

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة المنصورة
كلية الحقوق

المؤتمر السنوي الخامس لكلية
الاتجاهات الحديثة في التحكيم

عقد التحكيم
(دراسة في طبيعته وأثره)

الدكتور / أحمد السعيد الزقرو
بقسم القانون الخاص
بكلية الحقوق / جامعة الكويت

٢٨ ، ٢٩ مارس ٢٠٠٠م



عقد التحكيم (طبيعته ، وأثره)

مقدمة عامة

التحكيم ، من قضاء النقض المصرية "اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين " أو "هو اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ، للفصل فيه دون المحكمة المختصة به" (١) .

فالمقصود من التحكيم إذن الاستغناء عن الالتجاء إلى القضاء سواء ورد ذلك في شرط التحكيم clause Compromissoire ، أي تبعاً لعقد معين ، يذكر ضمن بنوده لتسوية ما قد يحدث عند تفسيره أو تنفيذه من منازعات ، أو في صورة اتفاق مستقل Compromis بشأن تسوية نزاع قائم بالفعل بين الخصوم .

وإذا كان عمل التحكيم له طبيعة خاصة ، إلا أنه يقوم على عقد ، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقود في القانون المدني . لذا ، لا نملك -بداية -سوى التعبير عن الدهشة لغياب فقه القانون المدني عن التحكيم برمته ؛ فطبيعته التعاقدية واضحة في أطرافه ، وشروطه ، واختيار المحكمين ، وتحديد إجراءات التحكيم . وإذا كان بعض الفقه قد ذهب (٢) إلى أن الأصل في التحكيم هو عمل المحكم ، وهو من طبيعة قضائية فإن رأياً آخر ذهب (٣) إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم (٤) .

وبين الرأي الأول الذي يستغرق فيه عمل المحكم ، عقد التحكيم ، والثاني الذي يستغرق فيه العقد عمل المحكم ظهر اتجاه ثالث لا ينفي عن التحكيم صفة العقد ، ولا عن المحكم صفة القضاة

(١) نقض ١٩٨٠/٦/١٠ / أحكام النقض /س ٣١ ص ١٧٠٧ .

(٢) من هؤلاء أحمد أبو الوفا / عقد التحكيم ، وإجراءاته / ١٩٧٤/ ص ١٦

وفى فرنسا Frigatistas ، التحكيم الأجنبي ، والتحكيم الدولي فى القانون الخاص المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص /١/١٩٦٠/ص ٢ ، و ص ٤ .

(٣) أبو زيد رضوان / الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولي / القاهرة / ١٩٨١/ ص ٢٤ - وقال Klein فى دراسة بعنوان . استقلال الإرادة والتحكيم / المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص /١٩٥٨/ ص ٢٥٨ .

(٤) قال بذلك سوزر هول تقرير قدمه إلى معهد القانون الدولي ١٩٥٢ فى منشورات المعهد المذكور ١٩٥٧/ ص ٤٧٩ ، وبعدها .

ونعرض - فيما يلي لطبيعة التحكيم -مطلب أول -ثم أثره -في مطلب ثاني .

المطلب الأول : طبيعة التحكيم .

- رأينا ، أن البعض يذهب إلى أن التحكيم من طبيعة تعاقدية . وأن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم . على حين ذهب رأي آخر إلى أن الأصل في التحكيم عمل المحكم . والرأي الأول فيه إعلاء للعقد على طبيعة التحكيم ، والثاني يستغرق العقد فيه عمل المحكم . لذا ظهر رأي وسط يجمع بينهما .

ونعرض للاتجاهات السابقة على التفصيل الآتي -

أولاً - الطبيعة التعاقدية للتحكيم .

يتجه أنصار هذا الرأي إلى أن عمل المحكم لا يخرج عن كونه تنفيذاً لعقد التحكيم . ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن العقد يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية ، بمعنى أن أطراف العقد هم الذين يحددون ، بإرادتهم ، نظام التحكيم الذي يلجأون إليه لحسم النزاع ، ويختارون المحكم أو المحكمين ، ويحددون ماهية اختصاصاتهم ، وزمان التحكيم ومكانه ، وإجراءاته . بل وتحديد القوه الملزمة لأحكام المحكمين

وبذا ، لا يستمد المحكم سلطته من القانون ، بل من اتفاق التحكيم وينعكس هذا الاتفاق بعد ذلك بآثاره على الحكم الصادر من هذا التحكيم ، بحيث يعتبر كأنه من عمل المتعاقدين أنفسهم. وبذا ، يستغرق عقد التحكيم عمل المحكمين من البداية إلى النهاية .

فالمحكم يستمد سلطاته من العقد ، وحكمه ملزم لهما ، بناء على العقد .

وينتهي أنصار الطبيعة التعاقدية للتحكيم إلى أن المحكم مجرد وكيل مشترك عن الطرفين وليس قاضياً .

ويؤخذ على الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، الغلو أو الشطط في إعلاء دور الإرادة على عمل المحكمين ، وإنكار الطبيعة الخاصة لعمل المحكمين وفيه لا يكشف المحكم عن إرادة أطراف عقد التحكيم في حكمه ، كالوكيل بل إنه يلتزم بالكشف عن إرادة القانون ، بصرف النظر عن رغبة أطراف العلاقة التعاقدية .

إن القول باستغراق عقد التحكيم عمل التحكيم ينتهي إلى أن المحكم وكيل مشترك ، يكشف عن إرادة أطراف العلاقة ، وهو غير صحيح مادام المحكم في حسمه للنزاع ، ينفذ إرادة المشرع كما أن المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم ، اتجهت إرادتهم إلى منحه سلطة الفصل فيما شجر بينهم بحكم ، شأنه في ذلك شأن القضاء بحوز وبالتالي فإن حكم التحكيم حجبة الشيء المحكوم به بمجرد صدوره .

ثانياً - الطبيعة القضائية للتحكيم :

وفي مقابل الرأي السابق ، ذهب البعض إلى أن الأصل في التحكيم عمل المحكم أو إذا كان الأخير يقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها قضاء الدولة وهو حسم المنازعات التي يمكن ان تنشأ بسبب تفسير العقد أو تنفيذه فإن اتفاق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم ، بدلاً من المحكمة المختصة بنظره ، لا تؤثر على وظيفة المحكم الذي ينظر النزاع بذات الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي . ينتهي إلى حكم يشبه تماماً أي حكم قضائي .

فانفاق التحكيم -عند هؤلاء - مجرد آلية يتحرك بها نظام التحكيم الذي هو أصلاً نظام قضائي . وبعبارة أخرى لا ينكر هؤلاء أن التحكيم يستمد وجوده من اتفاق الأطراف . إلا أن طبيعة عمل المحكم ، كالقاضي ، تعتمد على قانون الدولة التي لها حق تنظيم التحكيم . فإن لم يوجد قانون يسمح للأطراف بإمكانية الالتجاء إلى التحكيم ، لا يكون للاتفاق عليه معنى ، ولا مغزى . كما أن المحكم نفسه لا يملك سلطة إصدار حكم التحكيم إلا بتفويض من الدولة .

ولما كان قانون الدولة هو الذي ينظم التحكيم ويفوض للمحكم سلطة إصدار الحكم ، فإن التحكيم بالتالي له طبيعة قضائية تستغرق الاتفاق على التحكيم بدليل أن الاتفاق على التحكيم وحده لا معنى له بدون نص في القانون يجيز الالتجاء إليه . وبعبارة أخرى إذا لم ينص المشرع على جواز التحكيم ، وجواز تنفيذ حكم المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها كافية لخلقه (1) .

ومما يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم أن المحكم يقوم بتطبيق قواعد القانون وينفذ في ذلك إرادة المشرع لا إرادة المتعاقدين . وحكمه يجوز حجبة الأمر المقضي ، وهي لا تمنح إلا للأعمال القضائية .

(1) في هذا المعنى أحمد أبو الوفاء / ص ١٦ / بند ١ .

وتأكيداً لذلك ، ونفصيلاً له انتهت محكمة التمييز الكويتية إلى أن التحكيم وإن كان أساسه رضاء طرفي الخصومة إلا أنه نوع من أنواع القضاء ، وأحكام المحكمين تعد بهذه المثابة أحكاماً صادرة من جهة قضائية في الدولة مما مقتضاه أن يتكفل القانون دون غيره بتحديد ما إذا كانت وطنية أو أجنبية شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية (١) .

وإذا كان التسليم بالرأي الأول يعني أن العقد ذاته يستغرق مرحلة التحكيم من البداية إلى النهاية يؤدي إلى نتائج لا يمكن التسليم بها أخصها أن المحكم ، وهو يقوم بحسم المنازعات بين الخصوم يطبق أحكام العقد لا القانون. وبأن العقد وحده غير كاف لقيام التحكيم بدون تدخل المشرع بتنظيمه أولاً ، ثم بإضفاء صفة الحكم على ما يصدر عن المحكمين . والتسليم بالرأي الثاني الذي يستغرق فيه عمل المحكم اتفاق التحكيم يعني فصل الشيء عن أصله ، فقد ظهر اتجاه ثالث لا ينفى عن التحكيم صفة العقد ، ولا صفة القضاء . وإن اختلف أنصار هذا الاتجاه ، بعد ذلك حول الفترة الزمنية التي يتوقف فيها التحكيم عن اعتباره مجرد عقد ، ويبدأ فيها التحكيم بوصفه قضاءً - وهذا هو الاتجاه المختلط ، الذي نعرض له كالتالي :

الاتجاه المختلط :

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن التحكيم يبدأ بعقد تنطبق عليه أحكام النظرية العامة للعقد وينتهي بحكم قضائي ، يخضع لقواعد الإجراءات المدنية ، من حيث آثاره ، ونفاذه ، وإجراءاته . والتحكيم كعقد ، يمكن الطعن فيه بالبطلان ، وكحكم ، يطعن فيه بطرق الطعن المعروفة في الأحكام القضائية ، وينفذ ، بطرق التنفيذ القضائية (٢) .

ولا يمكن إنكار الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، مادام يبدأ باتفاق الأطراف على الالتجاء إليه ، وتحديد القانون واجب التطبيق على إجراءاته ، وعلى موضوع النزاع . ولا يمكن إنكار الطبيعة القضائية لعمل المحكم ، ما دامت الدولة تمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية (٣) ولذا ، ينتهي البعض إلى أن التحكيم في الحقيقة ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً ، بل هو نظام يمر

(١) تمييز ١٩٧٥/٣/١٩ تجارى - مجلة القضاء والقانون / س٦/ع ٢٠١ - ١٩٧٥ / ص ١١٣ .

(٢) قال به سوزر هول ، في مرجع وموضع سابقين .

(٣) في هذا المعنى ، برغم اعلاء الطبيعة القضائية على التعاقدية في التحكيم - أحمد أبو الوفا/ مرجع وموضع سابقين .

بمراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً ، فهو في أوله اتفاق ، وفي وسطه إجراء ، وفي آخره حكم (١) .

وتأكيداً للطبيعة التعاقدية للتحكيم ، ترى المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في التحكيم هو اتفاق الأطراف ، (٢) فلا يتصور الالتجاء إلى التحكيم في غيبة رضاء الأطراف ، سواء كان التحكيم يتعلق بنزاع سابق أو لاحق ، وهي المسألة التي لم يلتفت إليها من ينكرون الطبيعة التعاقدية للتحكيم ، ويعتبرونه محض عمل قضائي .

إن التحكيم -في نظرنا - عقد وعمل قضائي فالتحكيم عقد ، يتفق فيه الأطراف على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية . ويجوز أخذاً من المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع .

والاتفاق على التحكيم لا يصح في الفرض الأول إلا إذا تم تحديد موضوع النزاع . ويصح في الفرض الثاني ، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية شريطة أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم .

ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم ، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد .

وأياً كان الأمر ، أي سواء حصل الاتفاق على التحكيم تبعاً لعقد قائم أو حتى في صورة اتفاق مستقل بشأن تسوية نزاع قائم بالفعل ، فإن عمل المحكم يقوم أصلاً على عقد تنطبق عليه النظرية العامة للعقود : ومن ذلك مثلاً ، من قضاء النقض المصرية ضرورة أن تتوافر أهلية التصرف في أطراف التحكيم ، في حكمها بأن بطلان مشارطة التحكيم لنقص أهلية أحد العاقدين ،

(١) العبارة عن محسن شفيق ، التحكيم التجاري الدولي - محاضرات أقيمت على طلبه دبلوم القانون الخاص / جامعة القاهرة / ١٩٧٤ / ص ٧٣ .

(٢) في حكم ١٩٩٢/١٢/١٧ - الجريدة الرسمية / ع / ديسمبر ١٩٩٢ .

هو بطلان نسبي ، لا يتمسك به إلا ناقص الأهلية ومعنى ذلك أن التحكيم كعقد ، إذا صدر من عديم أهلية كان باطلاً بطلاناً مطلقاً .

والتحكيم عقد لا تنصرف آثاره إلى الغير ، الذي لا تربطه صلة بأي من طرفيه ، ولذا فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة (١) .

والتحكيم عقد ، ينبغي إثباته بالكتابة وإلا كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان ، أو إذا تضمنه مما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة (٢) .

وعقد التحكيم ، كأبي عقد ، يجب أن يتحدد موضوعه بدقه . ولا يمتد الاتفاق على التحكيم إلى غير أطرافه . ولا يجوز للمحكم النظر في نزاع مرتبط بالمنازعة موضوع التحكيم . فالتحكيم قضاء استثنائي ، باختيار الخصوم أنفسهم ، فاتفاق التحكيم تفسر بنوده تفسيراً ضيقاً . فالأصل أن نظر المنازعات من اختصاص المحاكم . وتأكيداً لذلك ، وتفصيلاً له حكم بأن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات ، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية ، وما تكفله من ضمانات ، فهو يكون مقصوراً حتماً على ما تنصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ولا يصح تبعاً إطلاق القول في خصومة التحكيم بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع (٣) .

وتلفت النظر إلى مسألتين : الأولى أن اتفاق التحكيم إذا اشتمل على منازعات لا يجوز فيها التحكيم ، تعيين بطلان هذا الشق وحده أخذاً من القواعد العامة ، ما لم يثبت المدعي ، أن الشق الباطل لا يمكن فصله عن العقد من مجموعه (٤) .

(١) نقض قديم ١٨/١١/١٩٤٨/طعن رقم ٧٣/س ١٧ ق .

(٢) نقض ١٩٧١/١/٢ / النقض / س ٢١ / ص ١٤٦ .

(٣) نقض ١٩٥٢/١/٣ أحكام النقض في ٢٥ عاماً / ص ٣٩٩ .

(٤) نقض ١٩٧٥/١٢/٣١ / أحكام النقض / س ٢٦ / ص ١٧٥٧ .

وقضى ، بأنه على المحكم التزام الحدود المرسومة له في مشارطة التحكيم وليس له أن يخرج عن المعنى الظاهر لنصوص المشارطة / نقض ١٩٦١/١١/٣٠ / أحكام النقض / س ١٢ / ص ٩٣٠ .

والثانية ، أن شرط التحكيم الذي يكون جزءاً مستقلاً عن شروط هذا العقد الأخرى بحيث لا يصيبه ما قد يصب العقد من احتمالات الفسخ أو أسباب البطلان المنصوص عليها بالمادة ٢٣ من قانون التحكيم .

وثمة تفرقة مهجورة قامت في نصوص قانون المرافعات الفرنسي القديم بين اتفاق التحكيم وشرط التحكيم . وتفسير ذلك أن القانون المذكور لم يكن يواجه سوى مشارطة التحكيم التي تفترض قيام نزاع فعلي ، ويسمى أشخاص المحكمين بها ، وإلا وقعت باطلة . وبذا لم يكن من السهل على الفقه -في هذه الفترة- القول بأن اتفاق التحكيم هو شرط التحكيم ، مادام الأخير لم يكن يتعلق بمنازعة فعلية قائمة ، وإنما بمنازعة محتملة ، وعندئذ اتجه الفقه والقضاء إلى اعتبار شرط التحكيم وعداً بالتعاقد ، أي أنه اتفاق يعد بمقتضاه كل من الطرفين الآخر بإبرام اتفاق على التحكيم ، إذا وقع نزاع بشأن العلاقة التي ورد بشأنها الشرط ، أي أنه يمهّد لإبرام مشارطة التحكيم ، وفيها يتعين تحديد ماهية التحكيم ، والنزاع ، والقانون الواجب التطبيق ، وإجراءات التحكيم .

إنما لا يجوز إجبار المدين في شرط التحكيم على تنفيذ التزامه عيناً ، لاتصال التنفيذ الجبري بشخص المدين ، ولا يكون للدائن حال إخلال المدين ، بتنفيذ التزامه ، بمشارطة التحكيم سوى طلب التعويض .

وبعد تطور في القضاء الفرنسي ، تم الاعتراف بالقوة الملزمة لشرط التحكيم في ذاته ، في حكم النقض الشهير ٢٧/ فبراير / ١٩٣٩^(١) . وتكرس ذلك بنص المادة ٩٣١ من القانون التجاري الفرنسي وأصبح من حق الطرف صاحب المصلحة ، أن يلجأ إلى القضاء ويطلب تعيين محكم أو محكمين للفصل في المنازعات موضوع شرط التحكيم ، فيقوم حكم القاضي مقام الاتفاق على التحكيم حيث يفرض على طرفي العقد ، وينفذ جبراً . ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن امتناع أي من الطرفين في شرط التحكيم على إجراء مشارطة التحكيم ، عند قيام النزاع فعلاً ، لا يؤدي إلى إفلات ذلك النزاع من ولاية المحكم أو المحكمين متى كان بإمكان المحكمة فرض ذلك . وبذا أصبح شرط التحكيم اتفاقاً ملزماً وانتقل هذا التطور إلى نصوص القانون المصري ، والكويتي التي تقضي بأنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين ، كما

(١) منشور في جازيت دي باليه / ١٩٣٩ / ص ٩٧٨ .

يجوز الاتفاق على التحكيم على المنازعات التي تنشأ في تنفيذ عقد معين (م ١/١٧٣ مرافعات كويتي وكذا م ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤) .

كما يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تشكيل هيئة التحكيم من محكم واحد أو أكثر . فإذا اختلف الأطراف بشأن عدد المحكمين كان العدد ثلاثة .

وفي كل الحالات ، إذا تعدد المحكمون ، وجب أن يكون عددهم وترأ وإلا كان التحكيم باطلاً .

وكان الفقه^(١) في ظل القانون القديم يرى بأن التحكيم اتفاق يجب أن يشمل شخص المحكم ، وإلا فلا يتصور التحكيم ، وترتيباً على ذلك ، إذا امتنع أحد الأطراف عن اختيار شخص المحكم ، منع تنفيذ العقد ، وهي نتيجة خطيرة لأنها تجعل الطرف الآخر ، وقد أبرم عقداً ، ورضى بالتحكيم وسيلة لفض النزاع ، تحت رحمة الطرف الآخر إن أراد عرقلة حل المنازعة عن طريق التحكيم امتنع عن اختيار المحكم . لذا اتجه البعض إلى أنه للمحكمة - في هذا الفرض - سلطة تعيين المحكم ، باعتبار أن الخصم عندما يمتنع عن اختيار المحكم ، يكون قد أخل بشرط من شروط العقد يستوجب إمكانية تدخل القضاء ، بتعيين المحكم بناء على طلب صاحب المصلحة بينما تقضي قواعد التحكيم بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي بأن المركز هو صاحب السلطة في تعيين المحكمين ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

فإذا انتهينا إلى أن التحكيم عقد لا يستغرق عمل المحكم
*يبقى أن نعرض لأهم خصائص عقد التحكيم ، كالآتي :

خصائص عقد التحكيم

انتهنا إلى أن التحكيم يبدأ بعقد وينتهي إلى حكم ، وأن الأول لا يستغرق الثاني ، وهو كعقد تنطبق عليه القواعد العامة للعقود (الرضا - المحل والسبب) .

إلا أن عقد التحكيم له طبيعة خاصة . فالعقد ، يعني توافق ارادتين أو أكثر على ترتيب أثر قانوني معين بينما لا يهدف التحكيم إلى خلق علاقة مبتدئة بل حل نزاع في علاقة قامت

(١) المقصود م ٥٠١ من قانون المرافعات المدنية ، والتجارية رقم ١٣/١٩٦٨ .

فعلاً، وأنتجت بعض آثارها . كذا فإن للعقد موضوعاً محدداً ، نقل الملكية مثلاً في البيع ، وإقامة المبنى أو الإنشاء في المقابلة ، بينما لا يهدف عقد التحكيم إلى عمل محدد وليس الهدف منه تسوية نهائية للنزاع ، بل هو خطوة تؤدي إلى قيام كيان عضوي يعرض عليه النزاع "هيئة التحكيم" التي تتولى الفصل في النزاع على استقلال عن المتعاقدين . والمعنى ، أن موضوع العقد ، يحدده أطرافه ، بينما موضوع عقد التحكيم يحدده الكيان العضوي الذي أنشأه عقد التحكيم . والأول يمكن إدراكه ، وقت إبرام العقد ، والثاني لا يمكن معرفته . فالحكم مستقل عن إرادة أطراف عقد التحكيم .

وبذا يختلف عقد التحكيم عن عقد الصلح . صحيح أن فيهما معاً ينزل كل من الطرفين عن جزء من حقوقه مقابل نزول الطرف الآخر إنما الجزء الذي ينزل عنه أطراف الصلح معروف أو محدد وغير معروف وغير محدد في عقد التحكيم .

كذا ، فإن التحكيم عقد ملزم للجانبين ، يهدف إلى تسوية المنازعة بطريق آخر غير القضاء ، إلا أن الالتزام فيه هو في ذات الوقت حق لكل من طرفيه . فالالتزام أصلاً في عقد التحكيم هو عرض الخصومة على المحكم أو المحكمين ، وهو في ذات الوقت حقهما معاً . وبذا ، لا تنطبق على عقد التحكيم أحكام الفسخ ، ولا الدفع بعدم التنفيذ بمعنى أنه إذا عرض واحد من الخصوم النزاع على التحكيم لا يمكن للثاني طلب الفسخ ولا الدفع بعدم التنفيذ .

وعقد التحكيم عقد معاوضة ، إلا أنه لا يرد على حق موضوعي بل إجرائي ، لذا ، لا يمكن القول بأنه من الأعمال الضارة ضرراً محضاً ولا النافعة نفعاً محضاً ، ولا الدائرة بين النفع، والضرر .

المطلب الثاني : أثر الاتفاق على التحكيم .

للتحكيم أثران ، سلبي ، يتمثل في سلب النزاع من ولاية القضاء العادي ، ونقله إلى هيئة التحكيم . وينتج هذا الأثر السلبي على نحو ما رأينا رأينا من اتفاق التحكيم ، سواء كان سابقاً على وقوع المنازعة أو لاحقاً عليها . كما أن هذا الأثر يتحقق سواء تم الاتفاق على التحكيم قبل اللجوء إلى المحكمة ، أو أثناء نظر النزاع أمامها . فيمتنع على المحكمة نظر الدعوى أو الاستمرار في نظرها . لذا ، نص م ١٧٣ مرافعات كويتي على ألا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم في شأنها .

وجدير بالملاحظة أن منع المحاكم من نظر الدعوى لا يتحقق إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكناً . بمعنى أنه إذا استحال عرض النزاع على المحكمين ، أمكن لصاحب المصلحة اللجوء إلى المحاكم ، بوصفها الأصل في نظر المنازعات أو صاحبة الولاية العامة ، أما للتحكيم فهو - كما رأينا - طريق استثنائي لفض المنازعات .

ويترتب على سلب التحكيم ولاية القضاء العادي في خصوص النزاع أنه إذا رفع أحد الأطراف الدعوى أمام القضاء بخصوص منازعة اتفق على التحكيم بشأنها ، أمكن للمدعي عليه الدفع بوجود اتفاق على التحكيم ، وهو دفع بعدم الاختصاص ، لا يتعلق بالنظام العام ، بما يترتب على ذلك من نتائج تمثل في أنه لا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها ، ويسقط الحق فيه بعدم التمسك به أمام محكمة الموضوع ويمكن التنازل عنه صراحة أو ضمناً .

أما الأثر الإيجابي الذي ينشأ عن اتفاق التحكيم فهو حق كل من الطرفين تسوية المنازعة عن طريق التحكيم ، وينشأ هذا الحق ويرتب آثاره بمجرد الاتفاق . ولا يكون للمحاكم ، ولاية النظر في النزاع ، إلا إذا ثبت بطلان اتفاق التحكيم . وهي مسألة لن نعرض لها .