Malaysian Journal of Syariah and Law
مجلة الشريعة والقانون بماليزيا
USIM

Vol. 7, No.1 (JUNE) 2019
ISSN: 1985-7454 | E-ISSN: 2590-4396
www.mjsl.usim.edu.my

مدى سلطة المحكّم في البتّ في اختصاصه في التّشريع الليبي

LIMITS OF THE ARBITRATOR'S POWER TO ADJUDICATE HIS COMPETENCE IN LIBYAN LEGISLATION

[i*]Jamila Ibrahim Elmejresi, [i]Abdul Samat Musa, [i]Muneer Ali Abdul Rab

[i]Faculty of Syaria and Law, Universiti Sains Islam Malaysia, Bandar baru, Nilai Negeri Sembilan

*(Corresponding Author) email: megrisi@yahoo.co.uk

ملخص البحث

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أساس مهم في التحكيم التجاري، لأهميته في اختزال زمن التقاضي، كذلك ثقة الخصوم في المحكم لا تقف عند النزاع بل تمتد إلى جميع قراراته التمهيدية قبل الحكم في الدعوى، الأمر الذي جعل من غالبية مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول تعتمد هذا المبدأ بشكل صريح. إلا أنه لم يتبنَّ التشريع الليبي هذا المبدأ، بل وترك الأمر غامضا وفق نص المادة ٧٥٧ من قانون المرافعات المتعلقة بالمسائل الخارجة عن ولاية المحكمين، مما يجعل الأمر قد ينتج عنه التناقض في الأحكام في مجال التحكيم. وعليه فإن هذه الورقة تناولت حدود سلطة المحكم في البث في اختصاصه في التشريع الليبي، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على دفع أحد الخصوم بعدم اختصاصه، معتمدة على المنهج الاستقرائي والتحليلي الاستنباطي. وخلص البحث إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعتبر من أهم المبادئ التي يحتويها التحكيم الدولي. أنّ المشرع الليبي لم يتصدّى صراحة لمسألة الحكم المترتب على بطلان شرط التحكيم في عقد صحيح مع غموض المادة ٧٥٧ من قانون المرافعات الليبي بخصوص المسائل الخارجة عن ولاية المحكمين. هناك تداخل بين القضاء والتحكيم في البث في اختصاص المحكم في نصوص مشروع قانون التحكيم.

الكلمات المفتاحية: *التحكيم، الاختصاص، المحكم، حدود، القانون الليبي.*

ABSTRACT

The principle of competence in jurisdiction is an important basis in commercial arbitration for its importance in reducing the time of litigation. The trust of the litigants in the arbitrator does not stop at the subject matter of the dispute but extends to all its preliminary decisions before the judgment in the case. This principle is explicitly adopted in the majority of arbitration centres. However, Libyan jurisprudence does not adopt this principle, and it is left vague under the provisions of article 757 of the Code of Plea on Matters outside the Jurisdiction of the Arbitrators, which could result in a contradiction in the arbitration decisions. Thus, this paper deals with the limits of the authority of the arbitrator in enforcing

his jurisdiction under Libyan legislation by relying on the inductive method and analytical deductive approach. This research concludes that the principle of jurisdiction is one of the most important principles of international arbitration. However, Libyan legislators have not properly addressed the issue on the invalidity of the arbitration clause in a true contract due to the ambiguity of Article 757 of the Libyan Code of Procedure on matters beyond the jurisdiction of the arbitrators. There is thus an overlap between the judiciary and arbitration in specifying the jurisdiction of the arbitrator in the texts of the draft arbitration law.

Keywords: *Arbitration, jurisdiction, arbitrator, Libyan law*

مقدّمة

الأثر المترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد هو مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، أي مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حتى وإن نازع أحد الخصوم في اختصاص المحكم على أساس أن اتفاق التحكيم قد ألغي، أو دفع أحد الخصوم بمخالفة النظام العام، أو أن أحد الخصوم ادعى بعدم وجود اتفاق تحكيم، أو دفع أحد الخصوم بوجود موانع أهلية، أو غيره، وذلك للمماطلة أو التحايل على الخُصومة. لهذا يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أساس مهم في التحكيم التجاري وأثراً إيجابياً لاتفاق التحكيم، لأهميته في اختزال زمن التقاضي أمام قضاء التحكيم، كذلك ثقة الخصوم في المحكم لا تقف عند موضوع النزاع بل تمتد إلى جميع قراراته التمهيدية قبل الحكم في الدعوى، والتي من أهمها قرار تحقق اختصاصه من عدمه، الأمر الذي جعل من غالبية مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول اعتماد هذا المبدأ بشكل صريح. (Al-Etifaqeyat Al-Dualiyah, n.d)

إلا أننا وجدنا أن التشريع الليبي لم يتبنّ هذا المبدأ بل وترك الأمر غامضا وفق نص المادة ٧٥٧ من قانون المرافعات المتعلقة بالمسائل الخارجة عن ولاية المحكمين، مما يجعل الأمر قد ينتج عنه التناقض في الأحكام في مجال التحكيم، إذ قد يحصل التقاضي في نفس الوقت وفي نفس النزاع أمام قضاء التحكيم والقضاء العادي، ويصدر حكم عن محكمة الاستئناف في الطعن على قرار هيئة التحكيم التمهيدي الذي قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص، بينما يصدر الآخر في موضوع الدعوى الرئيسي كاملاً، وقد يطعن في حكم التحكيم بالبطلان أمام محكمة الاستئناف أيضاً ويصبح لدينا ثلاثة أحكام صادرة في نزاع واحد، فما هي النتيجة التي تنتج عن حكم محكمة التحكيم في حالة ما إذا قضت محكمة الاستئناف بعدم اختصاص هيئة التحكيم في البث في موضوع النزاع أصلاً ؟

وعليه فإن هذه الورقة ستتناول حدود سلطة المحكم في البث في اختصاصه (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) سواء من تلقاء نفسه أو بناء على دفع أحد الخصوم بعدم اختصاصه، معتمدة على المنهج الاستقرائي والتحليلي الاستنباطي للوصول إلى بيان أساس هذا المبدأ والآثار المترتبة عليه، وموقف التشريع الليبي منه بالمقارنة مع بعض التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ذات العلاقة إذا اقتضى الأمر ذلك.

مفهوم و أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

أولا: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص وحكمه:

المقصود من مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو "أن هيئة التحكيم وحدها لها ولاية البث في جميع الدفوع التي تتعلق بحدود اختتصاصها"(Samia Rashid, 1984)، ويقصد به كذلك "أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا بناء على اتفاق تحكيم صحيح"(Ahmed Ibrahim, 1997)، كما يعرف الاختصاص بالاختصاص "أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة بها، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا"(Al-Idreesi, 2005)، ويقصد به كذلك "أن هيئة التحكيم تستمر في إجراءات التحكيم، وهي التي تقرر كونها مختصة بالنظر في الموضوع أم لا "(Al-Toshi, 2009)، ويعرف أيضا "أن المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإن تبين له صحة اتفاق التحكيم، فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي، وإذا تبين له عكس ذلك، فإنه يقضي بعدم اختصاصه"(Al-Toshi, 2009)، ويكون الاختصاص بذلك للمحكمة المنصوص عليها قانوناً.

ومن خلال هذه التعريفات السابقة نجد أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هوأنه من حق المحكم أن يقوم بالفصل في اعتراض أحد الخصوم على اختصاصه في البث في موضوع النزاع، عند دفعه بأن العقد الأصلي أو شرط التحكيم باطل منذ البداية. وقد اختلف الفقهاء بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ، حيث استدل من اعترض منهم على هذا المبدأ (Abu-Alwafa, 1988) إلى أن حدود سلطة المحكم نابّجة عن إرادة الأطراف، وهذه الإرادة فقط هي التي تضع حدّا لصلاحية المحكم، وهذه الصلاحية مكتوبة بشرط التحكيم، والأطراف هم من يبينون هذه الإرادة المعبر عنها في شرط التحكيم وليس المحكم نفسه، والمحكم مكلف من الخصوم، فليس له الحق في تفسير شرط التحكيم، بل عليه العودة إلى من كلفه بالتحكيم، كما يستند هذا الرأي على أن الكلمة العليا للمحكمة المختصة فيما يتعلق بمسألة الاختصاص، كونهذا الأخير من صميم عمل قضاء محاكم الدولة، ولا يمكن اعتبار المحكم قاضيا يتبع محاكم الدولة، فلا محل له لبحث مسألة الاختصاص"(Al-toshi, 2009)، فتوزيع الاختصاص بين المحاكم كما هو معلوم (إداري، تجاري، جنائي، شرعي، مدني) لا يكون إلا عن طريق قلم كتاب المحكمة لتوزيع الدوائر.

في حين يرى أنصار الرأي المؤيد لمسألة اختصاص المحكم بالبث في مدى اختصاصه أنعدم إعطاء المحكم الحق في الفصل في مسألة اختصاصه، يعيد الخصومة لتنظر أمام قضاء الدولة، وحجتهم في ذلك أن الأطراف قد وضعوا ثقتهم بالمحكم للفصل في الخصومة القائمة بينهم، وبالتالي من الطبيعي أن تمتد ثقتهم بالمحكم إلى مسألة اختصاصه، كما أنّ من شأن عدم تمكين المحكم في البث في موضوع اختصاصه يفتح الباب أمام الطرق الاحتيالية، ومحاولة التهرب من التحكيم واللجوء للقضاء، الذي لا يعترف للمحكم بهذا الحق، باعتباره يتبع دولة مكان إجراء التحكيم، أو دولة تنفيذ حكم التحكيم فيها، ويتم التقاضي أمام المحكمة المختصة عوضاً عن محكمة التحكيم"(Al-Toshi, 2009)، كما أن إقحام المحاكم الوطنية في هذا المجال، أو الذهاب إلى سلطة قضائية هو دائما أمر غير

مطلوب حينما يوجد شرط أو اتفاق تحكيم دولي، فالقول بسلطة المحكمين في الفصل في مسألة اختصاصهم يمكّن الخصوم من فض النزاع سريعا.

يتضح مما تقدم أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يكون في مواجهة كل الدفوع المقدمة بسبب التحكيم، يختص بها المحكم دون أن يضطر إلى إيقاف إجراءات التحكيم، أو عرضها على محاكم الدولة للفصل فيها. ونستطيع القول بأن أبرز أهداف هذا المبدأ هو منع عرقلة القضاء التحكيمي، ووضع اتفاق التحكيم موضع طعن، وبالتالي غلق الأبواب أمام أي محاولة تهدف لتعطيل التحكيم(Al-Hamid, 2008) عندما يتم الدفع بعدم وجود العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم.

فإذا دفع أحد أطراف الدعوى أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي الذي أدرج فيه اتفاق التحكيم، على اعتبار أنه في حالة بطلان العقد الأصلي يبطل معه اتفاق التحكيم الآمر، الذي يترتب عليه انعدام ولاية هيئة التحكيم بالفصل في موضوع الخصومة (Batash, Ftema- Katiya, Shqor, 2011)، لأنها كانت تستمد شرعيتها من هذا الاتفاق، فأمام هذا التهديد الذي يجتاح اختصاص هيئة التحكيم، أقرت كثير من الدول مبدأ الاستقلالية، حيث اعتبروا شرط التحكيم عقدا داخل العقد، ينفصل عن العقد الأصلي المدعى انعدامه أو بطلانه، ولا يرتبط مصيره بمصيره، مما يبقي على اختصاص المحكم (Al-Faqi, Ateff Mohamed, 2009) وهذا يوصل الأطراف إلى فض الخصومة سريعاً.

ثانيا :أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

تعددت الاتجاهات التي تبحث عن أساس مقبول لمبدأ الاختصاص بالاختصاص, وقد اختلف الفقهاء حول الأساس لهذا المبدأ كما يلي:

الأساس الأول : استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يجد البعض (Rashid-Samia Rashid, 1984) أن مبدأ الاختصاص أساسه في مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأنه من المبادئ الناتجة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، لانفصال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يعتبر شرط التحكيم عقد في وسط العقد الأصلي، ولو حصل للعقد الأصلي أي مانع، فإن هذا لا يمنع المحكم من البث في مسألة حدود اختصاصه، وذلك استناداًعلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي (Abdu-KadeNariman,1996). إنّ اعتماد هذا الاتجاه يرفع الحرج عن هيئة التحكيم ويمكنها الفصل في المنازعات التي تتعلق بالعقد الأصلي؛ لأنه لا يستمد ولايته منه، (Abdu-KaderNariman, 1996) وبالتالي للمحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي.والبعض الآخر يرى (Abidat- Radwan, 2011) أن مبدأ الاختصاص مستقل في ذاته، ولاتوجد أي علاقة بمبدأ الاستقلال وذلك للاعتبارات التّالية:

١- عند العمل على تقدير صحة اتفاق التحكيم نجد ذلك في مبدأ استقلال العقد الأصلي عن اتفاق التحكيم، بينما نجد مجال مبدأ الاختصاص بالاختصاص قبل تقدير صحة هذا الاتفاق وعند البدء في إجراءات التحكيم، وبمعنى آخر فإن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحله لاحقه يكون فيها مبدأ الاختصاص قد تقرر الأمر الذي ينتفي معه أن يكون هذا المبدأ هو من آثار مبدأ الاستقلال.

٢- إذا كان جانب من الفقه لا يعترف بمبدأ الاستقلال في حالة انعدام العقد الأصلي، فإن ذلك يترتب عليه أن لا يكون مبدأ الاختصاص في هذه الحالة.

٣- إن مبدأ الاستقلال يتعلق بنقطة موضوعية هدفها تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي،أما مبدأ الاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه.

الأساس الثاني: النصوص التشريعية

جانب من الفقه يرى (Al-Toshi, 2009) أن أساس مبدأ الاختصاص لا يتأسس على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي؛ لأنه لا علاقة بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، والأخذ بهذا الرأي يصلح لمواجهة فرضية وجود اتفاق التحكيم في صورة شرط من شروط العقد الأصلي، لذلك عندما يكون اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي، يعجز عن تبرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه، ولهذا يجب عدم الخلط بين اتفاق التحكيم ومشارطة التحكيم. ولهذا فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه من النصوص القانونية في تشريعات التحكيم المطبقة، أو من قانون التحكيم في دولة المقر. كما أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يتعلق بمسألة موضوعية تحقق التفريق بين شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص فيتعلق بمسألة أولية تمنح المحكم سلطة تقدير اختصاصه.

ووفقا للاتجاه الأخير لابد من نص قانوني يمنح المحكم سلطة البث في اختصاصه، ويجب أن يكون هذا النص التشريعي في قانون التحكيم المطبق أو قانون مقر التحكيم أو في لائحة مركز التحكيم.

الأساس الثالث: الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم

ويرى آخرون(Al-Kasas-Eaid Mohamed, 2000) أن الطبيعة القضائية لوظيفة المحكم هي أساس مبدأ الاختصاص، حيث يقوم المحكم بالنظر في كل المنازعات التي تتعلق بالعقد الأصلي أو بمشارطة التحكيم، فالمحكم هو الوحيد القادر على تحديد سلطته القضائية، وهذه الوظيفة تسمو على كل الدفوعات أيّا كان مصدرها، ويستدل المؤيد لهذا الرأي إلى كون المحكم هو الفاصل في اختصاصه، وبذلك نصل إلى الفائدة العملية من عرقلة التحكيم بإثارة مسألة عدم شرعية المحكم أو اختصاصه، وكذلك المحكم لا يبدأ في الفصل في النزاع إلا بعد أن يتأكد من صحة شرط التحكيم، وذلك قبل البدأ في إجراءات التحكيم، وهو بذلك لا يحسم النزاع إلا بعد أن يحسم مسألة اختصاصه.

موقف المشرع الليبي بالخصوص

سكت قانون المرافعات الحالي في تنظيمه للتحكيم عن تنظيم مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وكذلك قضاء المحكمة العليا الليبيةلم يعالجها بشكل واضح،(Abuda-El-Kouni, 2010) إلا أن المحكمة العليا الليبية أشارت ضمنيا إلى مبدا استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة الفسخ، وذلك عندما بثت في الطعن الإداري رقم ١ لسنة ١٧ ق في ١٥ أبريل ١٩٧٠ في القضية المرفوعة من الشركة الإيطالية نوفو كاسترو ضد وزارة الزراعة والإصلاح الزراعي(Al-Sayah, (Omran, 2012، حيث جاء في حيثيات الحكم أنه وإن كانت الوزارة قد لجأت إلى فسخ العقد استنادا الى المادة التاسعة منه، وهذا من حقها الذي لا مطعن عليه، إذ قدّرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، إلا أن القضاء بولايته العامة أو التحكيم بولايته الخاصة منوط به مراقبة أسباب الفسخ، حتى يوازن بين سلطة الإدارة الخطيرة في إنهاء العقد وبين حق المتعاقد في الحصول على التعويضات إن كان لها وجه. ولأهمية هذه المسألة جاء في مشروع قانون التحكيم الليبي حكم حاسم في المادة الثالثة منه التي وردت في الأحكام العامة، والتي تنص على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد وفسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، وإذا كان شرط التحكيم باطلا فيعتبر كأنه لم يكن".

وفي هذا ترجح الباحثة الاتجاه الأول القائل بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص قائم على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، الذي يعتبر أن مبدأ الاختصاص نتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال شرط التحكيم، لأن بطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم يكون سارياً محققاً نتائجه مالم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم نفسه، وذلك لأن شرط التحكيم يتعلق بموضوع خاص يتمثل في عدم عرض النزاع على محاكم الدولة.

آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

الأخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص نتج عنه أثر إيجابي وهو الذي يعطي الاختصاص لمحكمة التحكيم دون غيرها. أما الأثر السلبي فيتمثل في إبعاد القضاء الوطني مادام الاتفاق قائما، ويمكن بيان هذه الآثار كما يلي:

أولا: الأثر الإيجابي

يتمثل الأثر الإيجابي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في سلطة قضاء التحكيم في الفصل في مسألة اختصاصه دون غيره، ولا ينتظر أن تمنح له المحكمة هذا الاختصاص، أي أن هذا الأمر يتقرر للمحكم تلقائياً باعتباره أحد القواعد الأساسية الإجرائية، ويعتبر المحكم أقر صحة اتفاق التحكيم إذا أعلن اختصاصه بنظر النزاع، وبالتالي يكون له السير في الدعوى التحكيمية، وعلى عكس ذلك إذا أعلن المحكم عدم اختصاصه، يكون قد أقر عدم صحة شرط التحكيم ضمنياً. ويعلن المحكم اختصاصه بإحدى الطريقتين، إما بحكم تمهيدي أو يؤجل ذلك إلى صدور

الحكم النهائي في موضوع النزاع، وقد فرضت بعض التشريعات (Abulahya-Soad, ND) أن على المحكم الفصل في موضوع اختصاصه كإجراء أولي يجب حسمه بدايةً قبل صدور الحكم النهائي.

وأحياناً يرى المحكم أن اتفاق التحكيم باطل، فيعلن بأنه غير محتص بنظر الدعوى التحكيمية، فإذا طعن أحد الخصوم في هذا القرار ورفض هذا الطعن، وجب على أطراف النزاع إبرام اتفاق تحكيم آخر، وفي حالة قبول الطعن والحكم بصحة الاتفاق، تعين على المحكم البت في موضوع النزاع، ومن ثم فلم يعد هناك سبب لإقامة دعوى أمام القضاء، لوجود شرط التحكيم الصحيح، وطبقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص يضحى المحكم هو المختص بالبث في جميع ما يتعلق بأساس مدى سلطته واختصاصه، وفي حالة إثارة أي دفع يتعلق باختصاص المحكم يتوجب إثارتها أمام المحكم.

ثانيا: الأثر السلبي

أما الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو استبعاد اختصاص محاكم الدولة بالفصل في الدعوى التحكيمية مادام هيئة التحكيم لم تبتّ فيها، وإذا سارع أحد الخصوم إلى محاكم الدولة لعرض النزاع على أساس أن اتفاق التحكيم شابه البطلان قبل تقرير ذلك من قبل هيئة التحكيم، ذلك لا يمنع من تطبيق هيئة التحكيم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهنا نجد أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يقوي هذا المبدأ، حيث إن هذا الأثر يمنع قضاء الدولة من البت في موضوع النزاع، والإقرار لهيئة التحكيم بحق الفصل في موضوع اختصاصها (Abulahya-Soad n.d)، وحتى وإن لم تشكل هيئة التحكيم، فهذا لايغير من موقف عدم اختصاص القضاء، وهنا نجد أنها ليست قاعدة أسبقية تتمسك بها محاكم الدولة التي عرض عليها النزاع في بداية الأمر وقبل هيئة التحكيم، وإنما هي قاعدة أساسة مقررة لقضاء التحكيم، وقد أكدت الاتفاقية الأوروبية لعام ١٩٦١م المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي هذا المغزى حينما نصت المادة ٣/ ٦ على إلزام محاكم الدولة المتعاقدة بوقف الفصل في الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم حتى تصدر الأخيرة قرارها في هذا الشأن (Ben-Saleh Hodaifa, 2015).

مماتقدم يتبين أن الأثر الإيجابي والسلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص أن هناك قطيعة بين محاكم الدولة والمحاكم التحكيمة، وهذا بيان لا أساس له من الصحة، بل على العكس نجد التعاون بينهم قائما؛ لأن التحكيم الاتفاقي يجد شرعيته في اتفاق التحكيم الذي أبرمه الأطراف، إلا أنه يحتاج إلى وضع أحكامه موضع التنفيذ، وذلك لأنه لا يملك السلطة لتنفيذ أحكامه، وبهذا نستطيع القول بأن التعاون بين محاكم الدولة وقضاء التحكيم موجود منذ البداية ويستمر حتى تنفيذ حكم التحكيم.

موقف التشريع الليبي من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

الاتجاه الحديث للتحكيم في القوانين الحديثة، (Qanun al-Tahkim, 1996) هو منح المحكم سلطة البت في الخصومات المتعلقة بحدود اختصاصه، وبعبارة أخرى قضاء التحكيم هو المختص بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم

اختصاصها، فهي الجهة المختصة بالفصل في اختصاصها، حيث إنّ مبدأ اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في موضوع اختصاصها من أهم المبادئ في التحكيم الدولي.

أولا: نصوص قانون التحكيم الليبي الواردة في قانون المرافعات الليبي الصادر سنة ١٩٥٣

لم يرد في قانون التحكيم الواردة من ضمن قانون المرافعات ما ينص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أنه في المادة ٧٥٧ الخاصة بالأمور الخارجة عن نطاق ولاية المحكمين، وردت بعض المصطلحات التي تثير جدلا في سلطة المحكم بالفصل في اختصاصه التي لم ينص عليها صراحة، حيث أوضحت هذه المادة بعض المسائل التي تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم صراحة، مثل الطعن بالتزوير في أحد المستندات، أما الشق الآخر من المادة ورد فيها المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، ولم تبين ما هي هذه المسائل التي لها تأثير في موضوع التحكيم، وهذا الغموض الذي يعتري هذه المادة من جميع الجوانب خاصة التي تتعلق باختصاص المحكم.

ثانيا : مشروع قانون التحكيم الليبي

جاء في مشروع قانون التحكيم في المادة ٢١ تمكين المحكم سلطة البتّ على الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما فيها الدفوع الواردة في انتفاء وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو أنه غير متضمن موضوع النزاع أو انتهاء مدة التحكيم ، وهذا يعتبر جديد على ما كان عليه في النصوص السابقة الواردة في التحكيم، إلا أنه تبين للباحثة أنه هناك تداخل في مشروع التحكيم بين قضاء التحكيم والقضاء في بعض المواد حيث ورد في المادة ١٦ منه أنه:

١- اذا رفع نزاع معروض أمام هيئة تحكيم بموجب اتفاق تحكيم أمام محكمة، كان عليها أن تحكم بعدم الاختصاص الولائي بناء على طلب أحد الأطراف.

٢- و إذا لم يسبق لهيئة التحكيم أن تعهدت بالنزاع، فعلى المحكمة التصريح بعدم الاختصاص طالما كانت اتفاقية التحكيم صحيحة وغير مهددة بالبطلان.

٣- ولا يمكن للمحكمة التمسك من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص ما لم يثبت أحد الأطراف صحة التحكيم.

يتبين من نهاية الفقرة الثانية من النص أن المحكمة لها الحق في فض النزاع الوارد في اختصاص المحكم، وذلك بالسماح للمحكمة أن تفصل فيما إذا كان اتفاق التحكيم يوافق صحيح القانون وغير باطل، وهذا لا يحدث إلا بصدور حكم قضائي.

بينما نجد المشروع في المادة ٢١ أسند هذا الاختصاص الى المحكم بأن يكون له الحق في البتّ في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، طالما تم الدفع بها في الأجل المحدد في الاتفاق من قبل الأطراف أو المحكم، ويمكن لهذا الأخير في حالة انتهاء الأجل ورأى أن سبب التأخير مقبول أن يفصل فيها، سواء كان على حدة أو مع الموضوع. وهنا يتبين التداخل بوضوح بين نص المادة 16 ونص المادة ٢١من مشروع قانون التحكيم حول من يعود له صلاحية الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، فنجد أن المادة ١٦ منحت هذه السلطة للمحكمة المرفوعة أمامها

دعوى متعلقة بموضوع أبرم بشأنه اتفاق تحكيم، إذا دفع أحد الخصوم بذلك، وبموجب هذا النص يتوجب على المحكمة أن تمحص اتفاق التحكيم، فإذا اتضح أنه صحيح قررت عدم الاختصاص، أما إذا تبين لها بطلانه أو استحالة تنفيذه تقرر حينها بأنها المختصة بنظر الدعوى والفصل فيها، رغم تضمنها اتفاق التحكيم.

ومن جانب آخر نجد أن المادة ٢١ أسندت هذا الاختصاص أيضاً وفق مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم، حيث يفصل المحكم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، وكذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم او انتهاء مدته دون صدور حكم أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع. كذلك نجد أن الفقرة ٢ من المادة ١٦ تؤكد على أن رفع دعوى بموضوع النزاع لايحول دون البدء بإجراءات التحكيم والاستمرار فيها وإصدار حكم التحكيم. وهذا الأمر يثير إشكالية أن المحكمة التي تنظر أمامها الدعوى قد يكون حكمها ببطلان اتفاق التحكيم وأنها المختصة بالبث في موضوع النزاع وتصدر حكم بذلك، وحيث إن هذه الفقرة لم تمنع إجراءات التحكيم، رغم وجود الدعوى وهيئة التحكيم، قد تعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً وتصدر حكم في الدعوى التحكيمية، وهنا يصبح لدينا قراران حول نفس الموضوع.

لكل ما تقدم توضيحه نرى أن يتم إزاحة التداخل في موضوع الاختصاص، حتى لا يحدث أي إشكال أو التباس حول هذا الأمر، ومشروع القانون كان عليه أن يعهد صلاحية الفصل في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم إلى هيئة التحكيم؛ احتراماً لإرادة أطراف التحكيم وعملاً بمبدأ سلطان الإرادة، خاصة أن المشروع في المادة ٤٤ منح الحق في إبطال حكم التحكيم فيحال عدم وجود اتفاق للتحكيم أو بطلانه أو سقوطه، وهذه ضمانة حقيقية للأطراف بإبطال الحكم إذا كانت هيئة التحكيم غير مختصة. ولم يتطرق القانون إلى الحكم المترتب على بطلان شرط التحكيم في عقد صحيح، ولم يبين المشروع حكمه بشكل واضح وصريح، كأن يتضمن شرط التحكيم اتفاقا على إحالة إلى التحكيم، نزاعا لا يجوز تسويته إلا قضاء، خاصة إذا لم يكن شرط التحكيم بندا أساسيا دفع الأطراف إلى إبرام عقدهم الأصلي. أما إذا كان وجود الشرط إجراء جوهريا وأساسيا في إبرام العقد، فإن ذلك قد يؤدي إلى إبطال العقد الذي احتواه، وفي هذه الحالة يستعيد قضاء الدولة اختصاصه في الخصومات الناتجة عن العقد، بدلا من قضاء التحكيم (Abulahya-Soad, n.d)، ويعتبر هذا الحكم على درجة كبيرة من الأهمية، لأنه يجيب على تساؤل هام يتعلق بمصير شرط التحكيم الباطل في عقد صحيح. وعليه، نرى أنه على المشرع الليبي أن يبين حكمه بشكل واضح وصريح في هذا الجانب من قاعدة استقلال شرط التحكيم، كما فعل في المادة الثالثة من مشروع القانون، ويتبنى ما سنوصي به في هذا الخصوص.

الخاتمة

أولاً: النتائج

١-يتمتع مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الاختصاص بالاختصاص بأهمية كبرى في مجال التحكيم الدولي، حيث نجد ذلك جليا باعتمادهما والنص عليهما في أغلب التشريعات الوطنية المنظمة التحكيم، وكذلك المعاهدات والاتفاقيات الدولية، ومراكز التحكيم الدائمة لما لهذين المبدأين من دور في تطوير نظام التحكيم.

٢- في غياب مبدأ الاختصاص بالاختصاص يحدث الخلط والتداخل بين جهات التقاضي (القضاء والتحكيم) في نفس موضوع النزاع، وهذا ينشأ عنه آثار سلبية وبالتالي يفقد اللجوء إلى التحكيم العديد من المميزات التي من أهمها اختزال زمن التقاضي.

٣-عدم تصدى المشرع الليبي صراحة لمسألة الحكم المترتب على بطلان شرط التحكيم في عقد صحيح، جعل من لجنة واضعي مشروع قانون التحكيم أن تأخذ ذلك بعين الاعتبار في المادة الثالثة، حيث نصت أنه إذا كان شرط التحكيم باطلا فيعتبر كأنه لم يكن، وفي هذا أيضا نجد أن الرؤية غير واضحة ،إذ قد يعتبره البعض أن ذلك يسري حتى على العقد الأصلي.

٤- التداخل بين نص المادة 16 / ١ ونص المادة ٢١ من مشروع قانون التحكيم حول من تعود لها صلاحية البت بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم ما يأتي : *الأول* نجد أنه يتوجب على المحكمة بموجب نص المادة ١٦ أن تمحص اتفاق التحكيم، فإذا اتضح أنه صحيح قررت عدم اختصاصها، أما إذا تبين لها بطلانه أو استحالة تنفيذه تقرر حينها بأنها المختصة بنظر الدعوى والفصل فيها، رغم تضمنها اتفاق التحكيم. *الثاني* نجد أن المادة ٢١ أسندت هذا الاختصاص أيضاً وفق مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم، حيث يفصل المحكم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصه، وكذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق تحكيم أو انتهاء مدته دون صدور حكم أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع. كذلك وفي نفس موضوع الفقرة السابقة تبين غموض المادة ٧٥٧ من قانون المرافعات الليبي بخصوص المسائل الخارجة عن ولاية المحكمين.

٥- قصور مواد التحكيم الواردة في قانون المرافعات الليبي لعدم إشارتها إلى بعض المسائل المهمة في التحكيم، مثل القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم، واستقلال شرط التحكيم، واختصاص المحكم في البث في اختصاصه.

ثانياً:- التوصيات

١- توصي الباحثة بأن يقوم المشرع الليبي بإزالة التداخل الوارد في بعض نصوص المشروع الحالي لقانون التحكيم المشار إليها آنفاً قبل إقراره.

٢- حيث إن مشروع قانون التحكيم الليبي قد منح في المادة ٤٤ الحق بإبطال حكم التحكيم فيحال عدم وجود اتفاق للتحكيم أو بطلانه أو سقوطه، نقترح على المشرع الليبي أن يعهد صلاحية البت بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم إلى هيئة التحكيم عملاً بمبدأ سلطان الإرادة واحترام إرادة أطراف التحكيم.

٣ــ نوصي بأن يقوم المشرع الليبي بتضمين مشروع قانون التحكيم بعض النصوص التي توضح مسألة القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، والنص صراحة على مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

٤- نأمل من الجهات المختصة في الدولة الليبية الانضمام إلى بعض الاتفاقيات المهمة في مجال التحكيم وخصوصا اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٥، وكذلك اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، نظرا لأهميتهما في مجال التحكيم.

٥- تتفق الباحثة مع رئيس لجنة إعداد مشروع قانون التحكيم الليبي الدكتور الكوني عبودة بإضافة المشروع بعض النصوص التي تنظم التحكيم متعدد الأطراف ومسئولية المحكم.

REFERENCES:

Al-Ahdab, Abdul Al-Hamid. (2008). *Mawsoat Al-Tahkim Al-Tejary.* Second edition. Bairot: n.pb.

Al-Drasi Abdulbast Al-Drasi. (2005). *Al-Nidam Al-qanoni Leitefaq Al-ahkim*. First edition no 1. El-Escandarya: Al-Makteb Al-Jami Al-Hadith.

Al-Etifaqeyat Al-Dawliy. N.d

Al-Etfaqeya Alorobeya Lel-Tahkim Al-Tejari. (1961). Almada 5.

Al-Faqi, Ateff Mohamed. (2009). Sultat Al-Mohakem wa Haiat Al-Tahkim fi Al-Fassel Hawla Al-Ektesasaha. Al-Mutamar Al-Duwali Li Aiedad al-Mhkmin Al-Duwaliin, Marsh, Maser.

Al-Kanon Al-Namothaje Uncitral. Almada 16.

Al-Kasas-Eaid Mohamed. (2000). *Hokm Al-Tahkim.* Al-Qahira: Dar Al-Nahda Al-Arabia.

Al- Sayah. (2012). *Omran, Al-Tahkim Al-Tejatre Al-Dawli*. Edition 1. Bengazi, Libya: Dar- Al- Kotob Al- Watanyah.

Al-Toshi, Anwar Ali Altoshi. (2009). *Mabdaa Al-Ektesas Bl-Ektesas.* First edition. Al-Qahira: Dar Al-Nahda Al-Arabia.

Abdu-Kader Nariman. (1996). *Nariman, Etefaq Al –Tahkim*. Al-Qahira: Dar Al-Nahda Al-Arabia.

Abidat- Radwan. (2011). Al-Athar Al-Ejabya Letifaq Al-Tahkim Al-Tejary. *Majalt Derasat Al-Sharia wa Al-Kanon*. Almojald 38, Al-Adad 2.

Abulahya- Soad. (n. d). *Isteklalit Etetfak Al-Tahkim Ka Osloub Le Tasweyet Al-Monazaat Al-Tijaria Al-Dawlia*. Al- Jazaer: Koliat Ahokok.

Abu Al-Wafa, Ahmed. (1988). *Al-Tahkim Al-Ekteyari wa Al-Ejbari.* Al-Eskandarya: Monshat Al-Maareff.

Abuda El-Kouni. (2010). Mashroua Kanon Al-Tahkim. *Majalt Al-Thakim*. Al-Adad 7.

Batash, Ftema- Katiya, Shqor. (2011). *Mabdaa Al-Ektesas Bl-Ektesas fi Al-Tahkim Al-Dawli Al-Jazairy.* Risalt Majester. Jamiat Abdulrahman Mira Al- Jazair.

Ben-Salah Hodaifa, Ahmed Salah. (2015). < www.hbslawyer.com>

Etefaqeyat New York Be-Shan Al-Eateraf Be-Ahkam Al-Tahkim Al-Ajnabeya wa Tanfitheha. (1958) Almada 2/3.

Etefaqeyat Washington Le-Tasweayt Almonazaat. (1965). Almada 41.

Etefaqeyat Amman Al-Arabya Lil-Tahkim Al-Tejary. (1987). Almada 24.

Ibrahim- Ahmed Ibrahim. (1997). *Al-Tahkim Al-dowli Al-Kass.* Edition no 2. Al-Qahira: Dar Al-Nahda Al-Arabia.
Kanon Al Tahkim Al-Englise 1996 Article 30.
Kanon Al Tahkim Al-Falastini 3/2000 Article 16.
Kanon Al Morafat Al-Farnsi Article 1466.
Kanon Al Tahkim Al-Masry 27/1994 Article 22.
Kanon Al Tahkim Al-Omani 47/1997 Article 22/1.
Kanon Al Tahkim Al-Ordoni31/2001 Article 21.
Kanon Al Tahkim Al-Sourye 4/2008 Article 21/1.
Kanon Al Tahkim Al-Tunisi 1993 Article 26.
Nedam Gorfat Al-Tejara Al-Dawlya Paris Almada 6.
Nezam Al-Jameya Al-Amrikya Lil-Tahkim Almada-Nezam Mahkamat London Al-Dawli Almada 1/23
Nezam Al-Tawfiq wa Al-Tahkim Al-tejary Li-Gorfat Al-Tejara Dubai. (1994). Article 5.
Qawaed Al-Omam Al-Motahida Lel- Tahkim Almada 21.
Rashid-Samia Rashid. (1984). *Al_Tahkim fi Al-Alalakat Al-Dawliya El- Kasah*a. Al-Qahira: Dar Al-Nahda Al-Arabia.