تموز.

17- مجلة التحكيم العلمية (2014). العدد الرابع والعشرون، تشرين الأول.

18- مجلة التحكيم العالمية (2015). العدد الخامس والعشرون، كانون الثاني.

19- مجلة التحكيم العالمية (2015). العدد السادس والعشرون، نيسان.

20- مجلة التحكيم العالمية (2015). العدد السابع والعشرون، تموز.

21- مجلة التحكيم العالمية (2015). العدد الثامن والعشرون، تشرين الأول.

22- مجلة التحكيم العالمية (2016). العدد التاسع والعشرون، كانون الثاني.

23- مجلة التحكيم العالمية (2016). العدد الثلاثون، نيسان.

24- مجلة التحكيم العالمية (2016). العدد الواحد والثلاثون، تموز والعدد الثاني والثلاثون، تشرين الأول.

25- مجلة التحكيم العالمية (2017). العدد الثالث والثلاثون، كانون الثاني.

26- مجلة التحكيم العالمية (2017). العدد الرابع والثلاثون، نيسان.

27- مجلة التحكيم العالمية (2017). العدد الخامس والثلاثون، تموز والعدد السادس والثلاثون، تشرين الأول.

28- مجلة التحكيم العالمية (2018). العدد السابع والثلاثون، كانون الثاني

29- مجلة التحكيم العالمية (2018). العدد الثامن والثلاثون، نيسان.

30- مجلة التحكيم العالمية (2018). العدد التاسع والثلاثون، تموز والعدد الاربعون، تشرين الأول.

31- مجلة التحكيم العالمية (2019). العدد الواحد والاربعون، كانون الثاني.

ثانيا: الابحاث والدراسات

1- أبو نشيش، أحمد مسلم (2010). **مدى امكانية الطعن غير العادي في حكم التحكيم**. (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن.

2- بقرنوس، سارة اميمة. **بطلان حكم التحكيم**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر.

3- العبادي، حمدان (2018). **أثر الوسائل التكنولوجية الحديثة على التحكيم**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن.

4- عثمان، ناصر عثمان (2006). **الدفع في الحصانة القضائية في مجال التحكيم**. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة اسيوط، اسيوط، مصر.

5- العدوان، وضاح (2011). **بطلان حكم التحكيم في ضوء أحكام القانون الأردني**. دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 44 عدد4.

6- المحاميد، عبدالله (2018). **القيود الواردة على نظام التحكيم التجاري**. (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الشرق الاوسط للدراسات العليا، عمان، الأردن.

7- منصور، سلام توفيق (2010). **بطلان حكم التحكيم**. (رسالة ماجستير غير منشورة)، جامعة الازهر، غزة، فلسطين.

ثالثا: القوانين والتشريعات

1- اتفاقية نيويورك لعام (1958).

2- أصول وقواعد العمل والتعليمات الخاصة بالمقاصة الأردني.

3- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988 وتعديلاته والمعدل رقم (31) لسنة 2017.

4- قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، مرسوم التحكيم رقم 2011-48 تاريخ 2011/1/13، الكتاب الرابع.

5- قانون التجارة البحرية وتعديلاته والنظام رقم (12) لعام 1972 الأردني.

6- قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001.

7- قانون التحكيم الأردني قانون التحكيم رقم (16) لسنة 2018.

8- قانون التحكيم الاماراتي، القانون الاتحادي رقم (6) لسنة 2018.

9- قانون التحكيم البحريني رقم 9 لسنة 2015.

10- قانون التحكيم التونسي عدد 42 لسنة 1993.

11- قانون التحكيم الجزائري رقم (08-09) سنة 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات.

12- قانون التحكيم السوري رقم 4 لعام 2008.

13- قانون التحكيم العماني، مرسوم سلطاني رقم 2007/3.

14- قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 التحكيم في المواد المدنية والتجارية وقانون التحكيم المعدل رقم 16 لسنة 2018.

15- قانون التحكيم المغربي رقم (05-08) لعام 2007.

16- قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية القطري رقم (2) لسنة 2017.

17- قانون العمل لسنة 1996 الأردني.

18- قانون المحاكمات المدنية الجديد، الكتاب الثاني، قانون التحكيم اللبناني.

19- القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976.

20- قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم (28) لسنة 2001 الأردني.

21- قانون رقم (41) لسنة 2007 قانون الطيران المدني الأردني.

22- قواعد التحكيم. مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

23- قواعد التحكيم، قواعد الوساطة. غرفة التجارة الدولية ICC.

24- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration- With amendments as adopted in 2006- 1985.