[1]جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي و البحث لعلمي
الجامعة المستنصرية
كلية القانون
ماجستير قانون الخاص

مبدأ الاختصاص بالاختصاص

بحث

اية خزعل فليح

اشراف

ا.م.د رباب حسين كشكول

[1]

المقدمة

أولاً: فكرة البحث

يُعد التحكيم **التجاري** أحد أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات بين الاطراف ، لما يوفره من سرعة ومرونة وسرية, ومن بين المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم, هو مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الذي يُمكّن هيئة التحكيم من الفصل في مسألة اختصاصها دون اللجوء الى المحاكم الوطني، بما يضمن سير الإجراءات دون تعطيل. ويثير هذا المبدأ توازناً دقيقاً بين استقلالية هيئة التحكيم من جهة، وحدود الرقابة القضائية من جهة أخرى.

ثانياً: أهمية البحث

تبرز أهمية هذا البحث في كونه يتناول مبدأً محورياً يمثل الضمانة الأساسية لفعالية التحكيم التجاري، خصوصاً في ظل غياب قانون تحكيم مستقل في العراق. فيسعى البحث إلى بيان كيفية التوفيق بين احترام إرادة الأطراف والمحافظة على هيبة القضاء الوطني.

ثالثاً: مشكلة البحث

يُشّكل غياب النصوص التشريعية التي تعرف مبدا الاختصاص بالاختصاص مشكلة كبيرة تتمثل في صعوبة تحديد مفهومه ، وبيان أساس هذا المبدا ومعرفة حدود سلطة المحكم في الفصل باختصاصه ، مما يشكل عقبة امام هيئة التحكيم لممارسة اختصاصها والفصل في النزاع المعروض امامها.

رابعاً: منهجية البحث

سوف يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي والمقارن من خلال دراسة النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم في قانون المرافعات العراقي مشروع قانون التحكيم العراقي

وتحليلها ومقارنتها بالتشريعات الأجنبية كقانون التحكيم المصري والقوانين الدولية كقانون النموذجي الأونسيترال

خامساً: خطة البحث

انسجاماً مع طبيعة الموضوع سيقسم إلى مبحثين رئيسين:

- **المبحث الأول: التعريف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص**

- **المطلب الأول:** ماهية مبدا الاختصاص بالاختصاص

الفرع الأول: تعريف مبدا الاختصاص بالاختصاص

الفرع الثاني: مبررات مبدا الاختصاص بالاختصاص

- **المطلب الثاني:** أساس مبدا الاختصاص بالاختصاص وأثاره

الفرع الأول : أساس مبدا الاختصاص بالاختصاص

الفرع الثاني: اثأر مبدأ الاختصاص بالاختصاص

- **المبحث الثاني: أحكام مبدأ الاختصاص بالاختصاص**

- **المطلب الأول:** موعد تقديم الدفع بعدم الاختصاص وطريقة صدور قرار المحكم

الفرع الاول: موعد تقديم الدفع بعدم الاختصاص

الفرع الثاني :طريقة صدور قرار المحكم بالاختصاص

المطلب الثاني: سلطة المحكم بأثارة الدفع بعدم الاختصاص بصورة تلقائية

الفرع الأول : سلطة المحكم في أثارة مسالة اختصاصه من تلقاء نفسه

الفرع الثاني: سلطة المحكم في أثارة مسالة اختصاصه في حالة عدم مثول احد الأطراف

المبحث الاول :مفهوم مبدا الاختصاص بالاختصاص

يعد الاختصاص بالاختصاص من اهم المبادئ الضامنة لفاعلية التحكيم فهو يقطع الطريق أمام الوسائل والاساليب التي تسعى إلى المماطلة والتأخير الأمر الذي يتعارض مع دور التحكيم في سرعة الفصل بالنزاعات وضمان حماية إرادة الأطراف التي اتجهت إليه لفض النزاعات التي قد تنشا بينهم باختيارهم ،ان دراسة مبدا الاختصاص بالاختصاص تستلزم التعرف على مفهومه واثاره لذا سنبين في هذا المبحث ماهية مبدا الاختصاص بالاختصاص في المطلب الأول والأساس المبدأ ا وثاره في المطلب الثاني

المطلب الأول: ما هي مبدا الاختصاص بالاختصاص

يُمثل مبدا الاختصاص بالاختصاص احد ابرز المبادئ أهمية في التحكيم التجاري الدولي لأنه يمنح هيئة التحكيم حق تقرير اذا كانت مختصة أو غير مختصة بالنظر في النزاع المطروح أمامها كما يضمن احترام إرادة الأطراف اللجوء للتحكيم ولهذه الأهمية لابد من بيان تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفقه القانون في الفرع الأول من هذا المطلب ثم بيان مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الفرع الثاني

الفرع الأول: تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص

نظرا لأهمية دور مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم التجاري فلابد من التعرف على المقصود بهذا المبدأ في النصوص التشريعية والآراء الفقهية ، وبمراجعة النصوص التشريعية الخاصة بالتحكيم سواء كانت وطنية أو دولية نجد

أنها لم تتضمن تعريفاً واضحاً وصريحاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص واكتفت بإشارات ضمنية له ،

فلم يبين قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ في نصوصه التي نضمت التحكيم التجاري تعريفاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، كذلك الحال في مشروع قانون التحكيم التجاري العراقي فهو الآخر لم ينص على تعريفاً صريحاً لهذا المبدأ رغم انه نظّم الأحكام الخاصة به في المادة (١٧) حيث نصت الفقرة الأولى (تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم وبطلانه أو عدم شموله بموضوع النزاع...) و يلاحظ أن مشروع قانون التحكيم أعطى هيئة التحكيم السلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها وهذا ما نهجته قوانين التحكيم المقارنة كقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وكذلك الحال في الاتفاقيات الدولية كاتفاقية واشنطن ١٩٦٥ والقانون النموذجي الأونسيترال ,الا ان هذه التشريعات لم تبين تعريفا مستقل لمبدا الاختصاص بالاختصاص على الرغم من بيان الاحكام التنظيمية للمبدأ من حيث وقت تقديم الدفع بعدم الاختصاص والطريقة التي يفصل بها المحكم بهذه الدفوع .

وقد أدى غياب تعريف دقيق وواضح لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون إلى فتح الباب أمام اجتهادات الفقهاء فمنهم من عرفه بانه صلاحية هيئة التحكيم في الاستمرار باجراءات التحكيم فلهيئة التحكيم ان تقرر كونها مختصة اوغير مختصة في موضوع النزاع ([1]) ,فستند هذا التعريف الى ان القانون منح حدود معينة

[1] انور علي احمد الطشي ,مبدا الاختصاص في الاختصاص في مجال التحكيم ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,ط1 2009,ص37

لممارسة هيئة التحكيم سلطتها فصلاحية المحكم هي حدوده القانونية التي رسمتها له نصوص القانون أو اتفاق التحكيم فيمارس صلاحيته استنادا لها,

وعرف مبدا الاختصاص ايضا بانه سلطة المحكم في الفصل بالنزاعات التي تثور حول اختصاصه كالنزاعات على عدم وجود اتفاق تحكيمي أو سقوطة أو بطلانه اوعدم شموله لموضوع النزاع([1]) ,والسلطة هنا تعني القدرة القانونية على اتخاذ قرار ملزم حول اختصاصه تستمد من القانون وتمارس من جهة مخولة بهذا الاختصاص بحكم القانون ،

كما عرف بانه حق لهيئة التحكيم في أن تنظر في المسائل المتعلقة باختصاصها ([2])، فاذا كان المبدا الاختصاص بالاختصاص حق فهومصلحة مقرره بحكم القانوني تمنح لحماية هيئة التحكيم من تدخل القضاء أو دفع الخصوم بعدم الاختصاص أي أن هيئة التحكيم تفصل في الاختصاص الذاتي لها، فاذا سمح لأطراف النزاع باللجوء للقضاء الدولة للفصل في الدفع بعدم الاختصاص فإن التحكيم سوف يعطل و يتوقف لحين الفصل بالدفع من قبل المحاكم الوطنية الامر الذي جعل قواعد التحكيم تمنح هيئة التحكيم هذا الحق للبت في اختصاصها .

بينما ميز البعض أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص من ناحية الرقابة القضائية ,فعرفه بانه سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه دون الخضوع إلى أي رقابة قضائية([3]) ,

وقد استندوا في ذلك إلى معنى المصطلح في (Kompetenz– Kompetenz) القانون الألماني والذي يعني سلطة المحكم في الفصل باختصاصه على نحو

---

[1] فاطمة صلاح الدين رياض ,سلطة المحكم في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في القانون الامريكي والمصري ,دار النهضة العربية ,القاهرة , الطبعة الاولى , 2010 ,ص 38

1حسن جاسم حسين ,استقلال شرط التحكيم ,دار الجامعة الجديدة ,ص118

1 عبدالسلام عبدالله قائد, شرط التحكيم في عقود النفط والغاز (دراسة مقارنة)رسالة دكتوراه ,كلية الحقوق ,جامعة القاهرة ,2011,ص 191

نهائي دون الخضوع لأي نوع من أنواع الرقابة ، لكن هذه السلطة المطلقة تم رفضها سواء في ألمانيا نفسها أو في غيرها من الدول فذهب جانب من أراء الفقهاء في فرنسا إلى استخدام مصطلح الولاية وليس الاختصاص للإشارة إلى اختصاص المحكم النسبي في الفصل اختصاصه و لخضوعه لرقابة قضائية من قبل المحكمة في ما يتعلق بقرار الصادر من هيئة التحكيم بشأن الاختصاص ([1]), اي ان هيئة التحكيم تمارس وظيفة قضائية نيابة عن الاطراف استنادا الى اتفاق التحكيم فهذه الولاية اصلها العقد وتمثل التفويض لهيئة التحكيم بالنظر باختصاصها .

ومما تقدم يمكننا تعريف الاختصاص بالاختصاص هو السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم النظر في مسألة اختصاصها والبت على الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود او بصحة او بطلان اتفاق التحكيم ,

كما ويمكن بيان عدة خصائص لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وهي:

1-إن لهيئة التحكيم سلطة البت في اختصاصها دون انتظار حكم القضاء

2-شمولية حكم المحكم في مسألة اختصاصه فيقرر رد الدفوع المتعلقة بصحة او بطلان اتفاق التحكيم أو عدم شمول موضوع النزاع

3-يستمد المحكم سلطتة في ممارسة اختصاصه الى نص تشريعي بالإضافة الى اتفاق التحكيم الذي اتجهت به إرادة الأطراف الى حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم

---

2 حفيظة السيد حداد ,الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ,منشورات الحلبي الحقوقية , 2010 ,ص229

الفرع الثاني : مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص

لقي مبدأ الاختصاص بالاختصاص اهتماماً واسعا في الأوساط الفقهية والتطبيقات العملية في مجال التحكيم ، بما يعكس اعترافاً بدوره المحوري في تنظيم المنازعات وللمبدأ مبرراته التي منحته الأهمية باعتباره وسيلة فعالة تضمن سرعة حسم المنازعات وعدم عرقلة أو تعطيل إجراءاتها ويمكن تلخيص مبررات قيام مبدأ الاختصاص بالاختصاص بما يلي:

1-تجسيدا لمبدا سلطان الارادة واحترام اتفاق الاطراف

احترام القضاء إرادة الأطراف الذين اختاروا التحكيم لفض نزعاتهم ،فلا تقتصر هذه الإرادة على الحكم في موضوع النزاع ، إنما تشمل جميع القرارات الأولية و التمهيدية الصادرة من هيئة التحكيم قبل الفصل في الدعوى والتي من أهمها الإقرار بثبوت اختصاص هيئة التحكيم([1])

2-تحقيق سرعة وفاعلية التحكيم

ان من أسباب اللجوء إلى التحكيم هو السرعة في الإجراءات تجنباً للإجراءات المعقدة في طرق حل النزاع الأخرى ، وفي هذا الصدد يتصدى مبدأ الاختصاص بالاختصاص لكل من يحاول تعطيل التحكيم أو إطالة أمد النزاع ، فلو أعطي القضاء العادي الصلاحية البت بالدفع بعدم الاختصاص فان ذلك سيؤدي في الكثير من الأحيان لسلب التحكيم هذه الميزة ، وهنا يقف الاختصاص بالاختصاص

[1])هدى سعدون لفتة, مبدا الاختصاص بالاختصاص في التحكيم مقال في مجلة كلية القانون جامعة القادسية سنة 2017 ,ص31

حائلاً أمام الطرف سيئ النية الذي يرغب في المماطلة وإضاعة الوقت ،وذلك بإعطاء حق لهيئة التحكيم في الفصل بالدفع المتعلقة باختصاصها([1])

3- تجنب تنازع الاختصاص القضائي

يمنع مبدأ الاختصاص بالاختصاص تنازع الاختصاص القضائي ، وذلك في حالة كون اطرف المنازعة من جنسيات مختلفة فتعترف إحدى الدول بسلطة المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بينما ترفض الدولة الأخرى مبدأ الاختصاص بالاختصاص وتقرير الاختصاص لقضاء الوطني الدولة وتلزم هيئة التحكيم بإيقاف التحكيم لحين الفصل بالدفع بعدم الاختصاص([2])

المطلب الثاني : اساس مبدا الاختصاص بالاختصاص واثاره

سنبين في هذا المطلب الاساس الذي استند عليه مبدا الاختصاص بالاختصاص في الفرع الاول ,والاثار المترتبه على الاخذ به في المطلب الثاني

الفرع الأول : أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

المراد بأساس المبدأ هو الفكرة الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الاختصاص بالاختصاص فذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار الأساس الاتفاقي لمبدأ

---

[1])محمد سمير المصري ,دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي ,رسالة ماجستير ,جامعة حلب ,كليو القانون ,2018,ص118

[2] حسن جاسم حسين ,مصدر سابق ,ص 121

الاختصاص بالاختصاص على اعتبار أن هذا المبدأ هو احد اثأر اتفاق التحكيم ونتيجة غير مباشرة لاستقلال شرط التحكيم لكن انتقد هذا الاتجاه في عدم تفسير أساس اختصاص المحكم في النظر باختصاصه إذا ما كان اتفاق التحكيم ذاته هو محل الطعن ([1]) ،وفي المقابل استقر رأي الفقهاء أن أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يستمد مصدره من اتفاق التحكيم إنما من قانون التحكيم في دولة المقر وفي قوانين الدول التي من المحتمل أن يعرض حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم إمام محاكمها بصدد تنفيذ حكم المحكم ،([2])إذ أكدت التشريعات التحكيمية إقرارها بصلاحية المحكم بنظر باختصاصه في نصوصها وهو ماكدته المادة (١٧) من مشروع قانون التحكيم العراقي (تفصل هيئة في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع...) وهذا النص يطابق تماما ما جاءت به المادة (٢٢) في قانون التحكيم التجاري المصري رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤) ،وكذلك الحال بالمادة (٢١) من قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ١٩٩٣ التي أشارت إلى اختصاص هيئة التحكيم لنظر بدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها. فكرست القوانين التي تنظيم التحكيم مبدأ الاختصاص المحكم في الفصل بمسألة اختصاصه ، وكذلك الحال في المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم ،فتعرضت معاهدة جنيف ١٩٦١ لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بشكل واضح في المادة (٥)(لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص ،ان يتخلى عن نظر المنازعة ،وله ان يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزء منه ...) وبينت معاهدة واشنطن ١٩٦٥ التي أنشأت البنك الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار ،قاعدة مماثلة للقاعدة

---

[1] حفيظة السيد حداد, المصدر سابق ,ص ٢٣٥

[2] غسان علي ,بتريسيا سلمان , مبدا الاختصاص بالاختصاص في التحكيم الدولي مقال في مجلة جامعة تشرين ,سلسلة العلوم الاقتصادية ,مجلد 43, العدد 2 ,سنة 2021

السابقة في المادة (٤١)والتي تنص على أنه (تعتبر محكمة التحكيم هي القاضي في اختصاصها)([1]) ويلاحظ من هذه النصوص اعتراف لهيئة التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص فجاءت العبارات مطلقة بحيث يمكن للمحكم الفصل في اختصاصه سواء كان الدفع مبنيا على عدم الصحة العقد الأصلي
أو اتفاق التحكيم ذاته ([2]),

أما اتفاقية نيويورك ١٩٥٨السنة الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية فلم تتعرض لمسألة الاختصاص المحكم بالفصل باختصاصه ولعل ذلك الأغفال من جانبها لهذه المسألة لأن الهدف المباشر المعاهدة هو توحيد شروط الاعتراف وتنفيذ احكم المحكمين([3])،

وقد أخذ بهذا المبدأ اختصاص المحكم صراحة قانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الاونسيترال فتضمنت المادة (١٦) يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك الاعتراضات التي تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو صحته ، ما اللوائح التحكيم المعمول بها لدى مراكز التحكيم ذات الطبيعة الدولية فأقرت مبدأ الاختصاص المحكم بالفصل باختصاصه ومنها لائحة التحكيم النافذة لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي فتضمنت المادة (٢٣)فأشارت إلى جواز هيئة التحكيم البت في اختصاصها ،وبنفس الاتجاه ذهبت لائحة التحكيم لغرفة تجارة باريس في المادة (٦)

---

[1] حفيظة السيد حداد, المصدر سابق , ص233

[2] علي احسان رحيم ,استقلال شرط التحكيم في القانون العراقي ,رسالة ماجستير ,الجامعة الإسلامية في لبنان ,كلية القانون , 2014 ,ص 80

[3] حفيضة السيد حداد ,مصدر سابق,ص 233

على ان النزاعات حول وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه فإن هيئة التحكيم الدائمة تمتلك سلطة تقرير اختصاصها ولو دفع أحد الأطراف أمامها بعدم الاختصاص ([1])

ونرى ان أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أساس قانوني سنده نص التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري لهذا المبدأ وانسجاما مع ما جاءت به نصوص المعاهدات والاتفاقات الدولية ولوائح التحكيم التي أكدت على مبدأ اختصاص المحكم في الفصل باختصاصه.

الفرع الثاني : اثأر مبدأ الاختصاص بالاختصاص

ان الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص يرتب اثأر وهي .الأول الإيجابي ويتمثل ذلك بمنح هيئة التحكيم الحق في القيام بدورها في الفصل بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في النزاع المعروض عليها، فيكون له الفصل في هذه الدفوع حتى ولو كانت مرتكزه إلى عدم وجود اتفاق تحكيم ،أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، دون توقف إجراءات التحكيم وقبل فصل قضاء الدولة بهذه الدفوع ،بمعنى آخر أن هذا الأثر يسمح للمحكم البت في مسألة اختصاصه بصفة تلقائية فلا ينتظر أن يمنحه قضاء الدولة هذا الاختصاص ،فمسالة اختصاص هيئة التحكيم ليست قاعدة اسبقيه يتمسك بها القضاء إذا ما عرض عليه النزاع ،أنما هي قاعدة أساسية مقررة لهيئة التحكيم أولا ولا يجوز لقضاء الدولة أن يتمسك بها .([2])

أما الأثر الثاني فيتمثل بالأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص فتمتنع بموجبه المحاكم الوطنية بالنظر في أي نزاع يوجد فيها شرط تحكيم, فبعد تشكيل هيئة التحكيم واتصالها بالنزاع تصبح وحدها المختصة بالاختصاص ،فبموجب مبدأ اختصاص المحكم يحجب اختصاص قضاء الدولة بشكل مؤقت عن النظر في

---

[1] انور على احمد الطشي ,مبدا الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم ,دار النهضة العربية ,القاهرة , الطبعة الأولى ,2009 ,ص 28

[2] رشا على الدين احمد , مبدا الاختصاص بالاختصاص امام هيئات التحكيم الدولية ,مقال في مجالة البحوث القانونية والاقتصادية , العدد 56 ,اكتوبر ,2014, ص 125

النزاع طالما مازالت خصومة التحكيم قائمة فيختص الحكم بجرد تعينه من الخصوم في حالة التحكيم الحر أو من خلال تعينه من قبل المؤسسة التحكيمية وفقا للقواعد المحددة لها ،ويمتد الأثر السلبي ليس على القضاء الوطني فقط بل على الأطراف بالتزامهم بعدم رفع أي نزاع في أي مسألة خاصة بالمنازعة عموما واختصاص المحكم خصوصا أمام المحاكم احتراما لمبدأ الاختصاص بالاختصاص فيجب على الأطراف أن يساهموا إنجاح العملية التحكمية التي لجوء ليها طوعا وافسح المجال ليمارس المحكم اختصاصه، ([1])

المبحث الثاني : أحكام مبدا الاختصاص بالاختصاص

يقوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص على منح المحكم سلطة تقرير ولايته قبل الخوض في موضوع النزاع، مع التزام الخصم الذي يتمسك بعدم الاختصاص بإبداء دفعه في ميعاد محدد ، ضماناً لاستقرار الإجراءات إضافة لذلك لابد من بيان الوقت تقديم الدفع بعدم الاختصاص والطريقة التي يصدر حكم المحكم بها وهوه ما سنبينه في المطلب الاول سلطة المحكم بأثارة الدفع بعدم الاختصاص بصورة تلقائية .المطلب الثاني

المطلب الأول: موعد تقديم الدفع بعدم الاختصاص وطريقة صدور قرار المحكم لضمان استقرار العملية التحكيم وعدم عرقلة إجراءاتها فقد نظمت أحكام الموعد تقديم الدفع بعدم الاختصاص من قبل اطراف النزاع وهو ما سنبينه في الفرع الأول والكيفية التي تحكم هيئة التحكيم في مسالة اختصاصها في الفرع الثاني

[1] محمد سمير المصري ,المصدر السابق ,ص119

الفرع الأول: موعد تقديم الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

سنادا إلى أحكام قانون المرافعات وما استقر عليه قضاء في المحاكم، تُقدَّم الدفوع الشكلية قبل الخوض في موضوع النزاع باعتبارها من المسائل السابقة على الفصل في أصل الحق ،والغاية من ذلك لعدم تشجيع الخصوم للانتظام قرب نهاية الخصومة لإبداء الدفوع الشكلية التي يترتب عليها إنهاء الإجراءات ، فاذا أبدى الخصم طلبا أو دفاعا موضوعيا سقط حق في الدفوع الشكلية ,أما في ما يتعلق في التحكيم التجاري فقد بيت المادة (١٧) من مشروع قانون التحكيم العراقي في الفقرة الثانية منه على (يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم لائحة الطرف الآخر ، ولهيئة التحكيم أن تقبل الدفوع المقدمة بعد الموعد المذكور إذا وجدت أسباب مقبولة تبرر ذلك)، فالأصل استنادا إلى النص المادة هو تقديم الدفع كحد أقصى تقديم لائحة الطرف الآخر لكن يرد استثناء إذا وجد المحكم أسباب مقبولة فيمكن أن تقبل الدفوع بعد الموعد الوارد في المادة (١٧)،

والمسالة هنا هل اعتبر المشرع الدفع بعدم الاختصاص من النظام العام ام لا ؟

الآصل ان الدفوع الشكلية أما تكون نسبية ليست من النظام العام ,اي فيها وقت معين لتقديمها ويترتب على عدم استعمال الحق خلال المدة المقررة قانونًا سقوط الحق في المطالبة به، وكذلك لا يجوز للمحكمة أثارتها من تلقاء نفسها ومثال ذلك الدفع لعدم الاختصاص المكاني للمحكمة ,أما الدفوع الشكلية المطلقة وهي من النظام العام التي تقدم في اي مرحلة من مراحل التقاضي وللمحكمة ان تثيرها من تلقاء نفسها في الحالات التي قد يغفل أو يتعمد الخصوم عدم الدفع بها كعدم الاختصاص الولائي والنوعي وهو ما نصت عليه المادة (73-74) في قانون المرافعات العراقي , أما في ما يخص الدفع بعد الاختصاص فالأصل ان المشرع لم يعتبرها من النظام العام فحددت بمدة معينة للدفع بعدم الاختصاص استنادا للمادة 17 من مشروع قانون التحكيم ,كما لم تتضمن المادة أنفا الى صلاحية المحكم بأثارة

الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه اذا ما وجد سبب يمنعه من ممارسة اختصاصه ,لكن بينت المادة 17 استثناء في الدفع بعدم الاختصاص بعد المدة المحددة له في حالة كانت هناك أسباب مقبولة للتأخير فيمكن قبول هذا الدفع,

أما قانون التحكيم المصري فميزت المادة (٢٣) في حالتين الأولى في حالة الدفع بعدم الاختصاص هيئة التحكيم المبنى على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه ،فميعاده لا يتجاوز ميعاد تقديم الدفع الأطراف الآخر المشار إليه في المادة (٣٠) من قانون التحكيم التجاري المصري والتي اشارت بالميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو تعينه هيئة التحكيم ، أما الحالة الثانية فهو الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف من مسائل أثناء النظر في النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، إضافة إلى ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع متأخر عن المدد المذكورة إذا رأت التأخير لسبب معقول ،([1])ويرتب في عدم تقديم هذه الدفوع في الميعاد المحدد أو الترتيب المشار إليه انقضاء الحق في إبداء الدفع ،كما أن هذا الدفوع ليست من النظام العام فلا يجوز أن تقضي هيئة التحكيم بنفسها بانقضاء هذا الحق، ([2]),

وتجدر الإشارة أن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية تضمنت الإشارة إلى ميعاد تقديم الدفع فتضمنت الاتفاقية الأوربية لسنة ١٩٦١ في المادة (٥) تعيين الوقت الذي يجوز تقديم الدفع بعد الاختصاص وهو إما قبل الحديث عن موضوع النزاع إذا كان الدفع متعلق بعد الاختصاص مستند إلى وجود اتفق تحكيمي أو سقوطه ،أما إذا كان الدفع بعد الاختصاص مستند إلى تجاوز هيئة التحكيم لحدود الاختصاص العدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المنظور فيجب إبداء الدفع فور عرض الأمر المدعى

---

[1] رشا على الدين احمد ,مصدر سابق ,ص ١٧٢

[2] حسن جاسم حسين ,مصدر سابق , ١٢٦

بخروجه عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم ، وفي حال تأخير الدفوع عن المواعيد السابقة يسقط الحق في تقديمه إلا إذا أقرت هيئة التحكيم أن سبب التأخير كان لعذر مقبول ،وجاء القانون النموذجي الاونستيرال بنص موافق مع نصوص الاتفاقية الأوربية ١٩٦١، في نص المادة ١٦ منها و أضافت كذلك بعدم امكانية منع أطراف النزاع من الدفع بعدم الاختصاص بحجة أنه عين المحكمين أو أسهم في تعينهم ، ومنحت المحكم الحق في إثارة مسألة الاختصاص من تلقاء نفسه دون انتظار تقديم الدفع من قبل أحد الأطراف وهو ما نصت عليه اتفاقية واشنطن أيضا وهي اضافة لم تتطرق ليها معظم قوانين التحكيم الو طنية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم،

،وبقي أن نشير أن اتفاقية القاهرة لتسوية النزاعات الاستثمار لسنة ٢٠٠٠ لم تتقيد بموعد الدفع بعدم الاختصاص وذهبت إلى قبول الدفع في أية مرحلة تكون عليها (إجراءات التحكيم)([1])

الفرع الثاني : طريقة الفصل هيئة التحكيم بالدفوع بعدم الاختصاص

تفصل هيئة التحكيم بالدفع المتعلقة بعدم الاختصاص بطريقتين ، فتكون الطريقة الأولى بحكم تمهيدي أولي وعادة يكون ذلك إذا رأت هيئة التحكيم أنها غير مختصة وبالتالي تفصل بالدفع بعدم الاختصاص حيث لا يكون هناك داعي للاستمرار في إجراءات التحكيم وإطالة النزاع ،والطريقة الثانية هو تأجيل الفصل في الدفوع بعدم الاختصاص وضمه إلى الحكم النهائي للفصل فيهما معا وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الشأن قرار رقم (١٤٥)لسنة (٦٨)ق، جلسة ٢٠٠٧ (أن الأصل أن تقضي هيئة التحكيم في الدفع بعدم الاختصاصات قبل الفصل في الموضوع كما

[1] رشا على الدين احمد, مصدر سابق , ص135

يجوز القضاء به مع الموضوع)([1]) ,كما أشارت المادة (١٧) من مشروع التحكيم التجاري العراقي بهذا الصدد في الفقرة الأولى بان هيئة التحكيم تفصل بقرار تمهيدي أو في حكم تحكيم النهائي الصادر حول موضوع النزاع ، وبينت الفقرة الثالثة المدد الخاصة بالطعن بقرار حكم المحكم في مسألة اختصاصه ، فإذ قررت هيئة التحكيم بحكمها التمهيدي أنها مختصة فللطرفين خلال (١٥)يوم من تاريخ إعلامه بذلك الطعن بالقرار المحكم أمام المحكمة المختصة ،والمحكمة تفصل خلال (٣٠)من تسجيل الطلب لديها ويكون قرارها باتا غير قابل للطعن والهيئة التحكيم إيقاف إجراءات التحكيم لحين البت في الطلب من قبل المحكمة .وجاءت هذه المادة منسجمة مع الفقرة (٢)من المادة (١٦)من القانون النموذجي الاونسيترال فتضمنت بأن يجوز لهيئة التحكيم الفصل في الدفع أما كمسالة أولية أو في قرار التحكيم النهائي ، وكذلك بينت المادة (١٦)من القانون النموذجي إذا رد الطعن بعدم الاختصاص من قبل هيئة التحكيم واقرت الهيئة باختصاصها بحكم تمهيدي يكون لأطراف عرض القرار أمام المحكمة المختصة خلال (٣٠) ويكون قرارها نهائي غير قابل الطعن ،وحتى يصدر الحكم من قبل المحكمة تستمر هيئة التحكيم قدما في الإجراءات التحكيم .

المطلب الثاني: سلطة المحكم بأثارة الدفع بعدم الاختصاص بصورة تلقائية

هناك حالات على المحكم أن يحسم الأمر باختصاصه ولا يقف صامت اتجاهه ويثير مساله اختصاصه تلقائيا وهذه الحالات تكون أما يقوم المحكم بأثارة مسالة

[1] حسن جاسم حسين ,مصدر سابق , ص 127

اختصاصه من تلقاء نفسه أو حاله تطبيق المحكم باختصاصه في حالة عدم مثول احد اطراف وسنبينها في فرعين

الفرع الأول: سلطة المحكم في أثارة مسالة اختصاصه من تلقاء نفسه

يجب على المحكم أن يعمل اختصاصه فيما يصح، وأن يقضي بعدم اختصاصه فيما لا يصح. وتتجلى هذه القاعدة في حالتين أساسيتين: الأولى عند التحقق من صحة اتفاق التحكيم، والثانية عند النظر في مشروعية موضوع اتفاق التحكيم.

فيما يتعلق بالحالة الأولى، والمتمثلة في صحة اتفاق التحكيم، فإن من أهم واجبات المحكم قبل الخوض في موضوع النزاع التأكد من سلامة اتفاق التحكيم وصحته. فإذا تبين له أن الاتفاق باطل، وجب عليه أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه بالنظر في النزاع، دون انتظار تقديم دفع من أحد الأطراف، وذلك تجنبًا للمساهمة بصدور حكم تحكيمي باطل ، وما يترتب عليه من إهدار للوقت والمال على أطراف النزاع, ([1])ويرى جانب من الفقه أن سلطة المحكم تقتصر على الفصل في مسألة عدم صحة الاتفاق دون الحكم ببطلانه، لأن مصدر سلطته هو الاتفاق ذاته، بينما الحكم ببطلان اتفاق التحكيم يدخل في اختصاص القضاء الوطني. وقد أخذ بهذا الاتجاه المشرع المصري، (2) [2]أما المشرع العراقي، فقد تبنى نهجًا مغايرًا في مشروع قانون التحكيم التجاري من خلال المادة (17)، إذ خوّل هيئة التحكيم النظر في اختصاصها والفصل في الاعتراضات المتعلقة بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته أو ببطلانه. ويُعدّ هذا الاتجاه أكثر دقة وصوابًا، لكون اختصاص هيئة

---

[1] نرجس البكوري ,مبد الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم طبقا لقانون 08/05.مقال منشور في مجلة التحيم العربية الدولية عدد مزدوج (3.4) ,2017 ,ص 48

[2] حسن جاسم حسين ,مصدر سابق ,ص 126

التحكيم يستمد أساسه من القانون وليس من اتفاق الأطراف فحسب، مما يمنحها سلطة الحكم ببطلان اتفاق التحكيم متى ثبت ذلك.(3)

أما الحالة الثانية، فهي المتعلقة بـ مشروعية اتفاق التحكيم. إذ يتعيّن على المحكم أن ينظر في موضوع النزاع ليتأكد مما إذا كان محل الاتفاق مما يجوز حسمه عن طريق التحكيم، أو يتعارض مع النظام العام. فإذا تبيّن له أن النزاع يمسّ النظام العام، وجب عليه أن يقضي بعدم اختصاصه حتى في حال عدم إثارة أي من الأطراف لدفع بهذا الخصوص. ويستند المحكم في ذلك إلى القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف، أو إلى قانون الدولة التي سينفذ فيها الحكم التحكيمي. وبناءً على ذلك، يتعين على المحكم أن يميّز بين المسائل التي يجوز فيها التحكيم، وهي ذاتها المسائل التي يجوز فيها الصلح وفقًا لأحكام المادة (254) من قانون المرافعات المدنية العراقي. فإذا تبيّن له أن موضوع النزاع يقع ضمن المسائل المستثناة من نطاق التحكيم، وجب عليه إعلان عدم اختصاصه.([1])

الفرع الثاني :سلطة المحكم في أثارة مسالة اختصاصه في حالة عدم مثول احد الأطراف

يتوجه أطراف النزاع إلى التحكيم استنادًا إلى اتفاق التحكيم المبرم بينهم، وهو ما يؤدي إلى نشوء موقفين محتملين بالنسبة لمشاركة الأطراف في الإجراءات التحكيمية. يتمثل الموقف الإيجابي في مشاركة جميع الأطراف في إجراءات التحكيم، بينما يشير الموقف السلبي إلى رفض أحد الأطراف المشاركة أو الامتثال

[1] المادة 254 من قانون المرافعات المدني العراقي رقم 83 لسنة 1969 (لا يصح التحكيم ألا في المسائل التي يجوز فيها الصلح . ولا يصح ألا ممن له أهلية التصرف في حقوقه ويجوز التحكيم بين الزوجين طبقا لقانون الأحوال الشخصية وأحكام الشريعة الإسلامية)

أمام المحكم، حيث يكون الهدف من عدم المثول غالبًا الإشارة إلى اعتراض الطرف على اختصاص المحكم بالنظر في موضوع النزاع.

ويرى بعض الفقهاء أن الاعتماد على عدم المثول كوسيلة لتحديد اختصاص المحكم يعد أسلوبًا غير مقبول([1])، إذ إن حضور أحد الأطراف لا يعني بالضرورة موافقته على اختصاص المحكم، ويحق للطرف الماثل تقديم دفوع بالاعتراض على اختصاص المحكم لاحقًا، أو أن يتخذ المحكم قرارًا بعدم اختصاصه تلقائيًا رغم حضور جميع الأطراف في حالة عدم مشروعية اتفاق التحكيم ومخالفته للنظام العام .

يعمل المحكم في هذه الحالة عدم حضور أحد الاطراف على التحقق من صحة اتفاق التحكيم، وإعلان اختصاصه إذا ثبت صحته، كما ينظر في أي مسألة تثار أثناء سير النزاع. ويبحث المحكم عن أسباب عدم مثول الطرف الآخر، فإذا كان السبب قوة قاهرة ، او مرضًا، أو جهلًا بموعد الإجراءات، يمنح المحكم الطرف المعني مهلة مناسبة للحضور وتقديم دفوعه. أما إذا لم يكن هناك مبرر مشروع وأصر الطرف على عدم الحضور، فإن المحكم يقرر عدم وجود مبرر لغيابه ويستمر في إجراءات التحكيم وفقًا للقواعد المعمول بها، وهو الاتجاة الصحيح حتى لايتخذ أحد الأطراف هذه المسألة كوسيلة لتعطيل إجراءات التحكيم وبالتالي انتهاء الهدف من سرعة وفاعلية التحكيم لفض للنزاعات ،

وفي الحالة الثانية، قد يقوم أحد الأطراف بتقديم النزاع للمحكم دون وجود اتفاق تحكيمي، على أمل أن يوافق الطرف الآخر لاحقًا على المشاركة في إجراءات التحكيم. في هذه الحالة، يتعين على المحكم اتخاذ قرار سريع ودون تأخير بعدم

[1] احمد ابو الوفا محمد , مشكله عدم الظهور أمام المحكمة العدل الدولية دراسة في اطار قانون الإجراءات الدولية, دار النهضة العربية ,القاهرة, 1985,ص42

اختصاصه بالنظر في النزاع نظرًا لغياب اتفاق تحكيمي، وتعد هذه الحالة من الاستثناءات النادرة في القضاء التحكيمي([1])

والجدير بالذكر انه يندر في قضاء التحكيم سعي الاطراف الى عرض نزاع امام المحكم مع التسليم بعدم وجود اتفاق تحكيم بينة وبين الطرف الاخر ([2])

ولابد من بيان ان قانون المرافعات العراقي وكذلك الحال مشروع قانون التحكيم لم يبين في نصوصه مسالة عدم مثول احد اطراف النزاع امام المحكم ,ومدى تاثير ذلك على اختصاص المحكم .

[1] انور علي احمد الطشي ,مصدر سابق ,ص200

[2] علي احسان رحيم .مصدر سابق ,ص 98

الخاتمة

اولا: النتائج

1-الاختصاص بالاختصاص هو السلطة الممنوحة لهيئة التحكيم النظر في مسألة اختصاصها والبت على الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود او بصحة او بطلان اتفاق التحكيم.

2-ُيمثل مبدأ الاختصاص بالاختصاص إحدى الدعائم الجوهرية لاستقلالية وفعالية التحكيم التجاري، إذ يمنح هيئة التحكيم سلطة البتّ في اختصاصها دون عرقلة .وتأخير أو يقاف إجراءات التحكيم بمجرد الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم

3_ التزام الأطراف بمواعيد محددة يثار فيها عدم الاختصاص والا اسقط الحق بالتمسك بهذه الدفوع

4_قد يثار الدفع بعدم اختصاص من قبل اطراف النزاع أو من هيئة التحكيم نفسها في حالة بطلان اتفاق التحكيم أو عدم مشروعيته

ثانيا :الاقتراحات

1. الإسراع في تشريع قانون تحكيم تجاري مستقل في العراق يحدد بوضوح مبدأ الاختصاص بالاختصاص ، انسجاماً مع الاتجاهات التشريعية الحديثة .
2. الاستفادة من التشريعات المقارنة، خصوصاً قانون التحكيم التجاري المصري ، لصياغة نصوص دقيقة تراعي الخصوصية الوطنية.
3. إعطاء مبدأ الاختصاص بالاختصاص الأهمية المناسبة في الدراسات القانونية وذلك لغرض الإلمام بكافة جوانبه القانونية .

أولًا: الكتب

1- احمد أبو الوفا محمد، مشكلة عدم الظهور أمام محكمة العدل الدولية دراسة في إطار قانون الإجراءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985،

2- أنور علي أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009،

3- فاطمة صلاح الدين رياض، سلطة المحكم في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في القانون الأمريكي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010،

4- حفيظة السيد حداد، الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص229.

5- حسن جاسم حسين، استقلال شرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة،

ثانيًا: بحوث والمقالات

1- رشا علي الدين أحمد، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمام هيئات التحكيم الدولية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 56، أكتوبر 2014،

2- هدى سعدون لفتة، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم"، مجلة كلية القانون جامعة القادسية، سنة 2017،

3- نرجس البكوري، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم طبقًا لقانون 08/05"، مجلة التحكيم العربية الدولية، عدد مزدوج (3-4)، 2017،

4- غسان علي، بتريسيا سلمان، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم الدولي"، مجلة جامعة تشرين، سلسلة العلوم الاقتصادية، مجلد 43، العدد 2، سنة 2021.

ثالثًا: الرسائل والأطاريح

1- عبدالسلام عبدالله قائد، شرط التحكيم في عقود النفط والغاز (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011،

2- علي احسان رحيم، استقلال شرط التحكيم في القانون العراقي، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية في لبنان، كلية القانون، 2014

3- محمد سمير المصري، دور القضاء الوطني في التحكيم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة حلب، 2018،