

الاجتهاد القضائي اللبناني

رقم 1- حكم تحكيمي صادر في الخارج بموضوع تحكيم داخلي - إمكانية اللجوء الى التحكيم بعد وضع المحكمة يدها على النزاع وعدم إثارة الدفع بعدم اختصاصها في بدء المحاكمة - اتفاقية نيويورك في المادة 2 فقرة 3 منها نصت على أن تقوم الدولة المتعاقدة بإحالة طرفي النزاع العالق أمامها الى التحكيم بناء على طلب أحدهما - الإتفاقية يمكن تطبيقها على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج بموضوع تحكيم داخلي - وجه شبه بين نصي المادتين 30 و 46 أ.م.م. ونص المادة 2 من اتفاقية نيويورك - مبدأ عام يقضي باعتراف كل دولة من الدول باتفاقية التحكيم الخطية - المحكمة العادية تحيل الفرقاء على التحكيم بناء على طلب أحدهم، حتى وإن يكن في تحكيم داخلي - الإختصاص التحكيمي أضحي اختصاصا نوعيا، بحيث يمكن إثارة الدفع بعدم الإختصاص أمام المحاكم العادية في حال وجود بند تحكيمي في أية مرحلة من مراحل المحاكمة.

مع تعليق للبروفسور فايز الحاج شاهين¹ (لبنان)

1 - عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة القديس يوسف في بيروت وذي شرفاً.

بالعودة الى أحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي انضم إليها لبنان بموجب القانون رقم 629 تاريخ 1997/4/23، فقد نصت هذه الاتفاقية في المادة 2 فقرة 3 على أن تقوم محكمة الدولة المتعاقدة بإحالة طرفي النزاع العالق أمامها الى التحكيم بناءً على طلب أحدهما، بحيث تكون بذلك قد أولت الإختصاص للقضاء التحكيمي، وليس للقضاء العادي؛

أن الفقه كان يعتبر في البدء أن الإختصاص العائد الى المحكم، وإن كان يشبه الإختصاص النوعي العائد الى المحاكم، إلا أنه لا يعادله بالوجه المطلق، بل بالوجه النسبي، بحيث إنه بحسب هذا الرأي يعتبر الإختصاص المعطى للمحكم باتفاق الأطراف أنه إختصاص نسبي، ومن ثم يكون للدفع بعدم الإختصاص الناشئ عن اتفاق التحكيم الطابع النسبي، وبالتالي يجب التمسك به في بدء المحاكمة، وقبل المناقشة في الموضوع، إلا أن الفقه عاد عن هذا التوجه لناحية وجوب اعلان عدم إختصاص المحاكم العادية في حال الإدلاء امامها بوجود بند تحكيمي مستأنساً بأحكام اتفاقية نيويورك، وإن يكن ذلك في تحكيم داخلي، خصوصاً أنه ورد في مقدمة اتفاقية نيويورك، ما يلي: "اتفاقية بشأن الإعترااف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها"، وهذا ما تؤكد من خلال نص المادة الأولى من هذه الاتفاقية، فإنه بالتالي لا يمكن القول ان هذه الاتفاقية اقتصرت على القرارات التحكيمية في تحكيم دولي فحسب، بل أيضاً يمكن تطبيقها على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج بموضوع تحكيم داخلي؛

يظهر وجه الشبه بين نصي المادتين 30 و 46 أ.م.م. ونص المادة 2 من اتفاقية نيويورك الذي وضع مبدأ عاماً يقضي باعتراف كل دولة من الدول المتعاقدة باتفاقية التحكيم الخطية التي يكون الفرقاء قد التزموا بموجبها أن يخضعوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي تنشأ أو قد تنشأ في ما بينهم...، وذلك كي تقوم المحكمة العادية بإحالة هؤلاء الفرقاء على التحكيم بناءً على طلب أحدهم حتى وإن يكن ذلك في تحكيم داخلي؛

إن الإختصاص التحكيمي أضحي إختصاصاً نوعياً، بحيث يمكن إثارة الدفع بعدم الإختصاص أمام المحاكم العادية في حال وجود بند تحكيمي في أية مرحلة من مراحل المحاكمة.

(محكمة الإستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، قرار رقم 2015/540، تاريخ

(2015/4/8)

.....

تبيّن أنّ المستأنفة السيدة ابتسام بدران، وكيلها المحامي الأستاذ وليد شحادة، استأنفت بتاريخ 2012/7/14 بوجه المستأنف عليه السيد أحمد صفا، الحكم الصادر عن القاضي المنفرد المدني في بيروت بتاريخ 2012/5/28، والمنتهي الى ردّ الدفع بعدم الإختصاص والزام المدعى عليها السيدة ابتسام بدران بأن تدفع للمدعي السيد احمد صفا صاحب مؤسسة صفا للإستشارات الفنية والمقاولات مبلغاً وقدره /52461/د.أ. مع الفائدة القانونية من تاريخ صدور الحكم، وحتى تاريخ الدفع الفعلي، وبردّ كل ما زاد أو خالف، ويتضمن المدعى عليها النفقات كافة؛

وتبيّن أنّ المستأنفة تعرض ما مفاده أنها بتاريخ 2006/6/15 تعاقدت مع المستأنف عليه ليقوم بتشييد فيلا على العقار رقم 3267/الدامور العائدة ملكيته اليها، وذلك بمبلغ /331130/د.أ.، إلا أنّ المستأنف عليه توقّف عن متابعة الأشغال بحجة أنه لم يستلم كامل المبلغ المتفق عليه...، وطلبت فسخ الحكم المستأنف واعادة نشر الدعوى واعطاء القرار بعدم استحقاق أي مبلغ للمستأنف عليه، واستطراداً الحكم بسقوط حق المستأنف عليه بمبلغ /45000/د.أ. كونه ترك المشروع ولم يسلمه...، وتدريب المستأنف عليه الرسوم والمصاريف؛

وأنّ المستأنف عليه أبرز بتاريخ 2012/9/20 لائحة جوابية بواسطة وكلائه الأستاذة عباس صفا ودينا زعينز وطالب صفا، طلب فيها ردّ الإستئناف في الشكل اذا تبين أنه غير مستوفٍ شروطه الشكلية، وفي الأساس:

- أ- ردّ السبب الإستئنافي الأول وتصديق الحكم لناحية التأكيد على صلاحية المحكمة للنظر في الدعوى.
- ب- ردّ السبب الإستئنافي الثاني وتصديق الحكم بإلزام المستأنفة بأن تدفع للمستأنف عليه مبلغ /52461/د.أ. مع الفوائد القانونية من تاريخ صدور الحكم، وحتى تاريخ الدفع الفعلي.
- ج- ردّ السبب الإستئنافي الثالث (الإستطرادي) وتصديق الحكم بإلزام المستأنفة بأن تدفع للمستأنف عليه مبلغ /52461/د.أ. مع الفوائد القانونية.
- د- إلزام المستأنفة بأن تدفع الرسوم والمصاريف والأتعاب.

وأنّ المستأنفة أبرزت بتاريخ 2015/3/5 لائحة مرفقة بعقد المقاوله، أدلت فيها بوجود بند تحكيمي وبأنها تتمسك به فيما أنّ صدور قرار اعدادي بهذا الخصوص عن القاضي المنفرد يجعل

الحكم المستأنف مخالفاً للمادة العاشرة من العقد وللبند التحكيمي ويقتضي فسخه لهذا السبب، وفي الأساس كررت سائر الأسباب والمطالب التي أدلت بها طالبة فسخ الحكم لوقوعه في غير محلّه القانوني، وفي الختام طلبت إعلان عدم اختصاص القضاء العادي في ظل ثبوت عدم تنازل المستأنفة عن البند التحكيمي، كما طلبت:

أولاً- في الشكل، قبول الإستئناف شكلاً لوروده ضمن الميلة القانونية مستوفياً سائر شروطه الشكلية؛

ثانياً- وفي الأساس، فسخ الحكم المستأنف لمخالفته قواعد الإختصاص الوظيفي. وإلا فسخه لمخالفته القانون والخطأ في تطبيقه، عندما اعتبر أن المستأنفة موقرة بتوجب المبلغ...

وفي المطالب بعد الفسخ:

1- رد الدعوى وإعلان عدم اختصاص المحكمة الوظيفي نظراً الى وجود بند تحكيمي مطلق ينفي اختصاص المحاكم العادية.

2- والآ ردّ الدعوى لعدم توافر اختصاص هذه المحكمة للنظر بمدى صحة أو بطلان البند التحكيمي كون الموضوع من صلاحية رئيس المحكمة الابتدائية سنداً للمادة 764 أ.م.م.

3- واستطراداً، رد الدعوى لعدم توجب المبلغ موضوع المطالبة كونه علّق تسديده على شرط استكمال الأعمال...

4- واستطراداً كلياً، الأخذ بالحجية النهائية، وهي متعلقة بالنظام العام، والتي يتمتع بها القرار التحكيمي الصادر في موضوع التحكيم...

5- تدريك المستأنف عليه الرسوم والمصاريف والأتعاب.

وأنه في الجلسة الأخيرة المنعقدة بتاريخ 2015/3/18 كرّر الطرفان، وختمت المحاكمة.

بناءً عليه

أولاً- في الشكل:

حيث إن المستأنفة تدلي بأنها تبّغت الحكم المستأنف بتاريخ 2012/6/25، فيما أنه لا شيء في الملف يثبت عكس ذلك، فيكون استئنافها المقدم بتاريخ 2012/7/14، وارداً ضمن المهلة

القانونية، وقد جاء مستوفياً سائر شروطه الشكلية المنصوص عنها في المادة 655 أ.م.م.، فيقتضي بالتالي قبوله شكلاً؛

ثانياً- في الأساس:

حيث إن المستأنفة عدلت مطالبها في لائحها الواردة في تاريخ 2015/3/5، لتعود وتدفع تحت السبب الإستئنافي الأول بعدم اختصاص القضاء العادي للنظر في الدعوى الحاضرة باعتبار أن النزاع يخضع للتحكيم، نظراً الى وجود بند تحكيمي في العقد المبرم بين الطرفين يقضي بوجود حل اي خلاف بينهما عن طريق التحكيم؛

وحيث إنه من مراجعة العقد المبرم بين الطرفين في تاريخ 2004/6/15، يتبين ان المادة العاشرة منه قد تضمنت بنداً تحكيمياً نصّ على ما يلي: "اذا نشأ اي خلاف لا سمح الله ما بين الفريقين، يعمد كل فريق الى تسمية محكم من قبله حيث يقوم المحكمان باختيار محكم ثالث لتأليف لجنة تحكيم تنظر في الخلاف وتفاصيله، توصلاً الى اصدار قرار تحكيمي، وفقاً للأصول القانونية يكون ملزماً للفريقين وغير قابل لأي طريق من طرق الطعن او المراجعة.

أما في حال تعذر تسمية وتعيين لجنة التحكيم الأنفة الذكر خلال مهلة شهر من تاريخ نشوب الخلاف، فيمكن للفريق الأكثر عجلة اللجوء الى القضاء المختص لتعيين محكم مطلق لتسوية الخلاف؛"

وحيث إن السؤال الذي يطرح في القضية الحاضرة يتمحور حول مدى امكانية اللجوء الى التحكيم في ظل وجود بند تحكيمي بعد وضع المحكمة العادية يدها على النزاع وعدم اثاره الدفع بعدم اختصاصها للنظر في النزاع في بدء المحاكمة وقبل الإدلاء بدفوع عدم القبول او الدفاع في الأساس؛

وحيث إن المسألة تتعلق بتحديد مدى الإختصاص العائد للمحكم في حال تم رفع النزاع امام القضاء العادي، بمعنى آخر ما هي طبيعة الإختصاص العائد للمحكم بالإستناد الى البند التحكيمي، وبالتالي هل هو اختصاص نوعي او نسبي؛

وحيث أنه تقتضي الإشارة الى أن هذه المسألة تطرح في التحكيم الداخلي وليس في التحكيم الدولي، إذ انه في الحالة الثانية وبالعودة الى أحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي انضم اليها

لبنان بموجب القانون رقم 629 تاريخ 1997/4/23، فقد نصت هذه الإتفاقية في المادة 2 فقرة 3 على أن تقوم محكمة الدولة المتعاقدة بإحالة طرفي النزاع العالق أمامها الى التحكيم بناء على طلب أحدهما، بحيث تكون بذلك قد أولت الإختصاص للقضاء التحكيمي وليس للقضاء العادي؛

وحيث إنه بالنظر لكون قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني لم يتضمن نصاً صريحاً على غرار المادة 1458 من قانون اصول المحاكمات الفرنسي حول جعل المحاكم العادية غير مختصة في نظر النزاع عند وجود بند تحكيمي لا يكون باطلاً بشكل واضح، فقد انقسم الرأي الفقهي حول طبيعة الإختصاص العائد للمحكم؛

وحيث إن الفقه كان يعتبر في البدء أن الإختصاص العائد للمحكم، وإن كان يشبه الإختصاص النوعي العائد للمحاكم، إلا أنه لا يعادله بالوجه المطلق بل بالوجه النسبي، بحيث إنه بحسب هذا الرأي يعتبر الإختصاص المعطى للمحكم باتفاق الأطراف أنه اختصاص نسبي ومن ثم يكون للدفع بعدم الإختصاص الناشئ عن اتفاق التحكيم الطابع النسبي وبالتالي يجب التمسك به في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع، إلا أن الفقه عاد عن هذا التوجه لناحية وجوب اعلان عدم اختصاص المحاكم العادية في حال الإدلاء أمامها بوجود بند تحكيمي مستأنساً بأحكام اتفاقية نيويورك، وإن يكن ذلك في تحكيم داخلي سيما وأنه ورد في مقدمة اتفاقية نيويورك ما يلي: "اتفاقية بشأن الإعراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها"، وهذا ما تأكد من خلال نص المادة الأولى من هذه الإتفاقية، فإنه بالتالي لا يمكن القول ان هذه الإتفاقية اقتصر على القرارات التحكيمية في تحكيم دولي فحسب، بل أيضاً يمكن تطبيقها على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج بموضوع تحكيم داخلي؛

يراجع بالنسبة للرأي الأول:

- ادوار عيد، موسوعة اصول المحاكمات، الجزء العاشر، رقم 52، صفحة 235 وما يليها.

يراجع بالنسبة للرأي الثاني:

- تعليق البروفسور ابراهيم فضل الله على قرار قاضي الأمور المستعجلة في بيروت، مجلة العدل 2011، عدد 1، صفحة 78 وما يليها، بعنوان:

وقد جاء فيه:

Du nécessaire respect par le juge des référés de la chose jugée en arbitrage.

II. La convention de New York du 10 juin 1958. aujourd'hui quasi-universelle, fait obligation aux Etats de donner effet à la clause compromissoire, et donc de se dessaisir de tout litige couvert par la dite clause (art. II).

وكذلك في الإتجاه نفسه، يراجع:

- Fadi Nammour, Droit et pratique de l'arbitrage interne et international, 2^e éd., no 305, p. 261-262 et no. 342, p. 286.

وحيث ما يعزّر الرأي حول اعتماد الوجية الثانية لناحية اعتبار الإختصاص التحكيمي بمنزلة الإختصاص النوعي للمحاكم العادية هو ما ورد في بعض نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية، من بينها نصّ المادة 30 بند 2، الذي جاء فيه: "يشترط لقبول الطلب الطارئ: أن لا يخرج النظر فيه عن الإختصاص الوظيفي أو النوعي للمحكمة الناظرة في الطلب الأصلي وأن لا يكون من اختصاص هيئة تحكيمية"، وكذلك ما نصت عليه المادة 46 أ.م.م. لناحية عدم قبول إدخال شخص ثالث للضمان امام المحكمة الناظرة في الدعوى الأصلية، اذا كانت دعوى الضمان خارجة عن اختصاصها الوظيفي او النوعي، أو إذا وجد بين الضامن والمضمون اتفاق يجعل حق النظر في قضية الضمانة من اختصاص محكمة أخرى أو هيئة تحكيمية؛

وحيث إنه مما يظهر وجه الشبه بين نصي المادتين 30 و 46 أ.م.م. ونصّ المادة 2 من اتفاقية نيويورك الذي وضع مبدأ عاماً يقضي باعتراف كل دولة من الدول المتعاقدة باتفاقية التحكيم الخطية التي يكون الفرقاء قد التزموا بموجبها أن يخضعوا للتحكيم جميع أو بعض النزاعات التي تنشأ أو قد تنشأ في ما بينهم...، وذلك كي تقوم المحكمة العادية بإحالة هؤلاء الفرقاء على التحكيم بناءً على طلب احدهم حتى وإن يكن ذلك في تحكيم داخلي؛

وحيث إنه من هذه الزاوية أيضاً، يبرز نص المادتين 30 و 46 أ.م.م. من قانون اصول المحاكمات المدنية على أنهما وضعا مبدأ عاماً يقضي بعدم قبول الطلب الطارئ، سواء أكان طلباً إضافياً مقدّماً من المدعي أو طلباً مقابلاً مقدّماً من المدعى عليه أو طلب تدخل أو ادخال، في المحاكمة اذا كان النظر فيه يعود لهيئة تحكيمية؛

وحيث إن المبدأ المذكور يعرض بالقاعدة العامة التي تنتج الإسترشاد به قياساً أو تأويلاً من أجل تطبيقه على الطلب الأصلي أو موضوع النزاع، وفقاً لما نصت عليه المادة 365 اصول

مدنية لناحية أنّ موضوع النزاع يتحدّد بمطالب الخصوم الواردة في الإستحضار واللوائح، ويجوز تعديله بطلبات طارئة تتوافر فيها الشروط المبينة في المادة 30؛

وحيث إنه يستنتج مما تقدم بيانه ان الإختصاص التحكيمي أضحي اختصاصاً نوعياً، بحيث يمكن إثارة الدفع بعدم الإختصاص امام المحاكم العادية في حال وجود بند تحكيمي في أية مرحلة من مراحل المحاكمة؛

وحيث إنه يقتضي قبول الدفع بعدم اختصاص القضاء العادي للنظر في الدعوى الحاضرة تبعاً لوجود بند تحكيمي يقضي بوجوب حل أي خلاف ينشأ بين الطرفين عن طريق التحكيم؛

وحيث إنه تأسيساً على ما تقدم، يقتضي إعلان عدم اختصاص هذه المحكمة للنظر في النزاع الراهن، وبالتالي فسخ الحكم المستأنف الذي توصل الي نتيجة مخالفة والحكم مجدداً ببرد الدعوى لعدم الإختصاص؛

وحيث إنه يقتضي رد سائر ما أثير من أسباب ومطالب أخرى زائدة أو مخالفة بما فيه طلبات العطل والضرر، إمّا لعدم الجدوى، وإما لكونها قد لقيت في ما سبق بيانه جواباً ضمناً.

لهذه الأسباب

تقرّر بالإجماع:

1. قبول الإستئناف شكلاً.
2. قبول الإستئناف في الأساس، وفسخ الحكم المستأنف ورؤية الدعوى انتقالاً والحكم مجدداً ببرد الدعوى لعدم الإختصاص.
3. رد سائر ما أثير من أسباب ومطالب أخرى زائدة أو مخالفة.
4. تضمين المستأنف عليه الرسوم والمصاريف القانونية كافة واعادة التأمين الإستئنافي الى المستأنفة.

قراراً صدر وأفهم علناً في بيروت بتاريخ 2015/4/8.

الكاتبة المستشار (عنانى) المستشار (شكر) الرئيس المنتدب (الياس)

تعليق البروفسور فايز الحاج شاهين (لبنان)

- 1- في الحالة التي تقام فيها دعوى امام محكمة الدولة، على الرغم من وجود اتفاقية تحكيم، بات من المألوف أن يدلي المدعي عليه بعدم اختصاص هذه المحكمة، كما بات من المألوف، في المقابل، ان يطعن المدعي، رداً على هذا الدفع، في وجود أو صحة أو فعالية اتفاقية التحكيم او في قابليتها للتطبيق.
- 2- طرحت أمام محكمة استئناف بيروت (الغرفة الثالثة) المسألة الاولى، أي مسألة إدلاء المدعي عليه بعدم اختصاص محكمة الدولة.
- أصدرت هذه المحكمة، في تاريخ 2015/4/8، القرار، موضوع التعليق، الذي قضى بأنه يحق للمدعي عليه الادلاء بهذا الدفع في أية حالة تكون عليها المحاكمة. لكن المسألة الثانية، أي مسألة المنازعة في اتفاقية التحكيم فلم تكن مطروحة.
- 3- في هذا التعليق سنتناول المسألتين معاً لأنهما متكاملتان.

اولاً- في الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعلّة وجود اتفاقية تحكيم:

- 4- لم يتضمن القانون اللبناني نصاً صريحاً متعلقاً بالدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة في حال وجود اتفاقية تحكيم² وذلك خلافاً للتشريعات التي تنظم التحكيم في القانون المقارن³.
- 5- هل يشكّل القانون اللبناني، بالنسبة الى هذه النقطة، حالة من حالات انقضاء النص "بمعنى الفقرة 3 من المادة 4 اصول مدنية ام حالة من حالات غموضه"، بمعنى الفقرة 2 من المادة 4 المذكورة؟

2- ادوار عيد - موسوعة اصول المحاكمات والاثبات والتفويض - الجزء العاشر (التحكيم) 1- فقرة رقم 52 صفحة 235.
3- مثل المادة 1458 القديمة والمادة 1448 الجديدة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسية والنصوص الصريحة الواردة في قوانين الدول العربية (حول التحكيم في البلدان العربية - يراجع عبد الحميد الاحدب - موسوعة التحكيم - التحكيم في البلدان العربية، لاسيما الكتاب الاول الذي يذكر النصوص المتعلقة بالدفع الناشئ عن الاثر السلبي لاتفاقية التحكيم، في الشريعة الاسلامية وفي 17 دولة عربية).

ففي الحالة الاولى يعتمد القاضي "المبادئ العامة والعرف والانصاف"، وفي الحالة الثانية يفسر القاضي غموض النص "بالمعنى الذي يحدث معه أثراً يكون متوافقاً مع الغرض منه ومؤمناً للتناسق بينه وبين النصوص الأخرى".

6- اعتبر الفقه اللبناني أنه بالإمكان استخلاص الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم من القواعد العامة، ومن بعض النصوص المنفرقة الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية⁴، واعتبر البعض الآخر انه يمكن استخلاص الأثر الايجابي لاتفاقية التحكيم من قانون الموجبات والعقود وتحديداً من المادتين 221 و 249 معطوفتين على المادتين 764 و 778 أصول مدنية وانه يمكن استخلاص الأثر السلبي من المادة 767 اصول مدنية⁵.

7- اما الحكم المستأنف فقد استخلص الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم، وهو نزع سلطة محكمة الدولة، من احكام المادة 2 فقرة 3 من اتفاقية نيويورك لعام 1958، التي انضم اليها لبنان بموجب القانون رقم 629 تاريخ 1997/4/23، معتبراً ان هذه الاتفاقية "تطبق على القرارات التحكيمية الصادرة في الخارج بموضوع تحكيم داخلي"⁶.

8- ان الحلول اعلاه سليمة لجهة منهجية الاسترشاد بالقواعد العامة وبالنصوص التشريعية والاتفاقية اعلاه، لكننا لم توضح بصورة صريحة ما إذا كنا امام حالة "انتفاء النص"، ام حالة "غموضه"؟

9- من أجل الجواب عن هذا السؤال نعتقد انه ينبغي التفريق بين الحالة التي تكون فيها اتفاقية نيويورك غير واجبة التطبيق على القضية موضوع النزاع، والحالة التي تكون فيها هذه الاتفاقية واجبة التطبيق⁷ عليها. ففي الحالة الاولى

4- ادوار عيد - المرجع المذكور.

5- عبد الحميد الاحدب - المرجع المذكور صفحة 811 و 812.

6- يذكر القرار موضوع التعليق رأيين فقهيين لتبرير الاستناد الى اتفاقية نيويورك المذكورة: الأول مأخوذ من مقالة للبروفسور فضل الله:

1- Du nécessaire respect par le juge des référés de la chose jugée en arbitrage
Droit et pratique de l'arbitrage interne et international- 2ème éd. N° 305, page 261 et n° 342.

7- ان اتفاقية نيويورك تتعلق "بالاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الاجنبية" La convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères. مما يعني اننا نطبق في الحالة التي تطرح فيها مسألة اعتراف

نكون أمام حالة "انتفاء النص"، أما في الحالة الثانية فنكون أمام حالة "غموض النص".

10- إن المسألة المطروحة في القرار موضوع التعليق هي مسألة **الوقت** الذي يجب الادلاء فيه بدفع عدم اختصاص محكمة الدولة عند وجود بند تحكيمي. من أجل حل هذه المسألة، في حالة "انتفاء النص"، يجب الاعتماد على "المبادئ العامة". أما "العرف والانصاف"، فأننا لا نرى كيف يمكننا في القضية الحاضرة الاسترشاد بهما، خاصة إن المسألة المطروحة هي اجرائية procedural غير متعلقة بأساس النزاع.

11- أما المبادئ العامة التي ينبغي اعتمادها في المسألة التي نحن بصددتها، فهي الركائز التي تستند اليها مؤسسة التحكيم، وهي الآتية:

أولاً- ان رضی الفريقين هي "الصلب والركن لانفاقية التحكيم" (المادة 176 موجبات وعقود) فهي مصدر ولاية المحكم من حيث المبدأ ومن حيث المدى.

ثانياً- ان المحكم هو قاضٍ خاص يفصل في النزاع، كما يفصل فيه قاضي الدولة، مع الفارق الجوهرى الذي مفاده أن مصدر ولاية الاول ومداهما هو ارادة الفريقين، وان مصدر ولاية الثاني ومداهما هو القانون.

ثالثاً- إن ارادة الفريقين بسحب النزاع من دائرة سلطة قاضي الدولة وادخاله الى دائرة سلطة المحكم، يجب ان تُحترم مع مراعاة مقتضيات النظام العام والأداب الحسنة والنصوص القانونية التي لها صفة الزامية.

او تنفيذ قرار تحكيمي اجنبى،" في القرار موضوع التعليق لم تكن هذه المسألة مطروحة. نصت الفقرة الاولى من المادة الاولى من اتفاقية نيويورك المذكورة على ما يلى: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب اليها الاعتراف وتنفيذ هذه الاحكام على اقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين اشخاص طبيعيين او معنويين. كما تطبق ايضا على احكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب اليها الاعتراف او تنفيذ هذه الاحكام" حول ميدان تطبيق اتفاقية نيويورك المذكورة يراجع:

Fouchard, Gaillard et Goldman - traité de l'arbitrage commercial international - Litec - Delta-1996- nos 255 et s.

« Pour que la Convention de New-York soit applicable dans un Etat contractant, il suffit, en principe, que la sentence invoquée ait été rendue dans un autre Etat. Elle a pu l'être dans un litige purement interne, et au terme d'un arbitrage dont toutes les composantes étaient rattachées à ce même Etat. L'arbitrage était national, mais la sentence, en circulant postérieurement, devint étrangère ». *Op. cit* n° 256.

رابعاً- إنَّ فعالية⁸ التحكيم هدف تشريعي وقضائي يجب الحرص على تحقيقه خصوصاً من خلال الأولوية التي يعطيها القانون لقضاء التحكيم على قضاء الدولة. على ان هذه الأولوية تقف عند الحدود التي يرسمها القانون وتلك التي ترسمها إرادة الفرقاء. إن هذه الأولوية ليست متعلقة بالنظام العام، وبإمكان الفريقين الاتفاق على حجبها أو على الحد من نطاق تطبيقها.

12- اما من أجل حلّ هذه المسألة في حالة "غموض النص"، فيجب تفسير المادة 2 الفقرة 3 من اتفاقية نيويورك المذكورة بالمعنى الذي يحدث معه أثراً فيكون متوافقاً مع الغرض منه أي تأمين فعالية التحكيم، مع تحقيق التناسق بينها وبين النصوص الأخرى، ولاسيما المواد 52 و53 و785 من قانون اصول المحاكمات المدنية.

13- في ضوء ما ورد اعلاه يمكننا سد الثغرات الناشئة عن انتفاء النص او غموضه في المسألة التي نحن بصددھا، وفقاً لما ندلي به أدناه.

14- إن عدم اختصاص محكمة الدولة في حال وجود اتفاقية تحكيم يطرح ثلاث مسائل:

الاولى- طبيعة عدم اختصاص هذه المحكمة.

الثانية- طبيعة الدفع بعدم الاختصاص المذكور.

الثالثة- النظام القانوني الذي يخضع له هذا الدفع.

(أ)- في طبيعة عدم اختصاص محكمة الدولة:

15- اعتبر الحكم موضوع التعليق أن عدم اختصاص محكمة الدولة في الحالة التي نحن بصددھا هو اختصاص نوعي⁹.

8- ان مبدأ استقلالية البت التحكيمي، الذي يكرسه القانون الوضعي في لبنان وفي القانون المقارن وفي المعاهدات الدولية، يدخل ضمن اطار السياسة التشريعية والقضائية التي تهدف الى تأمين فعالية التحكيم.

يتكلم العلامة Fouchard عن "المصلحة العليا لفعالية التحكيم" - intérêt supérieur de l'efficacité de l'arbitrage - le statut de l'arbitre In. Ecrits- Droit de l'arbitrage- Droit du commerce international- comité français de l'arbitrage- 2007- p.169 n° 68.

9- جاء في هذا القرار "ان الاختصاص التحكيمي اضحي اختصاصاً نوعياً. بهذا المعنى ادوار عيد - موسوعة اصول المحاكمات - الجزء العاشر (التحكيم) 1 - فقرة 52 - صفحة 236. ان هذا الوصف لا يتألف مع نص الفقرة 3 من المادة 72 اصول مدنية - (يراجع لاحقاً رقم 16).

نعقد أن عدم اختصاص محكمة الدولة، فى هذه الحالة، هو عدم اختصاص وظيفى.

وبالفعل،

عرفت المادة 72 فقرة 2 اصول مدنية الاختصاص الوظيفى بانه الاختصاص الذى بمقتضاه تتعين جبة القضاء المختصة بنظر الدعوى. كما نصت المادة 81 من ذات القانون على ان الاختصاص الوظيفى يتحدد "بموجب القوانين والانظمة بالنسبة الى الجهات القضائية المختلفة كالقضاء المدنى والقضاء الادارى والقضاء المذهبى أو الشرعى".

إن التعداد الوارد فى المادة 81 المذكورة، جاء على سبيل المثال لا الحصر، لأنه يستعمل عبارة "كالقضاء المدنى و...".

ان القضاء التحكىمى هو "جبة قضائية" اوجدها المشترع، بعد المرور باتفاق الطرفين، بقانون خاص، ولاسيما قانون اصول المحاكمات المدنية فى المواد 762 وما يليها.

كما أنه يوجد "قضاء ادارى" و"قضاء مدنى" و"قضاء شرعى" و"قضاء مذهبى"، كذلك يوجد "قضاء تحكىمى"¹⁰ وهو قضاء من نوع خاص¹¹. وكما يصح الكلام على العدالة التى تتظمها الدولة Justice étatique، كذلك يجوز الكلام على العدالة التحكىمية¹² justice arbitrale.

16- إن الاختصاص التحكىمى ليس اختصاصاً نوعياً لأن مسألة هذا الاختصاص الاخير لا تطرح إلا ضمن "المحاكم التابعة لجبة قضائية واحدة" (الفقرة 3 من المادة 72 اصول مدنية) والحال ان محاكم الدولة والمحاكم التحكىمية لا تنتمى الى جبة قضائية واحدة، مما

10- حول ان التحكىم هو قضاء - يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - صفحة 15، وايضا الجزء الحادى عشر - صفحة 57 التى جاء فيها "ان الرأى قد استقر الآن، بعد تطور قواعد التحكىم، على وجود اختصاص تحكىمى حقيقى".

11- E. Tyan - le droit de l'arbitrage - éd. Antoine - 1972 page 226 : La compétence arbitrale par rapport à celle des tribunaux est une compétence *sui generis* ; Eric Loquin - Juris classeur - Procédure civile- tome 8- Fasc- 1030- Arbitrage - introduction n° 11 : « Les arbitres constituent une juridiction exceptionnelle dérogoire du droit commun » Motulsky - Ecrits - 2- Etudes et notes sur l'arbitrage p. 145 : « Certes l'arbitre est un juge , et la juridiction arbitrale constitue un véritable tribunal d'exception » : Seraglini et Ortscheidt - Droit de l'arbitrage interne et international - Mont chrestien - Alpha- sader - 2013 nos 15 et s.

12- Bruno Oppetit - Justice étatique et justice arbitrale- Etudes offertes à Jacques Bellet - Litec - 1991 - pages 415 et s.

يعني ان اختصاص المحاكم التحكيمية هو اختصاص وظيفي¹³ على اعتبار ان المادة 72 فقرة 2 أصول مدنية، خلافاً للفقرة 3 من المادة المذكورة، لا تشترط ان تنتمي المحاكم الى جبهة قضائية واحدة.

17- ان القضاء التحكيمي هو جبهة قضائية تختلف عن سائر الجهات القضائية بفارق جوهرى ومفاده انه ينشأ عن ارادة¹⁴ الخصوم وليس مباشرة، بموجب القوانين والانظمة.

صحيح ان القانون اجاز لإرادة الفريقين بأن تنشئ القضاء التحكيمي لكن هذا الاخير ليس ناشئاً بصورة مباشرة عن القانون. إن ارادة الفريقين هي المعبر الإلزامي للوصول الى القضاء التحكيمي لكن الامر ليس كذلك بالنسبة لإنشاء الجهات القضائية الأخرى.

على الدور الرئيسي الذي يعطيه المشرع لإرادة الخصوم بأن تنشئ المحكمة التحكيمية تنزبت نتيجة مفادها ان الاختصاص التحكيمي هو اختصاص وظيفي نسبي.

للهولة الاولى قد يبدو هذا التوصيف مستغرباً، لأنه من السائد الربط بين الاختصاص الوظيفي والطابع المطلق¹⁵. لكن هذه الغرابة الظاهرية تزول امام خصوصية القضاء

13- ان المادتين 30 فقرة 2 و46 فقرة 2 اصول مدنية تستعملان عبارة هيئة تحكيمية. ان هذه العبارة تتقاطع مع عبارة "جبهة القضاء" الواردة في الفقرة 2 من المادة 72 اصول مدنية ومع عبارة "الجهات القضائية المختلفة" الواردة في المادة 81 اصول مدنية والنصان الاخيران متعلقان بالاختصاص الوظيفي". يبدو ان القانون الكويتي يعتبر ان اختصاص المحكم هو اختصاص وظيفي. يراجع حول هذه النقطة - الدكتور عبد الحميد الاحدب: موسوعة التحكيم - التحكيم فى البلدان العربية - منشورات الحلبي الحقوقية - الكتاب الاول - الطبعة الثالثة - الصفحة 751 التي جاء فيها: ان المشرع الكويتي يشرح في المذكرة الايضاحية نوع الاختصاص مستشهداً بالاجتياح المصري فيقول: يحدث كثيراً ان يلجأ الخصم الى القضاء في مسألة اتفق على التحكيم بشأنها. وقد اختلف الرأي في القضاء والفقهاء حول التكييف القانوني لهذه المخالفة فمن قائل انها مخالفة لقواعد "الاختصاص المتعلقة بالوظيفة" ومن قائل ان الامر يتعلق بقواعد "قبول الدعوى" وقد رأى المشرع ان يحسم هذا الجدل معتقداً الرأي الاول (وهو ما نابت به محكمة النقض المصرية فى اكثر من حكم ليا). يوجد فى فرنسا اختصاص وظيفي فيما يتعلق بمحاكم القضاء العدلى ومحاكم القضاء الاداري ولكن لا يوجد اختصاص وظيفي ضمن فئة محاكم القضاء العدلى بين محاكم مذهبية او محاكم شرعية اي ضمن اطار محاكم القانون المدني. اما فى لبنان فان تكريس فئة الاختصاص الوظيفي ضمن اطار محاكم القانون المدني يسهل وصف اختصاص المحاكم التحكيمية بانسه اختصاص وظيفي.

14- حول اهمية الركن التعاقدى فى التحكيم dimension contractuelle de l'arbitrage يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء العاشر صفحة 18.

15- يراجع قرار محكمة استئناف لبنان الشمالي - الغرفة الرابعة - رقم 2006/24 تاريخ 2006/1/19 - المرجع كسانتر - 1 - 2006 - قضاء وقانون - صفحة 200 - اعتبر هذا القرار ان اختصاص المحكم هو اختصاص نسبي، ولكن ليس اختصاصاً وظيفياً. نعتقد ان هذا القرار رفض وصف هذا الاختصاص بأنه وظيفي لكي يشدد على طابعه النسبي. لا يوجد،

التحكيمي الموصوف كما رأينا اعلاه، بأنه "استثنائي"، بل انه "تسيج وحده" *Sui generis* وأمام الدور المعطى لمشيئة المشتري الذي يستطيع بموجب، نصوص خاصة، ان يخالف الوصف المعتمد في القانون العادي في حالات استثنائية. على سبيل المثال، ندلي بأن الاختصاص المكاني هو اختصاص عادي نسبي (المادة 96 اصول مدنية) لكن المشتري جعله استثنائياً الزامياً في المواد 101 وما يليها اصول مدنية. ان المواد 764 وما يليها اصول مدنية تتركس خصوصية قضاء التحكيم وهذه الخصوصية تبرر الجمع بين الطبيعة الوظيفية للاختصاص التحكيمي وبين طابعها النسبي¹⁶.

(ب) - في طبيعة الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة:

18- إن الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة، لعلة وجود اتفاقية تحكيم، هو دفع اجرائي¹⁷ بمعنى المادة 52 اصول مدنية التي تنص على ما يلي:

كما رأينا، تناقض في وصف هذا الاختصاص بأنه وظيفي نسبي لأن القضاء التحكيمي هو قضاء خاص يمكن الجمع فيه بين وصف "وظيفي" ووصف "نسبي" علماً أن الفقه في لبنان، عندما اعتبر ان هذا الاختصاص هو اختصاص نوعي نسبي، لم يجد اي تناقض بين وصف "نوعي" ووصف "نسبي" (يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء العاشر - صفحة 236).

16- حول الطابع النسبي لاختصاص المحكم يراجع: ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء العاشر - صفحة 236 - في الاجتياح اللبناني - يراجع صادر بين التشريع والاجتهاد - التحكيم صفحة 34 رقم 12 وصفحة 35 رقم 13 ورقم 14 الجزء العاشر وفي الفقه الفرنسي يراجع على سبيل المثال:

Boisseson - le droit français de l'arbitrage interne et international - GLN- éditions 1990 n° 89 : Seraglini et Ortscheid - op- cit n° 166 p. 189 Réf.

17- بيضا المعنى : Cassation - 3ème chambre civile - 13 mai 1981- Revue de l'arbitrage 1983 p.110 : « L'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire constitue une exception de procédure » :

وايضاً:

Seraglini et Jérôme Ortscheid- op - cit n° 166 page 189 : La jurisprudence a précisé que l'exception tirée de l'existence d'une clause compromissoire est régie par les dispositions qui gouvernent les exceptions de procédure, de sorte qu'elle ne peut être soulevée par une partie qui avait préalablement conclu au fond. L'exception d'incompétence de la juridiction étatique doit donc être soulevée avant toute défense au fond, dans les conditions de l'article 74 du code de procédure civile. »

Cass. - 1ère ch. Civ- 3 fév. 2010 et 14 avril 2010 - Revue de l'arbitrage 2010 p 495 et s. وايضاً: op.cit page 501

اخضع هذان القراران التمييزيان الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة المستند من اتفاقية التحكيم الى احكام المادة 74 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي المتعلقة بالدفع الاجرائي علماً بأن المادة 74 المذكورة تقابل المادة 53 اصول مدنية يراجع ايضاً بيذا المعنى:

Loquin - Jurisclasseur - Procédure civile - tome 8 - Fasc. - 1034 n° 44.

"الدفع الاجرائي هو كل سبب يرمى به الخصم الى اعلان عدم قانونية المحاكمة او سقوطها او وقف سيرها .

يعتبر من الدفوع الاجرائية الدفع بعدم الاختصاص أو بسبق الادعاء او بالتلازم او ببطلان الاستحضار او الاعمال الاجرائية الاخرى، وطلب نقل الدعوى للارتياح المشروع او للقراية او المصاهرة، ودفوع الاستمهال".

19- إن تيرير وصف هذا الدفع، موضوع التعليق، بأنه دفع اجرائي، يستند الى التعريف الذي تعطيه المادة 52 المذكورة والى صراحة هذا النص الذي يدرج عدم الاختصاص ضمن الامثلة التي يعدها عن الدفوع الاجرائية. ومما يعزّز هذا الوصف ان المادة 30 فقرة 2 اصول مدنية، المتعلقة بشروط قبول الطلب الطارئ، والمادة 46 فقرة 2 اصول مدنية، المتعلقة بعدم قبول شخص ثالث للضمان، تستعملان عبارة "اختصاص هيئة تحكيمية" مما يعني ان المشتري ينظر الى محكمة الدولة والى الهيئة التحكيمية، على اساس انهما مؤسستان تتمتعان باختصاص بمعنى قانون اصول المحاكمات المدنية.

20- كانت المادة 824 من قانون اصول المحاكمات المدنية القديم تنص على ان التذرع بالفقرة التحكيمية (اي بالبند التحكيمي) يشكل التذرع بالدفع المعروف "بدفع للاصلاحية" اما محكمة التمييز الفرنسية فقد قضت بأن الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة هو دفع اجرائي وليس دفعا بعدم القبول Fin de non-recevoir.

21- اما بالنسبة للدفع بعدم القبول، فقد نصت المادة 62 اصول مدنية على ما يلي:

"الدفع بعدم القبول هو كل سبب يرمى به الخصم الى اعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانتفاء حقه في الدعوى".¹⁸

يستفاد من هذا النص ان الدفع بعدم القبول، هو كل سبب يرمى الى اعلان انتفاء حق الادعاء¹⁹ droit d'agir لدى المدعي.

18- حول هذا التعريف تراجع ادوار عيد المرجع المذكور الجزء الاول مجلد 2- فقرة 70 صفحة 285 وما يليها. تراجع ايضا المسادة

122 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي المأخوذة عنها المادة 62 من القانون اللبناني التي تنص على ما يلي:

Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen du fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée.

19- نصت المادة 7 فقرة اولى اصول مدنية على ان "الدعوى هي الحق الذي يعود لكل ذي مطلب بأن يتقدم الى القضاء للحكم له بموضوعه" كما نصت الفقرة الثانية من المادة 7 المذكورة على ان الدعوى "هي بالنسبة الى الخصم الحق بأن يسأل بأسباب دفاع او بدفوع ترمي الى تحض ذلك المطلب".

ان المدعى عليه، الذي يدلي بعدم اختصاص محكمة الدولة، لا يتذرع بإنقضاء حق الادعاء لدى المدعي، اي انه لا ينكر وجود هذا الحق لدى هذا الاخير. فهو لا يتذرع، مثلاً، بإنعدام الصفة او المصلحة او بقوة القضية المحكمة او بإنقضاء مهل الاجراءات. كل ما في الامر انه يدلي بأن محكمة الدولة ليست صاحبة اختصاص للنظر في الدعوى المقامة لديه لأن اتفاقية التحكيم تعطي هذا الاختصاص لمرجع آخر هو الهيئة التحكيمية.

22- يعتبر بعض الفقهاء في فرنسا أن الدفع بوجود البند التحكيمي ليس مجرد دفع بعدم اختصاص محكمة الدولة بل وسيلة لسحب سلطة الفصل في الدعوى من يد هذه المحكمة وان هذه الوسيلة ينطبق عليها وصف الدفع بعدم القبول *Fin de non-recevoir*.

L'objet d'une clause compromissoire n'est en effet pas de répartir la compétence entre tribunaux mais plus radicalement de retirer aux tribunaux étatiques le pouvoir de juger les différends relatifs au contrat. La clause compromissoire ôte aux juridictions étatiques le pouvoir de statuer sur le litige né du contrat qui la renferme. Elle prive les parties à la clause de leur droit d'action.

Le défaut de pouvoir devrait se traduire procéduralement par une fin de non-recevoir et non une exception de procédure, fût-elle d'incompétence²⁰.

20- Gallé Revue de l'arbitrage -- 2010 page 501.

في القانون اللبناني، صدر عن محكمة الدرجة الاولى في بيروت - الغرفة الثانية قرار بتاريخ 2015/7/14 قضى بأن البند التحكيمي المدرج في العقد موضوع النزاع يؤدي الى عدم سماح الدعوى بسبب خضوع موضوعا للتحكيم. (غير منشور) دون التوضيح بصورة صريحة ما اذا كان عدم سماح الدعوى يتدرج ضمن فئة الدفع بعدم القبول. يراجع ايضا القاضي مروان كركبي - اصول المحاكمات المدنية والتحكيم - الجزء الثاني - منشورات صادر - صفحة 361 و 362. جاء في هذا المرجع ما يلي: "ان عدم اختصاص القضاء في حال وجود بند تحكيمي ليس مجرد عدم اختصاص. بل هو عدم قدرة او امكانية القضاء العادي من النظر في النزاع لوجود مرجع آخر اختاره الفرقاء في العقود لحسم النزاع: ففي هذه الحالة لا يمكن القول ان القضاء العادي غير مختص بالمعنى المألوف للكلمة، بل هو غير قادر. في الدعوى المعروضة عليه تحديداً، على وضع يده عليها لوجود بند تحكيمي يمنعه من ذلك، وهذا ما يسمى في الفقه الفرنسي: *Le défaut de pouvoir* (*jurisdictionnel*) وهو اقرب الى حد بعيد الى الدفع بعدم القبول منه الى الدفع بعدم الاختصاص. لكن الرئيس كركبي كتب في مطلع الصفحة 361 المذكورة ما يلي: "اذا تضمن العقد بنداً تحكيمياً يفترض بالخصم الذي يتذرع بهذا البند ان يثير هذه المسألة امام القاضي الناظر في الدعوى قبل البحث في الأساس، تحت طائلة عدم قبول هذا الدفع، لان عدم تمسكه بعدم اختصاص المحكمة في بدء المحاكمة يعد تنازلاً منه عن اللجوء الى التحكيم، وفي مثل هذه الحالة يعني ذلك تنازل الفريقين معاً بصورة ضمنية عن التحكيم؛ فالمدعي لجأ الى المحاكم العادية بالرغم من وجود بند تحكيمي، والمدعى عليه لم يستفيع بعدم الاختصاص في بدء المحاكمة، أما تعليقاً فهو ان ضرورة الادلاء بالبند التحكيمي قبل البحث في الأساس وفي بدء

23- إن الوصف اعلاه غير مقنع للأسباب الآتية:

1. لأن قانون اصول المحاكمات المدنية القديم كان يعتبر في المادة 824 ان التذرع بالبند التحكيمي يشكل دعواً بعدم الصلاحية ولأن محكمة التمييز اللبنانية قضت، في ظل هذا القانون، بان هذا الدفع انما هو دفع اجرائي بمعنى المادة 81 من هذا القانون يتوجب الإدلاء به في بدء المحاكمة²¹. علماً انه في حال انتفاء النص أو في حال غموضه لا شيء يمنع الاستئناس بالقانون القديم ما دامت نصوصه لا تتعارض واحكام القانون الجديد.

2. لأن قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي، المأخوذ عنه قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، يستعمل في المادة 1458 القديمة، وفي المادة 1448 الجديدة، عبارة "عدم اختصاص" incompetence وليس عبارة "دفع بعدم القول" Fin de non recevoir.

3. لأنه ينبغي التفريق بين وضعية قاضي الدولة ووضعية المحكم. فالأول يتمتع بالولاية القضائية بموجب القانون اما الثاني فلا يتمتع بها إلا بموجب ارادة الفرعاء. ان التذرع باتفاقية التحكيم امام قاضي الدولة يرمي الى نزع اختصاص²² هذا الاخير في الدعوى المتعلقة بالعقد الذي تشمله اتفاقية التحكيم ولا يرمي الى نزع ولايته بالمطلق بحيث يبقى محتفظاً بكيانه القضائي، وذلك خلافاً للحالة التي يتذرع بها المدعى عليه امام المحكم بانعدام ولايته من حيث المبدأ او من حيث المدى. في هذه الحالة الاخيرة يفقد المحكم ليس فقط اختصاصه للنظر في الدعوى المعروضة عليه بل يفقد كيانه كقاضٍ خاص²³ (كلياً اذا كانت المنازعة ترمي الى الطعن بمبدأ الولاية، او جزئياً اذا كانت ترمي الى الطعن بمداهما).

المحاكمة تحت طائلة عدم قبول الدفع، كما جاء في المقطع القضي اعلاه. يجعل من التذرع بالبند التحكيمي القرب الى الدفع الاجرائي الخاضع للمادة 52 اصول مدنية، التي تنص على وجوب الادلاء به في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع، وليس الى الدفع بعدم القبول الخاضع للمادة 63 اصول مدنية التي تنص على انه يجوز الادلاء بسد فوج عدم القبول في اية حالة كانت عليها المحاكمة.

21- محكمة التمييز المدنية الاولى - قرار رقم 49 تاريخ 26 آذار 1960 - النشرة القضائية 1960 - صفحة 281، حول هذه النقطة في قانون اصول المحاكمات المدنية القديم يراجع: Emile Tyan- Le droit de l'arbitrage - op- cit n°207 - pages 226 et 227.

22- حول الفرق بين كلمة ولاية وكلمة اختصاص يراجع لاحقاً فقرة رقم 41 وما يليها.

23- حول ان المحكم هو قاضٍ خاص يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء العاشر - صفحة 16.

4. ان هذا الوصف يخلط بين مفهومين مختلفين: مفهوم انعدام سلطة الفصل فى الدعوى لى قاضى الولة *Absence de pouvoir juridictionnel*. وبين مفهوم انتفاء حق الاءعاء لى الءءى *Absence du droit d'agir*. ان المفهوم الولى ىءعلق بءءوئل قاضى الولة سلطة الفصل فى الدعوى *Investiture*. اما المفهوم الثانى فىءعلق بءق المقاضاة (اءعاء أو ءفاعا) الءاء للءصوم، والذى ءكرسه الفقرة الولى من المااءة 7 والمااءة 10 من قانون اصول المءاكماء المءنىة²⁴.

بعبارة اخرى ان الءفع الاءراىءى مءءلق بالمءاكماءة *procédure* (ءءم قانونىءها، او سقوؤها او وقف سىرها المااءة 52 اصول مءنىة). اما الءفع بءءم القبول فهو مءءلق بشءص²⁵ *personne* لا ىءمءع بءق الاءعاء، وهذا الشءص هو "ءل ذى مءلب" حسب الفقرة الولى من المااءة 7 المءكورة وهو "ءصم" هذا الاءىر حسب الفقرة الثانية منها.

ان الءفع بءءم الاءءصاص ىءنى ان الدعوى لا ىمكن ان ءقام امام القاضى المرفوعة لءه الدعوى انما ىكون من الممكن اقامءها امام قاضى آءر. اما الءفع بءءم القبول فىءنى ان الدعوى لا ءسمء لىس فقط امام القاضى المرفوعة امامه الدعوى بل امام اى قاضى آءر لان الءلة ءكمء فى انقضاء حق ءقضاءى ولىس فى صلاحىة القاضى الناظر فى النزاع سواء اكان هذا القاضى هو قاضى الولة ام المءكم.

بما أن الءفع بءءم القبول ىرمى الى اءلان انتفاء حق الاءعاء لى آءء الءصوم (الممااءة 62 اصول مءنىة) ولا ىرمى الى الطءن بالءءوئل القانونى المءعطى للقاضى بان ىفصل فى الدعوى²⁶، فإن الءفع بءءم الاءءصاص قاضى الولة، بسبب وجود اءفاقىة ءءكمىم، لىس ءفعاً بءءم القبول *Fin de non recevoir* بل ءفع الاءراىءى *Exception de procédure*.

24- نصء المااءة 10 من القانون المءكور على ما ىلى: "حق الاءعاء وحق الءفاع مقءدان بحسن اسءءمالهما، ءكل طلب او ءفاع او ءفع ىءلى به ءسفا ىرد وىءرض من ءءءم به للءءوئل عن الضرر المسبب عنه." ءول المااءة 7 اصول مءنىة ىرابع سابقا ءاشىة رقم 18.

25- نصء المااءة 32 من قانون اصول المءاكماء المءنىة الفرنسى على ما ىلى:

Article 32. Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une **personne dépourvue du droit d'agir**.

ان ءلمة *Personne* واضءة وءعى ان الءفع بءءم القبول لا ىءلق بالمءاكماءة *Procédure* بل بشءص الءصوم.

26- ان الطءن بالءءوئل المءعطى للقاضى بان ىفصل فى النزاع هو الطءن بءءم قانونىة المءاكماءة بءعى المااءة 52 اصول مءنىة اللى ءقابلىا عبارة *procédure irrégulière* فى المااءة 73 من قانون اصول المءاكماء المءنىة الفرنسى.

5. قد يردّ على ذلك بأن الدفع بعدم اختصاص قاضي الدولة يبقى موصوفاً بأنه دفع بعدم القبول لأنه يرمي الى اعلان انتفاء الحق في الادعاء امام هذا القاضي بالذات المسحوب منه اختصاصه بموجب اتفاقية التحكيم.

إنّ هذا الرد غير مقنع لأنه يشكّل حجة مصطنعة ناشئة عن توسيع غير مقبول لتعريف الدفع بعدم القبول، ولأنّ مثل هذا القول من شأنه أن يؤدي الى وصف كل دفع بعدم الاختصاص (وليس فقط عدم الاختصاص الناشئ عن اتفاقية التحكيم) بأنه دفع بعدم القبول. فعلى سبيل المثال، يصبح الدفع بعدم الاختصاص المكاني دفعا بعدم القبول: فإذا كانت الدعوى مقامة امام محكمة الدرجة الاولى في بيروت في الوقت الذي يعود فيه الاختصاص المكاني الى محكمة الدرجة الاولى في جبل لبنان، فإنه يصبح من الممكن القول، حسب هذا الرأي، ان الدفع بعدم الاختصاص، في هذه الحالة، هو دفع بعدم القبول لأن الدفع بعدم الاختصاص المكاني يرمي الى اعلان انتفاء الحق في الادعاء امام محكمة بيروت! ان هذه النتيجة غير مقبولة، لأن السياق المنطقي الذي يؤدي اليها فاسد.

6. قد يردّ على ذلك أيضاً بالقول أيضاً أن التعداد الوارد في المادة 62 اصول مدنية، واردة على سبيل المثال لا الحصر²⁷، وانه من الممكن ادخال الدفع، موضوع هذا التعليق، ضمن فئة الدفوع بعدم القبول. إنّ هذا القول لا يصح إلا اذا كان الدفع، المقصود اضافته الى الأمثلة التي يذكرها النص، يرمي الى انكار حق الادعاء لدى المدعي. والحال ان الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعلّة وجود اتفاقية تحكيم لا يشكل طعنًا بوجود حق الادعاء المذكور. إنّ محاولة وصف الدفع، موضوع التعليق الحاضر، بأنه دفع بعدم القبول مخالف لاجتهاد محكمة التمييز الفرنسية²⁸، كما انه ليس موضع اجماع في الفقه الفرنسي²⁹.

27- يراجع في القانون الفرنسي: Code de procédure civile français- Dalloz 2012 art. 122 note I bis avec les références.

28- يراجع 2- Bull-civ. 1996-II-n°3 page 2 Cassation- 2ème chambre civile- 17 janvier 1996-

يراجع أيضاً في القانون الفرنسي المراجع المذكورة في الحاشية رقم 15 اعلاه.

29- M.L Niboyet note sous cassation 1ère chambre civile – à Octobre 1990 – Revue de l'arbitrage 1991 – p. 311.

Cette qualification ne nous paraît pas cependant inéluctable. L'assimilation qui a été faite, en matière d'immunité, entre le défaut de pouvoir de juridiction et l'irrecevabilité de la demande (la fin de non-recevoir étant la sanction d'un défaut de droit d'agir en justice) est en effet très discutable car elle repose sur une correspondance étroite- que nous avons déjà combattue (L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé, Paris, éd. Economica 1986 n° 510 et s.) – entre les notions de pouvoir de juridiction et de droit d'action. Si l'on peut, en effet,

(ج) - في النظام القانوني للدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعدة وجود اتفاقية تحكيم:

24- إن الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعدة وجود اتفاقية تحكيم يخضع لأحكام المادة 53 اصول مدنية التي تنص على ما يلي:

"يجب الادلاء بالدفع الاجرائية في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع أو الادلاء بدفع عدم القبول، الا اذا نشأت عن سبب ظهر بعد ذلك، ومع الاعتداد بالاستثناءات المشار اليها في المواد التالية.

لا يشكل طلب تبليغ الاوراق سبباً لعدم قبول الدفع الاجرائي.

اذا كان الاختصاص وظيفياً او نوعياً او مكانياً الزامياً، يحق الادلاء بدفع انتفائه في جميع مراحل المحاكمة. وعلى المحكمة ان تثيرد من تلقاء نفسها.³⁰

25- على الطابع النسبي للدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة في حال وجود اتفاقية تحكيم تترتب نتيجتان:

النتيجة الأولى:

وجوب اشارة دفع عدم الاختصاص في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع وقبل الادلاء باسباب عدم القبول **In limine litis**:

26- إن هذه النتيجة تفرض نفسها لاسباب الآتية:

constater de nombreuses analogies entre la délimitation des prétentions que le juge a le pouvoir de connaître (pouvoir de juridiction) et celle que les parties ont le droit d'émettre (droit d'action). on ne saurait cependant négliger que ces correspondances résultent du jeu de règles très différentes: la définition des pouvoirs du juge est dominée par des considérations de souveraineté étatique: alors que la réglementation du droit d'action est tournée vers l'efficacité des droits substantiels qu'elle permet de mettre en œuvre.

30- ان صياغة المادة 53 المذكورة تختلف عن صياغة المادة 74 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي التي تنص على ما يلي:

Art 74- Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-revoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public.

La demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions.

Les dispositions de l'alinéa premier ne font pas non plus obstacle à l'application des articles 103, 111, 112 et 118.

ان عبارة "Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public" الواردة في نص القانون الفرنسي غير موجودة في نص المادة 53 اصول مدنية.

السبب الاول:

لأنه منسجم مع المصدر الاتفاقي لإنشاء الهيئة التحكيمية الذي يميز هذه الاخيرة عن سائر الهيئات القضائية التي تنشأ " بموجب القوانين والانظمة" (يراجع الفقرة 17 اعلاه).

السبب الثاني:

لأنه مطابق للمبدأ المكرس في الفقرة الاولى من المادة 53 اصول مدنية التي تنص على وجوب الادلاء بالدفع بعدم الاختصاص في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع وقبل الادلاء بدفوع عدم القبول³¹ ولأنه لا يجوز التوسع في الاستثناءات التي يعدها المشترع في الفقرة الثالثة من المادة 53 المذكورة وذلك عملاً بالقاعدة الكلية التي تقضي بأن الاستثناء يجب ان يفسر بصورة ضيقة *Exceptio est strictissimae interpretationis*³².

ان التفسير الضيق يؤدي الى حصر الاستثناء الملحوظ في الفقرة الثالثة اعلاه بالاختصاص الوظيفي الناشئ عن القوانين والانظمة، مثل اختصاص القضاء الاداري او المذهبي او الشرعي، دون الاختصاص الوظيفي النسبي مثل اختصاص القضاء التحكيمي.

صحيح أن الاستثناء الملحوظ في الفقرة 3 من المادة 53 المذكورة لا يفرق حرفياً بين الاختصاص الوظيفي الناشئ عن القوانين والانظمة وبين الاختصاص الوظيفي الناشئ عن اتفاقية التحكيم. لكن الصحيح ايضاً ان المطلق، (خاصة اذا كان ناتجاً من النقص في حرفية النص)، لا يجري على اطلاقه في الحالة التي يوجد فيها تقييد ناشئ عن طبيعة الأمور مثل الطبيعة النسبية لقضاء التحكيم.³³

31- Une partie n'est pas recevable à soulever une exception de procédure après une fin de non-recevoir, peu important que ces incidents aient été présentés dans les mêmes conclusions. Civ – 2ème – 8 juillet 2004 – Bull civ II n° 377 cité in code de Procédure civile Dalloz 2016 art 74 note 6 avec d'autres références.

وايضاً ادوار عبد المرجع المذكور – الجزء الاول – مجلد 2 – فقرة 112 صفحة 20 وما يليها.

نكرر ان صياغة هذه الفقرة مختلفة عن صياغة المادة 74 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي خاصة لجبنة وجوب الادلاء بعدم الاختصاص في بدء المحاكمة حتى ولو كان مسنداً الى قواعد متعلقة بالنظام العام (يراجع لطفاً الحاشية رقم 28 اعلاه)

32- Roland et Boyer – Adages du droit français – 3ème éd, Litec 1992 n° 118 page 236.

33- نصت المادة 64 من مجلة الأحكام العدلية على أن " المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصاً او دلالة". ان الطبيعة النسبية للقضاء التحكيمي هو دليل على "التقييد دلالة".

السبب الثالث:

لأن وجوب اثاره هذا الدفع في بدء المحاكمة تحت طائلة عدم قبوله من شأنه ان يسهّل العودة الى الهيئة التحكيمية، ولأنه متوافق مع السياسة التشريعية والاجتهادية التي ترمي الى تأمين فعالية التحكيم.

السبب الرابع:

لأن القول بعكس ذلك يشجّع على استعمال الدفع بعدم الاختصاص كوسيلة للتسويق والمماطلة امام محكمة الدولة. علماً أنّ التأخير في اثاره هذا الدفع يمكن تفسيره بأنه تنازل ضمنى عن التحكيم في حال كان هذا التنازل واضحاً وغير ملتبس³⁴، وعلماً أنّ مثل هذا التفسير من شأنه ان يحض المدعى عليه على الإدلاء بهذا الدفع في وقت مبكر.

27- أما القرار موضوع التعليق، فإنّه قضى بعكس هذه النتيجة، مستعيناً على ذلك بأحكام المادة 2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958، والتي صادق عليها لبنان بموجب القانون رقم 629 تاريخ 1997/4/23.

28- ان الحل الذي اعتمده القرار موضوع التعليق لا يمكن تبريره بالمادة 2 المذكورة لأن هذه المادة هي حيادية³⁵ Neutre بالنسبة للوقت الذي يجب الادلاء فيه بالدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة. علماً أنّ محكمة التمييز الفرنسية قضت بوجود الإدلاء بهذا الدفع في بدء المحاكمة³⁶ وذلك على الرغم من ان فرنسا انضمت الى اتفاقية نيويورك المذكورة، وأن

34- حول التنازل الضمني عن التحكيم في القانون اللبناني يراجع: انوار عبد المرجع المذكور الجزء العاشر - صفحة 253 وما يليها وايضاً مروان كركبي المرجع المذكور في الحاشية رقم 17. وفي القانون الفرنسي يراجع: Seraglini et Ortscheid op- cit nos 173 et s.

35- نصت المادة 2 فقرة 3 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 على ما يلي: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح امامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الاطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة - ان تحيل الخصوم بنساء على طلب احدهم الى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة ان هذا الاتفاق باطل او لا اثر له او غير قابل للتطبيق". يستفاد مما تقدم ان نص المادة 2 فقرة 3 المشار اليها اعلاه لا يتضمن اية اشارة الى الوقت الذي يجب فيه الادلاء بدفع عدم اختصاص محكمة الدولة.

36- تراجع القرارات والأراء الفرنسية المذكورة في الحاشية رقم 15، حول اعتماد هذا الحل في القانون اللبناني يراجع انوار عبد - المرجع المذكور - الجزء العاشر صفحة 236 وايضاً: Fadi Nammour - op- cit - 3ème éd. N° 224 page 124 avec les références en jurisprudence libanaise - الغرفة

محاكميا طبقتها في اكثر من مجال. مما يعني ان المادة 2 من هذه الاتفاقية، لو كانت تقرر الادلاء بهذا الدفع في جميع مراحل المحاكمة، لما كانت محكمة التمييز الفرنسية قضت بخلاف ذلك. تجدر الاشارة الى ان دولا عربية تبنت الحل الذي مفاده ان الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعلّة وجود اتفاقية تحكيم يجب الادلاء به في بدء المحاكمة³⁷.

29- انّ الحل الذي تؤيده، والذي يقضي بوجوب الادلاء بدفع عدم الاختصاص في بدء المحاكمة *in limine litis*، يشكل واحدة من الفوائد العملية المتعلقة بإنتماء هذا الدفع الى فئة الدفوع الاجرائية وليس الى فئة الدفوع بعدم القبول، وذلك لأن المادة 63 اصول مدنية تنص على "انه يجوز الادلاء بدفوع عدم القبول في اية حالة كانت عليها المحاكمة انما يعود للقاضي ان يحكم ببطل العطل والضرر على الخصم الذي تمنع عن الادلاء بها في وقت مبكر، بقصد المماثلة واطالة امد المحاكمة".

اما الفائدة العملية الأخرى فهي متمثلة بالنتيجة الثانية التي نصل اليها ادناه.

الأولى - تاريخ 1988/6/6 - العدد 1989 صفحة 322 جاء في هذا الحكم: "حيث ان البند التحكيمي موضوع لمصلحة الفرقاء المتعاقبين. فإن الادلاء بعدم اختصاص المحاكم العانية امتثالا الى هذا البند يدخل في اطار عدم الاختصاص النسبي.... وحيث ان الدفع بعدم الاختصاص النسبي هو من الدفوع الاجرائية التي يجب الادلاء بها في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع - المادتان 52 و 53 من اصول المحاكمات المدنية - والأعتبر فرقاء الدعوى متساويين عن الادلاء بمثل هذا الدفع؛ استئناف لبنان الشمالي رقم 2006/24 تاريخ 2006/1/19 - المرجع كساندر - 1 - 2006 - قضاء وقانون - صفحة 200؛ تمييز غرفة رابعة قرار رقم 2006/61 تاريخ 2006/3/22 - المرجع - كساندر - 3 - 2006 - قضاء وقانون - صفحة 614 - في هذا القرار استندت محكمة التمييز الى المادة 81 من قانون اصول المحاكمات المدنية القديم.

يراجع ايضا بهذا المعنى - ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء الاول - مجلد 2 - فقرة 114 صفحة 27 حاشية رقم (1).

37- يراجع الدكتور عبد الحميد الاحدب - المرجع المذكور - الكتاب الاول - الصفحة 276 و 277 بالنسبة للقانون التونسي، والصفحة 1054 و 1055، بالنسبة للقانون المصري، والصفحة 1130 و 1131 بالنسبة للقانون المغربي. يراجع قرار محكمة النقض - ابو ظبي - الطعن رقم 89 لسنة 2008 س.2.ق.أ. جلسة 2008/5/29 - مجلة التحكيم العالمية، سنة 2015، العدد 28، صفحة 300 الذي قضى: "ان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ليس دفعا موضوعيا، وانما من قبيل الدفوع بعدم الاختصاص. لأن المقصود منه هو انكار اختصاص المحاكم بنظر الدعوى لخروجها عن ولايتها".

النتيجة الثانية:

وجوب امتناع محكمة الدولة عن اثاره هذا الدفع من تلقاء نفسها:

30- من المسلم به ان الدفع بعدم الاختصاص النسبي يجب اثارته من قبل الخصوم ولا يحق للمحكمة اثارته من تلقاء نفسها³⁸. بما أن الاختصاص التحكيمي هو اختصاص وظيفي نسبي فإنه، من حيث المبدأ، لا يجوز للمحكمة اثارته عفواً اي من تلقاء نفسها.

31- يجدر طرح السؤال الآتي: هل يلحظ القانون اللبناني استثناء للمبدأ المشار اليه اعلاه؟

32- لأجل الجواب عن هذا السؤال يستحسن مقارنة قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني بقانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي السابق للتعديل الحاصل بتاريخ 13 كانون الثاني 2013، وتحديداً المادة 1458، وبقانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي الحالي الناشء عن هذا التعديل، وتحديداً المادة 1448 منه.

نصت المادة 1458 من القانون الفرنسي، كما كانت قبل التعديل الحاصل عام 2011، على ما يلي:

Art. 1458- Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

38- يراجع بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص النسبي بشكل عام - ادوار عيد - المرجع المذكور الجزء الأول - مجلد 2- الفقرة 115 صفحة 27 وما يليها وبالنسبة للدفع بعدم الاختصاص المستمد من وجود اتفاقية تحكيم تراجع الحاشية رقم 34 اعلاه والحاشية رقم 40 انشاء. يراجع كتاب الامتياز Fadi Nammour-op- cit n° 224 page 124 الذي يعتبر ان بعض الاجتياذات une certaine jurisprudence لا يمنع قضاء الاساس من اثاره الدفع بعدم الاختصاص عفواً اذا كان الفرقاء قد اغفلوا الادلاء به.

Une certaine jurisprudence n'interdit pas moins aux juges du fond de soulever d'office une telle exception d'incompétence si les parties omettent de le faire.

ان موقف "الاجتياذ" المذكور يتناقض مع الطابع النسبي للدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعله وجود اتفاقية تحكيم.

يستفاد من هذا النص ان المشتري الفرنسي كان يميز بين حالتين:

- الحالة التي يكون فيها المحكم قد وضع يده على النزاع.

- الحالة التي لا يكون فيها المحكم قد وضع يده على النزاع.

ففي الحالة الاولى، على محكمة الدولة ان تعلن عدم اختصاصها وذلك دون اي استثناء، أما في الحالة الثانية، فإن على محكمة الدولة ان تعلن ايضا عدم اختصاصها ما لم تكن اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح. في ظل هذا النص القديم وسع الاجتهاد الفرنسي نطاق الفقرة 2 من المادة 1458 المذكورة، بحيث اضاف الى حالة البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم حالة عدم قابليتها الواضح للتطبيق *manifestement inapplicable*.

اما المادة 1448³⁹ من قانون اصول المحاكمات المدنية الناشئة عن التعديل المذكور فقد نصت على ما يلي:

Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

يستفاد من هذا النص الاخير، أن على محكمة الدولة ان تعلن عدم اختصاصها الا اذا توافر شرطان مجتمعين: ان يكون النزاع قد عرض على المحكم وان تكون اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح⁴⁰ او غير قابلة للتطبيق بشكل واضح⁴¹.

39- حول الفرق بين نص المادة 1458 القديمة اعلاه والمادة 1448 الجديدة المشار اليها اعلاه يراجع:

Thomas Clay- Code de l'arbitrage Commenté-Lexis Nexis 2015, pages 48 et 49.

40- حول حالات البطلان الواضح *Nullité manifeste* وحالات عدم القابلية الواضح للتطبيق في ظل المادة 1458 القديمة

يراجع:

Code de procédure civile- LexiNexis 2016 page 987 avec les références : Code de Procédure civile- Dalloz 2016- page 1275 avec les références.

41- حول حالات البطلان الواضح *Nullité manifeste* وعدم القابلية الواضح للتطبيق *inapplicabilité manifeste* في ظل

المادة 1448 الجديدة يراجع Code de Procédure civile NexisLexis 2016 page 933.

33- ان النصين الفرنسيين المشار اليهما اعلاه يمنعان صراحة على محكمة الدولة اثاره عدم اختصاصها من تلقاء نفسها وذلك في جميع الاحوال، وحتى في الحالة التي تكون فيها اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح او غير قابلة للتطبيق بشكل واضح، مع التذكير بأن المادة 74 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي تنص على انه لا يجوز للمحكمة ان تثير الدفع الاجرائية من تلقاء نفسها حتى ولو كانت مسندة الى قواعد متعلقة بالنظام العام.⁴²

34- أما في القانون اللبناني فلا يوجد، بين النصوص التي ترعى التحكيم، نص صريح⁴³ مماثل لنصوص القانون الفرنسي المشار اليها اعلاه يمنع محكمة الدولة من اثاره عدم اختصاصها من تلقاء نفسها. فكيف يمكن معالجة غياب مثل هذا النص؟

35- يمكن الاجابة عن السؤال المذكور اعلاه انطلاقاً من الفقرة 3 من المادة 53 اصول مدنية التي تنص على ما يلي:

"اذا كان الاختصاص وظيفياً او نوعياً او مكانياً الزامياً، يحق الادلاء بدفع انتفائه في جميع مراحل المحاكمة، وعلى المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها".

ان العقبة التي تحول دون تطبيق الفقرة 3 من المادة 53 المشار اليها اعلاه ناشئة عن كون عدم الاختصاص الوظيفي في الحالة التي نحن بصددنا، يتمتع بالطابع النسبي (يراجع سابقاً رقم 17). مما يعني انه في الحالة التي يكون فيها عدم الاختصاص هذا متمتعاً بالطابع المطلق فانه يصبح من المنطقي تطبيق الفقرة 3 من المادة 53 المذكورة بكل ابعادها، بحيث يترتب على المحكمة، في هذه الحالة، ان تثير الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها. ويكون الأمر كذلك في الحالة التي يكون فيها النزاع غير قابل للتحكيم⁴⁴ inarbitrale لأسباب متعلقة بالنظام العام او التي تكون فيها اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح او غير

42- يراجع أنفا - حاشية رقم 28.

43- يراجع بالنسبة للاختصاص النسبي بشكل عام ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء الاول - مجلد 2 - صفحة 29، كما يراجع، بالنسبة الى مادة التحكيم، Fadi Nammour - op- cit- n°223 مذكور في الحاشية رقم 36 اعلاه Fadi Nammour - op- cit- n° 224 page 124.

44- حول عدم القابلية للتحكيم يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - صفحة 130 وما يليها؛ وايضاً: Bernard Hanotiau: L'arbitrabilité- Recueil des cours - Académie de droit international de la Haye - 2003.

قابلة للتطبيق بشكل واضح لأسباب تتعلق بالنظام العام مع مراعاة احكام المادة 373 فقرة 3 اصول مدنية التي تنص على انه "لا يصح ان يسند القاضي حكمه الى أسباب قانونية اثارها من تلقاء نفسه دون ان يدعو الخصوم مقدماً الى تقديم ملاحظاتهم بشأنها".

36- إن اثاره الدفع بعدم الاختصاص عفوا من قبل المحكمة، في هذه الحالة، يجب ان لا يطرح اشكالات، لأن عدم القابلية للتحكيم متعلق بالنظام العام⁴⁵ وكل اختصاص متعلق بالنظام العام يتوجب على المحكمة اثارته عفوا وذلك عملاً باحكام الفقرة 3 من المادة 53 اصول مدنية⁴⁶. مع التذكير مجدداً بأن صياغة المادة 53 اصول مدنية مختلفة عن صياغة المادة 74 من القانون الفرنسي⁴⁷، علماً بأن هذا النص الفرنسي الاخير ينسجم مع المادة 1458 القديمة والمادة 1448 الجديدة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي اللتين تمنعان محكمة الدولة من اثاره عدم اختصاصها من تلقاء نفسها وذلك في جميع الاحوال حتى لو كانت اتفاقية التحكيم باطلة بصورة واضحة *manifestement nulle* او غير قابلة للتطبيق بصورة واضحة⁴⁸ *manifestement inapplicable*.

37- ما هو الموقف الذي ينبغي اتخاذه في القانون اللبناى اذا كانت اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح او غير قابلة للتطبيق بشكل واضح؟

للجواب عن هذا السؤال يجب التفريق بين الحالة التي يكون فيها البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم او عدم قابليتها للتطبيق ناشئين عن سبب متعلق بالنظام العام والحالة التي لا يكونان فيها كذلك.

ففي الحالة الاولى، نرى ان على محكمة الدولة ان تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها كما هو الحال عندما يكون النزاع غير قابل للتحكيم *inarbitrable*، اما في الحالة الثانية، أي مثلاً عندما تكون اتفاقية التحكيم لا علاقة لها لا من قريب ولا من بعيد بموضوع النزاع ولا

45- حول تعلق المواد غير القابلة للتحكيم بالنظام العام يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور الجزء العاشر - صفحة 117 وما يليها.

46- ادوار عيد - المرجع المذكور الجزء الاول - مجلد 2 - صفحة 42 وما يليها.

47- تنص المادة 74 من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي على ان الدفوع الاجرائية يجب ان تثار قبل اسباب الدفاع والدفوع بعدم القبول حتى ولو كانت مسندة الى قواع متعلقة بالنظام العام.

48- يراجع انفا الفقرة 33 اعلاه.

بأشخاص الخصوم⁴⁹، فإنه يتوجب على المحكمة الامتناع عن إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسها، بل يجب ان يثيرها المدعى الذي له مصلحة بالتخلص من مفاعيل اتفاقية التحكيم. تجدر الاشارة الى أن المادة 53 فقرة 3 المذكورة تستعمل عبارة "على المحكمة ان تثيره من تلقاء نفسها". إن هذه العبارة⁵⁰ واضحة، وتعني ان المحكمة ملزمة أن تثير عدم اختصاصها وبأنها لا تتمتع بالتالى، بسلطة اختيارية. كما تجدر الاشارة الى أنه لا يمكن تعطيل تطبيق الفقرة 3 من المادة 53 اصول مدنية في غياب نص مماثل للمواد 74 و1458 و1448 من القانون الفرنسى المشار اليها اعلاه. بعبارة اخرى ان الفقرة 3 من المادة 53 المذكورة هي نص الزامى لا يجوز منع تطبيقه إلا بموجب نص صريح وهذا النص الصريح غير موجود في القانون اللبناى.

38- يستفاد مما تقدم أن الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة في حال وجود اتفاقية تحكيم هو دفع اجرائى يجب الادلاء به في بدء المحاكمة وقيل المناقشة في الموضوع او الادلاء بدفوع عدم القبول in limine litis وانه لا يجوز لمحكمة الدولة في لبنان إثارة من تلقاء نفسها إلا فى الحالة التى يكون فيها النزاع غير قابل للتحكيم inarbitrable او فى الحالة التى تكون فيها اسباب البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم او اسباب عدم قابليتها للتطبيق متعلقة بالنظام العام.

39- هذا هو الوضع عندما يدلى المدعى عليه امام محكمة الدولة بعدم اختصاصها لعل وجود اتفاقية التحكيم، فما هو الوضع عندما يدلى المدعى، رداً على هذا الدفع، بأسباب ترمى الى تعطيل مفعول هذه الاتفاقية؟

ثانياً- فى الاسباب التى يدلى بها المدعى لأجل ردّ الدفع بعدم الاختصاص الذى يثيره المدعى عليه امام محكمة الدولة:

40- ان الاسباب التى يدلى بها المدعى من أجل ردّ الدفع بعدم الاختصاص المستمد من وجود اتفاقية تحكيم هي تلك التى ترمى الى المنازعة فى ولاية المحكم من حيث المبدأ او من

49- حول عدم القابلية الواضح للتطبيق Convention manifestement inapplicable يراجع : الاجتياذات الفرنسية المذكورة فى: Thomas Clay – Code de l'arbitrage commenté – LexisNexis 2015 page 50.

50- ان المادة 61 فقرة 3 اصول مدنية المتعلقة بدفوع البطلان الموضوعية تستعمل عبارة "على المحكمة ان تثير من تلقاء نفسها دفع البطلان هذه اذا تعلق بالنظام العام" والمادة 64 فقرة 1 اصول مدنية المتعلقة بالدفع بعدم القبول تستعمل عبارة "على المحكمة ان تثير دفع عدم القبول عندما يتصل بالنظام العام". نلاحظ ان هذه المادة الاخيرة لا تستعمل عبارة من تلقاء نفسها" ولا عبارة تلقائياً".

حيث المدى، اي تلك التي تؤدي الى الطعن في وجود او صحة او فعالية اتفاقية التحكيم او في قابليتها للتطبيق او في حدود المهمة المعينة للمحكم. والسؤال المطروح هو الآتي: من هي السلطة الصالحة للنظر في هذه الاسباب: محكمة الدولة التي يدلي المدعى عليه امامها بدفع عدم الاختصاص المذكور، أم الهيئة التحكيمية؟

42- قبل الرد على هذا السؤال يستحسن اعطاء ايضاحات لغوية متعلقة بمفاهيم تستعمل وكأنها مرادفات وهي مفهوم "الصلاحيّة" الذي تستعمله المواد 789 و 792 و 795 فقرة 3 اصول مدنية. ومفهوم "الولاية" الذي تستعمله المادتان 784 و 785 اصول مدنية ومفهوم "المهمة" الذي تستعمله المواد 768 و 769 و 772 و 773 و 800 فقرة 3 و 801 و 817 فقرة 3 اصول مدنية ومفهوم "الاختصاص" الذي تستعمله المادتان 30 فقرة 2 و 46 فقرة 2 اصول مدنية والمادة 779 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "المحكمة ذات الاختصاص" والمادة 783 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "الغرفة الابتدائية المختصة" وعبارة "القاضي المختص" والمادة 792 فقرة 2 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "المحكمة التي يعود لهما الاختصاص لولا وجود التحكيم" والمادة 795 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الادراي"، والمادة 798 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "المحكمة المختصة" والمادة 805 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "القاضي المختص" والمادة 819 فقرة 2 اصول مدنية التي تستعمل عبارة "القاضي المختص".

42- ما هو المقصود بهذه المفاهيم؟

43- الصلاحية هي السلطة pouvoir المعطاة لبيئة قضائية jurisdiction، لأن تنظر⁵¹ في النزاع Connaître un litige، وهذه البيئة القضائية تكون اما محكمة الدولة واما الهيئة التحكيمية.

51- حول هذا التعريف يراجع:

Solus et Perrot – Droit judiciaire privé- tome II- La compétence – Sirey 1973 n° 1 page 5.

فقرة 4 اصول مدنية المتعلقة بالاختصاص المكاني تستعمل عبارة المحكمة التي ليا "سلطة نظر الدعوى" التي تعني، حسب الاصطلاح الذي تقترحه، "صلاحية". ان ورود هذه العبارة ضمن النص المذكور اعلاه يعنى توزيع الصلاحية مكانيا بين المحاكم التي هي من صنف واحد ودرجة واحدة.

44- الولاية القضائية هي تخويل⁵² Investiture شخص او هيئة سلطة الفصل في النزاع. وهذا التخويل اما ان يكون صادرا عن القانون، وفي هذه الحالة صاحب هذه السلطة يكون قاضي الدولة او محكمة الدولة واما ان يكون صادرا عن ارادة الفرقاء وفي هذه الحالة يكون صاحب هذه السلطة اما المحكم او المحكمون.

ان مصدر التخويل، القانون أو ارادة الفرقاء، هو المعيار الجوهرى الذي يفرق بين قضاء الدولة Juridiction étatique وقضاء التحكيم Juridiction arbitrale.

45- اما الاختصاص فهو توزيع الصلاحيات بين الهيئات القضائية المختلفة اي بين محاكم الدولة بعضها مع البعض وبين محاكم الدولة والهيئات التحكيمية⁵³.

46- اما المهمة فهي العملية المناطة بالمحكم⁵⁴ opération confiée à l'arbitre التي تتألف من المسألة او المسائل التي يطرحها الفرقاء امامه كي يفصل فيها، وهي تكون موضوعية⁵⁵ مرتبطة باساس النزاع، او إجرائية⁵⁶. يعود للفرقاء تعيين حدود هذه المهمة. (تستعمل المادتان 800 فقرة 3 و 801 أصول مدنية عبارة "في حدود المهمة المحددة المعينة للمحكم").

52- تستعمل المادة 789 فقرة اولى عبارة "يخوليم الخصوم" - مما يجيز استعمال مفهوم "التخويل".

53- إن المواد 30 فقرة 2 و 46 فقرة 2 و 779 و 783 و 792 و 795 و 798 و 805 و 819 فقرة 2 اصول مدنية تستعمل مفهوم "الاختصاص" في المرات التي تستدعي توزيع الصلاحيات بين قاضي الدولة وبين المحكم. تجدر الاشارة الى ان توزيع الصلاحيات يختلف عن مفهوم توزيع الاعمال بمعنى المادة 73 اصول مدنية. ان توزيع الاعمال هو قرار اداري بحسب يقضى بتعيين الغرف التابعة لمحكمة واحدة (محكمة التمييز - محكمة الاستئناف - محكمة الدرجة الاولى المادة 73 اصول مدنية) اولها القانون صلاحية النظر في القضية المعروض عليها. لا مجال للكلام على توزيع اعمال "بين محكمة الدولة" وبين "الهيئة التحكيمية". ولكن يمكن الكلام على توزيع الاختصاص بين هذه المحكمة، وهذه الهيئة.

54- يراجع:

Cornu- vocabulaire juridique - P.U.F.1987 page 505-Mission: - ce qui est confié par une personne à une autre (détermination d'où résulte la limite des pouvoirs de celui qui reçoit MISSION): l'opération confiée. Ex. mission du mandataire, de l'expert, de l'arbitre.

55- حول تحديد موضوع النزاع، يراجع op- cit n° 815 Seraglini et Ortscheid.

56- حول الامثلة عن المسائل الاجرائية، يراجع op- cit n° 816. ومنها مسائل الميلة التي بانقضائها لا يعود يحق للفرقاء الادلاء بمطالب جديدة او على العكس، الميل التي يحق للفرقاء، قبل انقضائها، تعديل مطالبهم الاساسية او التقدم بمطالب جديدة او مسألة الشروط التي يخضع ليا تقديم طلبات جديدة الخ....

يستفاد مما تقدم:

- ان الصلاحية هي سلطة الفصل في النزاع.
 ان الولاية هي مصدر هذه الصلاحية (اي سلطة الفصل في النزاع).
 ان الاختصاص هو توزيع هذه الصلاحية (اي سلطة في الفصل في النزاع) بين محاكم الدولة بعضها مع البعض وبين محاكم الدولة والهيئات التحكيمية.
 ان المهمة هي الموضوع او المواضيع التي تتناولها هذه الصلاحية.
 47- يمكن الكلام عن الولاية وعن الاختصاص عندما يتعلق الامر بمحاكم الدولة.

ان قاضي الدولة يعين بمرسوم يصدر عن السلطة التنفيذية بعد موافقة مجلس القضاء الاعلى وذلك وفقاً لأحكام المادة 64 من نظام القضاء العدلي⁵⁷، وهذا المرسوم هو مصدر الولاية المعطاة لقاضي الدولة اما اختصاص هذا الاخير فيتم تحديده بموجب القوانين والانظمة، ولاسيما المواد 72 الى 113 ضمناً من قانون اصول المحاكمات المدنية.
 بما ان الولاية هي مصدر الصلاحية، وبما ان الاختصاص هو توزيع هذه الصلاحية، فإن للولاية الاسبقية السببية والزمنية Antériorité causale et chronologique لهذين المفهومين الأخيرين.

48- ما هي الفائدة العملية من التفريق بين "الولاية" و"الاختصاص"؟

49- يعتبر بعض الفقهاء في فرنسا⁵⁸ ان لهذا التفريق فائدة عملية مفادها أن التذرع بانتفاء الولاية (في فرنسا défaut du pouvoir juridictionnel) هو دفع بعدم القبول

57- حول هذا الموضوع يراجع ادوار عيد - موسوعة اصول المحاكمات، الجزء الثاني، مجلد 1، صفحة 10.
 58- يفرق بعض الفقهاء في فرنسا بين الطعن في ولاية المحكم من حيث المبدأ Investiture وبين مدى هذه الولاية étendue ويعتبرون ان الطعن في الحالة الاولى يشكل طعناً في التحويل Investiture وينطبق عليه وصف السدع بعدم القبول Exception de procédure. Fin de non recevoir وانه يشكل في الحالة الثانية طعناً في الصلاحية Compétence وينطبق عليه وصف الدفع الاجرائي. حول هذا الموضوع يراجع Loquin - op- cit Fasc 1030 n° 1 et s.
 بعض الفقهاء الآخرين هذا التفريق وبرزهم Motulsky معتبرين انه لا يستقيم وذلك لان مصدر "التحويل" ومصدر "الصلاحية" في مادة التحكيم هو واحد وهو ارادة الفريقين.

Comme l'a démontré, H. Motulsky, (Écrits, t. II, Etudes et notes sur l'arbitrage, p. 23). « l'arbitre n'étant un juge que dans la mesure où les parties l'ont bien voulu, dire qu'il n'est pas institué ou dire qu'il n'est pas compétent, c'est exactement la même chose. » Loquin- op- cit n°4.
 اننا نؤيد هذا الرأي الأخير.

Fin de non recevoir الخاضع لأحكام المواد 123 وما يليها من القانون الفرنسى، اما التذرع بانتفاء الاختصاص (في فرنسا Exception d'incompétence) فيو دفع اجرائى Exception de procédure يخضع لاحكام المادة 74 وما يليها من القانون المذكور.

50- نعتقد ان ليذا التفريق فائدة عملية ولكنها مختلفة عن تلك المشار اليها أعلاه، وذلك لأن الدفعين المذكورين، اي الدفع بانتفاء الولاية والدفع بانتفاء الاختصاص، ينتميا كلاهما الى فئة الدفوع الاجرائية، وذلك لانهما يرميان الى "اعلان عدم قانونية المحاكمة" (المادة 52 اصول مدنية) وليس الى انكار حق الادعاء لدى المدعى (المادة 62 اصول مدنية)⁵⁹. اما الفائدة العملية التي نراها متوافرة فهي تكمن في ان ولاية قاضي الدولة تكون متعلقة دائما بالنظام العام وذلك لأنها مرتبطة بالتنظيم القضائى، اما الطعن بولاية المحكم فهي مبدئيا ليست متعلقة بالنظام العام لأنها ناشئة عن اتفاق الطرفين ولأنها متعلقة بمصلحة الافراد intérêt privé باستثناء الحالة التي يكون فيها النزاع غير قابل للتحكيم inarbitrable لعدة الارتباط بالنظام العام والحالة التي يكون فيها البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم او انعدام قابليتها للتطبيق ناشئين عن اسباب متعلقة بالنظام العام.

يستفاد مما تقدم انه يمكن الادلاء بدفع انتفاء ولاية قاضي الدولة، بمعنى التحويل investiture، في جميع مراحل المحاكمة، وعلى القاضي ان يثيره عفوا عملا باحكام المادة 53 فقرة 3 اصول مدنية و 370 فقرة 2 اصول مدنية اما الدفع بعدم ولاية المحكم فيجب الادلاء به في بدء المحاكمة وقبل المناقشة في الموضوع، وقبل الادلاء بدفوع عدم القبول ما لم يكن انعدام الولاية ناشئا عن عدم القابلية للتحكيم المتعلق بالنظام العام⁶⁰ او عن البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم او لعدم قابليتها للتطبيق لاسباب متعلقة بالنظام العام⁶¹.

51- بعد هذه الايضاحات اللغوية نعود الى الجواب عن السؤال الذي طرحناه في الفقرة 40 اعلاه، ونجيب عليه كما يلي:

59- يراجع الفقرة رقم 21 وما يليها اعلاه.

60- يراجع الفقرة اعلاه رقم 36 والفقرة 39 اعلاه.

61- يراجع الفقرة 36 و 39 اعلاه.

52- نصّت المادة 785 اصول مدنية على ما يلي:

"إذا نازع احد الخصوم امام المحكم في مبدأ او مدى الولاية العائدة له لنظر القضية المعروضة عليه، فيكون له ان يفصل في هذه المنازعة".

إن هذا النص مستوحى من المادة 1466⁶² القديمة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي التي تنص على ما يلي:

Art 1466- Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture.

إن هذين النصين اللبناني والفرنسي يكرسان مبدأ ولاية المحكم بأن يفصل في مسألة ولايته من حيث المبدأ او من حيث المدى وهذا ما يقال له بالفرنسية principe de compétence⁶³.

53- هل تسمح المادة 785 المذكورة لمحكمة الدولة، التي يدلي أمامها المدعى عليه بالدفع بعدم الاختصاص، بأن تنظر في الاسباب التي يدلي بها المدعي لرد هذا الدفع والرامية الى الطعن بولاية المحكم من حيث المبدأ او من حيث المدى؟ ام اننا تمنع عننا مثل هذه الصلاحية؟

وفي حال الايجاب هل يعتبر هذا المنع مطلقاً ام ان القانون يلحظ له بعض الاستثناءات؟

54- للإجابة على هذا السؤال ندلي بما يأتي:

1- إن المبدأ، الذي تكرسه المادة 875 اصول مدنية، المعروف بسلطة المحكم في أن ينظر في مسألة ولايته من حيث المبدأ ومن حيث المدى، يحجب صلاحية النظر في هذه

62- حول الفرق بين المادة 1466 من القانون الفرنسي القديم والمادة 1465 من القانون الفرنسي الجديد يراجع: Thomas Clay- code de l'arbitrage commenté- LexisNexis - 2015- pages 98 et 99.

63- حول هذا المبدأ يراجع في القانون الفرنسي: Seraglini et Ortscheid- op. cit n°159 et s. : Fouchard, Gaillard et Goldman: Traité de l'arbitrage commercial international - Litec - 1991 - n°s 650 et s.

وفي القانون اللبناني يراجع ادوار عيد - المرجع المذكور - الجزء الحادي عشر صفحة 68 وما يليها.

المسألة عن محاكم الدولة وهذا ما يعبر عنه بالأثر السلبي لهذا المبدأ *effet négatif* *du principe compétence -compétence*⁶⁴.

2- بما إن المادة 785 من قانون اصول المحاكمات المدنية مستوحاة من المادة 1466 قديمة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي فإنه يجوز الاسترشاد بالحلول التي تبناها القضاء والفقهاء الفرنسيين المعاصران لنص المادة 1466 المذكورة، وهذه الحلول هي الآتية:

2-1- لا يحق لمحكمة الدولة النظر في المنازعة في ولاية المحكم ومداها في الحالة التي يكون فيها المحكم واضعاً يده على النزاع، وذلك في جميع الاحوال⁶⁵.

2-2- اما في الحالة التي لا يكون فيها المحكم قد وضع يده على النزاع، فإنه يبقى من غير الجائز لمحكمة الدولة النظر في المنازعة المشار اليها اعلاه، ولكن مع مراعاة الاستثناء الآتي: اذا كانت اتفاقية التحكيم باطلة بشكل واضح *Nullité manifeste* او اذا كانت غير قابلة للتطبيق بشكل واضح *inapplicabilité manifeste*⁶⁶.

55- تجدر الاشارة الى أن المادة 785 اصول مدنية والمادة 1466 القديمة من القانون الفرنسي، لا تتضمنان ما يشير صراحة الى منع الخصوم من الاتفاق على حجب الصلاحية عن المحكم للنظر في مبدأ ولايته ومداها. مما يسمح بطرح السؤال الآتي: هل أن المبدأ المكرس في المادة 785 اصول مدنية و1466 قديمة من القانون الفرنسي المذكورين له صفة الزامية *Caractère impératif* متعلق بالنظام العام ام ان له صفة تكميلية *Caractère supplétif* يجوز للخصوم مخالفته؟

64- حول الاثر السلبي لمبدأ سلطة المحكم في ان ينظر في مسألة ولايته من حيث المبدأ، ومن حيث المدى *compétence- compétence*

يراجع *effet négatif* - n° 168 - *Seraglini- Ortscheid - op- cit*.

65- في لبنان يراجع انوار عيد - المرجع المذكور رقم 125 صفحة 70 وفي فرنسا n° *Seraglini- Ortscheid - op- cit* 168.

Fadi Nammour op- cit n° 222 page 124 : Le juge judiciaire doit se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable.

66- يراجع في فرنسا n° 169 - *Seraglini - Ortscheid - Ibid*. يعتبر هذا المرجع الفقهي ان الاجتهاد في فرنسا يفسر الاستثناء المستند من البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم او لعدم قابليتها للتطبيق بصورة ضيقة.

56- نعتقد أنه يجوز للخصوم ان يدرجوا في اتفاقية التحكيم بنداً من شأنه ان يسحب من المحكم الصلاحية الممنوحة له بموجب المادة 785 اصول مدنية، وذلك للاسباب الآتية:

السبب الاول: ان ارادة الخصوم هي "الصلب والركن"⁶⁷ لاتفاقية التحكيم فهي مصدر ولاية المحكم من حيث المبدأ، ومن حيث المدى. فهي التي تنشئ المحكمة التحكيمية (المحكم الفرد او الهيئة التحكيمية) وهي التي تعين حدود ميمته من الناحية الموضوعية والاجرائية. ان للخصوم الحق في رسم الاطار الذي يعود للمحكم ممارسة صلاحيته ضمنه ولهم الحق في أن يدخلوا في دائرة التحكيم ما يشاؤون من المواضيع شرط مراعاة مقتضيات النظام العام والاداب العامة والاحكام القانونية التي لها صفة الزامية⁶⁸، كما لهم الحق بالمقابل في أن يسحبوا من هذه الدائرة المسائل التي يكون القانون قد ادخلها فيها. في مادة التحكيم الفرعاء يعطون المحكم صلاحيات ويأخذون منه صلاحيات، ولكن تحت سقف القانون ورقابة القضاء.

السبب الثاني: ان المادة 785 اصول مدنية هي قاعدة ليس لها صفة امرية imperative، بل ان لها طابعاً تكميلياً Supplétif يحق للفرعاء استبعادها، وهذا الطابع هو نتيجة للدور الاساسي الذي تلعبه ارادة الفرعاء في مادة التحكيم.

ان صلاحية المحكم لأن ينظر في صلاحيته، من حيث المبدأ أو من حيث المدى، ناشئة عن قاعدة Norme⁶⁹ قائمة بذاتها، وليست نتيجة لقاعدة استقلالية البند التحكيمي Autonomie de la clause compromissoire او لقاعدة Pacta sunt servanda التي تقضي بوجود احترام الاتفاقات Les conventions doivent être respectées.

67- ان هذه العبارة مأخوذة من المادة 176 موجبات وعقود التي تنص على "ان رضی المتعاقدين هي الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه اعم". يراجع الفقرة 11 اعلاه.

68- ان هذه العبارة مأخوذة من المادة 166 موجبات وعقود.

69- حول ان هذا المبدأ هو قاعدة Norme وليس نتيجة لقاعدة استقلالية البند التحكيمي او لمبدأ وجوب احترام الاتفاقيات المعقودة يراجع:

Fouchard- Gaillard et Goldman – op- cit n° 658 page 413: La norme qui permet aux arbitres de se prononcer n'est pas la convention d'arbitrage elle-même, ni le principe pacta sunt servanda qui justifie son caractère obligatoire.

Seraglini et Ortscheid op- cit Volonté du législateur عن ارادة المشرع يراجع n° 162 p.184.

ان وصف مصدر هذه الصلاحية بانه قاعدة قائمة بذاتها Norme يشرح لماذا يحق للمحكم ان يفصل في مسألة صحة ولايته ومداهها دون الوقوع في الدائرة المغلقة *Cercle vicieux*. ان هذا الوصف يسمح بالخروج من المأزق الذي يكمن في السؤال الآتي: كيف يحق للمحكم المعين بموجب اتفاق ان يطعن بوجود وصحة ومدى الاتفاق الذي عينه؟ ان القانون وليس اتفاق الفريقين هو الذي يعطيه هذه الصلاحية وبهذا الجواب يتم الخروج من المأزق الظاهري الذي قد توحى به المادة 785 اصول مدنية⁷⁰.

تجدر الاشارة الى ان محكمة استئناف باريس أصدرت بتاريخ سابق للمادة 1466 القديمة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي قراراً قضى بالسماح للخصوم بأن ينفقوا، بصورة صريحة، على اعطاء المحكم صلاحية الفصل في مسألة صلاحيته⁷¹. ان هذا القرار، الذي اجاز مثل هذا الاتفاق، يمكن تفسيره بأنه كان يجيز الاتفاق على عكسه، اي على سحب هذه الصلاحية.

السبب الثالث: لأن الاثر الذي يعلقه القانون على هذه القاعدة هو تكريس الاولوية *72* priorité للمحكم في ان يفصل في هذه المسألة قبل محكمة الدولة. ان الفقه الراجح في فرنسا يعتبر ان هذه الاولوية هي زمنية Chronologique وليست تسلسلية *73* hiérarchique مما يعطي حجة على ان القاعدة المنصوص عليها في المادة 785 اصول مدنية ليس لها الطابع الامري الالزامي.

70- حول هذا المأزق يراجع: Fouchar, Gaillard et Goldman – op- cit n° 658 page 414.

A l'évidence, ni l'un ni l'autre de ces effets ne peut prendre sa source dans la convention d'arbitrage. Si tel était le cas, on se trouverait en effet immédiatement confronté à l'argument du cercle vicieux invoqué par la doctrine hostile à la compétence- compétence comment, sur le seul fondement de la convention d'arbitrage, un arbitre pourrait-il déclarer cette convention nulle ou même connaître de l'argument susceptible de conduire à la constatation de cette nullité? La réponse est simple: ce n'est pas la convention d'arbitrage qui fonde la compétence-compétence mais le droit de l'arbitrage de l'Etat du siège de l'arbitrage et, plus généralement, de l'ensemble des Etats susceptible de reconnaître une sentence rendue par des arbitres sur leur propre compétence.

71- يراجع قرار محكمة استئناف باريس تاريخ 22 كانون الثاني 1957 مذكور في مقالة العلامة Motulsky-Question préalable et Question préjudicielle – Ecrits- tome 2- page 219 : l'arrêt du 22 janvier 1957 déclare que cette faculté cesse lorsque les parties ont attribué formellement compétence aux arbitres seuls à l'effet de statuer sur la validité d'une telle clause » : cette stipulation, souligne la Cour, « n'est contraire à aucun principe d'ordre public (et) tient lieu de loi aux parties. »

72- حول هذه الاولوية يراجع Fouchar, Gaillard et Goldman op cit n° 660.

73- يراجع لطفاً Ibid.

السبب الرابع: لأن المشتري توخى من هذه القاعدة الوصول الى نتيجة عملية⁷⁴ pratique مفادها احباط محاولات التسوية والمماطلة التي قد يمارسها المدعى عليه من أجل التهرب من الدعوى غير المرغوب فيها. علماً أن المقتضيات ذات الطابع العملي تتم مراعاتها عادة بموجب قوانين تكميلية وليس بموجب قوانين أمرية. علماً أيضاً أن حسن سير القضاء التحكيمي bon fonctionnement de l'arbitrage غير متعلق بالنظام العام، لأن للمحاكمة التحكيمية طابعاً تعاقدياً⁷⁵ Le lien juridique d'instance est conventionnel dans l'arbitrage.

57- ان للخصوم الحق بان يتنازلوا عن التحكيم من حيث مبدأ وجوده، فمن باب اولى A Fortiori يحق ليم ان يتفقوا على تقليص الصلاحيات الممنوحة له بموجب اتفاقية التحكيم او بموجب نص قانوني له صفة تكميلية Caractère supplétif مثل نص المادة 785 اصول مدنية. ولو كان المشتري اللبناني يمنع الخصوم من سحب الصلاحية، المنصوص عليها في المادة 785 المذكورة، من يد المحكم، لكان استعمل في هذا النص ما يفيد هذا المنع مثل عبارة "بالرغم من كل اتفاق مخالف"⁷⁶ او عبارة

74- يراجع: Seraglini et Ortscheid - op- cit n° 162 page 184.

En réalité, la justification du principe de Compétence-compétence est essentiellement d'ordre pratique: ce principe est nécessaire au bon fonctionnement de l'arbitrage. Refuser la compétence de l'arbitre pour trancher les contestations relatives à l'existence de son pouvoir juridictionnel a pour inconvénient évident de favoriser les exceptions d'incompétence présentées de façon dilatoire. En effet, cela conduit l'arbitre à devoir surseoir à statuer en cas de contestation, quels qu'en soient les mérites, de la validité de la convention d'arbitrage, dans l'attente d'une décision d'une juridiction étatique sur ce point. Un tel refus pourrait donc constituer une arme particulièrement efficace aux mains de parties de mauvaise foi souhaitant considérablement ralentir, voire décourager, toute procédure arbitrale.

75- يراجع: Seraglini et Ortscheid- op- cit n° 305 page 289.

Les instances arbitrale et judiciaire se distinguent en effet essentiellement par l'origine du lien juridique d'instance. Il est conventionnel dans l'arbitrage, puisqu'il résulte de la volonté commune des parties de soumettre le litige à un tribunal arbitral. Il est légal en matière judiciaire, le défendeur subissant le procès. Ce caractère conventionnel de l'instance arbitrale a deux conséquences importantes. En premier lieu, à l'inverse du juge, l'arbitre est partie au lien d'instance. L'investiture de ce dernier peut donc être contestée, alors qu'en principe, seule la compétence du juge peut être remise en cause. En second lieu, l'instance arbitrale se singularise, par rapport à l'instance judiciaire, par sa souplesse, son formalisme limité, la mise en œuvre de règles de procédure originales et, surtout, les pouvoirs moins importants dont dispose l'arbitre, au regard de ceux du juge, dans la conduite de la procédure.

76- كما هو الحال في المادة 800 اصول مدنية التي تنص على حق الخصوم في الطعن في القرار التحكيمي بطريق الأبطال بالرغم من كل اتفاق مخالف.

"كل بند مخالف يعتبر كأنه لم يكتب" *Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*⁷⁷.

ان الاتفاق على مخالفة المادة 785 اصول مدنية المذكورة جائز اذا قرر الفرقاء ذلك. ولكن في هذه الحالة يجب ان يكون هذا الاتفاق مصوغاً بعبارات جازمة وصریحة⁷⁸.

خلاصة:

58- كان من الضروري دراسة الموضوع الذي نحن بصدده، من زاوية المدعى عليه، اي من زاوية الدفع بعدم اختصاص محكمة الدولة لعلّة وجود اتفاقية تحكيم، وهذا هو الأثر السلبي لهذه الاتفاقية *effet négatif*، وايضاً من زاوية المدعي، اي من زاوية الطعن امام هذه المحكمة بولاية المحكم من حيث المبدأ أو من حيث المدى. ان هذا الطعن خاضع لأحكام المادة 785 اصول مدنية التي تكرر قاعدة "الصلاحية للفصل في مسألة الصلاحية" *Compétence-compétence*. ان لهذه القاعدة الاخيرة اثرأ سلبياً *effet négatif* وهو حجب صلاحية النظر في هذه المسألة عن محاكم الدولة⁷⁹.

ان هذين الاثرين السلبيين يتكاملان⁸⁰، لأنهما يصبان في اتجاه واحد وهو تأمين فعالية قضاء التحكيم واعطاؤه الاولوية على قضاء الدولة تحت سقف القانون.

77- كما هو الحال في المادة 1448 فقرة 3 الجديدة من قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسي :

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite

علما أن عبارة "كأنه لم يكتب" مأخوذة من المادة 81 فقرة 2 موجبات وعقود.

78- كما هو الحال في الفقرة 3 من المادة 241 موجبات وعقود المتعلقة ببند الالغاء الاتفاقي.

79- يراجع الفقرة 56 اعلاه.

80- يراجع الفقرة 3 اعلاه.