(مستخرج)

مصر المعاصرة

مجلة علمية محكمة ربع سنوية

تصدرها

الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

آثار اتفاق التحكيم فى عقود الغاز

د . وحيدة سيد حسين عيسى

دكتوراة فى القانون التجاري – كلية الحقوق- جامعة حلوان

أبريل ٢٠٢٥

العدد ٥٥٨

السنة المائة وستة عشر

القاهرة

L'EGYPTE

CONTEMPORAINE

Revue Scientifique arbitrée .. Quart annuel

de la

société Egyptienne d'Economie Politique de Statistique

et de Législation

The Effects of Arbitration Agreements on Gas Contracts

Dr. Wahida Sayed Hussein Issa

PhD in Commercial Law - Faculty of Law - Helwan University

April 2025

No. 558

CXVI itéme Année

Le caire

آثار اتفاق التحكيم فى عقود الغاز

د . وحيدة سيد حسين عيسى
دكتوراة فى القانون التجاري – كلية الحقوق- جامعة حلوان

الملخَّص:

يُعتبر الغاز الطبيعي عنصر حيويًا نظرًا لأهميته الاقتصادية والبيئية والاجتماعية، فنجد أن عقود الغاز لا تخلو من المنازعات، وبقاء هذه المنازعات دون حلٍّ يُؤثر سلبًا على التنمية الاقتصادية وعلى العلاقة بين طرفي التعاقد.

فحرصَت الشركات الكبرى على أن يُدرج فى هذه العقود بند اتفاق التحكيم.

يرتب اتفاق التحكيم آثار فى مواجهة طرفي التعاقد، فهناك الأثر الإيجابي الذي يتمثل فى التزام الأطراف بالاتفاق المبرم بينهم بعرض النزاع الذي اتفق بشأنه على التحكيم على هيئة التحكيم دون قضاء الدولة، أمَّا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم فهو يتمثل فى سلب اختصاص قضاء الدولة بالفصل فى النزاع.

ويُعتبر اتفاق التحكيم الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي، وهو يخضع إلى مبدأ سلطان الإدارة، فلا بُدَّ أن تتجه إدارة الأطراف إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحسم منازعتهم؛ نظرًا لأهمية صناعة الغاز، ونظرًا لما تتطلبه عقود الغاز من السرعة والسرية.

The Effects of Arbitration Agreements on Gas Contracts

Dr. Wahida Sayed Hussein Issa

PhD in Commercial Law - Faculty of Law - Helwan University

Abstract

Natural gas is considered a vital element due to its economic, environmental, and social importance. We find that gas contracts are not without disputes, and the persistence of these disputes without resolution negatively impacts economic development and the relationship between the contracting parties.

Major companies have ensured that these contracts include an arbitration agreement clause.

The arbitration agreement has implications for both contracting parties. The positive effect is represented by the parties' commitment to the agreement concluded between them to submit the agreed-upon dispute to arbitration before an arbitration panel, without resorting to the state judiciary. The negative effect of the arbitration agreement is represented by the removal of the state judiciary's jurisdiction to adjudicate the dispute.

The arbitration agreement is considered the legal basis for international commercial arbitration and is subject to the principle of administrative authority. Therefore, the parties' management must choose arbitration as a means of resolving their disputes, given the importance of the gas industry and the speed and confidentiality required by gas contracts.

مقدِّمة:

يُعتبر الغاز الطبيعي عنصر حيويًا لصناعات كثيرة واستخدامات متعددة؛ نظرًا لأهميتة ولما له من مميزات وما له من أهمية اقتصادية واجتماعية وبيئية, وبدأ التوسُّع فى تطبيق سياسة إحلال الغاز محل المنتجات البترولية نظرًا للخصائص التي يتميَّز بها الغاز, وقامت الحكومة بإنشاء جهاز تنظيمي للغاز يوفر المصداقية لشركات البحث والاستكشاف والإنتاج، ويضمن نمو وتشجيع الاستثمار الأكثر فاعلية من خلال منظومة متكاملة للغاز.

وتم تأسيس إدارة تنظيم أنشطة الغاز الطبيعي داخل الشركة المصرية القابضة للغازات الطبيعية (إيجاس) وهذه الإدارة تتمتع بالسلطة فى عملية تنظيم ومتابعة ومراقبة الأطراف فى السوق، وكذلك تختصُّ بإصدار تراخيص مزاولة أنشطة النقل والشحن والبيع والتوزيع وتخزين الغاز وحماية المستهلك, وتم العمل على إصدار قانون لتنظيم أنشطة ونقل وتوزيع الغاز فى ضوء المتغيرات الجديدة، وهذا القانون يُعتبر بمثابة آلية مهمَّة لجذب سوق الغاز تنعكس إيجابيًا على الاقتصاد المصري.

نظرًا لحرص الشركات الكبرى فى الدخول فى عقود استثمار الغاز، وهذه العقود لا تخلو من المنازعات, وبقاء هذه المنازعات دون حلٍّ لمدة طويلة يُؤثِّر سلبًا على العلاقة بين أطراف التعاقد، ويُؤثِّر على التنمية الاقتصادية , لذلك حرصَت هذه الشركات أن يُدرج فى هذه العقود بند اتفاق التحكيم.

ويتجه أغلب الفقه للقول: بأن الدولة عند إقدامها لقبول اتفاق التحكيم لعقد الغاز أو عقود الطاقة، فإن الدولة تكون بذلك قد تنازلَت وبشكل ضمني عن حصانتها القضائية فى حدود الموضوع الذي انصبَّ عليه اتفاق التحكيم، وذلك بناء على عدة أسُس أهمها هو أن التحكيم لا ينتمي إلى سلطة أي دولة، وأن المحكم عندما يصدر حكمه فهو لا يصدره باسم دولة، بل هو ينفذ المهمة التي عهد إليه بها من طرفي المستثمر والدولة[1].

(١) د. حفيظة السيدالحداد : العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب – دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية سنة ٢٠٠٧ ص: ٢٧٨.

يُرتِّب اتفاق التحكيم آثارًا جوهرية فى مواجهة أطرافه، فهناك الأثر الإيجابي والأثر السلبي, فالأثر الإيجابي يلتزم فيه الأطراف بعرض المنازعات التي تنشأ عن العقد الذي يتضمَّن شرط التحكيم على هيئة التحكيم، ويتمثل هذا الأثر فى التزام الأطراف بعرض النزاع الناشئ بينهم بشأن العقد أو بتفسير أيٍّ من مواده على التحكيم، وتولية المحكمين سلطة الفصل فى هذه المنازعات.

أمَّا الأثر السلبي أو الأثر المانع ثيلتزم فيه الأطراف بعدم عرض النزاع الذي يقع بينهم على القضاء، وإذا خالف أحد الأطراف ورفع دعوى أمام القضاء كان للطرف الآخر وهو المدعى عليه فى الدعوى أن يدفع أمام القضاء بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق التحكيم؛ أي: أن الأثر السلبي يتمثل فى امتناع الأطراف عن عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع القضاء فى الفصل فيها، وكذلك هناك استقلال اتفاق التحكيم عن العقد والصفة الاستقلالية عن العقد من أهم الخصائص التي يكتسبها اتفاق التحكيم.

أهمية البحث:

ترتبط أهمية البحث بأهمية صناعة الغاز وما تتطلبه عقود الغاز من السرعة والسرية، ومن هنا يأتي دور التحكيم واتفاق التحكيم لتوفير هذه المتطلبات, كما أن ما مرَّت به مصر من أحداث سياسية بعد ثورة ٢٠١١ وقيام شركة غاز الشرق برفع دعوى التحكيم ضد مصر أمام محكمة تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن مُطالبة مصر بتعويض عن الإخلال بعقد تصدير الغاز إلى إسرائيل لمدة ٢٠٠ يوم، وليس لها الحق فى رفع هذه الدعوى، فهي ترفعها بدون سندٍ قانوني, فهذه القضية لها ارتباط بموضوع البحث.

إشكالية البحث:

تتمثل فى حاجة الدول النامية للاستثمارات الأجنبية الخاصة فى قطاع الغاز وما تحمله من خبرة فنية وإدارية تُساهم فى التنمية الاقتصادية، مما يتطلب ضرورة ضمان الرأسمال الأجنبي من خلال منظومة تشريعية تكفل الامتيازات والحوافز المالية أو القضائية أو الإدارية, وكذلك اختلاف السياسة والمصالح فيما بين الدول المتقدمة والشركات الأجنبية وبين الدول المنتجة للغاز، مما نتج عنه

مخاوف هذه الدول إلى حد جعلها تخاف من القيود التي يمكن فرضها على سيادتها ونزع ولايتها القضائية عن العقود التي تكون طرفًا فيها.

منهج البحث:

يعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج الاستقرائي الذي يعتمد على الملاحظة.

خُطة البحث:

تتناول خُطة البحث الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم فى مواجهة أطرافه ومبدأ استقلال شرط التحكيم فى عقد الغاز، وسوف يتم عرض هذه الآثار فى ثلاثة مباحث:

المبحث الأوَّل: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

المبحث الثالث: استقلال شرط التحكيم فى عقود الغاز.

المبحث الأول

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

أوَّلًا : تعريف الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم:

يعني الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم: انعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم بالفصل فى النزاع دون سواها من هيئات التحكيم، والتزام هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع المحدَّد طبقًا لما اتفق عليه الأطراف، والاعتداد بالحكم الصادر كأنه حُكم قضائي صادر من المحكمة [١].

فإذا تم الاتفاق على التحكيم ثم امتنع أحد الأطراف عن المشاركة فى عملية التحكيم، فإن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم يُؤتي ثماره، حيث يتم تشكيل الهيئة والاستمرار فى التحكيم بالرغم من هذا الرفض، وعلى هيئة التحكيم السير بالدعوى حتى إصدار حكم فيها [٢].

يتمثل الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم فى التزام الطرفين بالاتفاق المبرم بينهما، ومن ثم عرض النزاع الذي اتفق بشأنه على التحكيم على هيئة التحكيم المكلفة بحسم النزاع, فيجب الالتزام بمضمون الاتفاق المبرم بين الطرفين من حيث عقد الاختصاص بنظر النزاع إلى القضاء الاتفاقي وليس قضاء الدولة[٣].

فإذا لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة يجوز لخصمه التمسُّك بما تم الاتفاق على التحكيم فيه، وذلك فى سبيل منع القضاء فى الدولة من نظر هذا النزاع, واتفاق التحكيم يلزم أطرافة ولا يجوز لأي طرف الرجوع عن هذا الاتفاق بالإرادة المنفردة, وكذلك اتفاق التحكيم يلزم المحكمين بالقيام بالمهمة الموكلة إليهم ضمن القيود الواردة فى اتفاق الطرفين.

ثانيًا: موقف أحكام القضاء من الأثر الإيجابي:

أكَّدَت أحكام القضاء أن أهمَّ أثر يترتَّب على شرط التحكيم هو استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع, فنجد أن خير مثال على ذلك قضيه شركة موبيل ضد

(١) - د. أحمد بركات مصطفى: حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، مرجع سابق، ص: ٢٧٢.

(٢) - د. أحمد الصاوي: الوجيز فى التحكيم، مرجع سابق، ص: ٦٦.

(٣) -د. حماد مصطفى عزب: الاتجاهات الحديثة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، سنة ١٩٩٦، ص: ٢٤.

حكومة نيوزيلندا، حيث حاولَت حكومة نيوزيلندا منع هيئة التحكيم من نظر النزاع عن طريق استصدار أحكام قضائية فى النزاع محل التحكيم, وتم عرض الأمر على المحكمة العليا فى نيوزيلندا، فقرَّرَت وقف نظر الدعوى المتصلة بالنزاع محل شرط التحكيم لحين انتهاء محكمة التحكيم من عملها, وهذا احترام للأثر الإيجابي الذي يكتسبه شرط التحكيم [١].

ونجد فى حكم آخر تم نشرة ٢٩ /٢٠١٠/٤ أن القضاء البريطاني أمر بوقف الإجراءات القضائية استنادًا إلى شرط تحكيم صحيح فى الدعوى المقامة من شركة Midgulf ضد شركةGroup ChimqueTuniesien ، أصدرَت محكمة استئناف لندن أمرًا بوقف الإجراءات القضائية المقامة فى تونس بالمخالفة لاتفاق تحكيم صحيح, ويتعلَّق النزاع بعقد بيع كبريت اختلف أطرافه حول ما إذا كان يتضمَّن شرط تحكيم غير مؤسَّسي فى لندن، وقد أقامت شركة Midgulf دعوى أمام المحاكم البريطانية بغرض تعيين محكم، على حين تقدَّمَت الشركة التونسية (GCT) بطلب إلى القضاء التونسي للإعلان عن عدم وجود اتفاق تحكيم, وقد انتهى قاضي أوَّل درجة التونسي إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، على حين رأت محكمة استئناف لندن أن هناك شرط تحكيم فيما بين الأطراف، وأصدرَت حكمًا بوقف الإجراءات القضائية المقامة فى لندن [٢].

ثالثًا: موقف الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم:

أخذت اتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ فى المادة ٢٦ التي تنصُّ على أن موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم يُعَدُّ ما لم يُنصَّ على غير ذلك تخلِّيًا عن مباشرة أي طريق أخرى للتسوية[٣].

أمَّا بالنسبة للقانون النموذجي: كذلك نصَّ القانون النموذجي سنة ١٩٨٥ فى المادة الثامنة «على المحكمة أن ترفع أمامها دعوى فى مسألة أُبرِم بشأنها اتفاق

(١) - د. صلاح الدين و د. محمود مصيلحي: الفاعلية الدولية لقبول التحكيم فى منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص: ٢٦.

(٢) - د. محمد عبد الرؤوف: القضاء البريطاني يأمر بوقف الإجراءات القضائية التي تم تحريكها خارج أوروبا تأييدًا لشرط تحكيم صحيح، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، يونيو ٢٠١٠، ص: ٢١١.

- راجع: الموقع الإلكتروني:

http://www. Jus.uio. no/Im/icsidm.of.Disptes.Between statesAnd.Nationals.of other.statwswaching. 1965

تحكيم أن تُحِيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها أحد الطرفين فى موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأوَّل فى موضوع النزاع »[١] .

فالقانون النموذجي ألزم المحكمة أن تحيل الأطراف إلى التحكيم، فهو القضاء المختص بالفصل فى النزاع, بذلك يتضح أن القانون النموذجي قد نصَّ على الأثر الإيجابي.

كذلك نصَّت اتفاقية نيويورك المادة الثانية فقرة ثالثة، كما نجد أن المادة الثانية فى اتفاقية نيويورك الخاصة نصًا بالاعتراف بأحكام التحكيم قد أخذَت صراحة بالأثر الإيجابي، وألزمت المحكمة بأن تحيل القضية إلى التحكيم بناء على طلب أحدهم، وقد نصَّت هذه المادة ٣/٢ « علي المحكمة فى أيه دولة متعاقدة عندما يعرض عليها فى مسألة أبرم الطرفان بشأنها أتفاقًا بالمعنى المستخدم فى هذه المادة أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب أحدهما ».

يتضح مما سبق أن اتفاقية واشنطن والقانون والاتفاقيات تحمي الأثر الإيجابي والمتمثل فى اختصاص هيئة التحكيم بتسوية النزاع بين أطراف شرط التحكيم.

رابعًا: النتائج المترتبة على الأثر الإيجابي:

١-يترتَّب على الأثر الإيجابي أن اتفاق التحكيم يمنح السلطة للمُحكمين للفصل فى النزاع، وهو يحدد مدى هذه السلطة، حيث يحدِّد النزاع محل التحكيم التي يجوز للمحكمين الفصل فيه، فاتفاق التحكيم هو أساس لاختصاص المحكمين بالفصل فى النزاع [٢].

٢-إذا لجأ أحد الأطراف للقضاء فى حالة وجود شرط التحكيم فيلتزم القضاء برفض الدعوى إذا ما تمسَّك أمامه الخصم الآخر قبل إبداء أي دفع والاستمرار فى الدعوى أمام القضاء بالرغم من وجود اتفاق تحكيم يجعل الحكم باطلًا، وهذا ما نصَّ عليه قانون التحكيم المصري فى المادة ١٣ بأنه: « يجب على المحكمة التي

(١) الموقع الإلكتروني:

http://www.uncitral.org/pdf/arabic/TexTs/arbitraTion/ ml-arba.bdf

(٢) راجع: الموقع الإلكتروني:

http://www.uncitral.oral-Texts/arbitration /Nyconven Tion.html

يُرفع إليها نزاع يُوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع فى الدعوى»، وهذا لا يمنع الطرف الآخر فى الاتفاق من عرض نفس الدعوى أمام هيئة التحكيم، ويكون لهيئة التحكيم الاستمرار فى الدعوى وإصدار الحكم.

٣- يلتزم القضاء بتكملة هيئة التحكيم فى حالة عدم قيام أحد الأطراف باختيار محكمة, نجد قوانين التحكيم فى الاتجاهات الحديثة تهدف لتفعيل الاتفاق عن طريق معالجة أي امتناع من أحد الأطراف إذا كان هذا الامتناع يترتَّب عليه ضرر بعملية التحكيم مثل عدم المشاركة فى اختيار إجراءات التحكيم أو عدم اختيار المحكم.

٤-يترتب أيضًا على الأثر الإيجابي ضمان الدولة تنفيذ الحكم عن طريق إعطاء الأطراف سلطة عرض الحكم على المحكمة المختصة؛ للحصول على الأمر بالتنفيذ وإجبار الأطراف على قبول الحكم وتنفيذه.

المبحث الثاني
الأثر السلبي لاتفاق التحكيم

أوَّلًا: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم والأساس القانوني له:

- عرَّفه البعض بأنه: القاعدة المادية التي تلزم الأطراف بوجوب احترام اتفاق التحكيم، وعدم عرض النزاع الخاضع لتحكيم على القضاء، والالتزام بعرضه على هيئة التحكيم [١].

- وعرَّفه البعض الآخر بأنه: التزام الأطراف بطرح النزاع الذي يقع بينهم على قضاء التحكيم، والامتناع عن اللجوء إلى جهة قضائية أخرى؛ وذلك احترامًا لشرط التحكيم المبرم بينهم [٢].

- وعرَّف القضاء التحكيم بأنه: يقصد بالأثر السلبي عدم اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم، وانعقاد الاختصاص بهذا النزاع لهيئة التحكيم التي فوَّضها الأطراف للفصل فى النزاع محل التحكيم[٣].

بالنسبة للأساس القانوني للأثر لسلبي لاتفاق التحكيم فالأساس القانوني هو نصُّ القانون، فالقضاء يمتنع من نظر نزاع يُوجد بشأنه اتفاق تحكيم، هو نص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري، وذلك لاختصاص هيئة التحكيم به، وليس الجهات القضائية.

ثانيًا: الضوابط التي تحكم الأثر السلبي والنتائج المترتبة على الأثر السلبي:

أحاط المشرع والفقه الأثر السلبي بضوابط أخذَت بها مختلف القوانين، منها القانون المصري والفرنسي والاتفاقات الدولية المعنيَّة بالتحكيم، وهذه الضوابط هي:

(١) - د. سراج حسين أبو زيد. مرجع سابق، ص: ٩.
د. أحمد بركات مصطفى: حق الالتجاء إلى التحكيم – مرجع سابق، ص: ٢٧٩.
(2) - SAlEH(S):commercial arbitration in The Arab Middle East.OP.cit.P. 207
(٣) - د. حسين عبده الماحي: التحكيم النظامي فى التجارة الدولية – مرجع سابق، ص: ١١٤.
د. إبراهيم عبد التواب: صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مرجع سابق، ص: ٩٠٧.
د. حماد مصطفى عزب: الاتجاهات الحديثة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية- مرجع سابق، ص: ٢٥.

١- يجب على الأطراف الدفع أمام المحكمة بوجود اتفاق تحكيم قبل إبداء الدفع فى الدعوى موضوع النزاع، فالطلب أو الدعوى التي تُرفع للمحكمة لاتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي ليست تنازلًا عن اتفاق التحكيم، ولا يمنع من الاستمرار فى إجراءات التحكيم، فالأثر المانع المتمثل فى استبعاد اختصاص المحاكم لا يشمل الإجراءات التحفُّظية والوقتية التي يختصُّ بها القضاء [١].

٢-المحكمة لا تحكم برفض الدعوى لوجود اتفاق التحكيم من نفسها حتى لو تبيَّن لها وجود اتفاق تحكيم، وإنما لا بُدَّ من أن يتمسَّك المدَّعى عليه بذلك قبل التكلم فى الموضوع، فالتحكيم مبنيٌّ على إرادة الأطراف، وهو يقبل التنازل عنه صراحة أو ضمنًا، والتجاء أحد الأطراف إلى المحكمة يعني رغبته فى التخلِّي الضمني عن الشرط، فإذا حضر الطرف الآخر وساير خصمه يرجع الاختصاص إلى القضاء؛ لأن الأطراف فى هذا يكونوا بمثابة مَن تنازلوا عن شرط التحكيم، فلا تقضي به المحكمة من نفسها ولا يتعلق بالنظام العام [٢].

ويترتب على الأثر السلبي عدة نتائج هي:

١-لا يتعلق الأثر السلبي بالنظام العام، لذلك لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

٢-لا يحول رفع الدعوى دون بدء والاستمرار بإجراءات التحكيم.

٣-على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى متى أُبدِي هذا الدفع قبل إبداء أي طلب أو دفع فى الدعوى.

٤-لا يجوز للطرف الخاسر فى دعوى التحكيم مُعاودة رفع دعواه ابتداء أمام القضاء المختص أصلًا بنظر النزاع[٣].

(١) - راجع: القضية رقم ١٤٥ قضائية دستورية جلسة ٦ يونيو ١٩٩٨، الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، الجزء الثامن، من أول يونيو ١٩٩٦ إلى آخر يونيو ١٩٩٨، ص: ١٤٢٣.

(٢) - د. حسين عبده الماحي: التحكيم النظامي فى التجارة الدولية – مرجع سابق، ص: ١١٥.
د. أحمد بركات مصطفى: حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، مجلة الدراسات القانونية، تصدرها كلية حقوق جامعة أسيوط، العدد الثامن والعشرون، مايو سنة ٢٠٠٩، ص: ٢٨٠.
د. محمود سمير الشرقاوي: التحكيم التجاري الدولي - مرجع سابق، ص: ١٢٩.

(٣) - د. محمد عبد الظاهر حسين: اتفاق التحكيم بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي التاسع لكلية الحقوق جامعة أسيوط، تحت عنوان: التحكيم بين الواقع والمأمول، الفترة من ٢٨- ٢٩ أبريل ٢٠١٥، ص: ٧٣٨.

ثالثًا : مدى صحة اتفاق التحكيم كشرط لصحة تحقيق الأثر السلبي:

تختلف الاتفاقيات الدولية والنظم القانونية فى مدى سلطة القاضي فى التصدِّي أو عدم التصدِّي للنزاع الذي يُوجد بشأنه اتفاق تحكيم متى تبيَّن بطلان الاتفاق، فهناك ثلاثة اتجاهات [١]:

الاتجاه الأوَّل: هناك بعض التشريعات لا تستبعد سلطة قاضي الدولة فى فحص اتفاق التحكيم لتقرير مدى صحته، ومن ثم إعمال الأثر السلبي أو تقرير بطلانه والمضي فى نظر الدعوى [٢]، وذلك لأنه بإعمال القواعد العامة فإن مناط الحكم بعد القبول هو وجود اتفاق تحكيم صحيح، فالقاضي لا يتخلَّى عن حقه فى التصدي لموضوع نزاع مطروح عليه إلا إذا أثبت أن اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره وصالح لتشكيل هيئة التحكيم [٣].

الاتجاه الثاني: بعض التشريعات ذهبَت للتفرقة بين النزاع الذي رُفِع إلى المحكمة قبل بدء إجراءات التحكيم والنزاع الذي رُفِع بعد بدء إجراءات التحكيم، فإذا كانت هيئة التحكيم لم تتصل بالنزاع ولم تبدأ إجراءات التحكيم أمامها فيجوز للقاضي أن يُعلن أنه مختص بنظر النزاع متى ثبت له أن هذا الاتفاق باطل، أمَّا إذا كانت هيئة التحكيم اتصلَت بالنزاع وبدأت أمامها إجراءات التحكيم وكان الاتفاق باطلًا حكمَت المحكمة بعدم الاختصاص أو عدم القبول؛ لدخول هذه المسألة فى نطاق اختصاص هيئة التحكيم، وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون التحكيم الفرنسي الجديد، وأعطى للمحكمة القضائية متى وجدَت أن الاتفاق ظاهر البطلان ما لم تكن إجراءات التحكيم قد بدأت، فيصير هذا الأمر من سُلطة هيئة التحكيم طبقًا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص [٤].

---

(١) - د. عبد المنعم زمزم: الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل وبعد وأثناء انتهاء خصومة التحكيم – مرجع سابق، ص: ٩.

د. السيد محمد اليماني: اتفاق التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص: ٢١.

(2)- DAVID(R) L'arbitragedans le commerce international economica,paris,1982.p291

(٣) - د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم -مرجع سابق، ص: ٥١٠.

د. محمود مختار بربري: التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق، ص: ٤٧.

(٤) -د. شعبان أحمد رمضان: نطاق الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم فى منازعات العقود الإدارية – بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي، التاسع لكلية حقوق جامعة أسيوط – تحت عنوان: التحكيم بين الواقع والمأمول، الفترة من ٢٨ -٢٩ أبريل ٢٠١٥، ص: ٤١.

وقد تعرَّض هذا الاتجاه للنقد للآتي:

١) بأنه لا مُبرِّر للتفرقة بين إيصال هيئة التحكيم بالنزاع من عدمه؛ لأن ثبوت البطلان أمام القاضي يفتح الباب لطرح اتفاق التحكيم واستعادة اختصاصه، ولا يصحُّ أن تمتنع عن نظر النزاع إلا فى حالة اتفاق التحكيم الصحيح[١].

٢)كما أن المشرع الفرنسي يقصد بقاعدة الاختصاص بالاختصاص عدم عرقلة سير عملية التحكيم ولا تؤدي لمنع القاضي من التحقق من صحة اتفاق التحكيم أو بطلانه فى حالة بدء إجراءات التحكيم، فمتى ثبت للقاضي بطلان اتفاق التحكيم فعليه أن يصدر حكمًا نهائيًا، وعلى هيئة التحكيم فى هذه الحالة إنهاء الإجراءات [٢].

الاتجاه الثالث: أن بعض المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية ذهبَت إلى أنه يُشترط لتحقيق الأثر السلبي أن يكون اتفاق التحكيم صحيحًا بين الأطراف فلا بُدَّ أن يكون المحرَّر المادي توافرَت فيه كل الشروط اللازمة لصحة الاتفاق من حيث الرضا والأهلية والمحل والسبب, فإذا كان اتفاق التحكيم باطلاً يكون الأثر السلبي يفقد قيمته ويعود الاختصاص بنظر النزاع للمحاكم[٣].

فبعض التشريعات أقرَّت بصحة الأثر السلبي وسكتَت عن بيان سلطة القاضي فى فحص اتفاق التحكيم لتقرير بطلانه أو عدم صحته، ومن ثم تقرير استمرار المحكمة فى نظر النزاع أو إعمال الأثر السلبي ومنع المحكمة من نظر النزاع، من هذه القوانين القانون المصري، فهذه التشريعات لا تستبعد سلطة قاضي الدولة فى فحص اتفاق التحكيم لتقرير مدى صحته، ومن ثم إعمال الأثر السلبي والمضي فى نظر النزاع، فالقاضي لا يتخلَّى عن حقه فى التصدِّي لموضوع نزاع مطروح عليه إلا إذا ثبت أن اتفاق التحكيم صحيح وصالح لتشكيل هيئة التحكيم [٤].

(١) -د. سراج حسين أبو زيد : التحكيم فى عقود البترول – مرجع سابق، ص: ٣٥٩.
د. باسمة لطفي دباس : شروط اتفاق التحكيم وآثاره – مرجع سابق، ص: ٣٧٨.
(٢) - د. محمود مختار بريري : التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق، ص: ٤٨.
(٣) - د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم الدولي- مرجع سابق، ص: ٥٠٨.
د. أحمد حلمي خليل هندي : عقود الامتياز البترولية وأسلوب حل منازعاتها – دار الفتح بالإسكندرية سنة ٢٠١٣، ص: ٣٠١.
د. حماد مصطفى عزب : الاتجاهات الحديثة – مرجع سابق، ص: ٢٧.
(٤) - د. محمود مختار بريري : التحكيم التجاري الدولي – مرجع سابق، ص: ٤٧.
د. شعبان أحمد رمضان: نطاق الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم فى منازعات العقود الإدارية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي التاسع لكلية حقوق جامعة أسيوط، تحت عنوان: التحكيم بين الواقع والمأمول، الفترة من ٢٨ – ٢٩ أبريل ٢٠١٥، ص: ٤١.

ويترتَّب على هذا الاتجاه أن محكمة الدولة لها سُلطة الفصل فى النزاع إذا ثبت لديها أن الاتفاق على التحكيم باطلاً, كما يترتَّب على هذا الاتجاه أن سلطة المحكمة تمتدُّ لفحص والتأكُّد من مدى بطلان اتفاق التحكيم، ثم تقرَّر مدى قابلية الاتفاق لتطبيق فتقضي بعدم الاختصاص، أمَّا إذا وجدته باطلاً وغير قابل للتطبيق تمضي فى نظر النزاع والفصل فيه.

وقد أخذَت المعاهدات الدولية بهذا الاتجاه فنجد القانون النموذجي سنة ١٩٨٥ أخذ بهذا الاتجاه فى المادة ٨ فقرة ١ التي تنصُّ على أنه: « على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى فى مسألة إبرام شأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه « ، وكذلك أخذَت اتفاقية واشنطن ١٩٥٨ بهذا الاتجاه فى المادة ٢ فقرة ٣ التي تنصُّ على: « على محاكم الدولة المتعاقدة...- أن تحيل الأطراف لتحكيم إلا إذا ثبت للمحكمة أن هذا الاتفاق لاغ أو غير فعَّال أو غير قابل للتطبيق « ، كذلك من التشريعات الوطنية التي أخذَت بهذا الاتجاه القانون التونسي، حيث ذهب إلى أن اختصاص المحاكم هو الأصل، ويستبعد هذا الأصل إذا كان هناك اتفاق صحيح، فإذا كان هذا الاتفاق باطلاً أو غير قابل للتنفيذ يعود الاختصاص للمحكمة[1]، وهذا فى المادة ٥٢ من القانون التونسي سنة ١٩٩٣ حيث نصَّت على أنه: « على المحكمة التي ترفع أمامها بدعوى فى مسألة أُبرِمَت بشأنها اتفاقية تحكيم أن تحيل الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحدهما... ما لم يتضح لها أن الاتفاقية باطلة أو عديمة الأثر أو لا يمكن تنفيذها « .

رأي الباحثة:

إن صاحب قرار البطلان هو المحكم أو الهيئة، وعلى مدعي البطلان أن يستمرَّ فى الإجراءات إلى صدور حكم التحكيم والطعن بالبطلان، بشرط أن يكون سبق له الدفع أمام المحكمة ببطلان الشرط، فنرى نصَّ المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري جاء طليقًا من كلِّ شرط، فليس للمحكمة أن تقوم بمراقبة صحة الشرط؛ لأن ذلك من اختصاص المحكمين، ويُعتبر قيام المحكمة بذلك فيه تعدٍّ على سلطة المحكمين.

(1) - David(R):L'arbiTragedans Le commere international , op.cit ,p294

رابعًا: موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية من الأثر السلبي:

١ – موقف الاتفاقيات الدولية من الأثر السلبي:

لقد نصَّت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم سنة ١٩٦١ فى المادة ٦ فقرة ٣ على أنه: «فى الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد بدأت قبل اللجوء للمحكمة، فإن على المحاكم القضائية للدولة المتعاقدة المطروح عليها فى وقت لاحق طلب ينصبُّ على نفس النزاع، وبين نفس الأطراف أو طلب بتقرير أو إثبات عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان أو انقضاء اتفاق التحكيم إيقاف الفصل فى اختصاص المحكمة إلى حين صدور حكم التحكيم ما لم تكن هناك بواعث خطيرة «، فنجد أن الاتفاقية الأوروبية تُعالج الغرض الذي تكون فيه إجراءات التحكيم قد بدأت، وتم عرض النزاع على هيئة التحكيم ثم يلجأ أحد الأطراف للقضاء، فيجب على المحاكم القضائية إيقاف الفصل فى النزاع مهما كان السبب المبني عليه الطلب، ومعنى هذا أنه يجوز للقاضي الوطني التدخُّل فى مرحلة لاحقة لصدور الحكم؛ أي: أثناء منح القوة التنفيذية، أو يصدر دعوى بطلان حكم التحكيم، ويترتب على ذلك أن الاتفاقية لم تُكسب اتفاق التحكيم قوة ذاتية خاصة به.

أمَّا أتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فقد أخذت بهذا المبدأ فى المادة ٣/٢ حيث نصَّت على أنه: «على محاكم الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع يصدر مسألة أُبرَم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم بالمعنى المقرَّر فى هذه المادة أن تحيل الأطراف للتحكيم».

كما أخذ القانون النموذجي ١٩٨٥ بهذا المبدأ فى المادة ١/٨ والتي تنصُّ على أنه: على المحكمة المطروح عليها نزاع ذلك أحد الطرفين فى موعد أقصاه تقديم بيانه الأوَّل فى موضوع النزاع ما لم يتضح له أن الاتفاق باطل أو عديم الأثر لا يمكن تنفيذه».

٢-أن يكون اتفاق التحكيم مثل القانون الفرنسي والتونسي فالقانون الفرنسي أخذ بهذا المبدأ فى مجال التحكيم الداخلي لكن هذا المبدأ ينطبق على التحكيم الدولي، ويجد مصدره فى الاتفاقيات الدولية التي وقَّعَت عليه فرنسا [1].

(1) - David(R):L'arbiTragedans Le commere international , opcit ,p294 eTs

نجد أن قانون التحكيم الفرنسي أخذ بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم فى مجال التحكيم الداخلي والدولي، ووضع ضوابط تُنظِّمه، وهي أنه على المحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص عند توافر الشرطين، وهما:

١-أن يكون اتفاق التحكيم غير ظاهر البطلان، فإذا ظهر للمحكمة من البحث الظاهري أن الاتفاق باطل وغير قابل للتطبيق فتستمر فى النزاع، ولا تقضي بعدم الاختصاص.

٢-أن يتم الدفع بعدم الاختصاص من جانب أحد أطراف الاتفاق، فلا يحقُّ من المحكمة أن تقضي به من نفسها فقد نصَّ قانون التحكيم الفرنسي الجديد ٤٨ لسنة ٢٠١١ مادة ١٤٤٨ علمًا «إذا تم طرح نزاع متعلِّق باتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها ما لم يكن قد تم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم، وكان يظهر أن اتفاق التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز لمحكمة الدولة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها...» [(١)].

موقف القانون المصري من طبيعة الدفع بالتحكيم:

نصَّ قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فى المادة ١٣ فقرة ١ على طبيعة الدفع بالتحكيم التي تنصُّ على أنه: « يجب على المحكمة التي يُرفع إليها نزاع يُوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفع فى الدعوى » ، وقد فضَّل جانب من الفقه موقف المشرع المصري الذي جعل الدفع بالتحكيم دفعًا بعدم قبول الدعوى؛ لأن الدفع بعدم الاختصاص يعني أن هيئة التحكيم هي المختصَّة بنظر النزاع دون قضاء الدولة، وهذا غير صحيح؛ لأن الأصل هو اختصاص القضاء, فالتحكيم لا يعني سلب ولاية القضاء من نظر الدعوى[(٢)].

---

(1) - Meziou (k) et mezghani (A) : le code Tunisien de L'arbitrage, op.cit,p.525.

(٢) -د. سميحة القليوبي: اتفاق التحكيم، محاضرة فى الدورة التي نظمها مركز التحكيم بكلية حقوق جامعة أسيوط، بعنوان: إدارة التحكيم، ديسمبر سنة ٢٠٠٧.

د. أحمد شرف الدين : الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره فى ضوء أحكام محكمة النقض، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٧، ص: ١٣.

يتضح من خلال ذلك أن قانون التحكيم المصري جعل الدفع بعدم القبول يجب إبداؤه قبل التكلم فى الموضوع، فى حين أن هذا الدفع يجوز إبداؤه فى أي حالة تكون عليها الدعوى، وهذا خروج عن الشريعة العامة فى الدفوع فالدفع بعدم الاختصاص هو الذي يجب إبداؤه قبل التحدُّث فى الموضوع وإلا سقط الحقُّ فيه، فكان رأي الفقهاء أنه كان الأفضل للمُشرع المصري أنه إذا أراد أن يجعل هذا الدفع دفعًا بعدم القبول فكان الأفضل أن يرتِّب عليه آثاره المعروفة فى القانون الإجرائي، وأن يجعله مباحًا فى أي مرحلة فى الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أمَّا إذا أراد أن يكون الدفع أوَّل ما يبدأ فى الدعوى أمام المحكمة أن يجعله دفعًا بعدم الاختصاص[١].

وقد خالفَت محكمة النقض المصرية الشريعة العامة الإجرائية فى شأن طبيعة الدفوع حيث ذهبَت محكمة النقض المصرية فى حُكم لها قالت فيه: إن الدفع بعدم قبول الدعوى؛ لوجود شرط التحكيم لا يُعَدُّ دفعًا موضوعيًّا مما ورد ذكره فى المادة ١١٥فقرة ١ مرافعات[٢].

(١) - د. أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – مرجع سابق، ٥٠١.
د. محمد حلمي : اتفاق التحكيم كأثر مانع لقضاء الدولة- رسالة ماجستير، كلية حقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٨، ص: ٧٨.
د. صلاح الدين جمال الدين و د. محمود مصليحي : الفاعلية الدولية لقبول التحكيم فى منازعات التجارة الدولية – دار الفكر الجامعي الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤، ص: ١٩.

(٢) - راجع: الطعن رقم ٨٢٠ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٥، مجموعة أحكام النقض الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية ومن الدوائر المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، السنة ٥٣، الجزء الثاني من مايو إلى ديسمبر سنة ٢٠٠٢، ص: ١٠٧٨.

المبحث الثالث

استقلال شرط التحكيم فى عقود الغاز

يذهب الاتجاه الحديث فى الفقه والقانون إلى أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي حيث يختلف محل العقد عن محل شرط التحكيم, فمحل العقد الأصلي يهدف لتحديد المراكز القانونية من خلال تحديد التزامات وحقوق الأطراف، أمَّا محل شرط التحكيم فهو عمل إجرائي يهدف لحلِّ المنازعات التي تنتج عن العقد [١].

فأصبح مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرَّة فى التحكيم التجاري الدولي وقد قرَّرته قوانين التحكيم الوطنية واتفاقيات التحكيم الدولية، فكان يرد شرط التحكيم كبند من بنود عقود الغاز والبترول، فهو جزء لا يتجزَّأ من العقد، لكن التحكيم التجاري اعتنق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمَّنه، وأصبح استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مبدأ مستقرًا فى التحكيم التجاري الدولي [٢].

أوَّلًا: تعريف مبدأ استقلال شرط التحكيم:

يقصد باستقلال اتفاق التحكيم: عدم تعلُّق شرط التحكيم أو مُشارطة التحكيم من حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي، فلا يترتب على بطلان أو عدم صحة العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم إلا أن يكون سبب البطلان هنا يشمل شرط التحكيم [٣].

وعبَّر الفقه عن الاستقلالية بأن شرط التحكيم الوارد كبند من بنود العقد هو بمثابة عقد قائم بنفسه رغم أنه ليس إلا جزءًا من داخل العقد الأصلي [٤].

---

(١) - د. ماهر محمد صالح : اتفاق وحكم التحكيم فى منازعات التجارة الدولية – مرجع سابق، ص: ١٨٠.
د. ناجي عبد المؤمن : مدى جواز الاتفاق على التحكيم، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٢، ص: ٦٧.
د. رضا محمد عبيد، شرط التحكيم فى عقود النقل البحري – مرجع سابق، ص: ٢١.

(٢) -منشور باللغة الإنجليزية على الموقع الإلكتروني
http://www.jus.uio.no/Im.europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961

(٣) - د. أحمد إبراهيم عبد التواب : اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به- دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة ٢٠١٣، ص: ١٢٠.

(٤) - د. محمد عبد الظاهر حسين : اتفاق التحكيم، بحث مقدم للمؤتمر العلمي التاسع –كلية الحقوق جامعة أسيوط بعنوان: التحكيم بين الواقع والمأمول – الفترة من ٢٨ – ٢٩ أبريل ٢٠١٥، ص: ٧٣٧.

استقلال شرط التحكيم يُقصد به: قابلية شرط التحكيم باستقلاله أو انفصاله عن العقد الذي يتضمَّنه؛ نظرًا لما يتمتَّع به شرط التحكيم من ذاتية خاصة عن هذا العقد، فلا شأن لعقود الغاز بما قد يُصيب شرط التحكيم من فسخ أو بطلان، فلا يُؤثر ذلك على العقد الأصلي نفسه، وكذلك لا شأن لشرط التحكيم بما يتعرَّض له عقد الغاز من فسخ أو بطلان [١].

مما سبق يتضح أن الاستقلال معناه أن شرط التحكيم يُعَدُّ عقدًا قائمًا بنفسه مستقلًا عن العقد الأصلي الذي يتضمَّنه بالرغم من أنه جزء منه أو أحد بنوده، معنى ذلك أننا أمام عقدين: العقد الأصلي وعقد اتفاق التحكيم.

ثانيًا: شروط صحة استقلال التحكيم:

يُشترط لصحة استقلال شرط التحكيم أن لا يشوبه عيب يُؤدي لفسخ الاتفاق أو يؤدي للبطلان، وهذه القاعدة مقرَّرة لحماية شرط التحكيم الصحيح من البطلان، فهناك عيوب الإرادة التي تُصيب العقد نفسه وتُصيب شرط التحكيم بالرغم من الاستقلال، فإذا كان الخطأ فى شخص المتعاقد فى العقد الأصلي فإنه يمتدُّ إلى شرط التحكيم؛ لوحدة الشخص فى العقدين، فسبب بطلان شرط التحكيم هو عيبٌ أصاب الشرط فى نفسه، أما الخطأ فى القيمة فلا يمتدُّ إلى شرط التحكيم[٢]، كذلك الإكراه على التوقيع على العقد المتضمن شرط التحكيم يُبطل العقد والشرط، وسبب بطلان التحكيم هو عيب الرضا، وهو عيبٌ يُصيب الشرط نفسه [٣].

ثالثًا: استقلال شرط التحكيم فى عقود الغاز:

أقرَّت بعض عقود الغاز والبترول مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، مثال ذلك فى عقود البترول القديمة: عقد مصر والشركة الدولية للزيت

(١) - د. أحمد إبراهيم عبد التواب : اتفاق التحكيم – مرجع سابق، ص: ١٢٣.
د. نريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم – مرجع سابق، ص: ١٠٦.
د. برهام محمد عطا الله : اتفاق التحكيم – مرجع سابق، ص: ٢٢.

(٢) - د. محمود السيد عمر : أنواع التحكيم وتميزه عن الصلح والوكالة والخبرة – دار المطبوعات الجامعية – الإسكندرية، سنة ٢٠٠٢، ص: ٨٤.
د. مناحي خالد محمد : أثر النظام العام على اتفاق التحكيم – مرجع سابق، ص: ٣٢٦.

(3) - Fouchard(PH): Le reglementd'arbitrage. Clunet. 106.1979.p.837.cass.Civ.10 julet 1990. Culent,119,1992,p.172,note Loquin (E

المعدني (بتروبل)، حيث تنصُّ المادة ٢٣/ط على أنه: «تستمر النصوص الخاصة بالتحكيم فى هذه الاتفاقية سارية المفعول على الرغم من انقضاء الاتفاقية نفسها»، وكذلك نصَّت على أن الشرط يسري رغم انتهاء الاتفاقية، وهذا فى البلاد العربية والشرق الأوسط، وورد ذلك فى اتفاقية إنشاء خط أنابيب بين سوريا واتحاد الشركات البريطانية، ونصَّت عليه معظم اتفاقيات النفط فى العراق، وهناك عقود خصوصًا عقود الغاز والبترول الحديثة لا نجد ذكرًا لهذا المبدأ، والسبب فى ذلك أن هذا المبدأ أصبح معترفًا به فى قوانين التحكيم، وتخضع هذه العقود لمبدأ استقلال شرط التحكيم بعد اعتماده من قوانين واتفاقيات التحكيم الدولية [١].

ومن الأحكام التي أكَّدَت مبدأ استقلالية شرط التحكيم: فى ليامكو أكَّد المحكم mahmassani على مبدأ الاستقلال قائلًا: «إن شرط التحكيم سواء فى الممارسات العملية أو فى القانون الدولي يظلُّ باقيًا بعد الإنهاء المنفرد للعقد بإدارة الدولة على حاله، ولا ينتهي مع العقد ويظلُّ ساري المفعول حتى بعد الفسخ» وهذا يعني استقلال الشرط عن باقي بنود العقد [٢].

فأحكام التحكيم أقرَّت باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يُصيب الشرط ببطء على العقد من إنهاء بإرادة الدولة، ويستمر العمل بشرط التحكيم، ويقوم المحكم بإنهاء النزاع.

رابعًا: النتائج التي تترتَّب على استقلال شرط التحكيم:

١-الاستقلال القانوني لشرط التحكيم:

يترتَّب على استقلال شرط التحكيم أن يخضع شرط التحكيم لقانون غير الذي يخضع له عقد الغاز، فيُمكن لأطراف العقد الاتفاق على أن يخضع العقد الأصلي لقانون وشرط التحكيم لقانون آخر، ويمكن للقاضي أن يُطبِّق على اتفاق التحكيم قانونًا غير القانون الذي يحكم العقد.

(١) - صادرة بالقانون ١٦ لسنة ١٩٧٨ بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركة الدولية للزيت المصري، ومنشورة فى الجريدة الرسمية، العدد ٩ تابع ٢ مارس ١٩٧٨.

(٢)-راجع: حكم ليامكو.

Rev.Arb.1980- NI.PP.132.191.spec pp.144-145.

والقانون الذي يخضع له شرط التحكيم قد يكون هو نفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وقد يكون قانونًا أجنبيًا أو وطنيًا، وقد يخضع شرط التحكيم للقانون الدولي العام، وقد يخضع الشرط بناء على الاستقلال لقواعد لا تنتمي لقانون معيَّن [١].

فقد أصبحَت المبادئ العامة للتجارة الدولية وعاداتها تُشكِّل الآن قانونًا معترفًا به هو القانون التجاري الدولي الذي يحكم شرط التحكيم، وقد يكون مستقلًا عن كل القوانين الوطنية، فشرط التحكيم قد يكون مستقلًا عن كل القوانين الوطنية، وهذا يُبرِّر تطوُّر قانون التحكيم الدولي، وهذا أكَّدَته عديد من أحكام التحكيم، لكن إذا كان شرط التحكيم مستقلًا عن كل القوانين الوطنية إلا أنه لا يعني أنه يتفادى كل نظام قانوني، فقد أصبحَت المبادئ العامة للتجارة الدولية وعاداتها تُشكِّل الآن قانونًا معترفًا به هو القانون التجاري الدولي الذي يحكم شرط التحكيم [٢].

وهناك أحكام ذهبَت إلى أن الذي يحكم صحة شرط التحكيم قواعد غير وطنية، وليس قانونًا وطنيًا معيَّنًا، فأي نزاع خاص بمدى صحة شرط التحكيم يتمُّ حسمه على أساس المبادئ العامة للقانون وأعراف التجارة الدولية، مثال ذلك: حكم تحكيم النزاع بين الشركة الإيرانية نيوك والشركة الفرنسية الف إكتين فى عام ١٩٨٢، حيث انتهى الحكم إلى أن اتفاق التحكيم يخضع للمادة ٤١ فقرة ٥ من العقد، حيث تنصُّ على أن المحكم الوحيد أو هيئة التحكيم يمكنه تأسيس حكم التحكيم على اعتبارات العدالة ومبادئ القانون المعترف بها دون أن يكون ملزمًا بتطبيق قاعدة قانونية معينة [٣].

---

(١) - د. حسن محمد سليم: النظام القانوني للتحكيم فى إطار المجموعة العقدية – رسالة دكتوراة كلية حقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٧، ص: ٢٤٦.

د. عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص: ١٥٦.

د. بشار محمد الأسعد: مرجع سابق، ص: ٣٩٥.

د. عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم - مرجع سابق، ص: ١٦٩.

د. عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص: ١٥٧.

(2) - GAUDEMENT-TAllON,(H):NoTeSurlarrete de cour de cassation Lerch.civ 2o dec.1993,municipalit de khoms Elmergeb C-socieT.OP.Cit.P.117 - Fouchard(PH)Gaillard(E).Goldman(B):TraiTe de LarbiTrage Commercial international OP.ciT.p.229

(٣) - د. عبد السلام عبد الله قائد : شرط التحكيم فى عقود النفط – مرجع سابق، ص: ٢٥١.

٢-اختلاف مصير شرط التحكيم عن مصير العقد الأصلي:

لا يلقى اتفاق التحكيم نفس مصير العقد بالرغم من أن اتفاق التحكيم جزء من العقد الأصلي، وبالرغم من أن الرضا بشرط التحكيم هو نفس الرضا بالعقد الأصلي، فاختلاف مصير الشرط هو عملية تحصين لشرط التحكيم ضد أسباب عدم الصحة التي قد تؤثر على العقد [١]، وأي عيب يُصيب شرط التحكيم لا يُؤثِّر على العقد الأساسي طالما لم ينله عيبٌ من عيوب الرضا، وقد أقرَّ القضاء الفرنسي هذه النتيجة، فمن أهم النتائج التي تترتَّب على استقلال الشرط أن بطلان الشرط لا يُؤثِّر على مشروعية العقد [٢].

يذهب رأيٌ من الفقه إلى رفض التفرقة بين العقد الباطل والمنعدم، فاستبعاد اختصاص المحكم بحجَّة أن أحد الأطراف يدعي عدم وجود عقد أصلي من شأنه أن يفتح باب التحايل على مبدأ الاستقلال، وذهب رأيٌ آخر للفقه إلى وجوب التفرقة بين العقد الباطل والعقد المنعدم، فاتفاق التحكيم لا يتأثَّر بالعقد الباطل، فهو مستقلٌ ولا يتأثر بمصير هذا العقد، أمَّا فى حالة العقد المنعدم فمبدأ الاستقلال لا يمكن التمسُّك به [٣].

ويترتَّب على هذا الرأي أن شرط التحكيم يكون باطلًا فى حالة العقد المنعدم، أمَّا فى حالة العقد الباطل فالشرط مستقلٌ عن العقد الباطل وينتج آثاره، وهذا الرأي تتفق معه الباحثة.

وأهمية هذا الرأي فى الوقت الحاضر نجدها فى قضية غاز إسرائيل، فبناء على حكم محكمة القضاء الإداري يُعَدُّ العقد المبرم مع إسرائيل عقدًا منعدمًا، ومن ثم شرط التحكيم الوارد فيه باطل ولا يُعمل به، ومن ثم لا يحقُّ لشركة غاز الشرق اللجوء إلى التحكيم فى مركز تسوية منازعات الاستثمار فى واشنطن، وسبب انعدام العقد هو الغبن الواضح الذي على مصر فى صفقة تصدير الغاز لإسرائيل، وكذلك عدم عرض العقد على مجلس الشعب للتصديق عليه بالمخالفة للدستور، فالعقد ينصبُّ على الثروات الطبيعية.

---

(١) - د. كيلاني عبد الراضي : استقلال اتفاق التحكيم بعد الإفلات من جاذبية العقد الأساسي إلى الدوران فى القواعد الوطنية الآمرة وقواعد النظام العام الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي التاسع لكلية حقوق جامعة أسيوط تحت عنوان: التحكيم بين الواقع والمأمول، الفترة من ٢٨- ٢٩ أبريل سنة ٢٠١٥، ص: ٦٨.

(٢) - د. ماهر محمد صالح : اتفاق وحكم التحكيم فى منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص: ١٨٤.

(٣) - د. سراج حسين أبو زيد : التحكيم فى عقود البترول – مرجع سابق، ص: ٢٢١ و٢٢٢.

خامسًا: موقف أحكام التحكيم من مبدأ استقلال شرط التحكيم:

أقرَّت أحكام التحكيم فى عقود الغاز والبترول استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يتأثَّر الشرط بما يطرأ على العقد من إنهاء بإرادة الدولة، بل يستمرُّ العمل بشرط التحكيم، ويقوم المحكم بحسم النزاع، وكانت أحكام التحكيم صريحة فى أن شرط التحكيم الوارد فى العقد مستقلٌ عن باقي شروط العقد، فلا يتأثر بما يُصيب العقد من بطلان أو انتهاء أو فسخ، ولقد أكَّدَت أحكام التحكيم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والنموذج على ذلك:

- تحكيم ليامكو: أكَّد المحكم mahmassani على مبدأ استقلال شرط التحكيم قائلًا: «إن شرط التحكيم سواء فى الممارسات العملية أو فى القانون الدولي يظلُّ باقيًا بعد الإنهاء المنفرد للعقد بإرادة الدولة على حاله، ولا ينتهي مع العقد، ويظل ساري المفعول حتى بعد الفسخ، وهذا يعني استقلال الشرط عن باقي بنود العقد [١].

- تحكيم الف إكتين والشركة الوطنية الإيرانية للبترول:

ذكر المحكم Bernhard gonarad « أن شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته بما تدعيه الشركة الإيرانية من أن العقد يُعَدُّ باطلًا بأكمله، وكأن لم يكن، هذا من عدم المساس بما قد ينتهي إليه أي حكم يصدر فى المستقبل ويتعلق بالبطلان المحتمل للعقد، وعدَّه وكأن لم يكن على نحو ما تدعي الشركة الإيرانية » [٢].

وانتهى المحكم إلى الاعتراف بالاختصاص لنفسه وذلك استنادًا إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم، وأكَّد المحكم أن القانون الدولي الذي يحكم عمليات التحكيم يعترف أن شرط التحكيم يستمرُّ ليكون نافذ المفعول حتى بالرغم من دفع أحد الأطراف أن العقد المتضمن هذا الشرط عقد باطل وغير شرعي.

(١) - صادرة بالقانون ١٦ لسنة ١٩٧٨ بين جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول والشركة الدولية للزيت المصري، منشورة فى الجريدة الرسمية العدد ٩ تابع ٢ مارس ١٩٧٨.

(2) - Seentence arbitralepreliminairerendue a copenhague le 14 janvier1982,entre if Aquitaine et national Iranian oil company , Rav. Arb, 1984,p.401 etss. Spec.p.413 et 418.No.35.

«la clause d'arbitrage lie les parties et peutpoursuivesseseffetssansquesa force estNulle et non avenue abinitie. Cette conclusion ne prejudge en aucunefacon le resultatd'une decision future concernant le caractereeventuellementnul et non avenue ge la convention, ainsique le pretend NIOC

- تحكيم تكساكو ضد الحكومة الليبية:

تمسَّك دفع الحكومة بأن التأميم الذي قامت به الحكومة الليبية وضع نهاية لعقد الامتياز المبرم بين الشركة والحكومة، وأن شرط التحكيم جزء من العقد، وقد انتهى مفعول هذا الشرط مع نهاية العقد، إلا أن المحكم duppy رفض ذلك الدفع الذي يرمي إلى إنهاء التحكيم، وأقرَّ باختصاصه بالفصل فى النزاع استنادًا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم [1].

(١) - د. عبد السلام عبد الله قائد : شرط التحكيم فى عقود النفط والغاز، رسالة دكتوراة كلية حقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٩، ص: ٢٥١.

الخاتمة

يترتَّب على التحكيم أثر اقتصادي كبير، فالدول النامية قامت بتطوير نظامها القانوني فوضعَت قانونًا للتحكيم، فهي كانت سابقة غيرها فى جذب الاستثمارات الأجنبية, وأصبح اتفاق التحكيم سمه تتسم بها عقود الطاقة، وأصبح شرط التحكيم وسيلة تُساعد على سرعة إبرام هذه العقود بين أطراف التعاقد, واستقرَّت عقود الغاز والبترول على إدراج التحكيم فى هذه العقود كوسيلة لفض وحسم المنازعات الناشئة عنها.

وتقرُّ نصوص القانون المصري بالدفع أمام القضاء بعدم قبول الدعوى؛ لوجود اتفاق التحكيم، والدفع بعدم اختصاص القضاء بنظر الدعوى، وهذا الدفع فى أي مرحلة كانت عليها الدعوى, وجعل أحقية القضاء القول بذلك من تلقاء نفسه, ويترتَّب على اتفاق التحكيم آثار قانونية، وأهمها:

أولًا: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم الذي يتمثل فى التزام الأطراف بالاتفاق المبرم بينهم، وعرض النزاع الناشئ بينهم والمتفق بشأنه على التحكيم على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه.

ثانيًا: الأثر السلبي المانع للقضاء من نظر الدعوى المتفق على تسويتها عن طريق هيئة التحكيم التي فوَّضها الأطراف لحسم النزاع محل التحكيم، وقد وضع المشرع ضوابط تحكم الأثر السلبي أخذت به معظم القوانين, فإذا لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة على الرغم من وجود اتفاق تحكيم جاز للطرف الآخر التمسُّك بوجود اتفاق على التحكيم، وذلك لمنع القضاء من نظر النزاع والفصل فيه.

كما وجدنا أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه تبين لنا أن اتفاق التحكيم يتمتَّع بالاستقلال التام عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وهذا ما أكَّده المشرع المصري صراحة بموجب المادة ٢٣ من قانون التحكيم, فلا يتأثر بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء، فالهدف من مبدأ الاستقلال تحصين اتفاق التحكيم من كل عيب يلحق العقد الأصلي, ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم يجد مجاله عند تقدير صحة اتفاق التحكيم.

يترتب على ما سبق التوصل إلى النتائج التالية:

١-التحكيم له أثر على المجتمعات الحديثة وله أثر اقتصادي كبير، فإدراج اتفاق وشرط التحكيم فى العقود المبرمة بين الأطراف يُعدُّ رغبة فى توفير الوقت والجهد فضلًا عن السرية، وكذلك اللجوء إلى محكم خبير ومتخصِّص فى مجال النزاع.

٢-تأكيد المشرع المصري وغيره من الدول على مبدأ استقلال التحكيم، وأكَّد على ذلك المبدأ نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم.

٣-إن أهم الآثار القانونية لاتفاق التحكيم هو الأثر السلبي المانع للقضاء من نظر الدعوى المتفق على تسويتها عن طريق التحكيم , الأثر المانع لاتفاق التحكيم أثرٌ للإرادة المشتركة لأطراف هذا الاتفاق، وعليه إذا لجأ أحد الطرفين إلى قضاء الدولة بالرغم من وجود اتفاق تحكيم يجوز للطرف الآخر التمسُّك بسبق الاتفاق على التحكيم لمنع قضاء الدولة من نظر النزاع.

٤- مبدأ استقلال التحكيم عن العقد الأصلي يتبين أنه لا يترتَّب على بطلان العقد الأصلي أو إنهائه أو فسخه أيُّ أثر على شرط التحكيم إذا كان الشرط صحيحًا.

نخلص من هذا البحث إلى التوصيات التالية:

١-العناية والحرص فى إعداد شرط التحكيم وصياغتة.

٢-إعداد المؤتمرات والندوات المحلية على كافة المستويات التي تدور حول أهمية التحكيم وترويج نظام التحكيم, وعقد المؤتمرات الدولية والندوات التي تعنى بتسوية المنازعات وحسم نزاعات عقود الطاقة بأنواعها وتدريسها بالجامعات، وخاصة كليات الحقوق وكليات هندسة البترول.

المراجع:

- د/ حماد مصطفى عزب : الاتجاهات الحديثة، بدون ناشر، سنة ١٩٩٦.

- د/ محمود مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٩٩.

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – الطبعة الأولى، دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٤.

- د/ ماهر محمد صالح : اتفاق وحكم التحكيم فى منازعات التجارة الدولية – رسالة دكتوراة، كلية حقوق جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٤.

- د/ رضا محمد عبيد : شرط التحكيم فى عقود النقل البحري – مجلة الدراسات القانونية كلية حقوق جامعة أسيوط، العدد (٦) يونيو سنة ١٩٨٤.

- د/ أحمد إبراهيم عبد التواب : اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به – دار النهضة العربية – القاهرة سنة ٢٠١٣.

- د/ نريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٩٦.

- د/ برهام محمد عطاللّه : اتفاق التحكيم فى ظل قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ مجلة التحكيم العربي – العدد الثاني يناير سنة ٢٠٠٠.

- د/ مناحي خالد محمد : أثر النظام العام على اتفاق التحكيم – رسالة دكتوراة، كلية حقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠١١.

- د/ عبد الحميد الأحدب : موسوعة التحكيم فى التحكيم الدولي – دار المعارف الجزء الثاني، سنة ١٩٩٨.

- د/ بشار محمد الأسعد : عقود الاستثمار فى العلاقات الدولية الخاصة – رسالة دكتوراة، كلية حقوق جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٤.

- د/ عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم الدولي – دار المعارف – الجزء الثاني، سنة ١٩٩٨.

- د/ عبد الحميد الأحدب : موسوعة التحكيم الدولي – دار المعارف – الجزء الثاني، سنة ١٩٩٨.

- د/ أحمد السيد الصاوي : الوجيز فى التحكيم طبقًا للقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية – بدون ناشر – الطبعة الثالثة، سنة ٢٠١٠.

- د/ سراج حسين أبو زيدة : التحكيم فى عقود البترول – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠١٠.

- د/ حسين عبد الماحي : التحكيم النظامي فى التجارة الدولية – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٣.

- د/ إبراهيم عبد التواب : صور اتفاق التحكيم واستقلاله – مجلة القانون والاقتصاد – العدد الثاني والثمانون، سنة ٢٠٠٩.

- د/ حماد مصطفى عزب : الاتجاهات الحديثة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، بدون ناشر، سنة ١٩٩٦.

- د/ حسين عبد الماحي : التحكيم النظامي فى التجارة الدولية – مرجع سابق.

- د/ عبد المنعم زمزم : الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل وبعد وأثناء انتهاء خصومة التحكيم – مجلة القانون والاقتصاد – العدد الثامن والسبعون، سنة ٢٠٠٧.

- د/ السيد محمد اليماني : اتفاق التحكيم التجاري فى قانون التحكيم المصري – محاضرة فى الدورة العامة للتحكيم – مركز الدراسات القانونية – كلية حقوق، جامعة أسيوط، فى الفترة من ٢٥ إلى ٢٠٠٥/١٢/٢٧.

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم الدولي – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٤.

- د/ محمود مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٩٩.

- د/ سراج حسين أبو زيد : التحكيم فى عقود البترول – مرجع سابق.

- د/ باسمة لطفي دباس : شروط اتفاق التحكيم وآثاره – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ٢٠٠٦.

- د/ محمود مختار بربري : التحكيم التجاري الدولي – دار النهضة العربية – القاهرة، سنة ١٩٩٩.

- د/ أحمد عبد الكريم سلامة : قانون التحكيم الدولي – مرجع سابق.