جامعـــــــــةالأزهـــــــر- غـــــــــزة
عمـــــــــادة الدراســـــــات العليـــــــا
كليـــــــــــة الحقـــــــــــــوق
قســـــــــــم القانـــــون الخـــــاص

التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية

(دراسة تحليلية مقارنة)

Arbitration on checks in the area field of international trade

An Analytical Comparative Study

إعداد الباحثة:

نور محمود خليل شيخة

إشراف الأستاذ الدكتور:

حمدي محمود بارود

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص – كلية الحقوق – جامعة الأزهر – غزة

١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦م

إهـداء

إلى والدايّ

إلى من علماني ترتيب أبجدياتي

ورصفا أحرفي لأخط بها غيمة حب في سماء دافئة تحتوي قلبيهما

أمي وأبي،،،

شكر وتقدير

بعد الحمد والشكر لله رب العالمين، أشكر من وهباني الحياة والأمل والنشأة على شغف العلم، والاطلاع، والمعرفة، والداي العزيزان،،،،

لو كنتُ أَعرفُ غير الشكرِ منزلة أَوفى من الشكرِ عندَ اللهِ في الثمنِ

أسديتها لكم من قلبي معطرةً شكراً على ما أوفيت من حَسَنِ

وأخص بالذكر

الأستاذ الدكتور/ حمدي محمود بارود...

وإلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره، أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائله، فأظهر بسماحته تواضع العلماء، وبرحابته سماحة العارفين، وأخص بالذكر

الدكتور/ عبدالله خليل الفرا...

ملخص

التحكيم في الشيك في مجال التجارة الدولية

دراسة تحليلية مقارنة

عرضنا من خلال هذه الدراسة مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشيكات وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م، ومقارنته ببعض القوانين الأخرى محل الدراسة، ولقد قمنا بتحليل هذه النصوص قدر المستطاع، واستندنا إلى ما جاء به الفقه المصري والفلسطيني وأحياناً الأجنبي، واستندنا كذلك لما جاء في قانون لجنة الأمم المتحدة "القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي" (الأونيسترال)، وذلك للوصول إلى مدى جواز التحكيم في الشيكات، ولهذا فإن خطة الدراسة هذه اقتضت منا القيام بتقسيمها إلى مبحث تمهيدي كمقدمة عامة، تحدثنا فيها عن تعريف الشيكات، والتي تعرف بأنها: ورقة محررة وفقاً لأوضاع شكلية معينة حددها القانون والعرف، تتضمن أمراً يصدر من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه، وهو عادة ما يكون بنكاً، بأن يدفع بمجرد الاطلاع مبلغاً معيناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد، أو لأمره، أو لحامله، وتناولنا التحكيم بشكل عام، ثم تعريف التحكيم في الشيك والذي هو: نظام قانوني يجيز لأطراف العملية (الساحب، والمسحوب عليه، والمستفيد) اللجوء إلى هيئة يختارونها للفصل في نزاع قائم بينهم، أو مستقبلي يتعلق بأحد العمليات المصرفية التي تتعلق بالشيك، وأيضاً تناولنا تعريف التجارة الدولية.

ومن ثم استعرضنا موضوع بحثنا في فصلين تناولنا في **الفصل الأول:** مدى جواز التحكيم في المنازعات المصرفية المتعلقة بالشيكات وطبيعتها، حيث احتوى **هذا الفصل مبحثين، المبحث الأول** تحدثنا فيه عن جواز التحكيم بالشيكات ومزاياه، وخلصنا فيه إلى أنه يجوز انعقاد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التحكيم في الشيك المبرم بين البنك وعميله لهيئة التحكيم لكي تقوم بالفصل فيها بحكم تحكيمي منهٍ للخصومة، وإن مسألة جواز الاتفاق على التحكيم في الشيك ترتبط بمسألة جوهرية في نظام التحكيم، ألا وهي المسائل التي تدخل في نطاق التحكيم، والمسائل التي تخرج منه، ونظرنا كيف يحق للمستفيد أن يسلك الطريق المدني، وكذلك باستطاعته سلوك الطريق الجزائي للمطالبة بقيمة الشيك، وكذلك تناولنا ما يمكن أن يتسم به التحكيم بالشيك من مزايا عديدة.

أما عن **المبحث الثاني** للفصل الأول فقد تناولنا بالذكر طبيعة التحكيم في الشيك، والذي تطرقنا فيه إلى مشكلة دولية التحكيم والمعايير التي تم اعتمادها لحل هذه المشكلة حيث انتهينا للإشارة إلى أن المعيار الذي يركز على الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القانوني لدولة معينة، أنه إذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره سواء كان من حيث المنازعة أو من حيث الإجراءات أو حتى من حيث القانون الواجب التطبيق إلى دولة واحدة سُميَ تحكيماً وطنياً، وعلى العكس من ذلك لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية سُميً بالتحكيم الأجنبي، أما عن دولية التحكيم، فهذه تعني العديد من نقاط الالتقاء والتي لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية، وإننا نرى بأن المعيار المناسب والأكثر دقة من بين

المعايير التي تنسب لدولية التحكيم في الشيك، هو المعيار الاقتصادي، حيث يتوافق هذا المعيار إلى حد كبير جداً مع واقع التعامل الدولي، حيث إنه يعير أهمية خاصة إلى نوعية النزاع، ويضفي على التحكيم صفة الدولية، وكل هذا بسبب المعاملات التجارية الدولية، مع ملاحظة أن هذا المعيار بدأ بالانتشار حديثاً، وأصبح يحتل مكاناً واسعاً بالتشريعات والفقه المعاصر، وخلصنا إلى أن الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في الشيك هي الطبيعة القضائية، التي لا يمكننا إنكارها وإلا نكون بهذا أنكرنا الجوهر الحقيقي لطبيعة اتفاق التحكيم في الشيك.

وفي الفصل الثاني: تعرضنا لأثار اتفاق التحكيم على الشيكات وحكمه، واحتوى هذا **الفصل مبحثين: المبحث الأول** تحدثنا فيه عن أثر اتفاق التحكيم على الشيكات، ونطاق سريانها على الأطراف، وخلصنا فيه إلى أن لاتفاق التحكيم أثرين: الأول إيجابي، والآخر سلبي، حيث يتمثل الإيجابي بالتزام الأطراف بما عهدوا به إلى المحكم بالمنازعة المتفق على حلها بطريق التحكيم في الشيك، وأن يكون التنفيذ إلى ما عهدوا إليه تنفيذاً عينياً، أما عن الأثر السلبي فيتمثل بالتزام طرفي النزاع بعدم اللجوء إلى القضاء العادي للفصل فيما بينهم، مع ملاحظة أن استبعاد القضاء الوطني لا يكون بصفة نهائية، حيث تظل المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تقدم للخصوم المساعدة بموجب أحكامٍ يتطلبها النزاع لاستمرار السير في الإجراءات القانونية، وتحقيق فعاليتها، وتناولنا بالذكر أيضاً نطاق سريان اتفاق التحكيم في الشيكات على الأطراف.

أما عن **المبحث الثاني للفصل الأول** فقد تناولنا بالذكر حكم التحكيم في الشيك، وشروط إصدار الأمر بتنفيذه، والذي تطرقنا فيه إلى أن الحكم التحكيمي في الشيك هو: القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء أكان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أم لجزء منه.

وتوصلنا إلى أن إصدار حكم التحكيم في الشيك يجب أن يكون في الميعاد المتفق عليه من قبل الأطراف، وفي حال عدم اتفاق الأطراف على ميعاد معين فإنه يتوجب صدور القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، ويتم إصدار القرار (الحكم) التحكيمي في الشيك بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة، في حال كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم، وإنه يجب عند إصدار حكم التحكيم في الشيك أن يتضمن الحكم كل البيانات، والتي نُص عليها في القانون.

كما وتناولنا بالدراسة شروطاً لإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك، وأنه يجب أن يناط بإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك لجهة مختصة في ذلك، سواء على صعيد الأحكام الوطنية أو على صعيد الأحكام الدولية الأجنبية، وتتمثل هذه الشروط في: ١- انقضاء ميعاد رفع دعوى فسخ (بطلان) حكم التحكيم في الشيك، ٢- عدم تعارض الحكم المراد تنفيذه مع حكم سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية في موضوع النزاع في الشيك، ٣- أن لا يتضمن حكم التحكيم في الشيك ما يخالف النظام العام في فلسطين، ٤- أن يتم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

بعد الانتهاء من هذه الدراسة توصلنا إلى **الخاتمة**، والتي احتوت مجموعة من نتائج الرسالة، ومجموعة أخرى من التوصيات.

Abstract

Arbitration on checks in the area field of international trade

An Analytical Comparative Study

We discussed in this thesis the permissibility of arbitration within banking disputes relating checks under the law of the Palestinian arbitration No. ٣ of ٢٠٠٠ compared by some other relevant laws, and we analyzed its texts as much as possible, and one shed light on Egyptian, Palestinian and foreign jurisprudence and sometimes, we indicated to the United Nations law of "Model law on international commercial Arbitration law" (UNCITRAL), so as to get to the extent of permissibility of arbitration within checks.

For this, the plan of our study requires us to divide the topic into many parts starting by a **preliminary general introduction**, we talked within it about the definition of the checks, which are known as: paper edited in accordance of a certain formal conditions set by law and customs, including an order issued by the person who is the drawer to someone else who is the drawee, which is usually a bank, to pay once see a certain amount of money to a third person who is the beneficiary, or to order, or to bearer.

We dealt with arbitration in general, and the banking arbitration definition which reads: a legal system permits the parties to the banking process (the drawer and drawee, and the beneficiary) resorting to the body of their choice to settle the existing dispute between them or future relation to one of the banking operations, and also we dealt with international trade definition and to the two we dealt with in the first chapter: the extent of arbitrability in the banking disputes concerning checks and nature, which contained this chapter two sections, the first section have talked about arbitrability checks and advantages, and we concluded it that may be holding jurisdiction over disputes arising from the banking arbitration (check) concluded between the bank and its customer, the arbitral tribunal to the dismissal by virtue of an arbitration forbidden to quarrel, though the issue of inadmissibility of the agreement to arbitrate in a check linked to a fundamental issue of the arbitration system, namely, the issues that fall within the scope of the arbitration, and the issues that come out of it, and we showed how the beneficiary is entitled to seek civil action, as well as he is protected by a criminal action if he invokes it before the court. Moreover, we dealt with what can be characterized by arbitration by check from the many advantages.

In the second section of the first chapter, we have discussed the nature of the banking arbitration, in which we discussed the arbitration and the standards that was internationally adopted to resolve such the problematic where we finished to indicate that the standard that focuses on the correlation between arbitration and the legal system of a particular state, that if arbitration belongs to all its elements, whether in terms of the dispute, or in terms of the procedures or even in terms of the law applicable to a single state called the arbitration nationally, on the contrary, so if it has been associated with this arbitration in one of its elements external or foreign agents called foreign arbitration, either for international arbitration, this means many points of convergence and unrelated to any of the national legal systems, and we believe that the appropriate standard and the most accurate among the standards which are attributed to international arbitration in check, is the economic criterion, where this criterion corresponds to a very large extent

with the reality of international relations, where it pays special importance to the quality of the dispute and commends the international jury recipe, and all of this is because of the international commercial transactions, with a note that this benchmark began recently to spread and become to occupy a broad arena in legislation and contemporary jurisprudence. we concluded that the legal nature of the arbitration agreement has a judicial nature, which we cannot deny or we will be denying the real essence of the nature of the arbitration agreement itself.

In the second chapter, we talked about arbitration on commercial paper and its agreement, and implied in this chapter two sections, the first section have talked about the impact of arbitration on the checks agreement and the scope of their application to the parties. we concluded that the arbitration agreement has two effects; positive and one negative. As the positive commitment of the parties as entrusted by the arbitrator agreed dispute to be resolved by way of banking arbitration, and that the implementation of what was entrusted by them to implement in kind, but the negative impact is represented a commitment of the parties to the conflict not to resort to the normal separation of the judiciary among themselves, noting that the exclusion of the national judiciary not be permanently , where the competent court remains already hear the dispute provided to the litigants assistance under the provisions required by the conflict continued to walk in the legal proceedings and to achieve effectiveness, We dealt also with the scope of the arbitration agreement in the checks on the parties.

The second section of the first chapter, we have considered the rule of banking arbitration and conditions for issuing the order of execution, which we touched it to the arbitration judgment banking is: the final decision issued by the banking arbitral tribunal in the subject of the dispute, whether this decision encompass the dispute or part thereof.

And we determined that judgment banking arbitration must be done within a date that agreed upon by the parties, in the absence of agreement between the parties on a given time, it should be the decision within twelve months from the commencement of the arbitration proceedings history, and issued the decision (judgment) arbitration banking is issued unanimously or by majority of votes after deliberation. If the arbitral tribunal composed of more than one arbitrator, and that he must when issuing the arbitration award on the check that the provision contains both data and set forth in the law.

as we approached the study conditions for ordering the enforcement of the banking arbitration, and that he should be entrusted with ordering the enforcement of the banking arbitration to a competent authority in it, both in terms of national provisions or at the level of foreign international provisions , and these conditions are: ١. the expiry date sue annulment (rescinding) judgment banking arbitration, ٢. non-judgment is irreconcilable with a judgment to be performed previously issued by Palestinian courts in the subject of the dispute in check, ٣. that the rule does not include banking arbitration is contrary public order in Palestine, ٤. to be announced convict declaration true.

After the end of this thesis, we came to the a conclusion, which contained a set of results, and another set of recommendations

المقدمة

قال تعالى: "فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"[1]

من المعروف أن للبنوك دوراً فعالاً وأثراً بالغ الخطورة على الاقتصاد بجانبيه القومي والدولي، مما يجعلها ركيزة اهتمام الدارسين القانونيين والاقتصاديين على حد سواء، وذلك لبحث الوسائل والطرق المساعدة على تحفيز دورها الريادي في خدمة الاقتصاد والاستقرار في أي بلد من البلدان، فالبنوك تلعب دوراً كبيراً ومهماً في شتى الأقطار، فلها المساهمة الكبرى والفعالة في الحراك الاقتصادي، فهي أداة الربط التي يعول عليها كثيراً في التجارة الدولية.

ومع ذلك فإن البيئة المصرفية تعد من أكثر البيئات تعقيداً، وهذا بسبب عدة عوامل في بدايتها التغير السريع الذي يطرأ عليها، وامتثالها للتقلبات التي تصيبها في الساحة السياسية والاقتصادية كافة، وكل ما يتبعها من أزمات مالية واقتصادية متواترة، أدت كثيراً لحدوث نزاعات بين المتعاملين في حدودها، هذه النزاعات وطريقة الفصل فيها وحلها تعد هماً يؤرق المتعاملين والعاملين في البيئة المصرفية، وبالنظر للنزاعات الموجودة في أروقة المحاكم نجد أنها تمثل إشكالية كبرى للبنوك، وهذا كله بسبب محدودية المعلومات والخبرات المصرفية لدى الهيئات القضائية، والتي تمثل أحد أسباب إطالة أمد النزاع، وإن سياسة النفس الطويل التي تسيطر على أروقة المحاكم غير منسجمة على الإطلاق مع طبيعة البيئة المصرفية، والتي تدور في فلك يعد الزمن عامله الرئيس.

لكل ما سبق يتحتم علينا نحن كقانونيين وباحثين، البحث عن حلول لتخطي هذه الأزمات، وهذا يتطلب اللجوء لجهات مختصة لحل وفض هذه النزاعات، فلابد من البحث عن وسائل بديلة لحسم المنازعات في الشيكات، وهنا يبرز دور التحكيم في الشيك كطريقة ووسيلة أخرى لحسم مثل هذه النزاعات، فما مدى جوازه في المنازعات المصرفية وخاصة الشيكات؟؟

التحكيم بشأن منازعات الشيكات من الموضوعات حديثة النشأة، والتي ازدهرت بصورة واضحة في العصر الحالي، هذا بسبب تشعب العلاقات والتعارض بين المصالح المتطورة يوماً بعد يوم، كمحصلة للمبادلات والمعاملات على المستويين الداخلي والدولي، والتي جعلتنا نواجه أشكالاً جديدة من الخصومات، فهو يعد البوابة الأولى من نوعها للجوء للعملية التحكيمية، والتي لم يتعرض لها إلا قلة قليلة من الباحثين والقانونيين مما جعلني أتعرض لمثل هذا الموضوع، فموضوع الشيكات أثار وما يزال يثير صعوبات قانونية وخلافات فقهية، قادتنا للبحث عن وسيلة مرنة وسريعة بإجراءاتها لحل مثل هذه المنازعات التجارية.

[1] سورة النساء-الآية رقم٥٦.

_ مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في الإجابة عن التساؤلات الآتية:

١. هل يجوز التحكيم في الشيك؟

٢. هل الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن الشيك تمنع حق المستفيد من الادعاء المدني أمام القضاء الجنائي، أم أن هذا الادعاء يعد بمثابة أحد المتطلبات الرئيسة للدعوى الجنائية، وبالتالي يطبق بشأنه ما يطبق بشأن أثر الاتفاق على التحكيم بالنسبة للقضاء الجنائي؟

٣. إذا تم الاتفاق على التحكيم في الشيك هل يغلق هذا الاتفاق الطريق الجنائي أمام الأطراف، ويمنع المستفيد من إقامة شكوى بتهمة شيك بدون رصيد؟

٤. هل يقتصر التحكيم على أطراف العلاقة أم أنه يضم في طياته المصارف؟

٥. ما مدى الرقابة على أحكام التحكيم والاعتراف بها وتنفيذها؟

_ أهمية البحث:

يكاد التحكيم في الشيك أن يكون الوسيلة الأمثل لحل مشاكل المعاملات المالية والمصرفية عملياً وعلمياً، فهو من الموضوعات المهمة، والتي تعد من أهم أولويات المجتمع تجارياً واقتصادياً، خصوصاً في مجتمعنا الفلسطيني ولاسيما بعد صدور قانون التحكيم الفلسطيني رقم٣ لسنة٢٠٠٠، والذي أحدث نقلة فريدة من نوعها في مجال القانون الخاص، بما يتسم به من تطور وتميز بالسرعة الإجرائية من ناحية الفصل السريع للمنازعات مقارنة بالقضاء العادي، وما يحققه من مصالح للأفراد والجماعات من اختصار في الوقت والنفقات في التقاضي.

وإن اختيارنا لدراسة المنازعات الناشئة عن التعامل في الشيكات في التحكيم التجاري الدولي لأنها من أخصب الموضوعات المتعلقة بالأوراق التجارية والتي ازدادت أهميتها بالحياة الاقتصادية الحديثة، ولما تقوم به هذه الأوراق باعتبارها أداة وفاء، فهي تقوم بوظائف تحل بها محل النقود، وذلك سواء في العلاقات الداخلية أو العلاقات الخارجية، فالدور الذي تقوم به الشيكات يبدو واضحاً أكثر فأكثر في الوقت الحاضر خصوصاً بعد أن قلت القوة الشرائية للنقود في العالم كله، وقلت عملية استخدام النقود في عملية الشراء أو التمويل، وأصبحت أقل الصفقات التجارية تحتاج في تسويتها إلى مبالغ طائلة مما يتعذر معه نقل النقود من مكان إلى آخر.

ومما يجدر بنا أن نؤكده هنا هو أن الشيكات ليست قاصرة على المعاملات التجارية الداخلية فقط، بل ازدهرت كذلك في العلاقات التجارية الخارجية، فهناك أسواق للعملات الأجنبية تقوم فيها البنوك بشراء

وبيع الأوراق التجارية وتتحدد قيمة الكمبيالات فيها على أساس سعر الصرف، وكذلك تقوم الأوراق التجارية بدور مهم باعتبارها أداة ائتمان، وأداة وفاء خاصة إذا صدرت الورقة في صورة الشيك، إذ يفترض الشيك وجود المبلغ المشار إليه به لدى البنك المسحوب عليه[1].

وعند حدوث أي مشكلة بالنسبة لصرف الشيك التجاري سواء أكان داخلياً أو خارجياً فإن اللجوء للتحكيم في الشيك هو أنجع وأسرع طريق لحلها.

_ منهجية البحث :

اتبعت في إعداد هذا البحث المنهج التحليلي المقارن حيث سأخوض جزئيات موضوع البحث، وسيتم طرح جوانبه وفق حدود النظام القانوني الحالي في فلسطين ومصر وفرنسا والعديد من الدول الأخرى، والتطرق لأحكام المحاكم ومجموعة من السوابق القضائية، والاهتداء بآراء الفقهاء.

_ خطة البحث :

_ مبحث تمهيدي: تعريف الشيك، وتعريف التحكيم المصرفي، ومن ثم تعريف التجارة الدولية.

_ الفصل الأول: مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشيكات وطبيعتها.

_ المبحث الأول: مدى جواز التحكيم في الشيكات ومزاياه.

_ المبحث الثاني: طبيعة التحكيم في الشيك.

_ الفصل الثاني: أثر اتفاق التحكيم على الشيكات وحكمه.

_ المبحث الأول: آثار اتفاق التحكيم على الشيكات ونطاق سريانها على الأطراف.

_ المبحث الثاني: حكم التحكيم في الشيك وتنفيذه.

_ الخاتمة.

[1] جورجيت صبحي عبده قليني: مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، القاهرة، عام١٩٩٦م، ص٣-٤.

مبحث تمهيدي

ماهية الشيك والتحكيم

يثير موضوع هذا البحث المقصود بالشيك*، وكذلك المقصود بالتحكيم، وربطهما معاً من خلال تحكيم الشيكات، وهو التحكيم في الشيك، وأخيراً المجال لهذه الشيكات وهو التجارة الدولية، ولتوضيح ذلك نستعرض الموضوع من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الشيك.

المطلب الثاني: تعريف التحكيم، والتحكيم في الشيك، والتجارة الدولية.

المطلب الأول

تعريف الشيك

عرف البعض الشيك بأنه[١]: صك محرر وفقاً لأوضاع شكلية معينة حددها القانون، يتضمن أمراً من الساحب (محرر الشيك) إلى المسحوب عليه، وهو عادة بنك أو مؤسسة مصرفية، بأن يدفع لأمر شخص ثالث يسمى المستفيد أو لحامله مبلغاً نقدياً معيناً بمجرد الاطلاع على هذا الصك.

وعرفه ثانٍ[٢] بأنه: ورقة تتضمن أمراً من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه–ويجب أن يكون بنكاً– بأن يدفع بمجرد الاطلاع عليها مبلغاً معيناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد، أو لأمره، أو لحامله.

وعرفه ثالث[٣] بأنه: محرر مصرفي مكتوب وفقاً لأوضاع شكلية نص عليها القانون، ويتضمن أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه –وهو دائماً بنك– بأن يدفع من رصيده الدائن لديه للساحب أو لشخص ثالث أو لأمر أحدهما أو لحامله مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الصك.

وعرفه رابع[٤] بأنه: ورقة محررة وفقاً لأوضاع شكلية معينة حددها القانون والعرف، تتضمن أمراً يصدر من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه وهو عادة ما يكون بنكاً، بأن يدفع بمجرد الاطلاع مبلغاً معيناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد، أو لأمره، أو لحامله.

---

* سوف لن أتعرض لأي مسألة متعلقة بالجانب النظري للشيكات تاركة الأمر للقواعد العامة.

[١] محمد بهجت عبدالله قايد: الموجز في القانون التجاري، ط٢٠٠٦م، بند٢٠٦، والمشار إليه لديه في الاوراق التجارية، ط٢٠٠٦م، دار النهضة العربية.

[٢] جمال الدين عوض: الشيك في قوانين الدول العربية، دار النهضة العربية، عام٢٠٠٠م، وحسن المرصفاوي: المرصفاوي في جرائم الشيك، منشأة المعارف، والمشار إليهم لدى مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق: الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام٢٠١٣م، ص٢٣٩.

[٣] محمود سمير الشرقاوي: الأوراق التجارية في القانون التجاري الجديد، دار النهضة العربية، عام٢٠١٤م، ص٣١٣.

[٤] حمدي محمود بارود: أحكام القانون التجاري الفلسطيني الأوراق التجارية، ط١، عام١٤٣٦ه-٢٠١٤م، ص١٦١.

ونرى بأن جميع التعريفات السابقة تفي بتعريف الشيك وما الاختلاف إلا لفظي.

المطلب الثاني

تعريف التحكيم والتحكيم في الشيك والتجارة الدولية

بداية وقبل تحديد مفهوم التحكيم في الشيك، فإنه يستلزم علينا أن نحدد ما هو المقصود بالتحكيم بشكل عام حتى نتوصل فيما بعد للتحكيم في الشيك.

أولاً: التحكيم لغة:

التحكيم مصدر للكلمة حكَمَ، وهو القضاء بالعدل[١]، تقول العرب حكمت وأحكمت وحكمت بمعنى منعت ورددت، ومن هذا قيل للحاكم بين الناس حاكم لأنه يمنع الظالم من الظلم، قال الأصمعي: أصل الحكومة رد الرجل عن الظلم، وحكَّموه بينهم أمروه أن يحكم، ويقال حكَّمنا فلاناً فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا وحكمه في الأمر، فاحتكم جاز فيه حكمه[٢].

ويقال: حكَّمت فلاناً في مالي تحكيماً إذا فوضت إليه الحكم فيه، ويقال: احتكموا إلى الحاكم (وتحاكموا) و (المحاكمة) المخاصمة إلى الحاكم[٣].

وكذلك عرف لغةً[٤] على أنه: تفويض الحكم لشخص، وعلى هذا يقال حكّمتَ الرجل: أي فوضت إليه الحكم، ويقال: "حكَّم، ومُحَكَّم". وهذا لفظ من باب التفعيل بصيغة اسم المفعول، أما المحكَّم من باب التفعيل بصيغة اسم الفاعل، فهو اللفظ الذي يدل على أحد الخصوم، والمحكَّمون أي: الخصوم أو طرفا النزاع.

ثانياً: التحكيم قانوناً:

عرَّف قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة٢٠٠٠ التحكيم في المادة الأولى بأنه: وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة تحكيم للفصل فيه"

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٩٧٠ بأنه: "عبارة عن اتخاذ خصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما".

---

[١] أحمد الفيومي: المصباح المنير، ط٧،المطبعة الأميرية، القاهرة، عام١٩٥٨م، ص١١٩٠.
[٢] محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، ج١٢، دار صادر، بيروت، ص١٤٢.
[٣] محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي: مختار الصحاح: دار القلم، بيروت، عام١٩٧٩م، ص١٤٨.
[٤] الفيروز أبادي: القاموس المحيط، ج٤، دار الفكر، بيروت، عام١٩٧٨م، ص٩٨.

أما عن تعريف التحكيم في قانون التحكيم المصري[1] فلم يورد له تعريف بشكل مباشر، إنما هو فقط ذكر عناصر التحكيم في تعريف اتفاق التحكيم في المادة العاشرة منه.

وعرفه قانون الأونيسترال[2] النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م وتعديلاته التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦م بأنه: "أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا".

ثالثاً: التحكيم قضاءً:

لم يكن القضاء بعيداً عن تعريف التحكيم والوقوف على ماهيته، حيث إن محكمة النقض المصرية عرفته في أحد أحكامها[3] بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، فهو مقصور على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم، يستوي في ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة خاصة، أو انصرف إلى جميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين، فلا يمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لا ينفصم بحيث لا يستكمل –دون الجمع بينهما– اتفاق، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف".

وفي حكم[4] آخر عرفته محكمة النقض المصرية بأنه:" اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين، أو هو اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة به".

وكذلك عرفته المحكمة الدستورية العليا[5] بمصر بأنه: " عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة المغالاة مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفين إليه، بعد أن أدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسة".

---

[1] قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤.

[2] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونيسترال) وهي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة، حيث تؤدي هذه الهيئة دوراً هاماً في تحسين الاطار القانوني للتجارة الدولية، من خلال اعداد نصوص تشريعية دولية لكي تستخدمها الدول في تحديث قانون التجارة الدولية، ونصوص غير تشريعية لكي تستخدمها الأطراف التجارية في التفاوض على المعاملات، أعدته واعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة واطلقت عليه اسم قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

[3] طعن رقم ٥٢ لسنة٦٠ق، جلسة ٢٧فبراير ١٩٩٤م، موسوعة مصر لأحكام محكمة النقض، المستشار علي حسن الامام وجمال أبو حليقة، ج٤، ط١، مركز مصر الدولي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص٢٢٣، والمشار اليه لدى حسام الدين محمود زكريا الدن: حجية أحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتنفيذها وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني، رسالة ماجستير، القاهرة، عام٢٠٠٩م، ص٤.

[4] نقض مصري مدني، جلسة ١٩٨٠/٦/١٠م، في الطعن رقم ٩٣٥ لسنة٤٤ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، ج٢، سنة المكتب الفني ٣١، ص١٧٠٧، والمشار إليه لدى محمد عبدالباري عطاالله: شرح أحكام قانون التحكيم الفلسطيني، ط١، عام٢٠١٤م، ص٣.

[5] حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٥ق دستورية، جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧م، سنة المكتب الفني٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، ج٦، ص٤١٤، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢٠٠١/١/١٦م، في الدعوى رقم ٩٢ لسنة ٢١ق دستورية، سنة المكتب الفني٩، ج١، ص٨٤٣، والمشار اليه لدى ناصر شحاته صالح: العلاقة بين القضاء والتحكيم، ط٢٠١٢م، ص٤٩.

رابعاً: التحكيم فقهاً:

لقد تعددت التعريفات الفقهية للتحكيم، فكل فقيه ينظر إليه من زاوية تعنيه جعلها منطلقاً في تعيين المقصود به، حيث ذهب بعض الفقهاء لتعريفه بأنه: "اتفاق ذوي الشأن على عرض نزاع معين قائم على فرد أو أفراد أو هيئة للفصل فيه دون المحكمة المختصة"[١].

وهناك من ذهب إلى أنه: "هو طريق خاص لحل المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ويعتمد أساساً على أن أطراف النزاع هم الذين يختارون قضاتهم بدلاً من الاعتماد على التنظيم القضائي في البلد الذي يعتمد فيه"[٢].

وعرفه آخرون[٣] بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، وذلك بموجب حكم ملزم للأطراف، وهو الفصل بين الطرفين المتنازعين بقرار له صفة الإلزام يصدره من يتم اختياره من غير أطراف النزاع".

وهناك من ذهب[٤] في تعريفه للتحكيم بأنه: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم".

وأيضاً عُرّفَ بأنه[٥]: "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".

كذلك هناك من عرفه[٦] بأنه: "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم، بالفعل أو التي تحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين".

واستخلص البعض[٧] تعريف للتحكيم وفقاً لما جاء في المادة العاشرة من القانون المصري على أنه: "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات، التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة معينة، عقدية كانت أو غير عقدية".

نرى من كل التعريفات السابقة أن جمهور الفقهاء يكادون يجمعون على معنى التحكيم بالشكل العام إلا أنهم اختلفوا في التعبير عن هذا المعنى، ولكل ما سبق فإنني أرى أن التحكيم هو: نظام استثنائي خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية، ذو طبيعة قضائية يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو

---

[١] فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، عام١٩٨٠، ص٢٦.
[٢] جابر نصار: التحكيم والعقود الادارية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٢١٩.
[٣] رأفت دسوقي: التحكيم في قانون العمل الحالي رقم١٢ لسنة٢٠٠٣، دار نصر للطباعة، القاهرة، ص٤١.
[٤] حفيظة الحداد: الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، عام٢٠٠٤، ص٤٤.
[٥] أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، ط٥، منشأة دار المعارف، عام١٩٨٨م، ص١٥.
[٦] محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، ط٣، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٤م، ص٥.
[٧] ناصر عبد العزيز الشرمان: النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، القاهرة، عام٢٠١٢م.

أكثر بعيداً عن قضاء الدولة ليتم الفصل فيما بينهم في منازعات تتعلق بالعلاقة القانونية الرابطة بينهم بحكم ملزم للطرفين.

من خلال استعراضنا لتعريف التحكيم فقهاً وقانوناً يظهر لنا التساؤل التالي: هل يختلف مفهوم التحكيم في الشيك عن مفهوم التحكيم بالشكل العام؟

من خلال السابق يتضح لنا أنه لا اختلاف في مفهوم التحكيم إلا في شق واحد ألا وهو أطراف العملية التحكيمية، ومحل النزاع، وذلك لأننا عندما نتحدث عن التحكيم في الشيك فإن ما يتبادر لأذهاننا وللوهلة الأولى مباشرة هو أن أحد أطراف العلاقة مصرف أو بنك، وأن النزاع يدور حول عملية مصرفية، ولهذا فإنه تم تعريف **التحكيم في الشيك**[1] **بأنه:** "نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصرفية اللجوء إليه عند حدوث نزاع سواء في مستقبل العلاقة أو حاضرها، وفقا لنص يتضمنه العقد أو مستقلاً عنه "

ونرى أن هذا التعريف للتحكيم في الشيك معيب، حيث إنه لم يبين أطراف التحكيم في الشيك، ولا محله، ولا الجهة المحتكم إليها، ونعرفه بأنه: "نظام قانوني يجيز لأطراف العملية المصرفية (الساحب، والمسحوب عليه، والمستفيد) باللجوء إلى هيئة يختارونها للفصل في نزاع قائم بينهم، أو مستقبلي يتعلق بأحد العمليات المصرفية التي تتعلق بالشيك".

خامساً: المقصود بالتجارة الدولية:

تؤلف التجارة ما يسمى بالروابط الإنسانية ذات الأهداف الاقتصادية، وهي تصبح ذات طابع دولي عندما تتعلق بمعاملة تجارية تجري وتتم على المستوى الدولي، سواء أكان بين الأشخاص الخاصة الطبيعية أو المعنوية من جنسيات مختلفة، أو بين الأشخاص العامة كالدول أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة من جانب، أو بين أشخاص أجنبية خاصة طبيعية كانت أو معنوية من جانب آخر، مثل التحكيم الذي يتم بين الدول وشركات البترول، أو بين الدول وبين الشركات الخاصة بشأن استغلال واستيراد وسائل التكنولوجيا والاستخدامات العلمية، أو عقود الأشغال العامة وعقود الإنشاءات والتجميع الصناعية والتوريدات الدولية.[2]

من المعلوم أن ميدان التجارة الدولية يتسع يوماً بعد يوم وإلى حد كبير بعد أن كان محدود على العمليات التجارية المتعلقة بتوريد أو تبادل البضائع، وليس أدل على ذلك مما جاء بالتفسير الذي أعطاه قانون الأونيسترال النموذجي[3] للاصطلاح التجاري، وفسره تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل دون حصر المعاملات التالية:

أي معاملة تجارية لتوريد السلع والخدمات أو تبادلها، اتفاقيات التوزيع، التمثيل التجاري والوكالة التجارية، إدارة الحقوق لدى الغير، التأجير الشرائي، تشييد المصانع، الخدمات الاستثمارية، الأعمال الهندسية، إصدار

---

[1] محمد صالح علي العوادي: التحكيم في المعاملات المصرفية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٤٣١ه-٢٠١٠م، ص١٦.

[2] أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، عام١٩٨١م، ص٧٢.

[3] القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Unicitral لجنة التجارة الدولية في الأمم المتحدة).

التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة، وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع والركاب جواً أو بحراً، أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية، وعليه فإن مفهوم التجارة هو مفهوم واسع إلى حد بعيد.[١]

وقد نصت المادة الثانية من القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على ما يلي:

"يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية، ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها، ونقل التكنولوجيا، والاستثمار، وعقود التنمية، وعمليات البنوك، والتأمين، والنقل، وعمليات التنقيب، واستخراج الثروات الطبيعية، وتوريد الطاقة، ومد أنابيب الغاز أو النفط، وشق الطرق والأنفاق، واستصلاح الأراضي الزراعية، وحماية البيئة، وإقامة المفاعلات النووية"

ويتضح من النص السابق ونص القانون النموذجي أن الأمثلة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، وهذا كله يعني اتساع مفهوم كلمة التجارة، أما نطاق التجارة الدولية فهو يعني كل نشاط اقتصادي دولي، وأن الصفة الدولية تكون موجودة عندما يتم على الصعيد الاقتصادي انتقال أموال أو خدمات ما بين بلد وآخر (وعبر الحدود الجغرافية للدول)[٢]

فاصطلاح التجارة هو اصطلاح يشمل أشكال النشاطات كافة سواء كانت اقتصادية أو مالية، مما أعطى بذلك للتجارة الدولية بعداً جديداً وتطوراً كبيراً في دفتها بفضل التطور التكنولوجي الهائل في وسائل الاتصال والنقل، هذا ما جعلنا بحاجة ماسة ووسيلة سريعة لحل النزاعات الناشئة عن هذه العلاقات التجارية الدولية.

ولا نجد لقانون التجارة الدولية تعريفاً، خيراً من تعريف الأمانة العامة للجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة عند البحث في إنشاء لجنة لتوحيد أحكام قانون التجارة الدولية سنة ١٩٦٥م، فهذا القانون هو " مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتعلقة بالقانون الخاص والتي تجري بين دولتين أو أكثر"[٣].

وإذا كانت طبيعة التجارة أدت إلى تشابه النظم القانونية التي تحكمها في مختلف دول العالم، فإن هذا لا يغير من أن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في كل دولة محكوم بقبول السلطات المختصة لها.[٤]

---

[١] عبدالحميد الأحدب: موسوعة التحكيم-التحكيم في البلاد العربية، ج١، ص٣وما بعدها

[٢] أشرف عبد العليم الرفاعي: اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام٢٠٠٦م، ص٢٤٦-٢٤٧.

[٣] محمود سمير الشرقاوي: دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٩٢م، والمشار إليه في محاضرات الأستاذ محسن شفيق، العقود التجارية الدولية" اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤م بشأن البيع الدولي"، عام ١٩٧٣م، ص ٥.

[٤] أيسر عصام داؤد سليمان: ا الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، عام٢٠١٤م، ص١٣٨.

الفصل الأول

مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشيكات وطبيعتها

الوصول إلى حل سريع للنزاعات المتعلقة بالشيكات كان الباعث على البحث عن وسائل يمكن من خلالها الوصول إليه، وهذا يستدعي اللجوء لجهات مختصة لحل النزاع، ونظرا لما أسلفناه من أن قضاء الدولة يرافقه عوائق وإشكاليات لا تتماشى أو تتوافق مع طبيعة البيئة المصرفية فإنه كان لا بد من البحث عن طرق أخرى لفض مثل هذه المنازعات والمتمثلة بالتحكيم في الشيك، وهذا أثار مدى جواز التحكيم في هذه المنازعات، وإجابة ذلك نوردها في مبحثين:

المبحث الأول: مدى جواز التحكيم في منازعات الشيكات ومزاياه.

المبحث الثاني: طبيعة التحكيم في الشيكات.

المبحث الأول

مدى جواز التحكيم في منازعات الشيكات ومزاياه

لا شك أنه في ظل الأزمات المتتالية التي تحياها البيئة المصرفية تجعل القائمين عليها يبحثون عن سبل لتخطي هذه الأزمات، فقد ينتج عن هذه الأزمات اختلاف بين المتعاملين في البيئة المصرفية وخاصة المتعلقة في الشيكات، والذي يبرز دوراً مهماً في حل النزاعات المتعلقة في الشيك وحتميته، وسرعة إنجازها وحسمها في أقصر وقت ممكن بما يتوافق مع طبيعة البيئة المصرفية، وهذا سنراه خلال المطلب الأول في هذا المبحث، ومن ثم سنتناول التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية ومزاياه خلال المطلبين الثاني والثالث.

المطلب الأول

جواز التحكيم في الشيكات

لا يزال موضوع التحكيم في الشيك يثير العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية حول حتميته وجوازه، وهذا يرجع لاختلاف ماهيته والمشاكل التي يثيرها والتي تختلف باختلاف نوع المنازعات التي يرغب الأطراف إخضاع الفصل فيها عن طريقه، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا:

هل يجوز أن ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التحكيم في الشيك المبرم بين البنك وعميله لهيئة التحكيم لتفصل فيها بحكم تحكيمي منهي للخصومة؟؟؟

إن المشاكل والصعوبات التي تصادف التحكيم في مجال ما، تختلف عنها في مجال عمليات البنوك، وهذا يعود لعدم الاستقرار النهائي بشأن الجوانب القانونية للتحكيم كافة، فهناك العديد من تلك الجوانب مازالت محلاً جدلياً للفقه، فإذا كان التحكيم بسبب قصر أمده وبساطة ويسر إجراءاته قد أصبح الطريقة والوسيلة الفعالة والمفضلة التي يلجأ إليها المتنازعون للفصل في المنازعات التجارية بشكل عام، سواء على المستوى المحلي أو الدولي، فإنه يعد كذلك من باب أولى في المنازعات المصرفية المتعلقة في الشيكات التي تثور بين البنوك وعملائها، فمثل هذه النزاعات تعد من أكثر المنازعات التجارية التي تحتاج لقصر أمد التقاضي وبساطة ويسر إجراءاته، وهذا لأن منازعات البنوك تتمحور حول تجارة النقود[١].

فقد ظهر التحكيم ودعت إليه الحاجة نظرا لتطور المعاملات والعلاقات التجارية الدولية والتي تتسم بالانتشار والتوسع، حيث ان التحكيم التجاري الدولي أصبح ضرورة يفرضها ويحتمها واقع التجارة الدولية، وكذلك الحاجة لوجود طرق لتسوية النزاعات الناشئة عنها من شأنها المحافظة على استمرار العلاقة بين الأطراف بعد أن ينتهي النزاع، وبعد أن يتم تسويته في أقرب وقت ممكن، وبأقل تكلفة بعيداً عن صعوبات إجراءات وتعقيدات القضاء العادي، فكان التحكيم هو البديل المناسب، ووليد تسوية ما ينشأ من نزاعات علاقات التجارة الدولية عبر الحدود وبسبب عدم ملاءمة التنظيمات القضائية الخاصة بتسوية ما ينشأ عنها من منازعات.[٢]

إن المتأمل في مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يعرف جيداً مدى تقاربها فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم، فالدولة عندما تصدر تشريعاً تعترف من خلاله بالتحكيم، وتجيزه، وتقر بمشروعيته، فإنها بهذا تفوض للتحكيم جانب من اختصاصاتها السيادية والتي تتمثل في دور مهم في الفصل في المنازعات التي تنشأ فيما بين الأطراف والتي هي كأصل عام مما يضطلع بها القضاء العام (قضاء الدولة) [٣].

ولا جدال بأنه يوجد في قواعد العمليات المصرفية المتعلقة بالشيكات ما هو آمر وفيه طابع الإلزام، وبالتالي تكون خاضعة للنظام القضائي، فالمنازعات التي تتعلق بتنظيم العمليات المصرفية المقيدة بقواعد آمرة لا تقبل التحكيم، وأيضاً معاملات البنوك مع عملائها المقيدة بقواعد آمرة، والتي يفرضها المشرع في هذا الشأن[٤]، مثال ذلك المنازعات المتعلقة بتنظيم النقد الأجنبي، وكذلك المنازعات الناشئة حول تنظيم العمليات المصرفية وشروط عمل المؤسسات المصرفية، وأيضاً المسائل المتعلقة بالسياسات النقدية، وعليه فإن هناك مسائل غير قابلة للتحكيم ومحددة وفقا للنصوص التشريعية، حيث إن لكل منها فلسفة مختلفة عن الأخرى من دولة

---

[١] V. Gavalda et Stoufflet, Droit de la banque, Themis. Paris ١٩٧٤, P.١٠; J. Hamel, Banqe et operations de banque, T.I. no. ١ ets. والمشار اليه لدى بهاء الدين رمضان محمد بطيخ: التحكيم في منازعات البنوك، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، القاهرة، عام٢٠١١م، ص٢٣٨-٢٣٩.

[٢] محمد عبدالباري عطاالله: شرح أحكام قانون التحكيم الفلسطيني، مرجع سابق، ص١٨.

[٣] أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي(مرجع سابق)، ١٩٨١م، دار الفكر العربي، مرجع سابق، ص٣٤. ورضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥

[٤] نجيب أحمد عبدالله: اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية، البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، سلسلة اصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط١، عام٢٠٠٤م، ص٥٠٨.

لأخرى، فلكل دولة نظامها العام[١]، فعندما يحدث أدنى شك يتعلق بمدى قابلية النزاع للتحكيم في الشيك فإن القضاء الأمريكي ذهب للقول بأن "أي شك يتعلق بمجال المسائل التحكيمية في الشيك يجب تفسيره لصالح التحكيم في الشيك" حيث إن موقف القضاء الأمريكي يأتي باعتبار أنه متى وجد شك حول القابلية للتحكيم في الشيك من عدمه فإن الشك يجب أن يفسر لصالح القابلية للتحكيم في الشيك، حيث يعطى للأخير فائدة الشك.[٢]

ولا خلاف بين الفقهاء على أن التحكيم جائزاً شرعاً إلا فيما تعلق بالحدود والقصاص والعبادات، ومن هذه المشروعية تهدف إلى أن التحكيم يجلب مصلحة للخصوم، ويؤدي لاستقرار المعاملات وإذاعة العدل بين الأفراد.[٣]

والدليل على جواز ومشروعية التحكيم من الكتاب والسنة[٤] ما يلي:

أ- **الدليل على جوازه من الكتاب:** ورود عدة آيات في القرآن الكريم تتناول التحكيم يستدل من خلالها على مشروعيته، منها قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا**﴾[٥].

هذه الآية تتعلق بالنزاعات العائلية بين الزوجين، ووجه الدلالة في هذه الآية أن الله جل جلاله أمر بأن يبعث حكم من أهل كلا الزوجين متى نتج خوف من أن يحدث شقاق بينهما، فكان هذا نص من المولى عز وجل في كتابه الحكيم على جواز التحكيم في مصلحة الزوجين، وحفاظاً على كيان الأسرة المسلمة، والتي هي نواة المجتمع الذي يضم في طياته الأفراد كافة وبالتالي فإنه من الجائز تسوية الخلافات بين باقي أفراد المجتمع فيما يتم بينهم إلا ما ذكر به نص صريح في تشريعاتهم.

وكذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾[٦].

وهذه الآية أيضا تقودنا إلى التحكيم حيث إنها تعني أن المحكم يمكنه الفصل بالنزاع، ويصدر قراره فيه ويكون ملزماً للأطراف إن لم يستطع الإصلاح بينهم، واتفق على ذلك جمهور الفقهاء، واعتبروا حكم المحكم كحكم القاضي[٧].

---

[١] محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص١٥٥.
[٢] محمد صالح العوادي: المرجع السابق، ص١٥٥.
[٣] محمد عبد الباري عطاالله: شرح أحكام القانون الفلسطيني، مرجع سابق، ص١٣.
[٤] حسين مصطفى فتحي: التحكيم وفقاً للشريعة الاسلامية، بحث منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو١٩٩٩م، ص٩٦وما بعدها.
[٥] سورة النساء، الآية رقم ٣٥.
[٦] سورة النساء، الآية ٥٨.
[٧] علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الناشر زكريا علي يوسف، القاهرة، ص٤٠٨٠، والمشار اليه لدى حسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن في حكم التحكيم، عام٢٠١٣م، القاهرة، ص٤٥.

ب- **الدليل على جوازه من السنة:** إلى جانب ما ورد في القرآن الكريم مما يدلل على جواز التحكيم ومشروعيته، فقد جاء في السنة كذلك ما يؤكد على جوازه ومشروعيته، ما ورد عن يزيد بن المقدام بن مشرع بن هانئ الحارثي عن أبيه المقدام عن شريح بن هانئ أنه قال حدثني هانئ بن يزيد أنه لما وفد الرسولﷺ مع قومه فسمعهم النبيﷺ وهم يكنونه بأبي الحكم فدعاه النبيﷺ فقال: إن الله هو الحَكم وإليه الحُكم، فلم تكنى أبا الحكم؟ قال: "لأن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين" فقال الرسول ﷺ: "ما أحسن هذا؟ ثم قال ما لك من الولد، فقلت لي شريح، قال: "فأنت أبو شريح" ودعا له ولولده[1].

ووجه الاستدلال هنا أن النبي ﷺ قد استحسن التحكيم الذي كان يقوم به أبو شريح بين المتنازعين من قومه، وهذا ما يدل على مشروعية التحكيم وجوازه.

إن نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية شامل الأقضية كافة: قضايا المعاملات المالية والتي تدخل في طياتها الأوراق التجارية كالشيكات، وقضايا الروابط الأسرية، ومفاد ذلك ما أسلفنا ذكره من القرآن والسنة عاليه، وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد عرفت التحكيم وأجازته وجعلته مشروعاً، وكل هذا بما ثبت بالدليل من الآيات القرآنية والسنة النبوية الشريفة.[2]

كذلك إن التشريعات كافة أقرت نظام التحكيم، و كل الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ولوائح غرف التحكيم الدولية حرصت على سد النقص الاضطراري في الاختصاص القضائي وسلمته للتحكيم، وهذا نلمسه من خلال دراسة نظام التحكيم في الدول والاتفاقات الدولية، ففي فلسطين

نرى أن نظام التحكيم الذي كان سائدا في المجتمع الفلسطيني مستمد من الشريعة الإسلامية، وقد تم تنظيمه عندما ظهر في مجلة الأحكام العدلية حيث كانت المجلة قد خصصت الباب الرابع منها للمسائل المتعلقة بالتحكيم في دعاوى المال، والذي يشمل عشر مواد فقط من المادة (١٨٤١ -١٨٥١)، حيث تناول قانون التحكيم المسائل والإجراءات المتعلقة بالتحكيم والمنازعات التي يصبح فيها التحكيم ضرورياً مبينا كل أركانه وشروطه وسريان حكم المحكمين وعزلهم، ولكن تم ايقاف العمل بهذا القانون عندما تم إخضاع فلسطين للانتداب البريطاني بسبب صدور قانون التحكيم رقم ٩ لسنة ١٩٢٦، في تاريخ ١٩٢٦/٣/١٦م، والذي يقضي بإحالة الخلافات للتحكيم، وتعيين الأصول التي تتبع بالتحكيم، ومن ثم عدل بالقوانين رقم ١٤ لسنة ١٩٢٨-١٩٢٩ ولسنة ١٩٣٤ ثم لسنة ١٩٤٦، وعلى الجانب الآخر فإن بعض القوانين التي كانت مطبقة في ذلك الوقت قد نصت صراحة على بعض المنازعات التي يمكن حلها عن طريق إحالة النزاع على التحكيم وذلك استنادا للقانون، كالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٣٦ والذي يحيل المنازعات للتحكيم.[3]

---

[1] الحديث رقم ٤٩٨٠ في صحيح سنن النسائي للألباني، طبعة مكتبة التربية العربي لدول الخليج، ج٣، الرياض، ١٤٠٩ه-١٩٨٨م، ص١٠٩١.

[2] محمد عبدالباري عطاالله: (شرح أحكام)مرجع سابق، ص١٧.

[3] درويش الوحيدي: التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، ط١٩٩٨، مطابع شركة البحر والهيئة الخيرية، ص١.

ومع كل ما سبق نرى أن القوانين القديمة والتي لم تكن تنظم قانون التحكيم الدولي، ولا يوجد بها قواعد خاصة به، وأن موضوعات التحكيم التي قامت بتنظيمها ما هي إلا قواعد عامة تتحكم فيها السيادة الوطنية، ولا تشمل على التحكيم الدولي ولا آلية تنفيذه وفقاً للتوجهات الدولية الحديثة[١]، وخاصة فيما تتضمنه الاتفاقات والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، والتي منها اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي وهذه الأخيرة وقعت عليها فلسطين ممثلة بمنظمة التحرير الفلسطينية بتاريخ ١٩٨٣/١١/٢٨م، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي صدر عن الأمم المتحدة في ١٩٨٥/٦/٢١م، مما توجب إصدار قانون جديد للتحكيم في فلسطين في ذلك الوقت، خصوصا بسبب تزايد أهمية التحكيم التجاري الدولي وحاجة السلطة الفلسطينية لقانون حديث ومتطور،[٢] حيث تم سنه عام ٢٠٠٠م.

ومع صدور قانون التحكيم الجديد رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠ فقد نص فيه صراحة على إلغاء كل نص يتعارض مع أحكام القانون، حيث وضع تنظيماً للتحكيم وتولى التأكيد عليه، وهذا هو دليل قاطع من مشرعنا على جواز التحكيم في الشيك، وذلك بنهجه سياسة تشريعية واضحة وجعل فلسطين مستقبلاً مركزا للتحكيم الدولي، وهذا كله من أجل تهيئة مناخ مناسب وصالح للاستثمار، ومتوافقاً مع سياسة الإصلاح الاقتصادي، وهذا يظهر لنا في قانون التحكيم الفلسطيني من خلال النص عليه في المادة الثالثة منه، والتي تنص على (لغايات هذا القانون يكون التحكيم: أولاً محلياً/ إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين، ثانياً دولياً/ إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية...)[٣]، والتي تضم في طياتها الشيكات.

ولقد تناول المشرع المصري، وقد شابهه في ذلك المشرع الفلسطيني والإماراتي والسوري واللبناني والعراقي والكويتي واليمني[٤]، مسألة قابلية وجواز النزاع للتحكيم من عدمه، حيث إن مسألة جواز الاتفاق على التحكيم في الشيك ترتبط بمسألة جوهرية في مجال التحكيم، وهي المسائل التي تدخل في نطاق التحكيم والمسائل التي تخرج منه، حيث وضعوا قاعدة عامة في هذا الشأن، وقد نصت على أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها"، وهذا ما أكده نص المادة (٤) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي تنص على: "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: ١- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين، ٢- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً، ٣- المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية"، وقد سبق أن وضحت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري المسائل التي لا يجوز الصلح فيها على أنه: "لا يجوز الصلح في

---

[١] أحمد الخالدي: مشروع قانون التحكيم الفلسطيني، وحدة البحوث البرلمانية التابعة للمجلس التشريعي الفلسطيني، غزة، عام١٩٩٩م، ص٢، ومشار اليه لدى حسام الدين زكريا الدن: المرجع السابق (طرق الطعن في حكم التحكيم)، ص٦١.

[٢] حسام الدين زكريا الدن: المرجع السابق، ص٦١.

[٣] محمد عبدالباري عطاالله: المرجع السابق(شرح أحكام..)، ص٢٠.

[٤] نص المادة (٤) من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة (١١) من قانون التحكيم المصري، والمادة (٢٠٣) من قانون التحكيم الإماراتي، والمادة (٥٠٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، والمادة (٧٦٢و٧٦٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد اللبناني، والمادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣/١٣٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (٥) من القانون اليمني الجريدة الرسمية، عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم في البلاد العربية، ج١، ص٥٥-١١٠٩.

المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية، أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم"[١].

وما يهمنا ويعنينا هنا هو عدم جواز التحكيم بالنسبة للمسائل المتعلقة بالنظام العام، وهذا الأمر لا يقتضيه نصوص مواد الدول المذكورة أعلاه، وإنما سنده أيضا في النصوص العامة في القانون المدني لكل دولة من تلك الدول المذكورة، ففكرة النظام العام تختلف من دولة لأخرى، ومن مجتمع إلى آخر، كما أن النظام العام الداخلي يختلف عن النظام العام الدولي، فإن النظام العام كل ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع ويمس نسيجه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي، ويخل بقيمه الأخلاقية[٢]، فالنظام العام يشمل كل القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية التي تتصل بالمجتمع، هذا باعتباره مجتمعاً منظماً تعلو مصلحته على مصلحة الأفراد، فإذا كان عدم قبول الدعوى يتصل بالنظام العام فإن المحكمة تلتزم من تلقاء نفسها بالحكم فيها بعدم القبول في حال وجود منازعة تحكيم في الشيك، فمن باب أولى أن المحكم أو هيئة التحكيم هو الآخر يلتزم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه حال تعلقها بالنظام العام، حتى ولو كان محكماً مُصالحاً[٣].

المطلب الثاني

التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية

إذا كانت القاعدة العامة التي تحدد المسائل التي يجوز فيها التحكيم تقضي بأنه يجوز التحكيم في المسائل التي يجوز فيها الصلح[٤]، وعليه أصبح الشيك بموجب حكم المادة (٤/٥٦٦) من قانون التجارة الفلسطيني[٥] يجوز فيه الصلح، وإنه من الجائز الاتفاق على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشيك، فهل هذا الاتفاق يغلق باب اللجوء للقضاء الجنائي برفع جنحة شيك بدون رصيد، أم أنه يغلق باب اللجوء للقضاء المدني للمطالبة بقيمة الشيك؟ أي هل يستطيع المستفيد من الشيك أن يسلك الطريق المدني، وأن يلجأ إليه في صورة دعوى إلزام؟ وهذا سنتناوله عبر الفرع الأول، وكذلك هل يستطيع المستفيد سلوك الطريق الجزائي للمطالبة بقيمة الشيك؟ وهذا سنتناوله عبر الفرع الثاني.

---

[١] محمد صالح العوادي: التحكيم في المعاملات المصرفية (مرجع سابق)، ص١٥٥.
[٢] أحمد السيد الصاوي: التحكيم طبقا لقانون رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢م، ص ٤٣.
[٣] حسام الدين زكريا محمود الدن: طرق الطعن في حكم التحكيم (مرجع سابق)، ص٢٨.
[٤] م٤من قانون التحكيم الفلسطيني.
[٥] ويقابلها نص المادة (٤/٥٣٤) من قانون التجارة المصري.

الفرع الأول

سلوك المستفيد الطريق المدني

لا يثير ولوج المستفيد من الشيك إلى جهة القضاء المدني في حالة عدم وجود اتفاق بينه وبين الساحب على التحكيم بشأن أي نزاع ينشأ عن الشيك أي مشكلة، وهذا لأن مثل هذا الأمر يتعلق بحق مالي بحت، ومن المعروف والمستقر عليه أن التحكيم في المنازعات المالية لا يثير مشكلة، وعليه فإن اتفاق الساحب والمستفيد على اللجوء للتحكيم بشأن المنازعات المدنية، وخصوصاً التي تنشأ عن الشيكات، يؤدي إلى غلق طريق القضاء العادي أمام هذا المستفيد عند لجوئه لهذا الطريق في صورة دعوى إلزام[١]، والسبب في ذلك أن الاتفاق بين الساحب والمستفيد باللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات المدنية الناشئة عن الشيك لا يخالف النظام العام، ولا يتعارض مع طبيعة الشيك كورقة تجارية واجبة الدفع بمجرد الاطلاع، ولا يمنع تداول الشيك[٢].

الفرع الثاني

سلوك المستفيد الطريق الجزائي

الدعوى المدنية هي الدعوى التي يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض هذا الضرر[٣]، فبالرجوع لنصوص قانون الإجراءات الجزائية في هذا الخصوص نجد أن المادة (١/١٩٤) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني تنص على أنه: " لكل من تضرر من الجريمة أن يتقدم بطلب إلى وكيل النيابة العامة أو إلى المحكمة التي تنظر الدعوى يتخذ فيه صراحة صفة الادعاء بالحق المدني للتعويض عن الضرر الذي لحق به من الجريمة"، وكذلك تنص المادة (١/١٩٦) من نفس القانون على أنه: "يجوز الادعاء بالحق المدني أمام محكمة الدرجة الأولى في جميع مراحل الدعوى الجزائية وحتى إقفال باب المرافعة"، وهذان النصان يقابلهما نص المادة (٢/٢٥١) من قانون الإجراءات الجنائية المصري الذي جاء فيه أنه: "لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظور أمامها الدعوى الجنائية في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقا للمادة (٢٧٥)، ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية".

---

[١] رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم(مرجع سابق)، ص٧

[٢] راجح أبو مصبح : التحكيم في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، ص٢٤.

[٣] أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠م، ص٢٤٥.

هذا يعني أن الدعوى المدنية في حقيقتها دعوى تعويض، ويكون لمظهر الشيك المطالبة بهذا التعويض[١]، وبالإضافة لعلمنا بأن الدعوى المدنية في حقيقتها هي دعوى تعويض إلا أن سبب نشوئها هو الفعل الخطأ الضار، والذي يعد في نظر قانون العقوبات جريمة، فالدعوى المدنية مشتركة المصدر مع الدعوى الجنائية وهو الواقعة الإجرامية، لكل هذا فإن الاشتراك في المصدر جعل إقامة الدعويين أمام القضاء الجنائي مجازاً، فالمضرور من الجريمة يقيم دعواه بالتعويض أمام القضاء الجنائي عن طريق التبعية للدعوى الجنائية، وعلى الرغم من وجود الارتباط الوثيق بين الدعويين إلا أنهما تبقيان دعويان مستقلتان، ولا ينفي ذلك عنهما صفة الاستقلال عن بعضهما البعض في الأركان والموضوع والخصوم والسبب[٢].

وإن كان قانون الإجراءات الجزائية هو القانون الذي يطبق على الدعوى المدنية بالتبعية لكونها تابعة للدعوى الجزائية تطبيقاً لقاعدة "التابع تابع ولا يفرد في الحكم"، إلا أن مجال هذا التطبيق يقتصر على الإجراءات، أما من حيث موضوع الدعوى المدنية كتعويض الضرر، وتحديد المسؤولية فيتعين تطبيق القانون المدني، وبهذا نصت المادة (١/٢١٠) من قانون الإجراءات الجزائية الفلسطيني بقولها: "تلتزم المحكمة بتطبيق أحكام قانون البينات في المواد التجارية على دعوى الحق المدني التي تنظر فيها تبعاً للدعوى الجزائية".[٣]

وعليه فإن القضاء الجنائي عندما ينظر الدعوى المدنية المقامة من المستفيد قبل الشيك فإنه ينظرها في حقيقة الأمر على أنها دعوى مدنية ومتعلقة بحق خاص، وبالتالي فإن من حق المستفيد أن يتركها بل ويجوز له ابتداءً ألا يرفعها.

وهنا لا يسعنا إلا أن نقول إن دعوى التعويض أمام القضاء الجنائي يجب النظر إليها على أنها دعوى مستقلة عن الدعوى الجنائية، وأن تعامل كما يتم معاملة الحقوق المالية الخالصة، وهذا الأمر ينتج عنه قفل باب الادعاء المدني قبل المستفيد من الشيك إذا تم الاتفاق بشأنه لأن يتم اللجوء للتحكيم[٤]، وعليه يجوز للساحب والمستفيد في الشيك الاتفاق على أن تتم تسوية المطالبة بالتعويض الناتج عن ارتكاب الساحب لجريمة إصدار شيك عن طريق التحكيم، ولا يخل ذلك بإقامة الدعوى الجنائية وسريانها وصدور الحكم فيها جنائياً[٥].

وقد أصبح الشيك بموجب حكم المادة (٤/٥٦٦) من قانون التجارة الفلسطيني يجوز فيه الصلح، وأننا نعلم أنه من الجائز الاتفاق على التحكيم بشأن ما يجوز به الصلح[٦] أي بالشيك، وبشأن المنازعات المتعلقة به، واعتبار المشرع التجاري أن كل من يصدر شيكاً بدون رصيد مرتكباً جريمة ومرتباً على ذلك الفعل عقوبة

---

[١] نقض١٤ يونيه سنة١٩٧٦،مجموعة أحكام محكمة النقض، س٢٧ رقم١٤٤،ص٦٤٥، مشار إليه لدى مجدي محب حافظ: جرائم الشيك، عام٢٠٠٢م، ص٢٢٦.

[٢] رضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص٨.

[٣] ساهر ابراهيم الوليد: شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، ج١، ط١، ١٤٣٣ه-٢٠١٢م، ص٢٣٧.

[٤] رضا السيد عبدالحميد: المرجع السابق، ص٩.

[٥] سميحة القليوبي: الأسس القانونية للتحكيم، بند٢٨، ص٧٢-٧٣، ومشار اليه لدى راجح أبو مصبح: المرجع السابق، ص٢٦.

[٦] وفقا لنص المادة ٤ من قانون التحكيم الفلسطيني

جنائية بهدف توفير الحماية للشيك نظراً لأهميته بالحياة العملية، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل اتفاق التحكيم الناتج عن منازعات الشيكات يغلق باب اللجوء للطريق الجنائي برفع جنحة شيك بدون رصيد؟؟؟

في الواقع إن هذه المسألة لم تُثَر إلا بعد صدور قانون التجارة الجديد رقم٢ لسنة٢٠١٤، والذي أجاز التصالح بالشيك، –حيث إن كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، وهذا ما ذكرناه سابقاً وفقاً لنص المادة (٢/٤) من قانون التحكيم الفلسطيني[١]، وحيث إن هذا الوضع لم يكن قائماً قبل صدور هذا القانون، وبالتالي لم يكن للسؤال المطروح أعلاه محلاً، ولكن مع صدور قانون التجارة الجديد فقد نصت المادة(٤/٥٦٦) من قانون التجارة الفلسطيني[٢] على أنه: "وللمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صدور الحكم".

إن مؤدى هذا النص أن مشرعنا في قانون التجارة أجاز التصالح في الشيك أمام المحكمة في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، والنتيجة المترتبة على هذا التصالح لها أثر مهم جداً حول المشكلة المثارة لدينا وهو أن التصالح يؤدي لانقضاء الدعوى الجنائية[٣]، بل وأكثر من ذلك أن التصالح وفقاً لنص المادة المذكورة أعلاه يؤدي لوقف تنفيذ العقوبة حتى ولو بعد صدور الحكم، فهذه النتائج المترتبة على التصالح التي يحدثها بشأن الدعوى الجزائية أو حتى بشأن تنفيذ العقوبة التي تصدر فيه، هو ما دعانا للبحث ولمناقشة موضوع اتفاق التحكيم الناتج عن منازعات الشيك، وإمكانية اللجوء للقضاء الجنائي من عدمه.[٤]

وبالتالي فإنه يجب علينا أن ننظر لمسألة التحكيم في المسائل الجنائية الخاصة في الشيك بشكل مختلف، ونوضح ذلك من خلال الوقوف أمام عدة اتجاهات فقهية، وذلك على النحو التالي[٥]:

_ الاتجاه الأول:[٦]

حيث يرى أن الأثر المترتب على التصالح استنادا لأحكام المادة (٥٣٤) من القانون المصري، يؤدي لانقضاء الدعوى الجنائية، ويؤدى كذلك لوقف تنفيذ العقوبة حتى ولو أصبح الحكم باتاً، وعليه فإنه ووفقاً

---

[١] ويقابله نص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري.

[٢] وكذلك يقابله نص المادة ٤/٥٣٤ من قانون التجارة المصري الجديد رقم١٧ لسنة١٩٩٩ حيث ينص على " وللمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في هذه المادة أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال وفي أية حالة كانت عليها الدعوى إثبات صلحه مع المتهم. ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر وتأمر النيابة العامة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً".

[٣] هشام فضلي: الشيك في قانون التجارة الجديد،ط١، دار النهضة العربية، عام٢٠٠٠م، ص٢٢٥-٢٢٦.

[٤] رضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص١٠.

[٥] راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٢٨وما بعدها.

[٦] هو رأي رضا السيد عبد الحميد: التحكيم في الشيك(مرجع سابق)، ص٨.

للقاعدة القانونية في قانون التحكيم أن كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم، فإن التحكيم جائز في المسائل الجنائية الناشئة عن عدم الوفاء بالشيك نظراً لأن الصلح بشأن الشيك جائز.

ويضيف أن طبيعة الحق محل مباشرة الدعوى الجنائية هو حق خاص بالمستفيد وعليه يستطيع التصالح بشأنه، وما يجوز التصالح فيه جاز فيه التحكيم، وقال إن هذه القاعدة لا يتم سريانها فقط على التحكيم في الشيك بل إنما تسري على كل جريمة يجوز أن يتم التصالح بشأنها هذا السبب يرجع لكون التصالح حولها إلى حق خاص محض، وحيثما أجاز المشرع التصالح بالشيك وفي أي حالة كانت عليها الدعوى فإنه يترتب على ذلك أن الاتفاق على التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن الشيك يؤدي إلى غلق الطريق أمام القضاء الجنائي، وعليه لا يجوز للمجني عليه، وهو المستفيد من الشيك، أن يقيم جنحة شيك بدون رصيد سواء بالادعاء المباشر أو عن طريق النيابة العامة.

ويرى أيضاً أن قفل الطريق الجنائي بصدد اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير الدعوى المنظورة أمام هيئة التحكيم، بمعنى أنه لو قضى في هذه الدعوى بأحقية المستفيد من الشيك فإنه لا يجوز بموجب هذا الحكم اللجوء إلى الطريق الجنائي، وذلك استناداً لاتفاق التحكيم الذي يترتب عليه التنازل عن اللجوء إلى القضاء واللجوء إلى التحكيم.[1]

ولا نرى الدقة في هذا الرأي، حيث إنه خلط بين التصالح والتحكيم، فليس كل ما يجوز التصالح فيه يجوز التحكيم فيه، وأن التصالح في الحق الشخصي الذي ذكره يؤدي لانقضاء الحق العام.

وفي عبارته الأخيرة كان القول غير سليم حيث إنه أسندها للتحكيم، وهذا غير سديد بل فقط التصالح وليس التحكيم، لأن التحكيم في الجزائي يتعلق بالنظام العام، وهذا لا يجوز.

وقد أيد البعض الاتجاه السابق :[2]

استناداً إلى أن هدف المشرع من المادة (٤/٥٣٤) من القانون التجاري المصري هو حصول المجني عليه على حقه في قيمة الشيك سواء أكان ذلك قضاء أم صلحاً، وطالما أن الأطراف ارتضوا التحكيم فلا يوجد هناك ما يمنع من تحقيق هذا الهدف طريق التحكيم حيث إن جميع الطرق ستؤدي إلى نفس الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه هذا من خلال إجازة الصلح في جرائم الشيك، ويرى كذلك أن المشرع جعل الحق في جريمة الشيك حقاً خاصاً تاركاً الأمر لإرادة أطراف العلاقة في اختيار الطريق الذي يبتغونه ويرونه مناسباً لفض نزاعاتهم من خلاله.[3]

---

[1] رضا السيد: المرجع السابق، ص١٠وما بعدها

[2] وقد أيده وجاء ينادي به محمد صالح العوادي: التحكيم في المعاملات المصرفية(مرجع سابق)، ص٢٥١.

[3] محمد صالح العوادي: المرجع السابق: ص٢٥١.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه: جعل الحق في جريمة الشيك حقاً خاصاً، هذا غير صحيح، حيث إنه ليس خاصاً لكنه جعل التصالح له أثر على الحق العام.

ويذهب في تأييد الاتجاه السابق فريق آخر[1] ويؤكد عليه بأن:

التحكيم جائز في مسائل الشيك جوازه في ذلك جواز أي تعاقد آخر، لأن إصدار الشيك وتظهيره يقومان على تصرف عقدي، والصلح جائز فيه، وتتبع في التحكيم إجراءات القانون رقم ٢٧ لسنة١٩٩٤ بشأن التحكيم دون الإجراءات المنصوص عليها في قانون الشيك من حيث أن الرضا بشرط التحكيم يسقط الإجراءات الخاصة بتجريم الشيك، والامتناع عن وفائه، والحصول على عمل الاحتجاج لدى البنك، وغير ذلك مما نصت عليه المادة (٥١٨) من قانون التجارة المصري.[2]

نجيبهم بأن الرضا بشرط التحكيم يسقط الإجراءات الخاصة بتجريم الشيك بالصلح فقط.

_ الاتجاه الثاني:[3]

يرى البعض أنه من الأمور المسلم بها في مجال التحكيم أنه لا يجوز التحكيم إلا في الحالات التي يجوز الصلح فيها، وعليه لا يجوز التحكيم في المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها، وذلك استناداً إلى نصوص التشريعات ذات العلاقة، ومنها: القانون المصري بموجب حكم المادة (١١) من قانون التحكيم المصري والتي تقضي بأنه ".....ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وترى بأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، والتي تكون متعلقة بالنظام العام "الجرائم"، وعليه لا يجوز فيها التحكيم، في حين يجوز التحكيم في شأن التعويض الذي ينشا عن ارتكاب هذه الجرائم لصالح المجني عليه.

هذا ويضيف بأن النتيجة المترتبة على هذه الأسس هي عدم جواز الاتفاق على التحكيم للإعفاء من جريمة إصدار شيك بدون رصيد في حق الساحب، أو لنظر الشق الجنائي بطريق التحكيم لتعلق ذلك بالنظام العام.

وكذلك ترى بأن المشرع المصري، ووفقاً لقانون التجارة رقم١٧ لسنة١٩٩٩، قد استحدث حكماً للتصالح في جريمة إصدار شيك بدون رصيد وفقاً للمادة (٤/٥٣٤) من قانون التجارة المصري[4] بل وأجاز إثبات هذا التصالح مع المتهم في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، بل ولو تم التصالح أثناء تنفيذ العقوبة ولو بعد صيرورة الحكم باتاً، أي غير قابل لأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية.

---

[1] رأي جمال الدين عوض، والمشار إليه لدى راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٢٩.
[2] راجح أبو مصبح: المرجع السابق، ص٢٩.
[3] سميحة القليوبي: ص٧٠وما بعدها، ومشار اليه لدى راجح أبو مصبح: المرجع السابق، ص٢٩وما بعدها
[4] والتي تقابل نص المادة (٤/٥٦٦) من قانون التجارة الفلسطيني.

ويرى أيضاً بأن المشرع اعتبر جريمة إصدار شيك بدون رصيد وباقي جرائم الشيك المشار إليها بالمادة (٥٣٤) تتعلق بمصالح المستفيد من الشيك بصفة أساسية، ثم تعلقها بالنظام العام كإحدى الجرائم التي ينظمها المشرع لحماية المجتمع، وعليه فإن المشرع يرى أن تصالح الدائن (المدعي بالحق المدني) مع مدينه يكفي لاعتبار الدعوى كأن لم تكن، واعتبار حق المجتمع في الدعوى الجنائية قد زال لزوال سببه.

لكل ذلك فإن الاتفاق بالتحكيم على حل المنازعات التي تنشأ عن الشيك تصلح لأن تكون محلاً لهذا الاتفاق، بمعنى أنه يتم حل النزاع ودياً بطريق التحكيم بين كل من الساحب والمستفيد ويترتب على صدور حكم تحكيمي بالتصالح بين طرفي التحكيم بأي صورة يرتضيانها يكون حكماً صحيحاً واجب النفاذ، ومن نتائج هذا الحكم أنه ليس من الممكن طرح النزاع أمام المحاكم الجنائية عن طريق اتهام المدين بقيمة الشيك بارتكاب جريمة إصدار شيك بدون رصيد، وهذا الاتفاق بالتحكيم في منازعات الشيك له نفس الأثر حتى ولو لم يصدر بعد حكم تحكيمي، وهذا بشرط أن يحدد باتفاق التحكيم الشيك محل النزاع تحديداً نافياً للجهالة بحيث يضم الاتفاق رقم حساب العميل الثابت بالشيك، واسم البنك المسحوب عليه، وأي بيان آخر يفيد في تحديد الشيك أو الشيكات محل اتفاق التحكيم.

ولا يجوز للدائن بقيمة الشيك الالتجاء إلى الدعوى الجنائية رغم عدم صدور حكم تحكيمي في نزاعات الشيك أو الشيكات محل اتفاق التحكيم على سند تنازله تنازلاً صريحاً بتحديد طريق التحكيم لفض منازعات الشيك المحدد تفصيلاً باتفاق التحكيم، ولا يعتبر ذلك اعتداء على حق المجتمع المتعلق بالنظام العام، حيث إن فكرة النظام العام في مثل هذه الجرائم التي سمح فيها المشرع بالتصالح واعتبار الدعوى الجنائية كأن لم تكن نتيجة التصالح على اعتبار أن هذه الجرائم تمس بالدرجة الأولى مصلحة الدائنين وأنه متى استوفى الدائن حقه وتم التصالح بينه وبين مدينه فلا حاجة لإقامة الدعوى الجنائية، أو السير فيها إذا بدأت[١].

ونأخذ على هذا الاتجاه بالقول بأن أصحاب هذا الرأي أجازوا التحكيم في جريمة الشيك، وهذا لا يجوز أصلاً في التحكيم، وكذلك أنه ليس للتحكيم أثر على التجريم إلا بعد التصالح.

_ الاتجاه الثالث:[٢]

يرى أنه بالعودة لنص المادة (٤/٥٣٤) تجارة مصري، والمادة (٤/٥٦٦) تجارة فلسطيني، فإن المشرع قد أجاز الصلح في جرائم الشيك المنصوص عليها، مما يعني أن المشرع قد جعل الحق في جرائم الشيك حقاً خاصاً يجوز التصالح بشأنها، وعليه لا تُعد جرائم الشيك من النظام العام التي لا يجوز مخالفتها، ويضيف أنه لو افترضنا أن هدف المشرع من التحكيم يقتصر على الدعوى المدنية لما تحقق الهدف المنشود من إجازة التحكيم في جرائم الشيك.

---

[١] محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر بجلسة ٢٣يناير في القضية رقم ١٨/٨٨ق، ومشار إليه لدى سميحة القليوبي: الأسس القانونية للتحكيم، ص٧٧.

[٢] ومن نادى به راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٣.

حيث يرى صاحب هذا الرأي أن الاتجاه الذي يرى أن اتفاق التحكيم يغلق الطريق الجنائي، وذلك استناداً للقاعدة القانونية وأن كل ما يجوز الصلح فيه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى أيضاً يغلق الطريق الجنائي، وقال بأن المشرع التجاري ذهب لأبعد من ذلك حيث رتب على التصالح وقف تنفيذ العقوبة الجنائية.

ويضيف صاحب هذا الرأي إلى القول بأن الأمر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته، أمر مردود عليه، ويبرر ذلك بأن فكرة النظام العام فكرة متغيرة من وقت لآخر، وأنه لم يعد مسلم به بأن كل قاعدة آمرة تُعد من النظام العام ولا يجوز مخالفتها ويدلل على ذلك من صراحة النص الذي أجاز التصالح في جرائم الشيكات، وفي هذا الاتجاه سمحت سلطة النقد الفلسطينية بما يسمى بالتسوية الرضائية.

ويذهب إلى القول بأن المشرع التجاري يرى أن مصلحة المجني عليه قد تكون متحققة بالصلح بصورة أسرع وأفضل من تحققها في معاقبة الجاني، فضلاً عن عدم تأثر العدالة والمجتمع من هذا الصلح، وأن الصلح في الجرائم هو نظام قديم حديث سارت عليه القبائل العربية، فقد كانت ومازالت شيوخ القبائل العربية تجتمع لإبرام اتفاقات الصلح في الجرائم ومنها جرائم القتل.

هذا الاتجاه أيضاً منتقد حيث إن الجرائم من النظام العام، ولا يجوز التحكيم في مسائل النظام العام.

وإن التصالح لا يعني عدم تعلق الجريمة بالنظام العام لأن أثره في الانقضاء لا في التحريك.

_ الاتجاه الرابع:[1]

يرى صاحب هذا الاتجاه بأن شرط التحكيم لا يغلق الطريق الجنائي أمام المستفيد، وبالتالي فإذا قامت النيابة العامة بمباشرة التحقيق مع ساحب الشيك الذي لا يتوافر له رصيد، وقامت بإحالته للمحاكمة الجنائية، أو إذا قام المستفيد بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر فعليه الدفع بعدم قبول الدعوى هذا استنادا لوجود شرط التحكيم.

كما ويرى أن المسائل الجنائية لا يتوافر فيها شرط القابلية للتسوية عن طريق التحكيم، وينحصر دور هذا الشرط في منع الحامل من طلب استصدار أمر الأداء، أو رفع الدعوى المدنية للمطالبة بقيمة الشيك، ففي مثل هذه الحالة يكون على من يتم الرجوع عليه من الملتزمين أن يدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، وعليه يحق له ذلك إذا تم رفع دعوى تعويض عن الأضرار التي ترتبت على الجريمة هذا إذا تم صدور حكم بالإدانة لأن المسائل المالية المرتبطة بها بخلاف المسائل الجنائية، حيث يجوز فيها التحكيم وفقاً لنص المادة(١١) تحكيم مصري[2] بقولها: "....ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"،

---

[1] ونادى به محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٣٢.

[2] تقابلها المادة ٤ من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة ٢٠٣ تحكيم إماراتي، والمادة ٥٠٧ أصول محاكمات مدنية سوري، والمادة (٧٦٢و٧٦٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد اللبناني، والمادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي، والمادة (٣/١٣٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، والمادة (٥) من القانون اليمني الجريدة الرسمية، عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم في البلاد العربية، ج١، ص٥٥-١١٠٩.

وتنص المادة (٥٥١) مدني مصري[١] على: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب احدى الجرائم" فالمادة الأولى حددت نطاق التحكيم، حيث أجازت التحكيم في المسائل التي يجوز الصلح فيها، أما المادة الثانية فإنها أجازت الصلح في المصالح المالية التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم.

ويذهب إلى القول بأن المشرع لا يسمح بصلح يمنع تحريك الدعوى الجنائية، وإذا تحقق ذلك يمنع المستفيد من أن يطالب بحقوقه المدنية، بحيث يحق للمدين أن يقوم بالدفع بالصلح، أما في حال قيام المستفيد بإبلاغ النيابة العامة أو قيامه بتحريك الدعوى الجنائية عن طريق الادعاء المباشر، فإن التصالح في هذه الحالة، وفقاً لما يراه، لا يرفع التجريم عن أفعال ساحب الشيك، ولكنه يؤدي إلى انقضاء الدعوى الجنائية، وانقضاء الدعوى الجنائية لا يعني إباحة الفعل حتى نستطيع القول بأن التحكيم جائز في جرائم الشيك، هذا لأن الصلح أصبح جائزاً، فالصلح لا ينصب على المسائل الجنائية إلا أن المشرع رتب على الصلح بخصوص الحقوق المدنية إنهاء الملاحقة الجنائية، وعليه لا يمكن القول بأن إدراج شرط التحكيم في منازعات الشيكات في عقد التحكيم يمنع المستفيد من القيام بتحريك الدعوى الجنائية بالادعاء المباشر، وبواسطة إبلاغ النيابة العامة، ويقتصر أثر التحكيم على منع اتخاذ الإجراءات القضائية أمام القضاء المدني.[٢]

ـ رأي الباحثة:

نؤيد كل ما جاء به الرأي السابق جملة وتفصيلاً.

وننوه بالذكر في هذا الخصوص إلى مسائل عملية غاية في الأهمية يجب الانتباه لها ألا وهي:

١- ذكر الشيكات بأرقامها وقيمها ضمن العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، لأن ذكر أرقام هذه الشيكات وقيمها في العقد المتضمن شرط التحكيم يخضع منازعتها جملة واحدة إلى التحكيم بعيداً عن القضاء المدني، وعليه سيكون هذا منصب في مصلحة الساحب المباشرة في ضمان العقد لتلك الشيكات، لكل ما سبق فإن الحرص مفروض في مثل هذه الحالة سواء كان حرصاً من جانب المستفيد أو من جانب الساحب.

٢- مدى تأثير ذكر الشيكات ضمن العقد الوارد فيه شرط التحكيم على مبدأ استقلال الشيك عن علاقة الأساس الذي صدر بمناسبتها، حيث من المعروف لدينا أن الالتزام الوارد في الشيك هو التزام مجرد عن سببه، وأن الشيك ورقة مستقلة بذاتها عن علاقة الأساس التي صدرت بمناسبتها، ولكن السؤال الجوهري هنا هو: في حال وضعت تلك الشيكات ضمن العقد بأرقامها وقيمها، وتم الاتفاق في هذا العقد على أن تكون هذه الشيكات ومنازعاتها خاضعة للتحكيم، فهل من شأن هذا فقدان الشيك لمبدأ استقلاله عن علاقة الأساس

[١] تقابلها المادة ٥٢٩ من القانون المدني الفلسطيني.
[٢] راجح أبو مصبح: المرجع السابق، ص٣٢-٣٣.

التي صدرت بمناسبتها؟؟؟ أي أن ورود شرط التحكيم في العقد وتضمين العقد لهذه الشيكات يعني اتفاق الأطراف على الربط بين علاقة الأساس وهي العقد وبين الشيك؟؟؟

وللإجابة عن السابق نقول أن الاتفاق من قبل الأطراف على وضع الشيكات بالعقد، وأن يتفقوا بشأنها على التحكيم، هذا يعني اتفاقهم على جعل الالتزام الوارد في الشيك مسبباً وليس مجرداً عن سببه بسبب تنازل المستفيد عن حقه الذي منحه إياه القانون، مع العلم أن مبدأ تجرد الالتزام الوارد في الشيك عن سببه (انفصال التصرف عن سببه) سلم به القانون بأن كل التزام يجب أن يكون له سبب مشروع، وأن القانون فصل بين الالتزام وسببه، بمعنى أنه يجب الاعتداد بالتعبير اللفظي الوارد في الورقة دون أن يلقي بالاً إلى السبب القانوني الذي أدى إلى صدور هذا التعبير، وإذا كانت تلك هي القاعدة في الأوراق التجارية –وعلى وجه الخصوص في موضوعنا هذا الشيكات– والتي يتفرع عنها أنه لا يجوز للمدين الصرفي أن يدفع في مواجهة الدائن الصرفي بدفوع سببية أي مشتقة بسبب الالتزام الصرفي، حيث إن القانون ومع تسليمه بأن لكل التزام سبباً إلا أنه يفصل ما بين الالتزام الصرفي وسببه، حيث إنه لا يجوز للمدين الصرفي أن يدفع بدفوع مشتقة من السبب في مواجهة الدائن الصرفي، هذا مع وجوب الأخذ بالاعتبار أن السبب بالالتزامات الصرفية يقصد به العقد الأصلي، أو العلاقة الأصلية التي حررت الورقة التجارية بمناسبتها[1]، وان مبدأ تجرد الالتزام الوارد في الشيك عن سببه، ومبدأ استقلال الشيك عن الأساس الذي صدر بمناسبته إنما هي مبادئ تقررت لصالح المستفيد من الشيك حتى يكون الشيك أداة وفاء، وعليه فإن تنازل هذا المستفيد عن هذا الحق الخالص له ووافق على أن يدرج هذه الشيكات، بالعقد وضمَّنه شرط التحكيم فإنه بهذا يكون تنازل عن حقه الذي كفله له القانون ومنحه اياه. [2]

المطلب الثالث

مزايا التحكيم في الشيك

إذا ما رجعنا إلى الإحصائيات المعدة من مؤسسات التحكيم الدولية، فإنه يظهر لنا ازدياد مؤشر ونسبة النزاعات التجارية الدولية التي عرضت ومازالت تعرض على الهيئات التحكيمية، كذلك من الممكن لأي مهتم بمثل هذه الأمور التجارية أن يلاحظ ازدياد اختيار الأطراف المتعاقدة لحل أي نزاع مستقبلي بينهم عن طريق التحكيم، وفي ظل الخلافات التي تتعلق بالأمور المصرفية المتعلقة في الشيكات يمكن تفسير اللجوء المتزايد للتحكيم في الشيك ببعض المزايا التي يجد رجال الأعمال فيها غايتهم بالوصول إلى حل النزاع بعيدا عن تعقيدات ومتاهات القضاء الوطني، حيث يساعد التحكيم في الشيكات على سرعة الإنجاز، وحسم النزاع بما يتوافق وطبيعة البيئة المصرفية، فالإقبال عليه بكثرة ويتم اللجوء إليه بسبب التطور الكبير في العلاقات التجارية الدولية، والتي أدت لتنظيم الاستثمار الداخلي والأجنبي من خلال التشريعات الوطنية والاتفاقات

[1] مصطفى كمال طه: القانون التجاري (الأوراق التجارية والافلاس)، ط١٩٨٨م، ص ٢٧.
[2] رضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق، ص١٤-١٥.

الدولية، واعتراف دول العالم كافة به هو ما يؤكد ذلك الإقبال الشديد من المتعاملين بالتجارة الدولية في حسم خلافاتهم عن طريقه[١]، وإن واقع الأمر لدينا يجعلنا نقف أمام حقيقة لا بد من الامتثال لها والوقوف أمامها، وهي أن التحكيم في الشيك يعد الوسيلة الأمثل لفض المنازعات المصرفية والتي من بينها الشيكات لما يحققه من مزايا متعددة، فللتحكيم في الشيك من المزايا ما يلي:

١- تحقيق التنمية وتشجيع الاستثمار:

فمن أهم مزاياه أنه عمل على تحقيق التنمية في الدول النامية، ومنها الدول العربية من خلال تشجيع المستثمرين الأجانب على عدم الخوف من الاستثمار، والوقوع تحت رحمة قضاء الدول النامية، والخشية من تحيزه، كما أنه يعزز المصداقية في المعاملات التجارية ويحفز المستثمرين، بل ويعتبر من أهم دعائم الإصلاح القضائي والاستثماري للتفاعل مع مقتضيات التجارة الدولية[٢]، فالمستثمرون يخافون من ميل القاضي إلى تفهم وجهة نظر دولته ومواطنيه منه لوجهة نظر المستثمر، كما يشعر المستثمر الأجنبي أن قوته التفاوضية تتناقص لمجرد دخول رأس المال في البلد الأجنبي، وأياً ما كان الأمر، فإن المستثمر الأجنبي يهمه الشعور بالطمأنينة عند حل النزاع القائم لديه، ولظهور التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وما تحتويه قواعده من حرية وإعلاء لسلطان إرادة أطرافه، فقد كان نصب أعين المستثمرين عند القدوم على الاستثمار خارج دولة الأصل الدول التي تتبنى قوانين خاصة للتحكيم لفض المنازعات ليصبح التحكيم في الشيك أحد أهم وسائل جذب الاستثمارات الأجنبية داخل الدول، ومن ثم النمو والتطور الاقتصادي لدى الدولة المضيفة مؤسسات وأفراداً.[٣]

٢- السرية:

حيث إن إجراءات التحكيم فيه والمرافعات بعيدة كل البعد عن العلانية التي تلازم القضاء العادي، وبهذه السرية يستطيع رجال الأعمال ومصدرو الشيكات المتنازع عليها من إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي عن الجمهور[٤]، فالتحكيم في الشيك يحرص على أن يتم حل المنازعات بأقل قدر ممكن من العلانية والنشر، بحيث تتم الإجراءات بأضيق نطاق من حيث الأشخاص المشتركين فيها، وفي احتواء النزاع في أبعاد لا تؤثر على سمعة الأطراف وإمكان استمرارية معاملاتهم المستقبلية، وهذا كله يظل بمنأى عن ما يجري لدى الخصومة القضائية[٥]، فالعمليات المصرفية وخاصة الشيكات تقوم دائماً على السرية التامة حفاظاً على أسرار العملاء أولاً، وأسرار البنوك ثانياً[٦]، فسرية الإجراءات التحكيمية في الشيكات فيما بين الأطراف تؤدي

---

[١] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص١١-١٢.
[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن(مرجع سابق، ص١٧.
[٣] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: اتفاق التحكيم كأثر مانع لقضاء الدولة، عام٢٠٠٨م، ص٢١.
[٤] موسى خليل متري: بحث قانوني ودراسة عن التحكيم في العمليات المصرفية ومنشور عبر الموقع الالكتروني التالي See more at: http://www.mohamad.net/answer/٢٣٧٨٦، وأيسر عصام داؤد سليمان: المرجع السابق، ص١٣.
[٥] أشرف عبد العليم الرفاعي: مرجع سابق، ص٢ وما بعدها.
[٦] محمد صالح العوادي: مرجع سابق، ص٦٢.

لشعورهم بالرضا والاطمئنان من قبل الطرفين، هذا على خلاف القضاء[١]، والذي تحيطه العلانية كضمانة من ضمانات العدالة إلا أن هذه الضمانة الأخيرة لا تتماشى مع طبيعة المنازعات التجارية، والتي تتطلب السرية في معاملاتها التجارية والصناعية وكل ما يعقدونه من اتفاقات، كل هذه حرصاً على استمرار معاملاتهم مستقبلاً أياً كانت نتيجة النزاع الذي اقتضى عرضه على التحكيم[٢]، والجدير بالذكر أن المشرع المصري نص صراحة على التأكيد على مبدأ السرية في المادة (٢/٤٤)، والتي تقضي بأنه لا يجوز نشر حكم التحكيم أو جزء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم[٣]، فكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة الحق الذي يناضل من أجله في الدعوى.[٤]

٣- عدالة مرضية للجميع وحلول مميزة:

التحكيم في الشيك عدالة متكيفة مع البيئة المصرفية وأعرافها، فهو ليس عدالة استثنائية بل إنه قد فرض نفسه على أنه عدالة الأعمال، وخصوصاً في الحقل الدولي، حين أصبح هو العدالة الحصرية؛ لأنه ليس هناك من يرغب في أن يجد نفسه أمام عدالة بلد أخر[٥]، فالتحكيم في الوقت الحاضر أصبح عدالة خاصة من نوع آخر حيث يتلاءم مع مقتضيات العصر، وعلاقاته المتشابكة والمتطورة بين الأفراد والدول، والتقدم العلمي والتكنولوجي الواسع في مختلف المجالات، فمثل هذه المتغيرات وتطورات التجارة والصناعة والتعامل فيها كشفت للقائمين عليها أن النصوص القديمة التي تتعلق بمنازعات الشيكات لم تعد تتلاءم مع متطلبات هذا العصر، وأنه لابد من إيجاد توسع في الفكر القانوني ينسجم مع مثل هذه المنازعات المستجدة، وعليه يأخذ التحكيم في ذلك دور عدالة جديدة ومتلائمة تتناسب مع هذه المتغيرات، كما يجد القائمون على هذه الأعمال طريقة أفضل لتلافي كثرة الإشكالات، وتجنب كثير من العيوب التي يحتمها الالتجاء إلى القضاء العادي، والمتمثلة في بطء إجراءات الدعوى، وإطالة أمد التقاضي[٦]، فإذا كان القضاة في المحاكم العادية مكبلين ومقيدين بالقانون، وملتزمين بمراعاة نصوصه وقواعده بحيث إذا جاء حكمهم مخالفاً للنص فيتوجب نقضه، وإن كان محققاً لمصالح أحد الخصوم في الدعوى، فمثل هذه العدالة الجامدة قد لا يرضى بها الخصوم مفضلين نوعاً من العدالة المرنة والمرضية للجميع والمتمثلة بالتحكيم في الشيك، ونظراً لما يتمتع به التحكيم في الشيك بما يسمى بالعدالة المرنة، والتي تعد ضابطاً مهماً في أمور التجارة فهي العدالة التي تأخذ من أحد أطراف العلاقات الاقتصادية، وتعطيه في ذات الوقت، كما أنها تأخذ من الطرف الآخر أيضاً وتعطيه، فإذا كان التحكيم بهذا يحافظ على الروابط الاجتماعية فإنه يحافظ على الروابط الاقتصادية أيضاً [٧]،

---

[١] ناصر عبدالعزيز الشرمان: مرجع سابق، ص١٢.
[٢] عمرو عيسى الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، عام٢٠٠٣م، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ص٢٣٧.
[٣] أسامة أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام١٤٢٩ه-٢٠٠٨م، ص٤٧.
[٤] محمد حلمي زيدان: مرجع سابق، ص٢٢.
[٥] محمد صالح العوادي: مرجع سابق، ص٤٩-٥٠.
[٦] ناصر محمد عبد العزيز الشرمان: المرجع السابق، ص١١.
[٧] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: المرجع السابق، ص٢٣.

فنظام التحكيم في الشيك يحقق الحلول المرضية والمتلائمة مع معاملات وعقود التجارة الدولية عن طريق إرساء بعض العادات أو القواعد التي لا مثيل لها في الأنظمة القانونية الوضعية[١]، وبخلاف الحل الذي يصدره القاضي، فالحل الذي يصدر عن المحكمين يحقق الرضا لأطراف العلاقة، وهذا دون تعكير صفو العلاقات فيما بينهم، فدوره يمزج بين إحقاق الحق والدور التوفيقي، فعندما ينظر إلى النزاع ينظره بروح العدالة والإنصاف بعيداً عن التطبيق الجامد لنصوص القانون، كما أنه يوفق بين المصالح المتعارضة، وهذا بهدف استمرار العلاقة بين الخصوم بعد ذلك النزاع أكثر من اهتمامه بالتطبيق الصارم للقانون[٢].

٤- المرونة والحرية:

فالمرونة في إجراءات التحكيم في الشيك هي من الميزات الأساسية له حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم، والتي قد تبدو لهم أكثر ملاءمة لنزاعهم، وبهذا يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات الملزمة التطبيق في القضاء الوطني، كما يمكن للأطراف أن يعفوا المحكمين من أية أصول وإجراءات خلال العملية التحكيمية[٣]، فهو أيضاً يعطي لأطراف العلاقة قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين الذين ينظرون النزاع، والذين سيتولون حسمه، بدلاً من تولي القضاء هذه المهمة والذي يستمد سلطته فيها من سلطة الدولة العامة[٤]، ومن المعلوم بأنه من الصعوبات في منازعات التجارة الدولية مسألة القانون الواجب التطبيق نظراً لاختلاف بلدان المتنازعين دولياً، ولتفادي مثل هذه المسألة يلجأ الأفراد للتحكيم لما يتميز به من حرية اختيار القانون واجب التطبيق، واختيار المحكم ومكان التحكيم وإجراءاته[٥]، هذا يجعلهم يثقون ويطمئنون للحكم الذي سيصدره هؤلاء المحكمون الذين اختاروهم، وبالتالي سيرتضون قرارهم، وبالتالي فإن سقف الحرية الكبير الذي يمنح لأطراف النزاع ويمدهم بالاطمئنان وبالثقة الكبرى باختيارهم[٦].

٥- الخبرة والاختصاص وحيادية المحكمين:

هذه الصفة هي ميزة إضافية للتحكيم في الشيك، فعند اختيار الأطراف للمحكمين يضعون نصب أعينهم صفات فنية وخبرة في الأمور المصرفية والمالية تتوافر في شخص المحكم، هذا بخلاف القضاء الذي قد يكون بحاجة إليها القاضي في الأمور المصرفية المتعلقة في الشيكات المعقدة والدقيقة إلى تقرير خبير مختص في موضوع النزاع، والأخير يقوم بدوره بتقديم تقرير للقاضي موضحاً فيه وجهة نظره بشأن الدعوى، ومن غير المحتمل أن يكون لأطراف النزاع أي حق في إبداء الرأي في هوية الخبير المعين من قبل

---

[١] أيسر عصام داؤد سليمان: المرجع السابق، ص١٤.
[٢] محمد صالح علي العوادي: المرجع السابق، ص٦٦.
[٣] موسى خليل متري: المرجع السابق، ص١٥.
[٤] خالد عبدالعظيم أبو غابة: التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر العربي، الاسكندرية، عام ٢٠١١، ص٨، وناصر محمد عبدالعزيز الشرمان: المرجع السابق، ص٩.
[٥] محمد حلمي عبد الحميد زيدان: المرجع السابق، ص١٧، وأيسر عصام داؤد سليمان: المرجع السابق، ص١٣.
[٦] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام١٤٣١ه-٢٠١٠م، ص١٦، ومحمد صالح علي العوادي: المرجع السابق، ص٦٤.

المحكمة، وعلاوة على كل هذا فإن الإجراء المشار إليه يمكن أن يتبعه تأخير كبير، فالقضاة يتسمون بالعمومية، وليس لهم الخبرة الخاصة لحل النزاعات كافة كالمحكم، والذي قد يكون طبيباً أو فنياً أو خبيراً مختصاً في مجال معين بالذات، فهذا كله يستلزم الاستعانة بمثل هؤلاء الخبراء المختصين، وبالتالي يؤدي لإطالة أمد النزاع.[١]

فالعمليات المصرفية المتعلقة بالشيكات تحكمها علاقات تستند إلى أعراف وقواعد مهنية مشتركة ومستقرة، هذا الأمر الذي يجعل المحكم الخبير على قدرة عالية من الاستيعاب عن القاضي، لما له من خبرة فنية كخبير قبل أن يكون محكماً، فبحكم ممارسته وتواصله بالتطورات والمسائل التي تكون متعلقة بموضوع النزاع يكون لديه اطلاع كامل بمثل هذه العمليات، والتي تتنوع وتتجدد من نزاع لآخر فإنه لا يستطيع مواكبتها إلا قلة من المتخصصين، هذا كله يمكنهم من القدرة على التصدي لموضوع النزاع وبالتالي منع إطالة أمده، فهنا يبرز دور المحكم بخلاف القاضي، فلا يلزم أن يكون رجل قانون بل يكفيه أن تكون لديه الخبرة في مجال النشاط الذي يتعلق بالنزاع، مما يجعله مؤهلاً لفهم وإدراك طبيعة النزاع، وبالتالي يؤدي إلى السرعة في حسم النزاع[٢]، والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية، وبالتالي يمكن للأطراف أن يقوموا باختيار محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة، أو أن يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيئة دولية مستقلة، وعلى الرغم من ذلك فلا يمكننا التسليم بمعيار الحيادية وحده، وإنما يشاركه في ذلك معيار الخبرة والذي له حيز كبير في اختياره[٣].

أيضاً أن حرية أطراف العلاقة لا تقف عند حد اختيار المحكم، إنما تمتد لتشمل اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات المتبعة وموضوع النزاع، وعليه فإن اختيار القانون الواجب التطبيق قد يفيد أطراف العلاقة (البنك والعميل) فائدة هامة إذا كانوا يعرفون الميزة الأساسية التي يسعون وراءها، فقد يكون قانوناً ما يحقق لأطراف العلاقة مزايا لا تتوافر في قانون آخر، وبالتالي هم يحرصون على تحقيق مصالحهم بشتى الطرق الممكنة.[٤]

٦- السرعة:

حيث إن ما تطلبه المسائل التجارية من سرعة المعاملات، وثقة بين التجار، ورغبة في الاستمرار في التعامل التجاري بين الأشخاص أو بين الشركات أو المؤسسات تجد لها حاجة ومبرراً للجوء إلى التحكيم[٥]، فالسرعة تُعد أحد مبررات تعاظم دور التحكيم في الشيك مقارنة بالقضاء، حيث يهدف التحكيم في الشيك إلى

---

[١] حسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق، ص١٧، وموسى خليل متري: المرجع السابق، ص١٥-١٦.
[٢] محمد صالح العوادي: المرجع السابق، ص٦٥.
[٣] موسى خليل متري: المرجع السابق، ص١٥.
[٤] عبدالوهاب خياطة: التحكيم في عالم مصرفي ومالي متغير، ورقة عمل مقدمة في التحكيم في المنازعات المصرفية والمالية، التي عقدها مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، ص٥، والمشار اليه لدى محمد صالح العوادي: المرجع السابق، ص٦٥.
[٥] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص١٦.

جعل إجراءات حل النزاع أقل رسمية وجموداً من تلك الإجراءات المتبعة في أنظمة التقاضي أمام المحاكم الوطنية، كما يحقق التحكيم في الشيك العدالة السريعة، وذلك عن طريق تبسيط إجراءات الفصل في النزاع محل التحكيم في الشيك والحكم فيه بسرعة، كما تنص أيضا مراكز التحكيم الدولية على تحديد مدة قصيرة يجب خلالها الفصل في النزاع[١]، وكذلك يحقق التحكيم في الشيك سرعة الفصل في منازعات التجارة الدولية؛ لأن الفصل في هذه المنازعات عن طريق القضاء يؤدي إلى إطالة مدة هذه المنازعات لما تتسم به إجراءات التقاضي من الحاجة إلى مدد طويلة نسبياً بسبب تعدد درجات التقاضي، وإمكانية الطعن في الأحكام وتقديم إشكالات التنفيذ، كل هذا أمام الزيادة المستمرة في عدد القضايا، الأمر الذي يبرر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التجارية حتى يتم الحصول على الحلول السريعة لمثل هذه المنازعات الأمر الذي يفتح الطريق أمام أطراف النزاع للتفرغ لأعمالهم بدلاً من المراحل الطويلة التي يستغرقها نظر هذه المنازعات أمام القضاء[٢]، فميزة السرعة ضرورية في الحياة التجارية والتي تعتمد على صفتين هامتين أولاهما: الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمال التجارية، فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين بأقل من سنة أو حتى ستة أشهر من استلامهم مهمة التحكيم، وحيث إن أغلب دول العالم بموجب قانونها الداخلي أو بموجب تصديقها على اتفاقية نيويورك لعام١٩٥٨ لتنفيذ أحكام المحكمين، تعطي هذه القرارات صفة الإلزام وتكسبها صيغة التنفيذ المباشر بسرعة كبيرة، لذلك أصبح للتحكيم التجاري الداخلي أو الدولي صفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية[٣].

٧- توفير النفقات والمصاريف:

أيضاً من مزايا التحكيم في الشيك يوفر الكثير من النفقات، وهذا بحكم قصر المدة التي يقتضيها الفصل في النزاع بدلاً من امتداده لمدة طويلة أمام درجات التقاضي المختلفة، والذي بدوره يزيد من التكاليف التي تقع على عاتق الخصوم والتي يتحملونها، وبحكم تخصص المحكمين في الشيك في القضايا التي ينظرونها مما يمكنهم الفصل فيها بنفقات أقل دون حاجة إلى تعيين الخبراء وإضاعة الوقت في انتظار تقاريرهم، وتحمل ما ينجم عن ذلك من مصاريف كبيرة، وإذا ما نظرنا إلى التحكيم دولياً يظل قليل النفقات مقارنة بالالتجاء للقضاء العام بالدولة[٤]، وبالنهاية يمكن القول بأن تكاليف التحكيم في النزاعات التي تتعلق بالاستثمارات الكبرى والمعاملات التجارية والتجارة الدولية المهمة أياً ما كانت تكاليف التحكيم فيها فهي أقل من تكاليف التقاضي العادية، فعلى سبيل المثال: ففي قضية من قضايا الإنشاءات الدولية يمكن أن يتجمد رأس المال الذي يبلغ الملايين لسنوات عديدة حتى يتم الفصل في النزاع من قبل القضاء، ومهما كانت

[١] ناصر محمد عبدالعزيز الشرمان: المرجع السابق، ص١٢، وأسامة أحمد الحواري: المرجع السابق، ص٤٧.
[٢] عمرو عيسى الفقي: المرجع السابق، ص٢٣٨، وحسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق، ص١٦.
[٣] موسى خليل متري: المرجع السابق، ص١٦.
[٤] أيسر عصام داؤد سليمان: المرجع السابق، ص١٤، وعمر عيسى الفقي: المرجع السابق، ص٢٣٨.

تكاليف التحكيم في الشيك باهظة فإن هذه الأتعاب بطبيعة الحال لا يمكن على الإطلاق أن تتجاوز ما يخسره التاجر أو المستثمر إذا ما مضت السنوات الطوال، والنزاع معلق أمام المحاكم وفي انتظار حكم القضاء النهائي.[1]

المبحث الثاني

طبيعة التحكيم في الشيك

قد يكون التحكيم في الشيكات داخلي وطني أو دولي، علاوة على أنه يقام بناءً على شرط تحكيمي أو مشارطة تحكيم لها طبيعة، ولذلك فإن تحديد طبيعة التحكيم في الشيك من خلال معرفة كونه داخلياً أم دولياً، وطبيعة اتفاقه، يعتبر من الأمور الهامة والأساسية، والتي يترتب عليها نتائج بالغة الأهمية عند التنفيذ، وسنقوم ببيان ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: التحكيم الداخلي والدولي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

المطلب الأول

التحكيم الداخلي والدولي

سنتناول بالدراسة في هذا المطلب مشكلة دولية التحكيم التجاري، ثم معياره في ظل القانون النموذجي، وذلك في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: مشكلة دولية التحكيم.

الفرع الثاني: معيار التحكيم في القانون النموذجي.

[1] ناصر عبدالعزيز الشرمان: المرجع السابق، ص١٤.

الفرع الأول

مشكلة دولية التحكيم

إن الوقوف على دولية التحكيم التجاري ليس من الأمور النظرية، بل تعد من الأمور والمسائل الأساسية التي يترتب عليها نتائج بالغة الأهمية ولاسيما في معرض تنفيذ قرارات التحكيم.

فقد كانت الفكرة الشائعة في الفقه القديم تقوم على عدم التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، كما هو الحال الآن في عدم التفرقة بين العقود الوطنية والعقود الأجنبية، وبما أن التحكيم يستند إلى إرادة الأطراف، ويعين المحكمون استناداً للإرادة المعطاة لهم، إلا أنه لا يعتبر عملاً من أعمال السلطة، وهذا يؤدي بالقول بعدم تابعية التحكيم لأي دولة.[١]

لكن الاتجاه الحديث بدأ ينادي بضرورة وأهمية التمييز بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي، لما ينطوي على هذا التمييز من نتائج مهمة عند التنفيذ، ومما لا شك فيه أن لتقسيم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي أهمية خاصة تتجلى بشكل واضح في ما يتطلبه التحكيم الدولي من مرونة أكثر من تلك المطلوبة من قبل التحكيم الداخلي.

فالتحكيم الداخلي هو[٢]: التحكيم الذي ينتمي بكل عناصره إلى موضوع النزاع، وطبيعة المنازعة، والإجراءات، وجنسية أطراف النزاع، والمحكمين، والقانون الواجب التطبيق، ومكان انعقاد التحكيم، ومكان إقامة طرفي النزاع، في دولة معينة.

ويكون أجنبياً بالنسبة للدول الأخرى[٣]، عندما يكون التحكيم أو جميع عناصره لا تنتمي إلى دولة معينة، فالتحكيم هنا غير (محلي أو داخلي)، وبمعنى آخر هو تحكيم أجنبي[٤].

ويكون التحكيم دولياً[٥]: إذا كان الخصوم ينتمون بجنسيتهم لدولة واحدة، أو لدول مختلفة، وكانت طبيعة النزاع تتعلق بمشروعات أو أموال موجودة في دولة أخرى.

---

[١] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام ١٩٩٥م، ص٩٩، ومشار اليه لدى أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٤٠-٤١.

[٢] أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص٥٣.

[٣] فؤاد محمد محمد أبو طالب: مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٤م، ص ٥٣.

[٤] كمال ابراهيم: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي القاهرة، عام ١٩٩١م، ص١٠٠، ومشار اليه لدى فؤاد محمد محمد أبو طالب: المرجع السابق، ص٥٣.

[٥] محي الدين اسماعيل علم الدين: التحكيم الدولي ومدى تناسبه لحل منازعات المصارف، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد(١٥)، نوفمبر ١٩٩٩م، ص١٩، ومشار اليه لدى فؤاد محمد محمد أبو طالب: المرجع السابق، ص٥٣.

أما التحكيم الأجنبي لا يوصف بالدولي بمجرد وجود طرف أجنبي في النزاع، ولكن يعتد بمكان التحكيم وذلك دون الأخذ بجنسية الأطراف، أو طبيعة النزاع، أما إذا جرى بالخارج فإنه يؤدي إلى وصفه بالأجنبي، وأنه غير محلي أو داخلي [١].

وقد نص قانون التحكيم الفلسطيني في المادة الثالثة منه على[٢]: " لغايات هذا القانون يكون التحكيم:

أولاً: محلياً إذا لم يتعلق بالتجارة الدولية وكان يجري في فلسطين.

ثانياً: دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة من المسائل الاقتصادية التجارية أو المدنية، وذلك في الأحوال الآتية:

١- إذا كانت المراكز الرئيسة لأطراف التحكيم تقع في دول مختلفة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الأطراف أكثر من مركز أعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً باتفاق التحكيم، أما إذا لم يكن لأحد الأطراف مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

٢- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمله اتفاق التحكيم مرتبطاً بأكثر من دولة.

٣- إذا كان المركز الرئيس لأعمال كل طرف من أطراف التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن الآتية يقع في دولة أخرى.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينته اتفاق التحكيم أو مشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو التعاقدية بين الأطراف.

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ثالثاً: أجنبياً إذا جرى خارج فلسطين.

رابعاً: خاصاً إذا لم تقم بتنظيمه مؤسسة مختصة بالتحكيم.

خامساً: مؤسسياً إذا تم من خلال مؤسسة مختصة بتنظيم التحكيم والإشراف عليه سواء كانت داخل فلسطين أو خارجها"

يتضح لنا من النص السابق أن قانون التحكيم الفلسطيني قسم التحكيم إلى أنواع خمسة، ويظهر لنا جلياً أن للتحكيم أنواعاً عديدةً وذلك بحسب الزاوية التي ينظر إليه منها، فمن حيث ارتباطه بدولة معينة ينقسم إلى: تحكيم داخلي وتحكيم خارجي وتحكيم أجنبي، ويلاحظ أن كثيراً من الكُتَّاب يجدون صعوبة في التفرقة بين

[١] محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٢٣
[٢] المادة الثالثة من قانون التحكيم الفلسطيني رقم٣ لسنة٢٠٠٠.

أجنبية التحكيم ودولية التحكيم، حيث يذهبون للقول بأن الأجنبية هي في الواقع مرادفة للدولية[١]، ونرى وبحق بأن كل تحكيم أجنبي قد يكون مرادفاً للتحكيم الدولي، حيث أن التحكيم المذكور يتعدى في إجراءاته وأثره والقانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة، ولكن ليس كل تحكيم دولي مرادفاً للتحكيم الأجنبي، وهذا لأنه قد تكون طبيعة النزاع دولية، ويتم التحكيم في دولة واحدة، وينتمي اليها أطراف النزاع، ويطبق قانون تلك الدولة بالنسبة للإجراءات والموضوع، ورغم كل هذا إلا أنه تحكيم دولي، لأن التحكيم المذكور أعلاه يقع في نزاع يكون كما ذهب إليه القضاء الفرنسي ، وبعض الاتفاقيات على ما سنراه لاحقاً متعلقاً بشؤون التجارة الدولية[٢]، ومن حيث الجهة التي تتولى تسييره ينقسم إلى: تحكيم مؤسسي وتحكيم خاص توافقي.[٣]

وعليه فإننا نرى ان مشرعنا الفلسطيني اعتمد ثلاثة معايير في هذا التطبيق رد إليها التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي ألا وهي[٤]:

أولاً: المعيار الجغرافي.

ثانياً: المعيار الاقتصادي.

ثالثاً: المعيار القانوني.

أولاً: المعيار الجغرافي :

إن مشرعنا هنا اعتبر كل تحكيم يتم في فلسطين يكون إما محلياً أو دولياً أو مؤسسياً أو خاصاً، أما إذا جرى خارج فلسطين فإنه يكون تحكيماً أجنبياً، أي يتمثل هذا المعيار في مكان التحكيم (أو المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم).[٥]

ثانياً: المعيار الاقتصادي:

هذا المعيار مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الدولية وبمفهومها الواسع الذي يشمل المسائل الاقتصادية أو التجارية أو المدنية، معطياً في ذلك الغلبة للموطن الرئيس لأطراف التحكيم وقت إبراز اتفاق التحكيم، ومن ثم إلى الموطن الأكثر ارتباطاً بهذا الاتفاق، ثم الموطن المعتاد[٦]، أي يتمثل في تعلق العقد، الذي تجري تسوية منازعته تحكيماً بالتجارة الدولية أو بمعاملة دولية، فإذا كان هذا العقد دولياً فإن التحكيم في منازعته يكتسب صفة الدولية بطريق التبعية، ومثالاً على ذلك: أن محكمة باريس اعتبرت دولية التحكيم الذي يكون طرفاه

---

[١] أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص٤٣.
[٢] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص١٠٤.
[٣] موسى خليل متري: المرجع السابق، ص١١.
[٤] درويش مدحت الوحيدي: مرجع سابق، ص٩٣، ومحمد عبد الباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام)، ص٣٧ وما بعدها، وعمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص٣٤.
[٥] درويش مدحت الوحيدي: مرجع سابق، ص٩٣.
[٦] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام)، ص٣٨.

شركة ليبية والأخرى شركة سويدية الذي وقع على نزاع يتعلق بتنفيذ عقد بناء سفن (ناقلات فقط) وتسليمها في السويد؛ لأن هذا العقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية.[١]

ثالثاً: المعيار القانوني:

لقد اتضح هذا المعيار بالإشارة إلى القانون الواجب التطبيق، وإلى اتفاق التحكيم ومكان اجراؤه ومكان تنفيذه، أو المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

ومن هنا يظهر بأن المشرع اتجه نحو القانون النموذجي (الأونيسترال)، حيث نصت المادة (٣) منه على الحالات التي يكون التحكيم فيها دولياً معطياً مساحة واسعة لمصالح التجارة الدولية.

وهذه المعايير للتفرقة بين التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي، كمؤشرات على دولية التحكيم.

ويقول البعض أن التحكيم هو دائماً داخلي وطني؛ لأنه يتم في مكان ما بمدينة معينة كائنة في دولة ما، وبالتالي فإن له الطابع الوطني الداخلي[٢]، فمثل هذه المقولة تستحق أن يناقش فيها، إلا أن الواقع العملي يميز بين التحكيم الداخلي والدولي لعدة أسباب، أهمها: أن التحكيم غير مرتبط بالمكان الذي يتم فيه، وأن الأطراف التي غالباً ما تلجأ للتحكيم هي شركات خاصة أو مؤسسات قطاع عام وليس أفراداً طبيعيين.

ولا بد لنا من معرفة المعايير الفقهية التي يتم وفقاً لها التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

حقيقة لا يوجد في الواقع معايير معترف بها في جميع أنحاء العالم، فلم يتفق الفقهاء على تحديد معيار معين لدولية التحكيم أو التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي[٣]، و هنالك عدة معايير استند إليها الفقهاء لبيان دولية التحكيم وهي:

المعيار الأول: القانون الواجب التطبيق:

قيل إن معيار التفرقة هو القانون الواجب التطبيق بالنسبة للإجراءات الخاصة بالتحكيم، ففي كل حالة يصار إلى معرفة صفة التحكيم بمعرفة قانون الإجراءات الذي خضع له التحكيم، فإذا كان ذلك قانوناً داخلياً، فإن التحكيم يُعد تحكيماً وطنياً، أما إذا كانت قواعد الاجراءات مأخوذة من قانون أجنبي، فإن التحكيم يعتبر في هذه الحالة تحكيماً أجنبياً، وكذلك الحال إذا كانت قواعد الإجراءات مأخوذة ومستمدة من نصوص اتفاقيات دولية أو أجنبية، هذا يعني أنه من الملاحظ أمامنا أن التحكيم قد يُعد وطنياً بالنسبة لدولة ما، ويُعد أجنبياً بالنسبة لدولة أخرى[٤].

---

[١] عمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص٣٥.

[٢] Mann, Lex Facit arbitrum, in Arbitration international, ١٩٦٨. مشار اليه لدى موسى متري: مرجع سابق، ص١١.

[٣] أحمد شرف الدين: المرشد إلى قواعد التحكيم، ط٢٠١٠، ص٩٠.

[٤] فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، ج٥، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام١٩٩٧، ص١٠٠.

إلا أن هذا المعيار انتقد كثيراً وذلك أن احتمال سير إجراءات التحكيم في عدة دول وبموجب قوانين متعددة، فإذا قيل مثلاً الأخذ بالقواعد الإجرائية للبلد الذي صدر فيه قرار التحكيم، فإنه من الصعب في بعض الحالات الاعتماد على هذا المعيار، وذلك لأنه قد لا يتواجد المحكمون في ذلك البلد المذكور إلا لمدة قصيرة جداً، وقد يكون وجودهم في ذلك المكان بغرض إعداد قرار التحكيم، ويقول الفقيه FRAGISTS إن هذه الانتقادات تسبب صعوبات عديدة، وقد تكون في بعض الحالات على جانب من الخطورة، ويرى أن أهم انتقاد يوجه إلى هذا المعيار (قانون الاجراءات الذي جرى بموجبه التحكيم) أو ما يسمى بمعيار القانون واجب التطبيق هو أنه يترك الباب مفتوحاً على مصراعيه للبحث عن القانون المذكور منذ بداية التحكيم وحتى إصدار القرار النهائي بحسم النزاع.[١]

المعيار الثاني: مكان صدور القرار:[٢]

هذا المعيار يدلنا على معرفة صفة التحكيم من خلال مكان صدور القرار، مثال ذلك ما جاء في المادة الأولى من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨حول الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية، حيث نصت على أن أحكام الاتفاقية تطبق على قرارات المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب منها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها، وهذا المعيار سبق وأن أخذت به اتفاقية جنيف لعام ١٩٢٧الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مادتها الأولى.

ولكن يعاب على هذا المعيار أنه غير دقيق، فقد يعين أطراف النزاع مكاناً للتحكيم ويختارون قانوناً غير قانون المكان المذكور ليطبق على موضوع النزاع، ففي هذه الحالة يُعد التحكيم أجنبياً بالنسبة للدولة التي جرى على إقليمها التحكيم.

المعيار الثالث: يتعلق بجنسية أو مكان إقامة أو مكان ممارسة إدارة أو أعمال أطراف النزاع:[٣]

هذا المعيار يتخذ جنسية المحكم أو جنسية الخصوم كمعيار للتفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الأجنبي أو الدولي، أو يتخذ المكان الذي يوجد فيه المركز الرئيس للمؤسسة التي تتولى التحكيم، ومنها ما يستند للأخذ بمكان المحكمة المختصة أصلاً بموضوع النزاع، والتي استبعدت عن نظر الدعوى بسبب الاتفاق على حسم النزاع بواسطة التحكيم، فإذا جرى التحكيم في غير الدولة التي توجد فيها تلك المحكمة كان التحكيم دولياً، و لقد اعتمد هذا المعيار القانون السويسري، والذي ذهب واعتد إلى اعتبار التحكيم دولياً فيما إذا كانت الأطراف من جنسيات مختلفة، أو كانوا في أماكن إقامة مختلفة عند توقيع اتفاق التحكيم.

---

[١] FRAGISTS: OP, Cit, P٧. والمشار اليه لدى فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص١٠٠.

[٢] أبو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي (دولية التحكيم التجاري)، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، الكويت، ص٤٤.

[٣] محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، عام ١٩٧٢م، ص١٤.

المعيار الرابع: يعتمد على طبيعة النزاع:[1]

فإذا كان النزاع دولياً كان التحكيم دولياً، فالمادة الأولى من قواعد التحكيم المعتمدة في محكمة التحكيم الدولية لغرفة التجارة الدوليةICC ذهبت إلى اعتماد هذا المعيار، وكذلك ذهب قانون المرافعات الفرنسي إلى هذا المفهوم الواسع للتحكيم الدولي معتمداً في ذلك على دولية النزاع في نص المادة (١٤٩٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام ١٩٨١م، فوفقاً لقانون التحكيم الفرنسي فإن النزاع يكون دولياً وفق أحد المعيارين التاليين: الأول اقتصادي وهو وجود مصالح أو تأثير النزاع في التجارة الدولية، والثاني قانوني ويذهب إلى أن أي نزاع أو عقد يمكن أن تطبق عليه قوانين عدة دول، يُعد العقد أو النزاع الناتج عنه دولياً.

إن ما أخذ به واعتمده الفقه الحديث وأخذ به الفقه الفرنسي أيضاً هو المعيار الفقهي السابق، وهو الذي يتعلق بطبيعة النزاع، حيث يكون التحكيم تجارياً دولياً إذا تعلق بنزاع ذي طبيعة دولية أي يتعلق بمعاملة تجارية دولية ولو كان يجري بين شخصين يحملان الجنسية ذاتها، وجرى التحكيم في الدولة التي ينتميان إلى جنسيتها.[2]

فلو حدث نزاع بين اثنين من المواطنين الفرنسيين حول أمر يتعلق بالتجارة على الصعيد الدولي، ومن ثم جرى التحكيم في فرنسا فعندها يُعد التحكيم دولياً، وإن كان قد تم بين مواطنين فرنسيين وعلى أرض فرنسية وربما عن طريق محكم فرنسي، حيث أخذ قانون المرافعات الفرنسي في المادة١٤٩٢ بالمعيار(الاقتصادي في نطاق التجارة الدولية)، ولا يعطي هذا المعيار أي أهمية لجنسية الأطراف المتنازعة، أو لجنسية المحكمين، أو مكان التحكيم[3]، وهذا ما أخذ به أيضاً قانون أصول المحاكمات اللبناني، حيث نصت المادة (٨٠٩) منه بقوله: "يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية".

ولا ننسى أن هذا المعيار قد أخذت به قبل تعديل قانون المرافعات الفرنسي الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري لعام ١٩٦١م، حيث جاء في مادتها الأولى أن أحكام الاتفاقية تطبق على اتفاقيات التحكيم المعقودة لفض المنازعات الناشئة عن العمليات التجارية الدولية، ويوجد نص مماثل في المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات ذات الطبيعة الدولية (اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥)[4].

---

[1] موسى خليل متري: المرجع السابق، ص١٢.

[2] عبد الحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية، عام١٩٩٥م، ص١٩، ومحمد عبدالباري عطاالله: شرح أحكام (مرجع سابق)، ص٣٩.

[3] نجد أن القانون الانجليزي للتحكيم ١٩٧٩م في الفقرة السابعة من المادة الثالثة منه ينص على أن "اتفاق التحكيم يعتبر وطنياً " اذا كان لا ينص صراحة أو ضمناً على أن يتم التحكيم في دولة غير المملكة المتحدة وان لا يكون من بين أطرافه عند انعقاده:

أ) شخصاً من مواطني دولة غير المملكة المتحدة، أو يقيم عادة في دولة غير المملكة المتحدة.

ب) شخصاً معنوياً كشركة تم تأسيسها أو لها مركز أعمالها أو يتم الاشراف عليها في دولة غير المملكة المتحدة.

يتضح لنا من النص القانوني الانجليزي وبمفهوم المخالفة أنه يأخذ بمعيار الجنسية والاقامة لتحديد دولية التحكيم.

[4] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص١٠٢-١٠٣.

وأخيراً لا يفوتنا أن نشير إلى المعيار الذي يركز على الارتباط القائم بين التحكيم وبين النظام القانوني لدولة معينة، فإذا كان التحكيم ينتمي بجميع عناصره سواء أكان ذلك من حيث المنازعة أو الإجراءات، أو حتى القانون الواجب التطبيق إلى دولة واحدة سمي تحكيماً (وطنياً)، وعلى العكس من هذا حيث لو ارتبط هذا التحكيم في أحد عناصره بعوامل خارجية أو أجنبية سمي بالتحكيم الأجنبي، أما عن دولية التحكيم فهذه تعني العديد من نقاط الالتقاء والتي لا صلة لها بأي من النظم القانونية الوطنية.[١]

لكل ما سبق ذكره فإن المشرع الفلسطيني وكذلك المشرع المصري وجدا نفسيهما مندفعين إلى اعتناق الحل السائد في الفقه والقضاء المقارن، والذي يتطلب لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم أن يكون موضوع المنازعة متعلقاً بالتجارة الدولية، وأن من تداعيات هذا الارتباط التأثير المتبادل بين العمليات المصرفية والتجارية الدولية لهو امتداد للنشاط المصرفي خارج الحدود سواء أكان من خلال تقديم خدمات مصرفية ذات طبيعة دولية، أو بالسعي إلى التواجد في وسط الأسواق التجارية الأجنبية العامة[٢]، فالعمليات المصرفية (كعمليات الشيكات في البنوك) ترتبط في نشاطها وتطورها بنمو وازدهار التجارة الدولية، ومن ثم فإننا نجد أن القانون المصرفي على الرغم من أنه يضم نُظُماً واحدة على صعيد الدول، وهو أمر في غاية المنطقية، إلا أن العملية الواحدة قد تجاوز آثارها حدود الدولة الواحدة كون العملية المصرفية مرتبطة بالتبادل التجاري الدولي، وبتطور السوق الدولي لرؤوس الأموال[٣].

الفرع الثاني

معايير دولية التحكيم في ظل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونيسترال)

لقد أخذ القانون النموذجي الأونيسترال بأكثر من معيار لدولية التحكيم، وهذا يظهر لنا واضحاً في المادة الثالثة(١/٣) منه في حالاته الثلاثة:

١- إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرام الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.

٢- إذا كان أحد الأماكن واقعاً خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

أ- مكان التحكيم إذا كان محدداً مع اتفاق التحكيم أو طبقاً له.

---

[١] أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص٣٧.
[٢] محمد صالح علي العوادي: المرجع السابق، ص٨٩.
[٣] نبيل محمد صبيح: العمليات المصرفية ذات الطابع الدولي، عام١٩٩٢م، ص١٦، ومشار اليه لدى محمد صالح علي العوادي: المرجع السابق، ص٨٩.

ب- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع صلة وثيقة به.

٣- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن الموضوع اتفاق متعلق بأكثر من دولة.

ولقد لاحظنا مما سبق بأن قانون التحكيم الفلسطيني رقم٣ لسنة٢٠٠٠ قد أخذ بتلك الحالات الثلاثة السابقة التي أقرها القانون النموذجي أعلاه، إلا أن المشرع الفلسطيني أضاف حالة رابعة في قانون التحكيم الفلسطيني عبر المادة (٣)، والتي تعتبر أن التحكيم يُعد دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بمسألة بالتجارة الدولية، ومن الظاهر لنا أن المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم بإيراده لهذه المعايير يرغب في توسيع نطاق مفهوم التحكيم التجاري الدولي.[١]

ويلاحظ بأن نص الفقرة الأولى من القانون النموذجي تطابق ما جاء بالفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠م، حول البيع الدولي للبضائع، والتي أخذت أيضاً بالمعيار الشخصي لأطراف العقد حتى يصار إلى تطبيق أحكام هذه الاتفاقية.

وإذا ما نظرنا إلى نصوص الفقرات أعلاه فقد اختلفت الآراء حولها عند مناقشتها في لجنة القانون التجاري الدولي، فقد اعترض ممثل العراق في اللجنة على نص الفقرة(٢/ ب)، وهذا لأنها تسمح للأطراف في علاقة قانونية داخلية أن تضفي عليها الصفة الدولية، وذلك باختيار مكان للتحكيم في دولة غير الدولة التي جرى فيها العقد، وإن كان طرفا النزاع من مواطني دولة واحدة، ولم يتوقف الأمر عند ممثل العراق، بل اعترضت بعض الوفود على الفقرة الثالثة (٣) ومنها وفد العراق، وذلك لأن الفقرة ٣ تعطي الحرية إلى طرفي العقد في أن يقررا إذا ما كان موضوع اتفاق التحكيم يتعلق بأكثر من دولة واحدة، حيث بذلك تسبغ صفة الدولية على التحكيم من غير أن يكون هنالك معيار موضوعي لإضفاء هذه الصفة؛ لذلك فقد رأى البعض[٢] أن القانون النموذجي لم يكن موفقاً في تحديد المعيار الخاص بدولية التحكيم، فقد أخذ بما جاء في قانون الاتحاد السويسري الصادر في ١٨ كانون الأول عام ١٩٨٧م، حيث عالج هذا القانون في الفصل الثاني عشر منه أحكام التحكيم الدولي، وقد أخذ هذا القانون بمعيار آخر لتحديد دولية التحكيم، فقد نصت المادة ١٧٦ منه، وبالأخص في الفقرة الأولى، على تطبيق أحكام الفصل الخاص بالتحكيم الدولي على التحكيم: إذا كان يجري في سويسرا، وإذا كان على الأقل محل إقامة أو موطن أحد أطراف النزاع عند عقد اتفاق التحكيم خارج سويسرا، حيث يرى أنه من الضروري اجتماع هذين الشرطين لكي يصار إلى تطبيق أحكام التحكيم الدولي التي وردت في القانون المشار إليه، وهذا يعني أيضاً أن تلك الأحكام يمكن تطبيقها في حالة توافر الشرطين، حتى وإن كان طرفا النزاع من المواطنين السويسريين.[٣]

---

[١] محمد عبدالباري عطاالله، شرح أحكام (مرجع سابق)، ص٣٨-٣٩.
[٢] كالفقيه فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص١٠٥.
[٣] فوزي محمد سامي: المرجع السابق، ص١٠٥-١٠٦.

هذا وقد أخذ قانون التحكيم المصري بالحالات التي أخذ بها القانون النموذجي، وأيضاً أضاف لها حالة رابعة وهي: الحالة التي تنص عليها الفقرة الثالثة/ثانياً: "إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

فهذه هي الحالة التي أضافها النص المصري إلى الحالات الثلاثة الواردة في القانون النموذجي، ويهدف من ذلك إلى اعتبار التحكيم دولياً باللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة، مثل: غرفة التجارة الدولية في باريس، أو جمعية التحكيم الأمريكية، أو باللجوء إلى مركز للتحكيم يوجد مقره داخل مصر أو خارجها مثل: مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، أو مركز تسوية منازعات الاستثمار ICSID في واشنطن.[١]

وكذلك أضاف قانون التحكيم المصري الجديد على الفقرة الثانية من المادة١/٣ فقرة جديدة وهي:

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

حيث إنه إذا كان المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع يقع خارج الدولة التي يوجد فيها المركز الرئيس لأعمال كل من طرفي التحكيم متى وقع هذا المركز الرئيس في الدولة نفسها، ويبدو مما تقدم أن قانون التحكيم المصري الجديد أورد عدة معايير يكون فيها التحكيم دولياً وفقاً لأحكامه، مما يسمح باتساع نطاق مفهوم التحكيم التجاري الدولي تبعاً للقانون الجديد.[٢]

ويترتب على تحديد الطبيعة الدولية للتحكيم أهمية كبرى في تحديد الأحكام التي تنطبق على التحكيم الدولي[٣] وفقاً لأحكام قانون التحكيم الجديد المصري وأهمها بيان المحكمة التي تختص بنظر مسائل التحكيم، والتي يحيلها القانون للقضاء المصري، فهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخلياً، وتنظره محكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجارياً دولياً ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر (المادة ١/٩)[٤].

رأي الباحثة:

على الرغم من اختلاف تحديد معيار الدولية من قانون إلى أخر وفي معظم التشريعات والاتفاقيات، إلا أنني أرى بأن المعيار المناسب والأكثر دقة هو المعيار الاقتصادي، والذي جاء به القانون الفرنسي فهو المعيار السائد حالياً، وكذلك هذا المعيار يتوافق إلى حد كبير جداً مع واقع التعامل الدولي، وطبيعة النزاع الذي يجب أن تطبق عليه القواعد الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

---

[١] عبدالحميد المنشاوي: المرجع السابق، ص٢١-٢٢.
[٢] عبدالحميد المنشاوي: المرجع السابق، ص٢٢.
[٣] وهذا تطرقنا إليه من خلال الدراسة في ص ١٠٧-١٠٨ من هذه الرسالة.
[٤] محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، ص٩.

فإذا ما دققنا النظر بما جاء في القانون النموذجي فهو لم يحاول وضع تعريف محدد للتحكيم الدولي، أما المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد في نص المادة ١٤٩٢ فقد نص على التعريف الأساسي التالي: "يكون التحكيم دولياً عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية".

فهذا المعيار يعير أهمية خاصة إلى نوعية النزاع، ويضفي على التحكيم صفة الدولية وكل هذا بسبب تعلقه بالمعاملات التجارية الدولية، فهو يتفق تماماً مع حقيقة التعامل التجاري الدولي حالياً، حيث إن التحكيم الدولي ليس إلا طريقة لحل المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي، ومن الملاحظ أن مثل هذا المعيار بدأ بالانتشار حديثاً حيث أصبح يحتل مكاناً واسعاً في التشريعات الوطنية، وكذلك في الفقه المعاصر، لذا نرجو على مشرعنا الأخذ بهذا التعريف ووضعه بنص صريح في قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م والعمل به.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في الشيك

إن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في الشيك يفيد في معرفة المعاملة التي سيلقاها حكم التحكيم في الشيك، سواء من حيث الاعتراف به، أو تنفيذه داخل الدولة التي صدر فيها أو خارجها، فتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في الشيك له أهميته خاصة في مجال القانون الدولي الخاص، من حيث القانون الواجب التطبيق على مسألة ما.

فإذا كانت إرادة الخصوم ورغبتهم في نظام التحكيم في الشيك هي التي تحرك النظام القانوني له وتوضح معالمه، وتحدد خطواته، حيث إن هذه الإرادة والرغبة هي التي يقع عليها عبء الاتفاق على التحكيم وتكوين هيئته، وانتخاب أفرادها للفصل في النزاع، ومن ثم تنفيذ قراراتهم إلا أن هذه الإرادة ليست مطلقة، حيث لا بد من وجود نص قانوني يجيز هذا التحكيم ويسمح به تطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية بأن: "التحكيم يقوم على وقوف المحكم على أساس النزاع، والإلمام بتفاصيله من كل أطرافه، ثم إصدار حكمه وفقاً للنصوص القانونية"[١]، إضافة إلى ذلك أن حكم التحكيم في الشيك يكون خاضعاً إلى رقابة القضاء عن طريق الأمر بتنفيذه على ما سنرى خلال اللاحق؛ لأن القاعدة المستقر عليها في القانون الدولي الخاص، أن العبرة في تحديد ما إذا كان السند المراد تنفيذه حكماً تحكيمياً أم لا؟ هو بقانون الدولة التي يطلب فيها التنفيذ، لذلك ثار الخلاف في الفقه حول حقيقة وطبيعة اتفاق التحكيم في الشيك، حيث انقسم الفقه حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم في الشيك إلى أربع نظريات، فمنهم من قال إن طبيعة التحكيم في الشيك تعاقدية، ومنهم من قال إن طبيعة التحكيم في الشيك قضائية، واتجه البعض إلى القول بأن طبيعة التحكيم في الشيك مختلطة،

[١] طعن نقض مدني رقم ٢٠٠٣/٤، جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤م، غزة، ناظم محمد عويضة: قطوف من أحكام المحكمة العليا في فلسطين، عام ١٤٣٣ه -٢٠١٢م، ص٨١.

وهناك اتجاه قال بأن نظام التحكيم في الشيك ذو طبيعة خاصة، وهذا سنتناوله بالدراسة عبر فروع أربعة على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك.

الفرع الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك.

الفرع الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم في الشيك.

الفرع الرابع: الطبيعة الخاصة للتحكيم في الشيك.

الفرع الأول

الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك

إن الاتفاق على التحكيم في الشيك في حقيقته عقد من عقود القانون الخاص، فهو عقد مدني تظهر فيه إرادة الخصوم واضحة، وتسعى إلى حسم النزاع بواسطة التحكيم وعدم طرحه على القضاء العادي، وهو من العقود الرضائية، وإذا كانت بعض قوانين المرافعات تشترط الكتابة سواء لانعقاد اتفاق التحكيم في الشيك أم لإثباته، فإن ذلك لا يمس الطبيعة الرضائية لاتفاق التحكيم في الشيك، حيث من الصعوبة عليه أن يُدخل ضمن مصاف العقود الشكلية، والتي تستوجب شكلاً معيناً لصحة انعقادها مثل التسجيل في الشهر العقاري (عقد الهبة)[١]، وأن التحكيم في الشيك يقوم بإرادة أصحاب الشأن ولا يتم إلا على اتفاق بينهما[٢]، سواء تم إدراج ذلك في ذات العقد المبرم بين الطرفين وقبل نشأة النزاع، أو بعد نشأته باتفاق خاص مستقل.[٣]

يرى أنصار هذه النظرية[٤] أن الأساس الذي يقوم عليه التحكيم في الشيك هو إرادة الأطراف، فالأطراف هم من يقررون اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل نزاعهم القائم أو الذي يحتمل قيامه، وهم كذلك ذاتهم من يحددون نوع التحكيم الذي يرغبون به، كذلك أيضاً هم من يختارون المحكمين بأنفسهم، وفي المنازعات

---

[١] أسامة أحمد شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرةعام٢٠٠٤م، ص١٥.

[٢] نقض مدني رقم ٢٠٠٣/٤، جلسة ٢٠٠٤/٣/١٤، غزة، ص٨٧، ناظم محمد عويضة: أحكام محكمة النقض، غزة- فلسطين، عام ١٤٢٦ه – ٢٠٠٥م.

[٣] حسام الدين محمود زكريا الدن: حجية أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢١.

[٤] أمثال: محمود مختار بريري، ومحمد حامد فهمي، وأحمد مليحي موسى وأبو زيد رضوان، وفتحي والي، أحمد أبو الوفا، ووابل، وجلاسون، وموريل، والمشار إليهم لدى كل من هم مذكورين في الهامش الذي يلي هذا الهامش، أي الهامش رقم ٥.

الدولية هم من يقومون باختيار لغة ومكان التحكيم والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ويلتزمون بقرار التحكيم الذي يصدر عن المحكمين، كما ويمكن للأطراف أن يختاروا هيئة تحكيمية للعودة إليها.[١]

من هنا يتبين أن أصحاب هذه النظرية يرجحون الطبيعة التعاقدية من مطلق النظر لمدى تدخل إرادة الأطراف في قيام المحكم بمهمته، حيث إن بدء عملية التحكيم في الشيك وسيرها حتى صدور الحكم تجد أساسها في اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم، ثم في الاتفاق مع المحكمين على الخضوع لما يصدرونه من أحكام، كما ويرون أن الأساس في التحكيم في الشيك هو اتفاق وإرادة أطراف المنازعة[٢]، سواء أكان هذا الاتفاق في حدود بنود عقد الأساس أو مشارطة مستقلة للتحكيم.[٣]

ويؤكد أصحاب هذه النظرية قولهم بأن التحكيم في الشيك يقوم على أساس إرادة الأطراف، واتفاقهم عليه، وأن له الطابع التعاقدي، لأن مصدر قرارات التحكيم في الشيك هو اتفاق طرفي النزاع، ولا تجد قوتها التنفيذية إلا في هذا الاتفاق، ومن ثم تنسحب الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك على هذه القرارات، وتكون واتفاق التحكيم كلاً واحداً لا يتجزأ، ولا يمكن فصلهما[٤]، فهما هرم قاعدته اتفاق التحكيم في الشيك، وقمته حكم التحكيم الذي يبدو مجرد عنصر تبعي في عملية التحكيم في الشيك[٥]، لأن اتفاق التحكيم في الشيك يستغرق عملية التحكيم برمتها، بحيث يعد مبدأ لتفسير مراحلها كافة، حتى صدور قرار من المحكم يلتزم به فريقا النزاع، فحكم التحكيم وفقاً لهذه الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك مجرد تحديد لمحتوى عقد التحكيم بمعرفة غير المتعاقدين، وهم هنا المحكمون رغم أن حكم التحكيم في الشيك هو الهدف من عملية التحكيم برمتها من حيث كونه يفصل في النزاع[٦]، فهذا الاتفاق هو الذي يحقق إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى سلطان محكم خاص.[٧]

كما أن حجية قرارات التحكيم في الشيك بما قضي به بعدم الطعن عليها أساسها توافق إرادة الأطراف، كما عبروا عنها بالالتجاء إلى التحكيم، فإن معظم الدول التي تجيز التحكيم في الشيك لا تجيز الطعن بقرار التحكيم في الشيك ما دامت الإجراءات المتبعة أصولية ومتفقة مع اتفاق التحكيم في الشيك، ويعزى عدم القابلية في الطعن إلى أن التحكيم في الشيك يمثل رغبة الأطراف ولم يجبروا عليه[٨]، ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير في ٢٧ يوليو ١٩٣٧م، حيث

---

[١] أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، مرجع سابق: ص٣٢، وموسى خليل متري: مرجع سابق، ص١٤، وأسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٥.
[٢] درويش مدحت الوحيدي: مرجع سابق، ص٣٦.
[٣] محمد حلمي عبد الحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤١.
[٤] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٤٧.
[٥] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤١، وأسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٥.
[٦] عبدالقادر صابر جرادة: حجية حكم التحكيم في التشريع الفلسطيني، عام٢٠١٠م، ص١٠، وخالد عبدالعظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص٢٩.
[٧] وفاء فاروق محمد حسني: مسؤولية المحكم دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، ص٢٠.
[٨] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٥.

اعتبرت أن "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة تحكيم، تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتنسحب عليها صفتها التعاقدية"[١].

وكذلك أكدت محكمة النقض المصرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها التالي والذي جاء فيه: "حيث اعتبرت أن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز سلب اختصاص جهة القضاء، أي أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة على حدة على اتفاق طرفي التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشارطة، وتنسحب عليها الصفة التعاقدية".[٢]

ويضيف أصحاب هذه النظرية أن أساس التحكيم في الشيك هو إرادة الفرقاء في التصالح، ولذا فإن أهمية تحديد طبيعته ترتكز في رغبتهم في حل النزاع بطريقة ودية، ويكون ذلك عن طريق إحلال شخص ثالث (المحكم) محل تقديرهم وقبولهم لهذا التقدير[٣].

ومن جهة أخرى فإن الأفراد باتفاقهم على التحكيم في الشيك إنما يتفقون ضمناً على التنازل عن الدعوى ويخولون المحكم سلطة مصدرها إرادتهم، لا يمكن أن تكون سلطة قضائية، إذ أنها تقوم على إرادة ذوي الشأن[٤]، لأنه إذا كانت طبيعة الرابطة القانونية مصدر الأثر القانوني هي التي تحدد طبيعة هذا الأثر، فلا يمكن اعتبار سلطة المحكم سلطة عامة، فالمحكم ليست له ولاية القضاء، ولا يقوم بوظيفة عامة، لأن الأشخاص الذين يعينون المحكمين لا يتمتعون بسلطة عامة، ولا يمنع هذا من القول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك أن يتم تعيين المحكم أحياناً من جانب السلطة القضائية، ذلك أن هذه الأخيرة في تعيينها للمحكم إنما تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم.[٥]

وإن المحكمين ليسوا من القضاة ممن لهم ولاية القضاء، بل هم مجرد أفراد عاديين فلا يتم تعيينهم من قبل الدولة، ولا يلتزمون بمباشرة التحكيم في الشيك إلا بقبولهم له، ويستطيعون رفضه بعد قبوله، ومع ذلك لا يتم اعتبارهم منكرين للعدالة، حتى وإن كانوا ملتزمين بتعويض الخصم الذي لحقه ضرر من ذلك وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، حيث لا تنطبق عليهم قواعد المخاصمة، فهدف التحكيم في الشيك يختلف عن القضاء، فالقضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة عامة، بينما التحكيم في الشيك يهدف إلى تحقيق مصالح خاصة لأطراف

---

[١] نقض فرنسي ٩ يوليو ١٩٢٨م، ومشار إليه لدى كمال إبراهيم: مرجع سابق، ص٨١.

[٢] نقض مدني ١٩٧٢/٢/١٥م –الطعن رقم ١٩٤ السنة٢٧-، الموسوعة الذهبية، الاصدار المدني، الجزء الرابع، ١٩٨٢، ص٥٦٥، ومشار اليه لدى محمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٢.

[٣] أسامة أحمد حسين أبو القمصان: مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، عام١٤٣٢ه-٢٠١٠م، ص١٢٣،وعبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٠، ومحمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٢.

[٤] إبراهيم حرب محيسن: طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة، ص٢١.

[٥] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٢، ومحمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٢، وعبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٠.

عقد التحكيم[١]، وفيما يفترض القضاء عدم إرادة الخصوم إلا للقاعدة القانونية التي تحمي مصلحة أحدهما في مواجهة الآخر، في حين أنه في التحكيم يرغب الأفراد بإرادتهم إبعاد كل شك حول نطاق حقوقهم.[٢]

ويؤازر القانون الوضعي هذه النظرية من حيث إن: الأصل في التحكيم في الشيك أن يتم مع التفويض بالصلح وليس بالقضاء، وعليه لا يتقيد المحكم بقواعد القانون، وهذا بعكس القاضي الذي يلتزم ولا يملك غير تطبيق القانون، وأنه لا مفر من أن يكون القاضي وطنياً أو عربياً في الدول العربية التي تجيز ذلك، باعتبار ذلك من مظاهر السيادة التي تحرص عليها الدول، بعكس المحكم الذي يمكن أن يكون وطنياً أو أجنبياً، وانه لا محل لاعتبار المحكم –بخلاف القاضي– منكراً للعدالة إذا لم يقم بالواجب المكلف به، وعليه إذا أخطأ فلا محل لمخاصمته كما القاضي، ومن الممكن رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكم بعكس حكم القضاء، كما أن المحكمين لا يتقيدون باتباع قواعد إجرائية لقانون بعينه أو مراعاة إجراءات المرافعات.[٣]

ويترتب على الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك والأخذ بهذه النظرية:

١– ضرورة إطلاق مبدأ سلطان الإرادة وترك الأمر لأطراف النزاع وقضاتهم، الذين اختاروهم بمحض إرادتهم، وخضعوا لما يصدرونه من أحكام، ومن ثم لا يجوز للدولة أن تتدخل إلا لمنع المساس بالنظام العام، أو لضمان سير عملية التحكيم.[٤]

٢– أن قرار المحكم لا يكون له حجية الأمر المقضي، وإذا أريد تنفيذه فإنه يخضع لرقابة موضوعية لمضمونه من المحكمة التي تأمر بالتنفيذ، وحتى لو تم الالتجاء إلى القضاء فلا يعدو الأمر أن يكون مشابهاً لعقود الصلح التي تخضع لتصديق القضاء.[٥]

وهكذا يدخل التحكيم في الشيك برمته في إطار العقد وتقدم القوة الملزمة للعقود، ومناط هذه القوة أساساً لتفسير صحته وبطلانه ونفاذه والالتزام بنتائجه.

هذا وقد وجد هذا الاتجاه صدى لدى محكمة النقض الفرنسية، حيث أخذت به في أحكام قديمة لها، فذهبت إلى أن هيئات التحكيم تفتقر إلى ما للقضاء من طابع العمومية والدوام، وتنتفي بذلك الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك، ثم قررت في مناسبة لاحقة أن لحكم التحكيم في الشيك الصفة الاتفاقية، وجاء في حكم

---

[١] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٢.
[٢] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٥.
[٣] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٢، وحسام الديم محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٢-٢٣، وعبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١١، وإبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٢.
[٤] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٤٨، ووفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢١.
[٥] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٣.

آخر لها أن أحكام المحكمين التي تتخذ أساسها من مشارطة التحكيم تكون معها كلاً واحداً، وتشاركها في طبيعتها الاتفاقية.[١]

ويبدو ميل القضاء المصري أيضاً لترجيح الطابع الاتفاقي ونفيه الصفة القضائية عن التحكيم في الشيك، حيث ترى محكمة النقض المصرية أن قوام التحكيم: "الخروج عن طرق التقاضي العادية"، وما زال هذا الاتجاه يرى صدى في المجال الدولي اعتقاداً بأن من شأنه الإسهام في نشر التحكيم في هذا المجال.[٢]

وبالرغم من الحجج التي ساقها هذا الرأي، ومن وجاهة هذه النظرية في أن التحكيم في الشيك يقوم بداية على إرادة الأطراف، إلا أنها تعرضت للهجوم والانتقاد من جانب من الفقه ومنها:

١- المبالغة في إعطاء الدور الرئيس لإرادة الفرقاء، فحقيقة أن الفرقاء لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم، بل الكشف عن إرادة القانون في الحالة المعنية، فالمحكم وهو يتولى القيام بالفصل في النزاع فإنه يطبق إرادة القانون، ولا يلقي بالاً إلى ما قد تكون إرادة الفرقاء قد اتجهت إليه[٣]، هذا ولأن العنصر الإرادي وحده لا يصلح لإضفاء الحجية على أحكام التحكيم، لأن التشريعات هي التي تجيز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتفق بشأنها على اللجوء للتحكيم في الشيك، وهي كذلك من تقوم بتنظيم إجراءاته، وإجراءات تنفيذ أحكام المحكمين، والآثار التي تترتب عليها[٤].

٢- إذا كان حكم التحكيم في الشيك مصدره اتفاق الفرقاء، فإن ذلك لا يضفي الطابع التعاقدي على التحكيم في الشيك، لأن المحكم ملزم باحترام قواعد النظام العام، وكذلك العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية، واستناد أصحاب هذا الرأي إلى اختلاف أحكام القانون بين التحكيم في الشيك والقضاء يرجع في الحقيقة إلى علة واحدة، وهي أن المحكم هو من يقوم بمهمته، وهي مهمة ذات طابع قضائي لا يمثل الدولة، ولذلك فمن الطبيعي أن يختص القاضي (ممثل الدولة) ببعض الأحكام التشريعية التي تختلف عن المحكم[٥]، فالمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من دوام واستقرار، فإذا اختير لحسم نزاع فقد لا يختار إلى حسم نزاع آخر، كما أنه لا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر، مثل توقيع الغرامات.[٦]

---

[١] حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨٤٢/٨/٢م، والحكم الصادر في ١٩١٤/١٢/٨م، وأيضاً في الحكم الصادر في ١٩٣٧/٧/٢٧م، ومشار اليهم لدى وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢١.

[٢] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢١-٢٢.

[٣] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٣.

[٤] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٤٨-٤٩.

[٥] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١١.

[٦] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٦.

٣- لو أن أنصار هذا الرأي اتفقوا على أن التحكيم في الشيك عقد في حد ذاته إلا أنهم اختلفوا في طبيعة هذا العقد، فهل هو من عقود القانون الخاص؟ أم أنه من عقود القانون العام؟ كما أن العقد ذاته لا يحل النزاع، فالنزاع يحل بحكم المحكم، واعتبار هذا الأخير عقداً فيه مجافاة واضحة للواقع والمنطق.[١]

٤- إن أنصار هذا الاتجاه أخطأوا باعتقادهم بأن إقامة العدالة هو الأصل العام وهو احتكار للدولة، فهم يخلطون بين القاعدة الملزمة وكيفية تنفيذها، لأنه إذا كان صحيحاً أن إقامة العدالة بين الأفراد من وظائف الدولة، إلا أن هذا العمل لا يعد على الإطلاق احتكاراً لها، فإن الأفراد يستطيعون عن طريق اتفاق بينهم أن يقوموا باختيار حكمٍ ليقضي فيما نشب وثار بينهم من نزاع، والصحيح أن التحكيم للقانون أو التحكيم العادي هو القاعدة والأساس، أما التحكيم للعدالة فلا يكون إلا على سبيل الاستثناء.[٢]

وأمام هذه الانتقادات التي تعرضت لها هذه النظرية، ظهرت نظرية أخرى ترى بأن التحكيم ذو طابع قضائي، وليس اتفاقي أو تعاقدي كما سنرى في الفرع التالي.

الفرع الثاني

الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك

لقد عدل العديد من الفقهاء عن رأيه بعد أن كان ينادي بالطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك، وأصبح من أنصار الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك.[٣]

يذهب أنصار هذا الاتجاه [٤] إلى القول بأن التحكيم في الشيك ذو طبيعة قضائية، وهذا استناداً إلى أن التعرف على طبيعة التحكيم في الشيك يكون عن طريق النظر إلى المهمة التي تعطى للمحكم وهي مهمة قضائية، حيث إن هذه الأخيرة تستمد من معيار موضوعي، يتمثل في فكرة حسم النزاع، وليس من معيار شكلي يتمثل في أننا أمام قاضٍ وفقاً لقانون دولة ما[٥]، وإذا كان التحكيم في الشيك يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة، والتي هي حسم النزاع وحله وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية مثله تماماً مثل عمل القاضي.[٦]

---

[١] أبو زيد رضوان: الأسس العامة، مرجع سابق، ص٣٣-٣٤.
[٢] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٣، وأبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص٣٣.
[٣] فقد عدل أحمد أبو الوفا عن رأيه بعد أن كان من أنصار الطبيعة التعاقدية، وأصبح من أنصار الطبيعة القضائية، حيث قرر أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، ومشار إلى هذا لديه: مرجع سابق، ص١٩.
[٤] أمثال عصام الدين القصبي، وأحمد أبو الوفا، أبو زيد رضوان.
[٥] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٠، وحسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٣.
[٦] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢٦.

إذاً أصحاب هذه النظرية يرون أن جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون في الحالة المعينة عن طريق شخص لا تتوجه إليه القاعدة القانونية التي يطبِقها، وعندما يتفق الأفراد على التحكيم في الشيك فإنهم لا ينزلون عن حقهم في الالتجاء إلى القضاء، وإنما ينزلون عن الالتجاء إلى القضاء الرسمي لصالح قضاء آخر، يختارون فيه قضاتهم وتعترف به الدولة، لهذا يعدون أن التحكيم في الشيك نوع من أنواع القضاء.[١]

وبهذا المعنى أخذت محكمة التمييز الأردنية وقضت في بعض أحكامها بأن: "إجراءات التحكيم هي من أعمال التقاضي التي تُعد صحيحة إذا دلَ مظهرها على ذلك".[٢]

ففكرة المنازعة وكيفية حلها هي التي تحدد طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم، باعتباره قاضياً يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، حيث يرى أنصار هذا الرأي أن أصحاب نظرية الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك قد وقعوا في خطأ عندما اعتقدوا أن إقامة العدالة احتكار للدولة، لأنهم في ذلك يخلطون بين القاعدة الملزمة وكيفية تنفيذها، صحيح أن إقامة العدالة بين الأفراد هي احتكار لها، حيث بإمكان الأفراد اختيار محكمٍ ليقضي بينهم فيما يثور وينشب من نزاعات.[٣]

ولقد أسس أنصار هذه النظرية على أن التحكيم أسبق ظهوراً من القضاء، وأنه كان الشكل البدائي لإقامة العدالة، سبق تنظيم الدولة للسلطة القضائية التي نعرفها اليوم، ومن ثم إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك وقراراته هو في الحقيقة إنكار لجوهر التحكيم الحقيقي.[٤]

فالتحكيم في الشيك نوع من أنواع القضاء، إلى جانب قضاء الدولة، شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الداخلي بأحكامه، أو القضاء الذي تتولاه سلطة دينية غير سلطة الدولة (كما كان في مصر بالنسبة للمجالس المُلية).[٥]

كما ويرون أنه إذا كان التحكيم يبتدئ في مرحلة أولى بعمل إرادي وهو شرط أو اتفاق التحكيم، فإن هذا العمل في رأي أنصار الطبيعة القضائية لا يتجاوز كونه مجرد فتيل لوضع هذا النظام موضع الحركة التي تهيمن عليها طبيعتها القضائية، ويتحرك بذاتيته الخاصة، وشأن هذا العمل الإرادي للخصوم في سلوك طريق التحكيم في الشيك لحل منازعاتهم، يطابق شأن العمل الإرادي للخصوم في سلوكهم إلى قضاء الدولة[٦]، فإن

---

[١] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٣-٢٤، وأسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ٣٧.
[٢] تمييز حقوق ٦٥/٤٧٦، ص٣٧١، لسنة ١٩٩٦م، منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٢، القسم٢، ص١٤٩٩.
[٣] فتحي والي: مرجع سابق، ص٤٠-٤١، وكمال إبراهيم: مرجع سابق، ص٨١، ومحمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٣-٤٤.
[٤] أبو زيد رضوان: المرجع سابق، ص٢٧.
[٥] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٤.
[٦] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٢.

انتفاء صفة العمومية بالنسبة لنظام التحكيم في الشيك لا يتضمن بالضرورة إنكار الطبيعة القضائية لهذا النظام.[١]

وقيل أيضاً بأن المحكم يستمد سلطة الفصل في النزاعات من قبل قانون الدولة الذي سمح بالتحكيم كطريقة لحل المنازعات بين الأفراد، ولذا فإن الدولة تتدخل لمراقبة سلامة إجراءات التحكيم في الشيك، وسلامة الحكم، والسماح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظيم الإجراءات اللازمة لتنفيذ أحكام المحكمين، فحكم المحكم في الشيك يحوز حجية الأمر المقضي، ويستنفد ولاية من يصدره، والتزام المحكم بتطبيق قواعد القانون الموضوعي تجعله مثل القاضي العادي، كذلك يوجد هنالك العديد من الأنظمة التي تطبق على المحكمين شأنهم شأن القضاة كالرد، وعدم الصلاحية، عدا عن أن ذيوع التحكيم وانتشار مداه، وظهور العديد من المنظمات والهيئات والمراكز الدائمة التي تنظم التحكيم تؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك.[٢]

كما أن وظيفة المحكم وظيفة قضائية، وأن ما يصدر عنه من أحكام تُعد أعمالاً قضائية، سواء أكانت صادرة تطبيقاً لقواعد القانون أو وفقاً لقواعد العدالة، سواء صدر الأمر بتنفيذها أم لم يصدر، بل ويتميز حكم التحكيم في الشيك بعدم قابليته للطعن في معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية.[٣]

هذا وقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه[٤] إلى صرف الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك على التحكيم التجاري الدولي باعتباره قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية، حيث يرى أنه إذا كان من المقبول التردد في الوقوف على طبيعة التحكيم الداخلي، على اعتبار أنه بطانة للنظام القضائي للدولة فإن الأمر لا يجوز، ولا يصح أن يكون كذلك بالنسبة للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي، لأن التطور الحالي على المستوى العالمي قد مكن من الصبغة القضائية لمثل هذا النظام، حيث يُعد التحكيم في الشيك قضاءً أصيلاً للتجارة الدولية لأنه يهدف لتحقيق عدالة تتفق وطبيعة هذه التجارة، وتختلف عن فكرة العدالة لدى المحاكم الوطنية.[٥]

خلاصة ما ذهب إليه أنصار هذه النظرية أنهم نظروا إلى أن التحكيم في الشيك ذو طبيعة قضائية، وأن التحكيم من وجهة نظرهم قضاء إجباري يلزم الخصوم في حالة اتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم كطريقة لحل نزاعاتهم يحل محل قضاء الدولة الإجباري، وأن عمل المحكم عمل قضائي، ومهمته قضائية، وحكمه يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي.[٦]

---

[١] أبو زيد رضوان: الأسس العامة(مرجع سابق)، ص٢٧.
[٢] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٤، ووفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢٦-٢٧.
[٣] محمود مختار أحمد بريري: مرجع سابق، ص٧.
[٤] أمثال أبو زيد رضوان: الأسس العامة(مرجع سابق)، ص٣٤.
[٥] أبو زيد رضوان: المرجع السابق: ص٣٤.
[٦] خالد عبد العظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص٣٠، وأسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٨.

ومما يدلل ويترتب على الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك والأخذ بهذه النظرية:

١- أن حكم التحكيم في الشيك يتضمن كأي حكم قضائي حلاً لنزاع قائم بين الخصوم، ويتم صدوره بعد مداولة، حيث يكون له نفس الآثار التي ينتجها الحكم، وكذلك يتمتع الحكم بقوة تنفيذية ينقاد لها الخصوم، وبعبارة أبلغ فإن المحكم يعد قاضياً حقيقياً يحكم في نزاع حقيقي، وينتهي دوره بصدور حكم حقيقي أيضاً[١]، وإن عمل المحكم ما هو إلا شكل من أشكال ممارسة العدالة التي تقوم بممارستها الدولة، فإذا رخصت للأطراف اللجوء إلى التحكيم فإن مهمة المحكم تنحصر في ممارسة وظيفة قانونية عامة، وبالتالي فإن عمل المحكم عمل قضائي وحكمه حكم قضائي، يحوز حجية الأمر المقضي[٢] وهو لا يستند في عمله إلى عقد التحكيم وحده، وإنما إلى إرادة المشرع التي تعترف به.[٣]

٢- إن ما يؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك هو ما درجت عليه القوانين المختلفة من إطلاق اصطلاح الأحكام على أحكام المحكمين والأحكام القضائية، إضافة إلى القواعد التفصيلية التي أوردتها التشريعات لتنظيم الخصومة في التحكيم في الشيك، وإجراءات تسييرها وذلك بشكل يتطابق مع القواعد الموضوعية أصلاً للخصومة القضائية.[٤]

٣- هناك ثلاثة عناصر يجب أن تتوافر في العمل القضائي ألا وهي: الادعاء، والمنازعة، والشخص الذي يخوله القانون حسم وحل النزاع، وإذا نظرنا إلى هذه العناصر مجتمعة لوجدنا توافرها في عمل المحكم، فيُعد بذلك عملاً قضائياً ما دام جوهر القضاء هو تطبيق إرادة القانون، وكذلك إن حكم المحكم يتكون من ثلاثة عناصر وهي: إدعاء، وتقرير، وقرار، وهو بذلك يعد وفقاً لمعيار العمل القضائي عملاً قضائياً أيضاً، لأنه يقوم بتحقيق القانون في الواقع الفعلي، ويحل محل الخصوم في إعمال القانون.[٥]

٤- التسليم بحق الدولة في التدخل، لأن القضاء كأصل عام منوط بالسلطة القضائية، ويأتي التحكيم في الشيك استثناء يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة القيام بوظيفة القاضي، فلا بد للدولة أن تراقب ذلك بل وتتدخل بقواعد آمرة تتضمن سلامة إجراءات التحكيم في الشيك، وسلامة الحكم، وتسمح بالطعن فيه أما القضاء، وكذلك تنظيم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم في الشيك.[٦]

٥- لقد تطور موقف القضاء الفرنسي في هذا الشأن ووصل إلى أن تتراجع محكمة النقض الفرنسية عن اتجاهها باعتبار الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك، وقالت: إن أطراف الخصومة بالتجائهم للتحكيم إنما

---

[١] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥١.
[٢] أسامة أحمد حسين أبو القمصان: مرجع سابق، ص١٢٣.
[٣] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢٨.
[٤] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٢.
[٥] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢٨-٢٩.
[٦] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٢، وأسامة أحمد حسين أبو القمصان: مرجع سابق، ص١٢٤.

يعبرون عن إرادتهم بإعطاء الغير (المحكم) سلطة قضائية، وأكملت: أن التحكيم يعد قضاءً استثنائياً يكون للمحكمين فيه سلطة ذاتيه، مستقلة، للفصل في المنازعات التي يطرحها الخصوم عليهم.[١]

بالرغم من الحجج التي ساقها أصحاب هذه النظرية، وما لاقته من استقرار معظم الفقه القانوني على اعتبار الطبيعة القضائية هي المسيطرة والغالبة في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم في الشيك، حيث تركت بصماتها على نظام التحكيم في الشيك في الوقت الراهن، وقد أثرت هذه الطبيعة على التشريعات الوطنية التي تنظم التحكيم في الشيك، وترتب عليها تطبيق قواعد قانون المرافعات المنظمة للنشاط القضائي للمحكم وآثاره على خصومة التحكيم وأحكام المحكمين، إلا أنه وجه لها عدداً من الانتقادات منها:

١- أن النظرية القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم في الشيك، وذلك أن القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة، لا يتولاها سوى القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام، فالمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار، فإذا تم اختياره لحل نزاع فقد لا يختار لحل نزاع آخر حتى ولو كان يؤدي عمله في إطار هيئة تحكيم دائمة[٢]، وعليه يصعب أن نلحق أحكام التحكيم في الشيك بأحكام القضاء جملة واحدة، وهذا لأن هناك خلافاً بين المحكم والقاضي، لأن الأخير كما أسلفنا له وظيفة عامة، كما أن له سلطة الأمر والإجبار، ويعد منكراً للعدالة إذا امتنع عن الفصل بالنزاع[٣]، هذا على خلاف المحكم الذي لا يتمتع بأهم سلطات القاضي والمتمثلة بسلطة الجبر، فلا يلزم شاهداً بالحضور، ولا يجبر خصماً على تقديم دليل تحت يده، وبأن القضاء من مظاهر السيادة بما يحتم أن تستقل به الدولة، عدا عن وجود اختلاف في أحكام القانون الوضعي بين القضاء والتحكيم، وبأن الأخير يرمي إلى حماية مصالح خاصة.[٤]

٢- وقيل إن عمل المحكم في مجال التجارة الدولية يختلف عن عمل القاضي، فليس للمحكم ما للقاضي، كما أن حجية أحكام المحكمين وقوتها التنفيذية تختلف عنها بالنسبة للحكم القضائي، كما أن الاستقلال شرط التحكيم في التجارة الدولية ليس من شأنه إسباغ الصفة القضائية على التحكيم في هذا المجال، هذا بالإضافة إلى انتشار هيئات التحكيم الدائمة، وتطبيقها لقواعد خاصة واتباعها إجراءات مستقلة، ولا تسلب الأطراف القدرة على اتباع قواعد وإجراءات أخرى.[٥]

٣- إن التشبيه بين نظامي التحكيم في الشيك والقضاء، رغم ما قد يبدو فيه من تقوية لمركز التحكيم في الشيك إلا أنه ليس في صالح التحكيم دائما، هذا لأن التحكيم أسبق من القضاء بالوجود، وكذلك إن الدعوى ببطلان حكم المحكم تتصل في مجموعها بحالات تعيب عقد التحكيم وإنكاره، وهي بهذا الوصف تثير الشك

---

[١] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٢.
[٢] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٣١.
[٣] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٤.
[٤] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٤.
[٥] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٨.

في الصفة القضائية لحكم التحكيم، ومما يبرر ذلك وقف تنفيذ حكم المحكم عند رفعها، وهي أيضاً بالوصف المتقدم تكفي وحدها كوسيلة للتظلم من الحكم.[١]

حقيقة لا يسعنا إلا أن نقول إلا إن إنكار الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك وقراراته هو في الواقع إنكار لجوهره الحقيقي، ورغم أن العديد من الفقهاء اختلفوا حول الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك، وحول أساس تلك الوظيفة التي يباشرها المحكم إلا أنه يبدو أن الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك هي التي تحظى الآن بتأييد واسع في أحكام القضاء، ونحن نؤيد ذلك، وسوف نُبدى رأينا حول الطبيعة القانونية للتحكيم في الشيك فيما بعد على ما سوف نرى.

الفرع الثالث

الطبيعة المختلطة للتحكيم في الشيك

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم في الشيك ذو طبيعة مختلطة[٢]، وذلك في محاولة للتوفيق بين النظرية العقدية والنظرية القضائية للتحكيم، فليس بالإمكان إنكار أن التحكيم في الشيك قائم على إرادة الأفراد، حيث تبدو الصفة التعاقدية واضحة في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم، كطريقة لحل منازعاتهم وإحجامهم عن التوجه نحو قضاء الدولة، كذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع[٣]، وكذلك لا يمكن إنكار أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي، وذلك بفضل تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ إليه الأطراف لإعطاء قرار التحكيم القوة التنفيذية، حيث بهذا الأمر يتحول التحكيم إلى عمل قضائي[٤]، فكلتا النظريتين السابقتين قد أخطأت بالنسبة لطبيعة التحكيم إليهما، فالتحكيم في الشيك يقوم على إرادة الأطراف ثم يمر بمرحلة الإجراءات التي يقررها التشريع ويحدد نظامها، ثم تنتهي بعمل قضائي، ألا وهو حكم المحكم(أي قرار التحكيم)، وهذا الرأي يرى تبريره من وجهة نظر أنصاره بمصلحة التجارة الدولية، والتي تتطلب إطلاق حرية الاتفاق التحكيمي في بدايته ثم تحويله في مرحلته الأخيرة إلى القضاء حتى يكتسب القرار الذي يصدر فيه حجية ذاتية، فلا يحتاج إلى دعوى يعقبها حكم يضفي عليه هذه الحجية[٥]، فالتحكيم في الشيك عند أصحاب هذه النظرية ليس اتفاقاً محضاً، وكذلك ليس قضاء محضاً، بل هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابقاً مختلفاً[٦]، حيث يعبر الأستاذ الدكتور محسن

---

[١] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٤.
[٢] أمثال الفقيه محسن شفيق، أحمد السيد صاوي، وسامية راشد.
[٣] إبراهيم كمال: مرجع سابق، ص٨٢.
[٤] سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ط١٩٨٤م، منشأة المعارف، ص٧٠
[٥] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٨-٣٩.
[٦] أسامة أحمد حسين أبو القمصان: مرجع سابق، ص١٢٤، وخالد عبدالعظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص٣٠.

شفيق عن هذه النظرية بالقول بأن هنالك ثلاثة عناصر أساسية للتحكيم في الشيك وهي: الاتفاق، والإجراءات، والقرار الملزم.[١]

إذاً فقد لاحظنا أن كلاً من الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية تحتاج إلى مرحلة واحدة من مراحل التحكيم في الشيك حسب نظر أصحاب هذه النظرية المختلطة، حيث كل واحدة اصطبغت بالوصف القانوني بها، سواء أكان وصفاً عقدياً أم وصفاً قضائياً، فيرى أصحاب هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة مركبة، هذا لأن الأخذ بطبيعة واحدة منهما سواء الطبيعة العقدية، أو الطبيعة القضائية يثير العديد من المشاكل والصعاب في التطبيق، لذلك نادوا بالطبيعة المختلطة، فالعنصر الإرادي هو العنصر السائد في المرحلة الأولى للتحكيم في الشيك، وهي مرحلة الاتفاق على التحكيم في الشيك كأسلوب لحل المنازعات الناشئة عنه، أو التي قد تنشأ بين الفرقاء، ثم يترك الغلبة منذ بدء مرحلة التداعي للخصائص التي يتسم بها العمل القضائي.[٢]

لكل ما سبق فإن هذه النظرية تجعل المحكم يحتل موقعاً وسطاً بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية، فيتراخى الاعتراف لحكم المحكم لما بعد صدور الأمر بتنفيذه، وذلك كنتيجة للربط بين حجية حكم التحكيم في الشيك وقوته التنفيذية، ومن ثم يتمتع الحكم بطبيعة مزدوجة، فخلاصة هذا الاتجاه أن التحكيم في الشيك هو حقيقة ممتدة في الزمن تبدأ باتفاق التحكيم، وتنتهي بشمول حكم المحكم بأمر التنفيذ كما مر معنا، وخلال امتدادها الزمني يتعاقب عليها طابعان/ الطابع الأول: هو الطابع التعاقدي الذي يجسده التحكيم في الشيك، والطابع الثاني: هو الطابع القضائي الذي تجسده وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المعروض عليه.[٣]

ويترتب على الطبيعة المختلطة للتحكيم في الشيك والأخذ بها مجموعة من النتائج:

١- تعد القوانين واجبة التطبيق، فيما يتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق، ففي المرحلة الأولى يتم تطبيق القانون الواجب على الاتفاقيات والعقود، وفي المرحلة الثانية وهي مرحلة التداعي يتم تطبيق القانون الواجب على المسائل ذات الطابع القضائي، أما فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام فهي بمنزلة العقود قبل صدور الأمر بالتنفيذ، ويصبح بمثابة الحكم القضائي بعد صدور الأمر بتنفيذها، وهذا لا يعني فصلاً كاملاً بين أجزاء التحكيم في الشيك، بل إن هناك صلة قائمة بين أجزاء العملية التحكيمية.[٤]

---

[١] حسام الدين محمود زكريا الدن: حجية أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص٢٥.

[٢] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٤، وأيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٤، ودرويش مدحت الوحيدي: مرجع سابق، ص٤٢-٤٣.

[٣] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٣٥-٣٦.

[٤] سامية راشد: مرجع سابق، ص٧٠، وأسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٩، وعبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٤، وكمال إبراهيم: مرجع سابق، ص٨٣.

وبالرغم من الحل التوفيقي الذي جاءت به هذه النظرية، إلا أن هذا الاتجاه لقي هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً من قبل جانب من الفقه:

١- انتقدت هذه النظرية على أساس أن التحليل القانوني يجب ألا يقف عند حد القول بأن التحكيم في الشيك ذو طبيعة مختلطة، أو أنه خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يُعد بمثابة اعتراف بالعجز، ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعاده المتعددة[١]، حيث إن نقطة الضعف في هذه النظرية تكمن في محاولتها إيجاد حد زمني فاصل بين كل من الطابع العقدي والطابع القضائي للتحكيم في الشيك، وهذا خلاف للواقع في ظهور هذين الطابعين معاً منذ الاتفاق على التحكيم في الشيك وحتى الانتهاء منه بتنفيذ حكم المحكم، فإذا كان التحكيم في الشيك يبدأ من الاتفاق عليه، فإن هذا الاتفاق ليس بعيداً تماماً عن الطابع القضائي بحسبان أن موضعه هو إقامة كيان عضوي للفصل في النزاع، وإذا كان التحكيم في الشيك ينتهي بحكم، فهذا الحكم بدوره ليس منبت الصلة باتفاق التحكيم في الشيك، وأثره على سير خصومة التحكيم في الشيك وإجراءات الفصل فيه، ومن هنا كان الخلاف حول النقطة التي ينتهى عندها الطابع التعاقدي ويبدأ الطابع القضائي، فالبعض يعتد فيما يبدو ببداية ممارسة المحكم لمهمته أو على الأكثر بإصداره حكمه، والبعض الآخر لا يعتد إلا بالنقطة التي ينتهي عندها تماماً التأثير العقدي، وهي شمول المحكم بأمر التنفيذ.[٢]

٢- ليس صحيحاً أن المحكم يبحث فقط عن إرادة القانون بل ويطبقها، ولا يمنع هذا التطبيق أن المحكم شخص خاص، وليس في ذلك ما يمنع من اعتبار عمله قضاء يحتل موقعه إلى جانب قضاء الدولة، وقريب منه القضاء الأجنبي الذي يعترف القانون الوطني بأحكامه.[٣]

٣- أنه اختار أسهل الطرق والحلول، ولم يتصدى لجوهر المشكلة[٤]، إنما هو استبدل المشكلة الرئيسة بمشكلة أخرى، ألا وهي: كيفية تحديد العناصر التي يمكن وصفها بأنها تعاقدية، وكذلك تلك التي يمكن وصفها أنها قضائية، إضافة إلى ذلك أن الآخذ به ممكن أن يؤدي إلى حلول متعارضة نظراً لاختلاف الدور الذي تلعبه إرادة الخصوم في التحكيم الداخلي عنه في التحكيم الدولي، حيث إن إرادة الخصوم تتسع بدورها على صعيد التحكيم الدولي بصورة كبيرة، وذلك لعدم وجود قضاء دولي على غرار القضاء الوطني في كل دولة.[٥]

٤- إن أصحاب هذه النظرية برأيهم لم يميزوا بين حجية حكم التحكيم في الشيك وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي تثبت لحكم التحكيم في الشيك بمجرد صدوره، ولكن القوة التنفيذية لا تثبت إلا بصدور أمر تنفيذي قضائي من السلطات المختصة[٦]، وأنه يترتب على قبول هذه النظرية إهدار القيمة القانونية لحكم التحكيم في الشيك الذي لا يصدر الأمر بتنفيذه، وهذا يتنافى مع قصد المشرع من إقرار نظام التحكيم في

---

[١] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٣٧، وأيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٥.
[٢] أبو زيد رضوان :الأسس العامة للتحكيم (مرجع سابق)، ص٢٠وما بعدها.
[٣] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٧.
[٤] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٩.
[٥] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٥.
[٦] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٣٩، وعبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٥.

الشيك، ففكرة التحكيم تقوم أساساً على التنفيذ الاختياري لحكم المحكم الذي يكتسب الحجية فور صدوره دون أن يتراخى هذا الأثر حتى صدور الأمر بالتنفيذ[١]، ورغم صدق فكرة الطبيعة المركبة للتحكيم، والتي تجد أساسها في كونه اتفاقي النشأة، قضائي الوظيفة إلا أن هذه النشأة الاتفاقية لا تؤثر على سلطات المحكم القضائية، فالأصل المزدوج لسلطات المحكم متمثلاً في إرادة القانون، ثم تضفي إرادة الأطراف على مهمة المحكم بعض الخصوصية التي تنعكس على ممارسته لمهمته إلا أنها لا تنفي الطبيعة القضائية لها.[٢]

٥- إنه رغم هذه الطبيعة المختلطة للتحكيم في الشيك على أساس تحليل ورصد لما يؤثر في التحكيم في الشيك وهو أمر مهم جداً، فإن التحليل التشريعي يجب أن لا يقف عند حد القول بأن التحكيم ذو طبيعة مزدوجة أو خليط متجانس، فمثل هذا القول يعد بمثابة عجز واعتراف به أمام مواجهة الحقيقة، فالواجب منا أمام مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة محاولة تحليلها حتى نردها إلى عناصرها المميزة، ومحاولة تحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من المراحل المختلفة.[٣]

٦- ولأن التحكيم في الشيك نوع من أنواع القضاء تعيَن على المحكم الالتزام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي، ومن أبرزها وأهمها: احترام حقوق الدفاع، ومعاملة الخصوم على قدم المساواة، واتخاذ الإجراءات في مواجهة الخصوم، وبحضور جميع المحكمين تحت طائلة البطلان.[٤]

لكل ما سبق فإنه يتضح لنا ضعف التأصيل القانوني لهذا الاتجاه، مما دفع الفقه إلى تبني اتجاه آخر ينادي باستقلالية نظام التحكيم في الشيك، وعمل المحكم عن كل من التكييف التعاقدي، والتكييف القضائي، والتكييف المختلط، وهذا ما سنراه خلال الفرع التالي...

الفرع الرابع

الطبيعة المستقلة للتحكيم في الشيك

لقد دافع أنصار هذه النظرية عن استقلالية التحكيم في الشيك عن النظم الأخرى، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه[٥] أن التحكيم في الشيك له طبيعة خاصة، وأنه يجب النظر إليه نظرة مستقلة، ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية، لمحاولة ربطه بالعقد، أو بالحكم القضائي، أو بهما معاً[٦]، وذلك بسبب الاعتراضات والإشكالات القائمة عند محاولة تكييف التحكيم في الشيك مع أحدها، فالتحكيم في الشيك لدى أنصار هذا

---

[١] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٣٨.
[٢] سامية راشد: مرجع سابق، ص٧٠-٧١، ووفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٣٩.
[٣] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٥.
[٤] إبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٢٧.
[٥] أمثال: إبراهيم أحمد إبراهيم، ومصطفى الجمال، وحسني المصري، وعزت البحيري.
[٦] أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري(مرجع سابق)، ص١٩.

الاتجاه هو أداة قانونية لحل المنازعات تختلف عن العقد والقضاء[١]، ويهدف إلى تحقيق نوع من العدالة مختلفة عن العدالة التي يحققها كل منهما، والتحكيم في الشيك في نظر هذا الفقه ليس بقضاء خصوصي، وإنما هو طريق خصوصي في الفصل في المنازعات لا يتقيد فيه المحكم عند نظر النزاع بالإجراءات المحددة سلفاً بقواعد قانونية مجردة، إنما يترك لأطراف النزاع أو للمحكم اتباع الإجراءات التي يرون مناسبتها للنزاع وعلى حسب الأحوال، بينما يتميز القضاء بأنه طريق إجرائي عام لحماية الحقوق والمراكز القانونية، ويخضع دائماً لقواعد قانونية مجردة[٢]، فالتحكيم أسبق بظهوره من القضاء، حيث نشأ نشأة مستقلة عنه، واستمر قائماً بعد ظهور القضاء، هذا لأنه يشبع حاجة اجتماعية مختلفة لا يحققها القضاء، وبناء على ذلك فإن لجوء الأفراد للتحكيم إنما يهدف لنوع من العدالة مختلفة عن عدالة المحاكم.[٣]

حيث نادوا باستقلال نظام التحكيم في الشيك من خلال التأكيد على طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة، وقالوا: لماذا لا نقر التحكيم في الشيك بطبيعته الخاصة هذه، فهو نظام قانوني يمكن الأطراف من حل منازعاتهم بغير طريق القضاء، فهو نظام لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب، بل في غيرها من مواثيق دولية من معاهدات وقرارات لمنظمات دولية، وفي أنظمة لوائح هيئات التحكيم الدائمة المنتشرة في مختلف دول العالم.[٤]

ويستند أصحاب هذا الرأي في إبعاد التحكيم عن فكرتي العقد والقضاء إلى أنه إذا كان الأصل والأساس في عملية التحكيم في الشيك هو اتفاق التحكيم، فإن هذا الاتفاق لا يمثل جوهر التحكيم في الشيك، ولا يجوز المبالغة في دوره، فكيف يستقيم هذا القول في ظل التحكيم الإجباري، وتعيين المحكمة للمحكم في بعض الحالات، وفي هذا ما يبعد التحكيم عن فكرة العقد، كما أن الهدف من التحكيم في الشيك غير الهدف من القضاء، فهدف القضاء هو إنزال حكم القانون عن طريق السلطة العامة، أما غاية التحكيم في الشيك فهي اجتماعية، اقتصادية، حتى ولو تشابهت الوسيلة في النهاية في كليهما ألا وهي الحكم أو القرار.[٥]

وأكدوا كذلك على أن الأطراف في التحكيم في الشيك يهدفون في الأساس للوصول إلى نوع من العدالة تطبق على موضوع خلافهم تختلف عن عدالة المحاكم، أي يسعون لعدالة مرنة تجامل مصالحهم قبل أن تجامل الاعتبارات القانونية البحتة، ولهذا يكون المحكم مفوض بالصلح، وفي أغلب الحالات التي يكون المحكم ملتزم فيها بالقانون فإنه يظهر هذا النوع من العدالة التحكيمية المرنة من دون قصد، فيأتي بحلول وسطية بين الأطراف ومرضية لهم.[٦]

وإن كان التحكيم في الشيك يعني الرغبة في حل النزاع بوسيلة ودية بين الأشخاص، فإن ذلك يعني أن نأخذ عند تحديد الطبيعة التشريعية للتحكيم في الشيك بفكرة مستقلة عن النظم الداخلية، فالتقسيمات والأنظمة

---

[١] وجدي فهمي راغب: النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، طبعة عام ١٩٧٤م، ص١١٨وما بعدها.
[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: حجية أحكام التحكيم(مرجع سابق)، ص٢٦.
[٣] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٦.
[٤] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٤٠.
[٥] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٤٠.
[٦] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص٢٦.

الداخلية لا تُعد القوالب الملائمة حتى يتم وضع نظام مميز للتحكيم في إطارها، لأن ذلك سيكون على حساب الحقائق العلمية وصحتها[١]، والحقيقة أنه يجب أن ينصب البحث في هذه المسألة على حصر العناصر ذات الطابع الإرادي (التعاقدي) للتحكيم، وتميزها عن تلك العناصر ذات الطابع القضائي بحيث يمكن في النهاية تحديد مدى تداخل كل عنصر من العناصر التعاقدية والقضائية في تكوين نظام التحكيم، وإعطائه طبيعته الذاتية المستقلة، فالجهد يجب عدم توقفه على محاولة مزج وإذابة أحد العنصرين في الآخر، أو محاولة الدمج بينهما، بل تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما.[٢]

ويقول أنصار هذه النظرية أنه لا يمكن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم في الشيك ما لم يؤخذ في الاعتبار هدف التحكيم في الشيك، والمنعة المقصودة منه، أي تلك الضمانات التي يكون الأطراف بحاجة إليها والتي تلزمهم، حتى لا يتوجهوا للقضاء العادي لحل منازعاتهم، مثل السرعة وملاءمة الإجراءات، وكذلك السرية في كثير من الأحيان، وقالوا أيضاً: لماذا نغير حقيقة التحكيم في الشيك بقصد الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور، ويختلف عنها في الأمور الأخرى، مما يجعله عملاً له ذاتيته المستقلة تماماً عن سائر الأعمال التعاقدية والقضائية.[٣]

١- أن الطبيعة الحقيقية للتحكيم في الشيك تنحصر في أنه نظام أصيل متحرر من العناصر التعاقدية، أو القضائية مما يكفل السرعة الضرورية في نظر القضايا، وأن القضاء سلطة من سلطات الدولة يباشرها القاضي بهدف تحقق سيادة القانون على المصالح المتنازعة، على عكس التحكيم الذي لا يطبق القانون الموضوعي على النزاع، هذا لأن المحكم قد يطبق قواعد العدل والإنصاف، أو القانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقه.[٤]

٢- أن التحكيم في الشيك لا يمكن النظر إليه على أنه عقد مدني، لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع، ولا يرتب بذاته آثاراً إجرائية، كما أن اتفاق التحكيم لا يدخل في نطاق الإجراءات طالما أن التحكيم خارج عن اختصاص الدول، وإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على حل النزاع عن طريق التحكيم في الشيك، فإنه يجب عدم الخلط بين الاتفاق والتحكيم ككل، والعقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجباري.[٥]

٣- أن التحكيم في الشيك يختلف عن القضاء في بنائه، حيث يتولى قانون المرافعات مهمة تنظيم القضاء عضوياً وإجرائياً، أما التحكيم فإن من ينظمه قانون خاص به، كما أن عدالة التحكيم في الشيك تختلف عن

---

[١] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٤٢.
[٢] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص١٥.
[٣] أسامة أحمد الحواري: مرجع سابق، ص٤٠، ووفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٤١-٤٢.
[٤] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٤٢.
[٥] أسامة أحمد حسين أبو القمصان: مرجع سابق، ص١٢٥.

عدالة القضاء، وهذا لأن عدالة التحكيم في الشيك عدالة طبيعية سبقت في وجودها قضاء الدولة، وعليه فإن التحكيم غير القضاء، فهو طريق استثنائي لا يجوز سلوكه إلا في المنازعات المتفق عليها بين الأطراف.[1]

بناء على كل ما سبق فإن أنصار هذه النظرية ينتهون إلى أن التحكيم في الشيك يخضع لنظام قانوني خاص به ولطبيعة مستقلة، حيث يقف هذا النظام في منتصف الطريق بين النظام العام للتصرفات القانونية ونظام العمل القضائي.

وعلى الرغم من كل ما سبق إلا أن هذه النظرية تعرضت للانتقاد على النحو التالي:

١- أنها لا تقوم على التأصيل المنطقي السليم للأعمال القانونية، فالأعمال القضائية تعد أعمالاً مستقلة، وكذلك التصرفات القانونية تعد أعمالاً قانونية مستقلة، فالاستقلال لا ينبئ عن طبيعة العمل، بل إن ما يجعله مستقلاً أم غير مستقلٍ هو أصل العمل، وعليه فهل يمكن أن نقول إن طبيعة العمل القضائي هي الاستقلال؟ بالطبع الإجابة لا، هذا لأن العمل القضائي وأيضاً سائر الأعمال القانونية لا تتمتع بالاستقلال إلا لو كان لها أصل تنتمي إليه، ووظيفة تؤديها في الحياة القانونية، فإذا سلمنا أن التحكيم في الشيك له طبيعة مستقلة فما هي تلك الطبيعة، أي ما هو الأصل الذي ينتمي إليه التحكيم في الشيك كنظام، وحقيقة أن نظرية استقلال التحكيم في الشيك لم تقدم إجابة.[2]

رأي الباحثة:

بعد عرض النظريات السابقة والخاصة بتحديد طبيعة التحكيم في الشيك، وكذلك عرض الأسانيد والمبررات لكل من هذه النظريات، والانتقادات الموجهة لها، وذلك بشيء من التفصيل، وجب عليَ أن أرجح ما ارتأيته كطبيعة للتحكيم في الشيك وما أميل إليه من هذه النظريات والآراء والاتجاهات الفقهية.

فإذا ما ألقينا نظرة متفحصة ومعمقة على هذه النظريات التي خاضت في الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك نجد أنها جميعاً وبدون استثناء تتفق على تعريف موحد للتحكيم في الشيك، رغم احتدام الخلاف بينها حول طبيعة التحكيم في الشيك وعمل المحكم، ويبدو واضحاً أن مرجع صعوبة تحديد طبيعة التحكيم في الشيك وبالتالي عمل المحكم كون أنه ينصب على عملية مركبة ومعقدة تبدأ باتفاق التحكيم في الشيك، وتكوين هيئاته وسير خصومته، وما قد يواجهه من عوارض وحتى صدور الحكم وتنفيذه ومهاجمته عن طريق رفع دعوى بطلان أو اعتراض على أمر تنفيذ الحكم، لكل ذلك تختلف النتائج القانونية لاختلاف وجهات النظر الفقهية في هذا المجال، إلا أن المُسلَم به أن المشرع حاول تنظيم خصومة التحكيم في إطار متكامل في قوانين التحكيم.

---

[1] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٤٣، وأيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص٥٦.
[2] محمد حلمي عبدالحميد زيدان: مرجع سابق، ص٤٥.

ويمكننا القول إننا نميل مع غالبية الفقه القانوني في اعتبار التحكيم في الشيك ذا طبيعة قضائية، فهذا الاتجاه أصبح المسيطر والغالب في طبيعة التحكيم في الشيك، كما يجب التفرقة بين الاتفاق على التحكيم في الشيك وعمل المحكم ذاته، فالاتفاق على التحكيم في الشيك سواء كان وارداً في صورة شرط تحكيم في العقد الأصلي، أو في صورة مشارطة تحكيم في اتفاق منفصل ومستقل هو عقد بالمعنى الصحيح وتنطبق عليه القواعد المتعلقة بالعقود كافة، أما عمل التحكيم في الشيك الذي يقوم به المحكم، سواء من حيث كيفية نظر النزاع، أو الفصل فيه، فإن هذا العمل في جوهره يعد عملاً قضائياً، تتوافر فيه كل سمات العمل القضائي الذي تتفق مع طبيعة التحكيم في الشيك ولا تتعارض معه.

فنظام التحكيم في الشيك ذو طبيعة قضائية، هذا بسبب أن التحكيم في الشيك يبدأ بحسب الأصل باتفاق التحكيم، وهذا الاتفاق يتم بصدده إحالة النزاعات التي نشأت إلى هيئة مختصة بالفصل في النزاع، وبمجرد قبول المحكم لهذه المهمة الموكلة إليه تنتهي المرحلة الأولى ألا وهي مرحلة الاتفاق، ثم تبدأ مرحلة جديدة وهي مرحلة الإجراءات التي تكتسي ثوباً قضائياً، فالمحكم منذ قبوله لمهمة التحكيم فإنه يعرض عن إرادة الأطراف، ويستقل في إجراءات الخصومة وفقا للطلبات التي يتم تقديمها، ولهذا فإن عمله يصطبغ بالصفة القضائية، ولا ننكر أن المحكم يقوم بالفصل بالنزاع وفقاً لما اتُفِقَ عليه من قبل الأطراف، إلا أن ذلك يمنع أن يملي أحد الأطراف على المحكم كيفية الفصل بالنزاع، وإلا كان المحكم منحازاً لأحدهم، وأخيراً تأتي مرحلة حسم النزاع من قبل المحكم بإصدار حكم التحكيم في الشيك، وكذلك هذه تصطبغ بالصفة القضائية.

ونستند في ذلك إلى هذه الحجج التالية:

١- أن الدولة تعترف بالتحكيم في الشيك كنوع من أنواع القضاء والفصل في بعض المنازعات، وهذا من خلال اعترافها لبعض الأشخاص بالقيام بهذه المهمة في صورة التحكيم في الشيك في نطاق معين.

٢- إن جوهر الأعمال القضائية هو الفصل في نزاع معروض، وتطبيق حكم القانون عليه، وهذا الدور يمكن أن يتم عن طريق القضاء، وكذلك عن طريق التحكيم في الشيك.

٣- إن وجود بعض الفوارق بين القضاء والتحكيم في الشيك، وتميز كل منهما ببعض القواعد الخاصة لا يحول دون الاعتراف بالصفة القضائية للتحكيم في الشيك، لأن ذلك لو صح فإن هذا سيعني أن الحكم الأجنبي أيضاً لا يعد قضاء، هذا لأنه ينطبق عليه نفس الحكم، وهو ما لم يَقُل به أحد.

٤- إن القرار الصادر والفاصل في النزاع يحوز حجية الأمر المقضي به، ومعروف أن هذه الحجية لا تتمتع بها إلا القرارات القضائية.

الفصل الثاني

أثر اتفاق التحكيم على الشيكات وحكمه

نحن نعلم بأن اتفاق التحكيم في الشيك ما هو إلا تراضٍ بين أطراف علاقة قانونية معينة على اللجوء إلى التحكيم، وذلك بغرض حل المنازعات بشكل جزئي أو كلي، التي نشأت أو قد تنشأ بينهم، وإن اتفاق التحكيم في الشيكات شأنه شأن أي اتفاق تحكيمي آخر، فهو تلاقي إرادتين أو أكثر بغرض إحداث أثر قانوني، وسنتناول هذا الأثر من خلال المبحث الأول بعنوان: أثر اتفاق التحكيم على الشيكات ونطاق سريانها على الأطراف، ومن ثم سنتحدث عن حكم التحكيم في الشيك وتنفيذه عبر المبحث الثاني.

المبحث الأول

أثر اتفاق التحكيم على الشيكات ونطاق سريانها على الأطراف

إذا تم إبرام اتفاق التحكيم بين أطرافه في الشيكات، فإنه يترتب على ذلك آثارٌ قانونية، تتمثل في إقصاء المحكمة المختصة أصلاً بنظر المنازعة، وانعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم، وبناء على هذين الأثرين فإنه يترتب على اتفاق التحكيم آثار تتعلق بأحد أطرافه كأشخاص طبيعيين، وآثار تتعلق بالطرف الآخر كشخص معنوي وهو البنك، وسنوضح كل هذا من خلال المطالب التالية، حيث سنتناول بالدراسة آثار اتفاق التحكيم على الشيكات خلال المطلب الأول، ومن ثم سنتناول عبر المطلب الثاني نطاق سريان اتفاق التحكيم في الشيكات على الأطراف، وهذا على النحو التالي.

المطلب الأول

آثار اتفاق التحكيم على الشيكات

يترتب على شرط التحكيم بخصوص المنازعات الناشئة عن الشيك بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم، أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين، وليس بوساطة قضاء الدولة، أثران مختلفان، أحدهما يتمثل في حق كل طرف من طرفي النزاع التمسك باتفاق التحكيم في الشيك ويطلق عليه الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الشيك، وإعمالاً لهذا الأثر يلتزم كل من طرفي النزاع بعدم عرقلة استعمال الآخر لحقه في الالتجاء للتحكيم، والآخر يتمثل في الالتزام من قبل طرفي النزاع بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل فيما بينهما، وهذا الأثر يطلق عليه الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الشيك، بحيث يعد

الأخير من أهم الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، مع ملاحظة أن استبعاد القضاء الوطني لا يكون بصفة نهائية، ونص المادة (٧) من قانون التحكيم الفلسطيني يعالج هذه الآثار التي تترتب على اتفاق التحكيم، حيث نصت على: "١- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء، وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم. ٢- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم، والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم"[١]، وسنتناول الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم خلال الفرع الأول، ومن ثم الفرع الثاني سنتناول فيه الأثر السلبي لاتفاق التحكيم على ما سوف نرى.

الفرع الأول

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الشيك

يلزم اتفاق التحكيم الأطراف بأن يعهدوا بالمنازعة الناشئة بينهم، والمتفق على حلها عن طريق التحكيم إلى المحكم، أي من حق كل طرف من الأطراف الالتجاء إلى التحكيم في الشيك كما أن اتفاق التحكيم يعد الأساس أو المصدر الذي تستمد منه هيئة التحكيم في الشيك اختصاصها بالفصل في المنازعة[٢]، حيث إنه يتم هنا سلب السلطة القضائية كسلطة أصيلة، عملها بوجود التحكيم في الشيك كطريق اختياري، وإعطائه السلطة في نظر ما قد يثور بين الأطراف من منازعات، والتصدي لها وفقاً لاتفاق الأطراف، فمتى التزم الخصوم بالتحكيم في الشيك وجب فض النزاع بهذه الطريق (طريق التحكيم)، والاعتداد بالحكم الصادر فيه، واعتباره كأنه قد صدر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ومن ثم يخضع هذا الحكم لسائر القواعد والإجراءات المقررة بالنسبة للأحكام القضائية الصادرة من المحكمة المتقدمة، سواء من ناحية جواز الطعن فيه أو عدم جوازه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو من ناحية إجراءات هذا الطعن، أو من ناحية تنفيذه، وقد لا يقتصر اتفاق الخصوم على مجرد التحكيم في الشيك، وإنما قد يتضمن أيضاً اعتبار الحكم الصادر من المحكم غير قابل لأي طعن، أو اعتباره انتهائياً في جميع الأحوال، أو قد يتضمن تفويض المحكم بالصلح.[٣]

---

[١] يقابله نص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري، والتي تنص على: "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأن اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذ دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن (مرجع سابق)، ص١٠٤.

[٣] أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم (مرجع سابق)، ص١٤٣، ومحمد أمين فضلون: التحكيم، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، عام ١٩٩٤م، ص١٣٠.

إذاً فإننا في هذا الأثر الإيجابي سنعالج مسألة: ١- التزام الأطراف بما عهدوا به إلى المحكم من المنازعات المتفق على حلها بطريق التحكيم، وأن يكون التنفيذ لما عهدوا إليه تنفيذاً عينياً، و٢- اختصاص هيئة التحكيم بالفصل باختصاصها.[١]

١- التزام الأطراف بما عهدوا به إلى المحكم من المنازعات المتفق على حلها بطريق التحكيم في الشيك، وأن يكون التنفيذ لما عهدوا إليه تنفيذاً عينياً:

أولاً: مبدأ التزام الأطراف بما عهدوا به إلى المحكم من المنازعات المتفق على حلها بالتحكيم في الشيك:

يجب على الأطراف أن يلتزموا بما عهدوا به من نزاع موضوع اتفاق التحكيم في الشيك إلى المحكم، كما يجب أن يتم تنفيذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً[٢]، فالتحكيم في الشيك وليد إرادة أطرافه واتفاقهم على تسوية منازعاتهم المتعلقة بالأوراق التجارية الشيكات بالتحكيم بدلاً من قضاء الدولة، يترتب عليه أن اتفاق التحكيم في الشيك كأي عقد آخر يحكمه مبدأ القوة الملزمة للعقود، النابعة من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويعد هذا المبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود، وشرط التحكيم في الشيك هذا لا يمتد إلى غير أطراف الورقة التجارية، ما لم تكن هناك نية واضحة على ذلك.[٣]

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بأنه لا يوجد في اللحظة الراهنة أية صعوبات في الاعتراف بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في الشيك، على اعتبار أنها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي بشأن التحكيم الدولي، وحتى على اعتبار أنها قاعدة من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي، ولعل ذلك هو ما يفسر من وجهة نظر هذا الفقه بأن القضاء الفرنسي لا يلجأ إلى البحث عن القانون واجب التطبيق من أجل تطبيق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.[٤]

وعلى الرغم من أن القوة ملزمة لاتفاق التحكيم في الشيك بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أنه ثمة منازعات تخرج حتماً عن سلطة المحكم، وإن كانت ناشئة بين نفس الخصوم الذين سبق اتفاقهم على التحكيم في الشيك، وذلك لاعتبارات غالباً تتصل بالنظام العام وما يقتضيه، وليس للمحكم سلطة سوى في نظر الخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد المتفق فيه على التحكيم في الشيك، أو تلك الخلافات التي تم تحديدها في مشارطة التحكيم، وإذا ثار نزاع بين طرفي عقد التحكيم في الشيك على أمر لا يقع ضمن المسائل المتفق عليها في التحكيم وجب طرحه على القضاء العادي، ولا يملك المحكم أن يفصل فيه طالما لم يقبل الأطراف صراحة أو ضمناً تحكيمه.[٥]

---

[١] حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص١١٠.
[٢] أيسر عصام داؤد سليمان: مرجع سابق، ص١٤.
[٣] محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤١.
[٤] حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص١١١.
[٥] أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم (مرجع سابق)، ص١٤٤.

ولقد أقرت المعاهدات الدولية المبرمة بين الدول والمتعلقة بالتحكيم منذ فترة بعيدة الالتزام الواقع على الأطراف بما تعهدوا به للمحكمين من منازعات متفق على حلها بواسطة التحكيم، فمنذ عام ١٩٢٣م أقر بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم ومشارطة التحكيم هذا الحل ضمناً بتأكيده، في المادة الأولى منه، على صحة شرط التحكيم ومشارطة التحكيم الواردة بين الأطراف في المعاهدة، وكذلك أقرت معاهدة نيويورك الموقعة في ١٠ يونيو ١٩٥٨م، والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الثانية فيها فقرة ١ على أن: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم".[١]

وكأي عقد فلا يجوز لأي من أطرافه العدول عن اتفاق التحكيم في الشيك إلا بموافقة الطرف الآخر، ولترتيب هذا الأثر فإنه يفترض أن يكون الاتفاق على التحكيم في الشيك صحيحاً، ونافذاً، وقابلاً للتطبيق، وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٨: "...وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، فإذا حكم ببطلان الاتفاق على التحكيم زالت آثار الاتفاق على التحكيم، وعاد لطرفيه الحق في الالتجاء إلى قضاء الدولة[٢]، ونفس الأمر إذا استحال عرض النزاع على التحكيم المتفق عليه.[٣]

وعلى الرغم من أن معاهدة جنيف الموقعة في ٢١ أبريل ١٩٦١م لم تعالج بشكل مباشر الالتزام الواقع على عاتق الأطراف بالعهدة إلى المحكمين بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم في الشيك، إلا أنها كرست هذا الالتزام من خلال التنظيم الدقيق الذي وضعته لكيفية تعيين المحكم أو المحكمين في حالة عدم تحديد الأطراف لهذا التعيين وذلك في المادة الرابعة منها، فهذه النصوص تتضمن بوضوح أن الأطراف ملزمة بالعهدة الوارد بخصوصها الاتفاق على التحكيم في الشيك إلى المحكمين، وحقيقة إن هذا الأمر الواقع على الأطراف، أي ما عهدوا به إلى المحكمين بالمنازعة التي اتفق على حلها بالتحكيم في الشيك، يتطلب من أجل ضمان فاعليته واحترامه أن يكون نكوص أحد الأطراف عن القيام بهذا الالتزام مقترناً بإمكانية الزامه على التنفيذ العيني لهذا الالتزام[٤]، وسنوضح هذا فيما يلي...

---

[١] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١١٣.
[٢] فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية، عام٢٠٠٧م، ص١٧٨.
[٣] نقض مصري، ٢٤يونيو ١٩٦٤ في الطعن ٦٢ لسنة٢٧ق، مجموعة النقض١٥، ص٨٥٧، ومشار إليه لدى فتحي والي: مرجع سابق، ص١٧٨.
[٤] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١١٣-١١٤.

ثانياً: التنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم بالعهدة بالمنازعة محل التحكيم في الشيك إلى المحكم:

يذهب جانب من الفقه[١] إلى القول بأن اتفاق التحكيم في الشيك الذي لا ينتج عن مخالفته إلا إمكانية إلزام الطرف الذي تخلف عن وضعه محل التنفيذ، بالتعويض، يعد اتفاقاً محدود الفعالية، وهذا بسبب صعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف، والمترتب على عدم قدرته على عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم أمام المحكم، نظراً لأن جهة قضائية وطنية قد أقرت واعترفت باختصاصها بنظر هذه المنازعة، ودون أدنى شك فإن هذا الضرر يمكن أن يكون ضرراً حقيقياً مادياً لفقدان الشخص التمتع بالمزايا التي تمنحها معاهدة نيويورك بشأن تنفيذ والاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

وإن التزام الأطراف بالعهدة بالمنازعة موضوع اتفاق التحكيم في الشيك إلى المحكم هو التزام عيني واجب التنفيذ، وعليه فإن اتفاق التحكيم في الشيك يجب أن ينفذ عيناً، أي أن تتم إحالة موضوع النزاع إلى هيئة التحكيم للفصل وحسم النزاع محل الاتفاق، وهذا إعمالاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين.[٢]

وعودة على ما ذكرناه في أن ترتيب هذا الأثر يفترض أن يكون الاتفاق على التحكيم في الشيك صحيحاً، ونافذاً، وقابلاً للتطبيق، ووفق ما جاء في المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية لسنة ١٩٥٨م بأنه: "...وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، أو لا أثر له، أو غير قابل للتطبيق"، فإذا حكم ببطلان الاتفاق على التحكيم، زالت آثار الاتفاق، وعاد لطرفيه الحق في الالتجاء إلى قضاء الدولة.[٣]

فإن الطرف الذي يتحصل على حكم بالزام الطرف المتعاقد معه من قبل الجهات القضائية في دولة ما سوف يكون في مركز أقل ملاءمة له فيما يتعلق بتنفيذ هذا الحكم، وفقاً لاتفاقية نيويورك، عما إذا كان القرار الذي يريد تنفيذه هو حكم تحكيمي صادر من هيئة تحكيم اتخذت من إحدى الدول المتعاقدة مقراً لها، حيث إن هذا فرض يتحقق بشكل مستمر، وذلك لأن الغالبية العظمى من الدول تعد أطرافاً من هذه الاتفاقية، وهو ما يسهل تنفيذ هذا الحكم المحلي والاعتراف به.[٤]

إلا أننا نجد وفي الوقت الحاضر أن بعض الأنظمة ذات النزعة المعادية للتحكيم في الشيك[٥]، لا تعترف بالتنفيذ العيني كجزاء لعدم احترام الاتفاق على التحكيم في الشيك، بل وتذهب المحاكم البرازيلية إلى أنه إذا رفض أحد الأطراف إبرام مشارطة تحكيم، أو شرط التحكيم، فإنه لا يمكن إجباره على ذلك، وبعبارة أخرى فإنه وعلى الرغم من أن شرط التحكيم في الشيك يعد بمثابة عقد يفرض الإلزام بإبرام عقد آخر هو المشارطة،

---

[١] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١١٤.
[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق، ص١٠٥.
[٣] فتحي والي: مرجع سابق، ص١٧٨.
[٤] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١١٤.
[٥] مثل القانون الروماني.

فإن هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه عيناً، فرفض إبرام مشارطة التحكيم في الشيك قد يؤدي على الأكثر عندهم إلى مسؤولية الطرف الذي نكص عن إبرام المشارطة بأن يقوم بتعويض الطرف الآخر الذي تسبب له بالضرر عن نكوصه، في حالة إثبات تحقق هذا الضرر، وهو كذلك حال العديد من دول أمريكا اللاتينية، على الرغم من وجود تطور ملموس في هذه الدول لصالح التحكيم، وفي الحقيقة إن مثل هذه الأنظمة التي تتبع مثل تلك الحلول ما هي إلا أنظمة قانونية آخذة في العزلة، حيث إن الغالبية العظمى من الأنظمة القانونية الوضعية تحوي نصوصاً تسعى إلى ضمان التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم في الشيك، فالتنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم في الشيك يتم من خلال استعمال طرق ووسائل تسعى إلى قهر مقاومة الطرف الذي بعد أن قبل الاتفاق على التحكيم في الشيك أصبح لا يريد المشاركة في إجرائه، بل ويحاول بشتى الوسائل أن يؤخر اللجوء إلى استخدام هذه الإجراءات، وفي هذا الفرض فإن التحكيم في الشيك يشرع بالقيام في اتخاذ إجراءاته، وهذا برغم امتناع هذا الطرف الناكص عن التزامه والمشاركة في إجراءات التحكيم في الشيك.[١]

فوفقاً للأثر الإيجابي فإنه يتعين على الأطراف احترام التعهد الصادر عنهم، بحيث يتم السير في خضم اتفاق التحكيم في الشيك والمشاركة في إجراءاته، وإحالة المنازعات المتفق عليها إلى قضاء التحكيم، هذا يعني أن اتفاق التحكيم في الشيك يتمتع بالقوة الملزمة والتنفيذ العيني لما تم الاتفاق عليه.[٢]

ويذهب بعض الفقه[٣]، للقول بأن القاعدة القانونية التي تبعاً لها يجب تنفيذ الالتزام بالاتفاق على التحكيم في الشيك تنفيذاً عينياً، شأنها في ذلك شأن الالتزام بالعهدة إلى المحكم بالمنازعة المتفق على حسمها عن طريق التحكيم، تُعد قاعدة مادية من قواعد القانون بشأن التحكيم الدولي، تعكس قاعدة عابرة للدولة المتعلقة بالتحكيم الدولي، وينتج عن ذلك أن القاضي الفرنسي المعروض عليه منازعة بخصوص وجود اتفاق صحيح على التحكيم، وذلك في معرض فحص الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الصادر في فرنسا، وذلك إعمالاً بالمادة (١/١٥٠٢)، أو إذا تعلق الأمر بإصدار الامر بالتنفيذ لحكم التحكيم صادر في الخارج، فليس عليه أن يقوم بالبحث فيما إذا كان القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في الشيك، سواء كان هذا القانون مختاراً من قبل الأطراف، أو أنه قد تم تعيينه من خلال ضوابط الإسناد الموضوعية المؤثرة في الدعوى، يقبل أن يتم تنفيذ الاتفاق على التحكيم في الشيك تنفيذاً عينياً.

لكل ذلك فإننا نوصي مشرعنا الفلسطيني بوضع نص قانوني وصريح يؤكد فيه على الأطراف قيامهم بالتنفيذ العيني لالتزاماتهم في اتفاق التحكيم في الشيك حيث ينص فيه على أنه: "يجب القيام بالتنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم في الشيك بالعهدة بالمنازعة محل التحكيم إلى المحكم".

---

[١] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١١٥وما بعدها.

[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن(مرجع سابق)، ص١٠٥.

[٣] أمثال E. Gaillard في مقال له المنشورة في ٢ J.Cl.Dr.Inter,FASC ٥٨٦-١, ١٩٩٤, no، والمشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق،١٢٣.

وإلى جانب هذه النتيجة الأولى المترتبة على فكرة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الشيك، فإن هذا الأثر يرتب أيضاً نتيجة أخرى وهي التي تتعلق باختصاص هيئة التحكيم في الشيك بالفصل في مسألة اختصاصها، والتي سأعرض لها الآن.

٢- اختصاص هيئة التحكيم في الشيك في الفصل في اختصاصها:

إن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة من اختصاصه يُعد من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي، ومن أدقها في الوقت ذاته، وآثار العقد التحكيمي هي أن الجهة التي كانت مختصة بنظر النزاع لا تعود مختصة بذلك، فالعقد التحكيمي يفضي إلى تنازل من الأطراف عن اللجوء إلى المحاكم القضائية المختصة أصلاً.[١]

ويستمد مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه أساسه من العديد من المصادر الشكلية سواء أكانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم، أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول، وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم، إذ تنص العديد من القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه[٢]، ومن بين هذه القوانين قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقانون التحكيم الفلسطيني، حيث تنص المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصري على أنه: "١- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ٣- لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع، أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً".

وكذلك تنص المادة (١٦) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور التالية: ١- المسائل المتعلقة بالاختصاص، ٢- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، ٣- الطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم، ٤- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض أمامها".

وكذلك فإن القانون الفرنسي كرس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة الاختصاص بالنسبة للتحكيم في المادة (١٤٦٦) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، والتي تنص على أنه: "إذا أنكر أحد الأطراف على المحكم سلطة في الفصل في المنازعة أو نازع في نطاق هذه السلطة، فإن المحكم يختص بالفصل في صحة وحدود ولايته".

---

[١] عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم –التحكيم في البلاد العربية-، ج١، ص٧٤٤.

[٢] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٢٥ وما بعدها.

ولا يقتصر هذا المبدأ على مصر وفلسطين وفرنسا، إنما هناك العديد من النصوص الحديثة المنظمة للتحكيم في العديد من الدول الغربية تقرر نفس المبدأ[١]، وكذلك العديد من الدول العربية[٢].

هذا يعني أنه على المحكمة(الهيئة) التي يرفع إليها النزاع محل اتفاق التحكيم في الشيك والمعروض عليها أن تختص بالفصل في مسألة اختصاصها، وأن تحكم بعدم قبولها الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، وهذا وفقاً لنص المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري، حيث نصت على أنه: "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، ٢- ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم تحكيم"[٣]،

أما المادة (٧) من قانون التحكيم الفلسطيني فقد نصت على أنه: "١- إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فإنه يجوز للطرف الآخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء، وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم، ٢- لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم والاستمرار فيه أو إصدار قرار التحكيم".

وعلى ما سبق يتضح لنا من نصوص القانون أن شرط التحكيم في الورقة التجارية (الشيك) لا يعد مانعاً للقاضي من نظر النزاع إذ لم يقم صاحب المصلحة بشرط التحكيم بالدفع، فهو لا يعد من النظام العام، وبناء على ذلك فإنه إذا تم عرض النزاع على القضاء من قبل أحد أطراف اتفاق التحكيم في الشيك، فهذا يعني تخليه عن ذلك الاتفاق، فإن حضر الطرف الآخر وساير خصمه على ما لجأ إليه، وبدأ في مناقشة موضوع النزاع، ولم يقم بالتمسك بشرط التحكيم في الشيك، فإن هذا يعني أنه تخلى هو الآخر عن شرط التحكيم في الشيك وما يرتبه من آثار، وبالتالي فإنه يجب على أي طرف من أطراف النزاع يريد أن يتمسك بشرط التحكيم في الشيك أن يقوم بالدفع أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع بوجود شرط التحكيم في الشيك قبل مباشرة إجراءات النظر في موضوع النزاع.[٤]

وعليه، فإن المحكمة لا تحكم بذلك من تلقاء نفسها، وتطبيقاً لهذا الشأن فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الطبيعة التي يتسم بها شرط التحكيم تجعله غير متعلق بالنظام العام، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي

---

[١] كالقانون السويسري في نص م١٨٦ من القانون الدولي الخاص الجديد، وم ١٦٩٧ من البلجيكي، وم ١٠٥٢ من القانون الهولندي، وم ٣/٢٣ من القانون الاسباني، مشار إلى هذه القوانين لدى حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٢٧.

[٢] مثل الأردن حيث نصت على ذلك في المادة ٦ من قانون التحكيم الاردني، وم ٥/٢٠٣ تحكيم اماراتي، وم ١/٢١/أ تحكيم تونسي، وم ٢/١٥٤ تحكيم سوداني، وم ١٧٣ مرافعات كويتي، وم ١٩ تحكيم يمني، ومشار إلى هذه القوانين لدى عبدالحميد الأحدب: مرجع سابق، ص٦٦-٨٢٣.

[٣] أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، ص ١٠٥-١٠٦، وراجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص١٣.

[٤] محمود مختار بريري: مرجع سابق، ص٦٣، وإبراهيم حرب محيسن: مرجع سابق، ص٣٥.

بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، إذ يعد السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به".[١]

فمتى رفع أحد الأطراف دعوى قضائية جاز للطرف الآخر التمسك بسبق الاتفاق على التحكيم في الشيك، حيث يقع الالتزام على المحكمة عدم قبول الدعوى، ونؤكد على أن المحكمة لا تحكم بعدم القبول من تلقاء نفسها، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها، حيث إنها ذهبت للقول: "بأن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعد السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به"[٢]

ولا يكون للمحكم سلطة إلا في نظر المنازعات والخلافات الناشئة عن تنفيذ العقد المتفق فيه على التحكيم في الشيك، أو تلك المنازعات المحددة في مشارطة التحكيم، وإذا تم إثارة نزاع بين طرفي عقد التحكيم في الشيك على أمر لا يدخل في نطاق المسائل المتفق فيها على التحكيم في الشيك وجب طرحه على القضاء العادي، وليس للمحكم أن يقوم بالفصل فيه، ما لم يقبلوا صراحة أو ضمناً التحكيم بصدده، كما لو طرح أحدهم النزاع عليه، وصدر من الآخر ما يفيد قبوله التحكيم في شأنه.[٣]

يتبين لنا من نص المادة (١٣) تحكيم مصري، ونص المادة (٧) تحكيم فلسطيني، أن هذه القوانين اعتمدت ثلاثة قواعد[٤] ألا وهي:

١- إن اتفاق التحكيم في الشيك يفضي إلى أن تصبح المحكمة القضائية منزوعة الاختصاص.

٢- يجب على المدعى عليه أن يدلي بهذا الدفع قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

٣- لا يمنع رفع الدعوى أمام القضاء العادي البدء في إجراءات التحكيم، أو الاستمرار فيها، أو إصدار حكم تحكيمي.

---

[١] نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤م، مجموعة المكتب الفني سنة ١٧، طعن رقم ١٦٧، سنة ٣١ق، ص ١٢٢٣، ومشار إليه لدى راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص١٤.

[٢] الطعن رقم٩، لسنة ٤٢ق، تاريخ الجلسة ١٩٧٦/١/٦م، مكتب فني ٢٧، جزء رقم ١، ص١٣٨، ومشار إليه لدى محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤١-٢٤٢.

[٣] أحمد أبو الوفا: عقد التحكيم(مرجع سابق)، ص١٤٤.

[٤] عبدالحميد الأحدب: مرجع سابق، ص٧٤٤-٧٤٥.

وبذلك فقد أضفى المشرع على اتفاق التحكيم في الشيك قوة إلزامية من نوع خاص وذلك لاستقرار التعامل، وإلزام الأطراف بالوفاء بعهودهم، وفي المقابل منع المحكمة أيضاً من سماع الدعوى إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم.[١]

فالدفع بعدم القبول هو دفع لا يتعلق بالنظام العام، وإنما هو مقرر لمصلحة أطراف العلاقة التحكيمية، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناءً سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبني مباشرة وفي كل حال على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم وتأخذ قواماً لوجوده، تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعد السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به".[٢]

على الرغم من كل ما جاءت به القوانين الوضعية المعاصرة في العديد من الدول من أجل تنظيم التحكيم، وما كرسته من مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، إلا أن هذا المبدأ لم يقتصر تنظيمه على ما جاءت به الدول المعاصرة، إنما كان هناك موقف للمعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم من هذا المبدأ، والسؤال هنا: ما هو موقف المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم من هذا المبدأ؟؟

نجيب عن هذا السؤال بما يلي[٣]:

بالنسبة لمعاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في ١٠ يونيو ١٩٥٨م، لم تتعرض لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، ولعل ذلك الإغفال من جانبها لمثل هذه المسألة مبعثه أن الهدف المباشر لهذه المعاهدة هو تحديد شروط الاعتراف، وتنفيذ حكم المحكم.

أما عن معاهدة جنيف فهي على عكس معاهدة نيويورك، فمعاهدة جنيف الموقعة في عام ١٩٦١م تعرضت لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل واضح، فقضت في المادة الخامسة فقرة ٣ على أن: "لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص، أن يتخلى عن نظر المنازعة، وله أن يفصل في مسألة إختصاصه، وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو في وجود وصحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزءً منه، وذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي.

ولقد تبنت معاهدة واشنطن التي أنشأت البنك الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار قاعدة مماثلة للقاعدة السابقة في المادة (٤١) منها، والتي تنص على أن: "المحكمة هي التي تحدد اختصاصها".

---

[١] ناظم عويضة: مرجع سابق(شرح قانون التحكيم) ص٧٢.
[٢] نقض مصري، الطعن رقم ١٦٧- ٣١ق، جلسة ١٩٩٦١/٥/٢٤، مجموعة الأحكام س١٧، ص١٢٢٣.
[٣] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٢٨وما بعدها.

كما ذكرت ذات المادة في فقرتها الثانية أن أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة، وتقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة، أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع.

كذلك فإن لوائح التحكيم الأساسية تؤكد على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، فلائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تنص في المادة (١/٢١) على هذا المبدأ، وكذلك لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس في المادة (٣/٨).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، ما هو أثر اتفاق التحكيم في الشيك بشأن مسألة أولية، وما هو أثره على حصانة الدولة القضائية؟؟

أولاً: أثر اتفاق التحكيم في الشيك بشأن مسألة أولية[١]:

إذا تم وأن رفعت دعوى أمام القضاء العادي، وكان الفصل في الدعوى متوقفاً على الفصل في مسألة أولية يوجد بشأنها اتفاق تحكيم، فما على المحكمة إلا أن تقوم بوقف الدعوى حتى يتم الفصل في هذه المسألة تحكيماً، ويلزم لهذا الوقف فضلاً عن الشروط القانونية للوقف إلى حين الفصل في مسألة أولية، والتي تنص عليها المادة (٧) من قانون التحكيم الفلسطيني[٢]، أن يكون المدعى عليه قد تمسك باتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع.

ومن الملاحظ أن هذا الوقف ليس جوازياً للمحكمة، إنما هو وجوبياً، ما دامت المسألة التي اتفق على التحكيم في الشيك بشأنها لازمة للفصل في الدعوى المطروحة عليها، ومثال ذلك: أن يحصل أحد طرفي عقد يتضمن شرط تحكيم على أمر من القاضي بإيقاع الحجز التحفظي على أموال للطرف الآخر، إذ عندها يلتزم برفع الدعوى بصحة الحجز إلى المحكمة، وهذه الدعوى تتضمن شقين: ثبوت حق الدائن وصحة إجراءات الحجز، ومن شروط هذه الصحة ثبوت حق الدائن، ولما كان ثبوت الحق يوجد بشأنه شرط تحكيم، فعلى المحكمة إذا تمسك المدعى عليه بشرط التحكيم قبل الحديث في الموضوع، وتبين للمحكمة صحة هذا الشرط، أن تقوم بوقف الفصل في دعوى صحة الحجز حتى يحصل المدعي على حكم تحكيمي بثبوت حقه.[٣]

ثانياً: أثر اتفاق التحكيم في الشيك على حصانة الدولة القضائية:

إذا أبرمت الحكومة الفلسطينية عقداً مع شركة أجنبية تضمن شرط تحكيم في الشيك، واتفق الطرفان على خضوع التحكيم لقانون تحكيم أجنبي أو لنظام مركز تحكيم يقع في دولة أجنبية، أو اتفق الطرفان على

---

[١] فتحي والي: مرجع سابق، ص١٧٨

[٢] تقابلها نص المادة ١٢٩ مرافعات مصري، ونص المادة ١٢٦ مرافعات فلسطيني.

[٣] فتحي والي: التنفيذ الجبري، عام ١٩٩٥م، ص٣٦٣، ومشار إليه لدى فتحي والي: قانون التحكيم (مرجع سابق)، ص١٧٩.

خضوع التحكيم للقانون الفلسطيني على أن يجري التحكيم في دولة أجنبية، فإن المشكلة تثور حول خضوع الدولة الفلسطينية للقضاء الأجنبي في الدولة التي يجري فيها التحكيم في الشيك،،،

من المسلَم به أن للدولة حصانة تمنع خضوعها إلى القضاء، أو إلى السلطة التنفيذية لدولة أجنبية، فهل تبقى هذه الحصانة قائمة في ظل اتفاق تحكيم في الشيك قبلت فيه الدولة خضوعها إلى تحكيم وفقاً لقانون أو نظام أجنبي، أو لتحكيم يجري في دولة أجنبية[1]؟.

إن أهمية هذه المسألة تظهر في أمرين:

أولهما: مساعدة قضاء الدولة الأجنبية لهيئة التحكيم في الشيك، ورقابتها للحكم الصادر فيها.

ثانيهما: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في الشيك على أموال الدولة الفلسطينية بالخارج.

في تقديرنا أن اتفاق الحكومة الفلسطينية على تحكيم في الشيك يخضع لقانون أجنبي أو لنظام مركز تحكيم بالخارج، أو على أن يجري التحكيم في الشيك في دولة أجنبية، يتضمن الموافقة على جميع الآثار القانونية التي تترتب على هذا الاتفاق، ولو كان فيه مساس للحصانة القضائية للدولة الفلسطينية.

ولهذا، فإنه يمكن الالتجاء عندئذ إلى القضاء الأجنبي المختص بالإشراف على هذا التحكيم، كطلب تعيين محكم، أو المساعدة بالنسبة لأدلة الإثبات، أو طلب اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، كما أن هذا القضاء الأجنبي يختص في الطعن في حكم التحكيم في الشيك أو بدعوى بطلانه إذا كان هذا القضاء الذي رفع إليه الطعن أو الدعوى مختصاً حسب القانون الإجرائي الذي يخضع له التحكيم في الشيك، ويؤخذ بهذه الحلول أيضاً بالنسبة للحصانة القضائية للدولة الأجنبية في مصر وفلسطين، أو للحصانة القضائية لهيئة دولية عامة في دولة المقر، فبمجرد الموافقة من قبل الدولة الأجنبية أو الهيئة الدولية على تحكيم يجري في فلسطين أو في مصر، أو على خضوع التحكيم للقانون الفلسطيني أو المصري، فإنه يتضمن الموافقة على التنازل عن حصانتها القضائية بالنسبة لكل ما يترتب على اتفاق التحكيم من آثار.

وتطبيقاً لما تقدم فقد قضت محكمة استئناف باريس بأنه: إذا أبرمت هيئة اليونسكو ومقرها باريس عقداً مع شخص يتضمن شرط تحكيم، فليس لها أن تتمسك أمام المحكمة الفرنسية بعدم قبول طلب تعيين محكم عن اليونسكو لامتناعها عن تعيينه، لأنها بموافقتها على شرط التحكيم تكون قد تنازلت عن حصانتها تجاه الاختصاص القضائي للمحاكم الفرنسية بمسائل التحكيم، وإلا تكون قد أخلَّت بمبدأ أساسي، وهو ضرورة توافر حسن النية في إبرام العقود.[2]

---

[1] فتحي والي: مرجع سابق، ص١٧٩.

[2] مجلة التحكيم العربي: العدد الثاني، ص٢١٩ وما بعدها.

على أن الأمر ليس كذلك بالنسبة لإجراءات التنفيذ الجبري التي تجري ضد الدولة المصرية في الخارج، فاتفاق التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه لا يمكن أن يمتد إلى إجراءات تنفيذ الحكم في الدولة الأجنبية، ذلك أن الرضا بالتحكيم في الشيك يعني النزول عن ولاية قضاء الدولة المصرية بالنسبة للفصل في النزاع بواسطة التحكيم، والخضوع لسلطة القضاء المختص بالمساعدة والرقابة بالنسبة لهذا التحكيم، ولكنه لا يحمل أي موافقة ضمنية على قبول الدولة المصرية الخضوع لإجراءات التنفيذ الجبري في الدولة الأجنبية، فالدولة المصرية لا تخضع لهذه الإجراءات إلا إذا كانت قد وافقت في شرط التحكيم في الشيك صراحة على منح الاختصاص بتنفيذ حكم التحكيم لمحكمة أجنبية.[١]

الفرع الثاني

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الشيك

يتمثل الأثر السلبي في التزام طرفي النزاع بعدم اللجوء إلى القضاء العادي للفصل فيما بينهما، ويعد الأثر السلبي من أهم الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في الشيك، مع وجوب الملاحظة أن استبعاد القضاء الوطني لا يكون بصفة نهائية، حيث تظل المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع تقدم للخصوم المساعدة بموجب أحكامٍ يتطلبها النزاع لاستمرار السير في الإجراءات القانونية، وتحقيق فعاليتها.[٢]

إذاً وفقاً لهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الشيك، فإنه يجب على كل من طرفيه الالتزام بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم في الشيك[٣]، وإعمالاً لهذا الأثر فعلى كل من الطرفين الالتزام بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم في الشيك، كما ويقع الالتزام أيضاً على محاكم الدولة بالامتناع عن نظر النزاع المتفق على التحكيم في الشيك بشأنه.[٤]

فضلاً عما سبق، فإنه يترتب على اتفاق التحكيم في الشيك أثر مانع، ويتمثل هذا الأثر المانع في مبدأ عدم اختصاص المحاكم العادية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في الشيك، سواء اتخذ اتفاق التحكيم في الشيك صورة شرط تحكيم مدرج في العقد، أم في ورقة مستقلة تابعة لهذا العقد، أم في صورة اتفاق مستقل تم إبرامه بعد نشوء النزاع "مشارطة تحكيم".[٥]

---

[١] مجلة التحكيم العربي: العدد الخامس، سبتمبر ٢٠٠٢م، ص١٧٧.
[٢] راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص١٢، وحسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن(مرجع سابق)، ص١٠٤.
[٣] محمد أمين فضلون: مرجع سابق، ص١١٣.
[٤] فتحي والي: مرجع سابق: ص١٧٧، ومحمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤٠.
[٥] حسام الدين محمود زكريا الدن: طرق الطعن(مرجع سابق)، ص١٠٤.

لكل ما سبق، فإنه يمتنع على أطراف اتفاق التحكيم في الشيك، البنك وعميله رفع النزاع المصرفي المتعلق في الشيك إلى المحاكم القضائية، بحيث إنه إذا تم وأن خالف أحد منهم ذلك الالتزام السلبي، وقام برفع دعواه إلى تلك المحاكم، فالواجب على قضاء الدولة أن يمتنع عن الفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم في الشيك، وفي الفكر الإجرائي ينبغي التعرف على الأداة القانونية التي تمكن الخصوم من إلزام المحاكم بهذا الامتناع، وتلك الأداة تسمى عادة (دفعاً)، بحيث إذا قام أحد الطرفين وتجاهل اتفاق التحكيم في الشيك (البنك وعميله)، وقام برفع دعواه بالنزاع المصرفي المتعلق بالشيك إلى المحاكم القضائية، وجب تنبيه هذه الأخيرة إلى تنفيذ ذلك الالتزام السلبي، بعدم سماع الدعوى أو عدم الفصل في ذلك النزاع والتخلي عنه.[١]

ويعد مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم في الشيك من المبادئ التي كرستها المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم، وكذلك التشريعات الوطنية التي تُعنى بهذا الموضوع[٢]، حيث من الواجب على المحاكم العادية أن تتوقف عن الفصل في الموضوع في حالة تمسك أحد الخصوم بوجود اتفاق صحيح على التحكيم في الشيك، وبالتالي فإن الأثر السلبي لمثل هذا الاتفاق يعبر عن وجوب احترام الأطراف فيما اتفقوا عليه بشأن التحكيم في الشيك، ما دامت الخصومة قد تم الاتفاق على حلها بطريق التحكيم في الشيك، وكانت قائمة بين أطرافها.[٣]

أ- المعاهدات الدولية:[٤]

لقد كرست المعاهدات الدولية مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بخصوصها على التحكيم في الشيك، وذلك ابتداءً من بروتوكول جنيف الموقع عام ١٩٢٣م، فنصت المادة ١/٤ منه على هذا المبدأ، كذلك تبنت هذا المبدأ معاهدة نيويورك الموقعة عام ١٩٥٨ في المادة ٣/١١، حيث نصت في هذه المادة على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

كذلك إن معاهدة جنيف لعام ١٩٦١م تبنت بشكل غير مباشر مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني في حالة وجود اتفاق على التحكيم، حيث تنص هذه المعاهدة في المادة (٣/٦) على أنه: "في حالة عدم الالتجاء السابق إلى أية قضاء وطني، والشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة، والتي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم، إلا لأسباب خطيرة، وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم".

---

[١] بهاءالدين رمضان محمد بطيخ: مرجع سابق، ص٢٤٤.
[٢] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٣م.
[٣] حسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق: ص١٠٤.
[٤] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٤.

وحقيقة إن هذا النص يعيبه أنه لا يواجه إلا الحالة التي تكون فيها إجراءات التحكيم قد شرع في إتخاذها، بينما إن ذات القاعدة يتعين إعمالها حتى في حالة عدم الشروع في هذه الإجراءات ما دام هناك اتفاق على التحكيم في الشيك، وهذا من أجل تفادي المنافسة بين اختصاص الجهات الوطنية والمحكم.

ب- التشريعات الوطنية بشأن التحكيم في الشيك:

إن الغالبية العظمى من التشريعات الحديثة تعترف بتنظيم اتفاق التحكيم المصرفي المتعلق بالشيك بمبدأ عدم اختصاص القضاء التابع للدول بنظر المنازعات محل التحكيم في الشيك، وتنص المادة (١/٧) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "إذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي إجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على إحالته إلى التحكيم، فيجوز للطرف الأخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الإجراء، وعلى المحكمة أن تصدر قراراً بذلك إذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم".[١]

وكذلك تنص المادة (١/١٣) من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

يبدو لنا ظاهراً من النص المتقدم أن من حق المدعى عليه الدفع بعدم قبول الدعوى، هذا لوجود اتفاق على التحكيم بخصوص المنازعة المعروضة على القضاء سواء الفلسطيني أو المصري، ويسقط في حالة إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى، إذ يعد تقديم المدعى عليه لأي طلب أو إبدائه لأي دفاع بمثابة تنازل عن اتفاق التحكيم في الشيك، وقبول الخضوع لاختصاص القضاء الوطني بشأن المنازعة المتفق بخصوصها على التحكيم في الشيك.

وحقيقة إن الحل الذي أتى به المشرع الفلسطيني من وقف الدعوى وعدم قبولها يستند بطبيعته على إرادة الأطراف، التي تسلك هذا الطريق لحل المنازعات القائمة بينهم، فللأطراف بناء على اتفاقهم إمكانية عدم الالتجاء إلى قضاء الدولة والتنازل عن رفع دعواهم أمامه، وهذا التنازل قد يكون صريحاً أو ضمنياً، وهذا هو السبب الذي يجعل من القاضي المطروح أمامه النزاع المتفق عليه التحكيم في الشيك ليس بإمكانه إثارة الدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه، إسناداً إلى وجود هذا الشرط.

إن المدعي عندما يقوم بإعلان المتعاقد معه للمثول أمام قضاء الدولة يتنازل عن الميزة التي منحه إياها اتفاق التحكيم في الشيك، ومثول المدعى عليه أمام قضاء الدولة، دون أن يقوم بإثارة الدفع أمام هذا القضاء بعدم اختصاصه ويعد كذلك قبول المدعى عليه لاختصاص هذا القضاء، وهذا الاتفاق في إرادة كل من المدعي والمدعى عليه يفرض على القاضي كما يتم فرض أي اتفاق آخر أياً كان شكله.

[١] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٥.

والحل المتقدم أعلاه هو نفسه الحل الذي أكدته وكرسته المادة (١/١٣) من قانون التحكيم، على نحو ما أشرنا إليه سابقاً.

أيضاً إن نص المادة (٨) من قانون التحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تنص على أنه: "١- على المحكمة التي ترفع أمامها في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ، أو عديم الأثر ولا يمكن تنفيذه. ٢- إذا رفعت الدعوى مما أشير إليه في الفقرة ١ من هذه المادة، فيجوز مع ذلك البدء أو الاستمرار في إجراءات التحكيم، ويجوز أن يصدر قرار التحكيم والدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة".[١]

وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها، حيث ذهبت إلى القول: "بأن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، ولا يتعلق شرط التحكيم بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإنما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعد متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعد السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمنياً عن التمسك به..."[٢]

من خلال ما سبق، فإن وجود شرط التحكيم للشيكات في العقد المرتبط بها لا يعد مانعاً من تصدي القاضي للحكم في النزاع، فهذا الشرط في أساسه ثمرة اتفاق الأطراف ويتعلق بمصالحهم الخاصة، ولا يعد متعلقاً بالنظام العام،[٣] لذلك فإنه عندما يتم عرض النزاع على القضاء ويحضر الطرفان ولا يتم التمسك بشرط التحكيم في الشيك من أحدهما، فإن هذا لا يعد نزولاً ضمنياً منهما على الشرط، وما يرتب عليه من آثار، وعليه فإنه يجب على من يودُ إعمال شرط التحكيم في الشيك الدفع بوجود الشرط قبل أن يتم الدخول في أي جدل يتعلق بموضوع النزاع.[٤]

---

[١] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٥-١٧٦.
[٢] الطعن رقم ٩ لسنة ٤٢ق، تاريخ الجلسة ١٩٧٦/١/٦م، مكتب فني ٢٧، جزء رقم ١، ص١٣٨، ومشار إليه لدى محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤١-٢٤٢.
[٣] أحمد محمد عبدالصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط٤، عام٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص٥٥.
[٤] محمود مختار بريري: مرجع سابق(التحكيم التجاري الدولي)، ص٦٣.

الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بخصوصها على التحكيم المصرفي المتعلق في الشيكات:[1]

على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية، والمتفق بشأنها على التحكيم في الشيك، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالقيام بالفصل في هذه المنازعات، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات، أبرزها:

١- انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات المتصلة بخصوصها على التحكيم في الشيك، وإن هذه الإجراءات التحفظية والوقتية لم تصدر عندنا في القانون الفلسطيني صراحة وأن تتم من قبل القضاء الوطني، وإنما هذا جاء ضمن قانون التحكيم المصري وفق المادة (١٤) منه، أما عندنا في قانون التحكيم الفلسطيني فإننا نرى أنه لم ينص صراحة على ذلك، وإنما المادة (٣٣) منه نصت على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم أثناء نظر النزاع أن تصدر أمراً باتخاذ أية إجراءات تحفظية أو مستعجلة تراها مناسبة بحق أحد أطراف التحكيم إذا نص اتفاق التحكيم في الشيك على ذلك، ويكون لهذا الأمر قوة الأمر الصادر عن المحكمة المختصة، ويجري تنفيذه بذات الطريق التي تنفذ به الأحكام"، وبمفهوم المخالفة لصراحة النص السابق، فإننا نرى أنه يحق للقضاء الوطني النظر في الأمور المستعجلة والوقتية التي تطرأ حال منازعات التحكيم المصرفي المتعلقة في الشيكات.

٢- تدخل القضاء الوطني من أجل تكوين هيئة التحكيم في الشيك في حالة تعذر تشكيلها[2].

٣- وأخيراً الرقابة التي يتم مباشرتها من قبل القضاء الوطني على حكم التحكيم في الشيك، سواء كانت هذه الرقابة من خلال الطعن بالبطلان على حكم التحكيم في الشيك، أو في إطار دعوى الأمر بالتنفيذ.

ولقد حرص مشرعنا الفلسطيني في قانون التحكيم على تأكيد اختصاص القضاء الفلسطيني على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم بخصوص العديد من المسائل، فعلى سبيل المثال، نص في المادة (١١) منه على تدخل القضاء الفلسطيني بناءً على طلب أحد طرفي التحكيم من أجل حل المشاكل المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، وتنص هذه المادة على أنه: "١- بناءً على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل، وذلك في الحالات الآتية: أ- إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع إلى محكم واحد، ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم. ب- إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يقم بذلك. ج- إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه باختياره محكماً. د- إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم، أو أصبح غير أهل لذلك، أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك

[1] حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٦وما بعدها.
[2] حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني بالإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، عام ١٩٩م، ومشار إليه لدى حفيظة السيد الحداد: مرجع سابق، ص١٧٧.

الطرف خلفاً له. هـ- إذا كان على المحكمين تعيين مرجحاً ولم يتفقوا. و- إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له، ولم يتفق الأطراف على تعيين ذلك الخلف".[١]

كذلك أيضاً فإن القضاء الفلسطيني يتدخل بناءً على نص المادة (٢/١٤) من قانون التحكيم الفلسطيني إذا طعن الشخص الذي طلب رد المحكم على القرار الصادر في الرد من هيئة التحكيم، حيث تنص هذه المادة على أنه: "إذا رفض طلب الرد يحق لطالبه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره، ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن".[٢]

كذلك تنص المادة (١/١٥) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: "إذا انتهت مهمة المحكم بوفاته أو برده أو تنحيه أو لأي سبب آخر، وجب تعيين خلف له بذات الطريقة التي تم فيها تعيين المحكم الأول، أو طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة ١١ من هذا القانون".[٣]

وإلى جانب كل هذه الصور التي تشكل نوعاً من المساعدة من قبل القضاء الفلسطيني والمصري لنظام التحكيم في الشيك في الفترة التي تسبق قيام هيئة التحكيم في الشيك بأداء وظيفتها، فإن القضاء الفلسطيني وكذلك المصري يتدخلان أيضاً أثناء قيام هيئة التحكيم في الشيك بأداء وظيفتها في صور الأمر باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية على نحو ما نصت عليه المادة ١٤ من القانون المصري، والمادة ٣٣ من قانون التحكيم الفلسطيني على نحو ما بيناه أعلاه.

كذلك فإن القانونين الفلسطيني والمصري يقومان بنوع من الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم في الشيك في صورتين هامتين، وتمت معالجتهما من قبل المشرعَين – على ذات النهج – :

الأولى: هي صورة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم في الشيك، والأخرى: تتعلق بحالة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك.[٤]

في النهاية، لا يسعنا إلا أن نقول إنه لم يحظ أي اتفاق من الاتفاقات الخاصة في الآونة الأخيرة بمثل ما حظي به اتفاق التحكيم في الشيك من عناية واهتمام، وذلك ليس فقط من بعض التشريعات الوطنية ولكن كذلك في إطار المعاهدات الدولية، وليس بعيد عن ذهننا أن السبب الأساسي في هذا الاهتمام وتلك العناية أن اتفاق التحكيم في الشيك هو الأساس الذي يستند عليه النظام القضائي الخاص، والسبيل الذي ترتئيه وتفضله الأطراف المتنازعة لحل المنازعات الخاصة الدولية المتعلقة في الشيكات.

---

[١] تقابلها نص المادة ١٧ من قانون التحكيم المصري.
[٢] يقابلها نص المادة ٣/١٩ من قانون التحكيم المصري.
[٣] تقابلها نص المادة ٢٠ من قانون التحكيم المصري.
[٤] حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، ومشار اليه لديها: مرجع سابق، ص١٧٨.

وإن انتشار التحكيم المصرفي والمتعلق في الشيك كطريقة لفض المنازعات الناشئة بين المتعاملين على مسرح التجارة الدولية أدى إلى تبني العديد من القواعد القانونية التي تضيف نوعاً من الحصانة القانونية على الأساس الذي يستمد نظام التحكيم في الشيك منه مصدر وجوده، وهو اتفاق التحكيم في الشيك نفسه.

وإن اتفاق التحكيم في الشيك امتد تعزيزه إلى إلزام الأطراف باحترام آثاره على نحو يخول القضاء الوطني احتراماً للأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الشيك، أن يلزم الأطراف بأن يقوموا بالالتجاء إلى سلوك هذا السبيل وحده دون غيره في حالة لجوئهم إلى القضاء الوطني، لكي يفصل في المنازعات التي قد تم الاتفاق بشأنها على التحكيم في الشيك.

المطلب الثاني

نطاق سريان اتفاق التحكيم في الشيكات على الأطراف

يقصد بالأطراف هنا هو كل من قام بالمشاركة في إبرام العقد المتضمن لشرط التحكيم في الشيك، فالتحكيم في الشيك هو عقد يرتب آثاره بين أطرافه الذين وقعوا عليه، وبالتالي لا يسري هذا الاتفاق إلا بالنسبة لمن وقعوا عليه، وهذا إعمالاً لحكم المادة (٢/٥) من قانون التحكيم الفلسطيني والتي تقضي بأنه: "٢- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً".

وكذلك هذا ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون التحكيم المصري والتي تقضي بأن: "اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً".

ويتضح من نصوص المواد السابقة أن المشرعين في قانون التحكيم المصري والفلسطيني قد جعلوا من اتفاق التحكيم في الشيك اتفاقاً شكلياً، باستلزامه الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم لازماً لوجوده، ولا يقوم بدونه، ولا يصح في غيره، ولا ينتج آثاره، وبالتالي إن أي اتفاق تحكيم يكون غير مكتوب، يكون باطلاً لا أثر له، كما يبطل اتفاق الأطراف على استبعاد الكتابة أو استبدالها بغيرها[١]

فالكتابة هنا شرط للانعقاد وليس مجرد الإثبات، ومن ثم فلا يسري اتفاق التحكيم في الشيك إلا بالنسبة لمن قاموا بالتوقيع عليه، وقبلوه صراحة، وعلى ذلك فإنه بات من المسلم به سريان الاتفاق على علاقة الأساس، وهما الساحب والمستفيد، تلك العلاقة التي تضمنت ذكر الشيكات بأرقامها وقيمتها، واحتوت على بند التحكيم، لا تثير أية مشكلة بينهما فهما طرفا العلاقة الأساسية.[٢]

[١] بهاءالدين رمضان محمد بطيخ: مرجع سابق، ص٢٠٨.
[٢] خالد عبد العظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص١١٩، ورضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق، ص١٦.

وهناك من يرى[1] بأن الإشارة المجهلة للشيك باتفاق التحكيم في الشيك كأن يكتفى بذكر اسم المسحوب عليه والمستفيد لا يكفي لاستبعاد اختصاص القضاء، بل شرط لذلك أن يرد باتفاق التحكيم أطراف الشيك، ورقمه، والبنك المسحوب عليه، وفي حال تعدد الشيكات يجب ذكر بيانات كل شيء حتى يعد اتفاق التحكيم المصرفي خاصاً بهذه الشيكات، وحسب هذا الاتجاه فإن هذا الاتفاق ملزم لطرفيه فقط، وعليه لا يمتد أثره إلى أي من الموقعين على الشيك ما لم يتفق على الاشتراط لمصلحة الغير في اتفاق التحكيم ذاته، مع تحديد هذا الغير كالمظهر، أو البنك المسحوب عليه.

ومع ذلك، فهناك من يرى[2] ضرورة ذكر الشيك بمبلغه، ورقمه، وساحبه، وشخص المستفيد ضمن الاتفاق الذي تم إدراجه في ورقة مستقلة عن الشيك، وهنا يكون التحكيم في الشيك مقصوراً على طرفيه، وبالتالي ينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم في الشيك لفض المنازعات التي تنشأ بين الساحب والمستفيد.

ولما لأثر اتفاق التحكيم في الشيك من حرمان من وافق عليه من حقه الدستوري في اللجوء لقاضيه الطبيعي، فيتعين تحديد نطاق سريان اتفاق التحكيم في الشيك من حيث الأشخاص تحديداً دقيقاً، والسؤال الذي يثير نفسه هنا: ما هو أثر هذا الاتفاق بالنسبة للبنك المسحوب عليه، والمظهر إليهم سواء أكان التظهير ناقلاً للملكية، أو تظهيراً توكيلياً، وكذلك الحال بالنسبة للضمَان الاحتياطي؟؟ كل هذا سنجيب عنه خلال الأفرع الأربعة القادمة، حيث سنتناول أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للبنك المسحوب عليه عبر الفرع الأول، ومن ثم سنتناول بالفرع الثاني أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للمظهر إليهم في التظهير الناقل للملكية، ومن ثم سنتناول أثر اتفاق التحكيم في الشيك في التظهير التوكيلي، وأخيراً أثره بالنسبة للضامنين الاحتياطيين خلال الفرع الرابع، على نحو ما سنرى...

الفرع الأول

أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للبنك المسحوب عليه

الأصل أن البنك ملتزم التزاماً صرفياً بالوفاء بالشيك، وهذا وفقاً لحكم المادة (٥٣٥) من قانون التجارة الفلسطيني[3]، في حال اعتمد الشيك اعتماداً يفيد بوجود مقابل الوفاء لديه من تاريخ التأشير عليه بالاعتماد، حيث يبقى مسؤولاً عن تجميد مقابل الوفاء لديه لحين انتهاء مواعيد تقديم الشيك للوفاء، حيث تنص المادة (٥٣٥) على أنه: "١- يكون الشيك مستحق الوفاء مجرد الاطلاع، وكل بيان يخالف ذلك يعد كأن لم يكن، ٢- وإذا قدم الشيك للوفاء قبل اليوم المبين فيه كتاريخ لإنشائه، وجب وفاؤه في يوم تقديمه، وذلك باستثناء

[1] سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص٧١.
[2] علي جمال الدين عوض: الشيك في قانون التجارة، ص٤٩٦، وراجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٥.
[3] وكذلك وفقاً لحكم المادة ٥٠٦ من قانون التجارة المصري.

الشيكات الحكومية المتعلقة بالمرتبات والمعاشات، فلا تدفع قيمتها إلا في التاريخ المبين بها كتاريخ لإنشائها".

يظهر هنا تساؤل مهم وهو: ما مدى التزام البنك المسحوب عليه، بشرط التحكيم في الشيك الذي تم إدراجه في العقد عندما يقدم إليه لاعتماده؟

من المعلوم أن الالتزام بشرط التحكيم في الشيك يشترط فيه الرضا من قبل البنك، وقبوله لشرط التحكيم في الشيك، وفي حال اعتماد البنك للشيك لا يعد قبولاً بشرط التحكيم في الشيك، وهذا لأن اعتماد الشيك بقبول وفائه هو التزام قانوني، وعليه فإن اعتماد الشيك من قبل البنك لا يعني قبوله شرط التحكيم في الشيك، ولا يكون ملزماً به لأنه لم يوافق عليه، إنما الالتزام من قبل البنك بوفاء الشيك التزام ناشئ من نصوص القانون أو من العقد بينه وبين الساحب، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على التحكيم في الشيك كبند مدرج في عقد الأساس.[١]

إن التحكيم في الشيك يقوم أساساً على إرادة المتعاقدين، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد اتفاق التحكيم في الشيك وتحدد نطاقه من ناحية المسائل التي يشملها، والقانون الواجب التطبيق، وكذلك تشكيل هيئة التحكيم في الشيك، وإجراءات التحكيم في الشيك وغيرها، وعليه متى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم في الشيك[٢]، أما اعتماد الشيك بالقبول يجد أساسه بنص القانون.

هناك اتجاه فقهي يرى[٣] أن اتفاق التحكيم في الشيك لا يمتد أثره إلى أي من الموقعين على الشيك، مثل المظهر، أو البنك المسحوب عليه، أو الضامن الموقع على صك الشيك، بسند أن اتفاق التحكيم في الشيك لا يمكن تطبيقه إلا على طرفيه ألا وهما الساحب والمستفيد دون أن يمتد أثره للغير، ما لم يتفق على الاشتراط لمصلحة الغير في اتفاق التحكيم ذاته مع تحديد هذا الغير كالمظهر، أو البنك المسحوب عليه.

وفي هذا الخصوص جاء حكم لمحكمة النقض المصرية يؤكد عدم انصراف آثار العقد للغير على النحو التالي: "آثار العقد لا تنصرف إلى الغير طالما لا تربطه صلة بأي من طرفيه، شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، وجاء بأسباب الحكم أن آثار العقد وفقاً لنص المادة (١٤٥) من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير لم يكن طرفاً فيه ولا تربطه صلة بأي من طرفيه سواء أكانت هذه الآثار حقاً أم التزاماً، وإذا كان يتبين من الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشترية) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفاً في هذا العقد، وإنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم

---

[١] راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٥-٣٦.
[٢] الطعنان رقما ٤٧٢٩، ٤٧٣٠، لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢، ص٥٦، المستحدث من أحكام النقض، ومشار إليه لدى راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٦.
[٣] سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص٧١.

بينهما وبين الشركة البائعة، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشترية) وذلك تطبيقاً للقوة الملزمة للعقد".[١]

وفي الاتجاه السابق يرى اتجاه فقهي آخر[٢] بأن الخضوع للتحكيم في الشيك مشروطاً برضا البنك وقبوله شرط التحكيم في الشيك فهذا التزام عليه بقبول وفائه ناشئ عن اعتماده الشيك، ومن نص القانون، ومن العقد الصريح أو الضمني مع الساحب، لكنه لا يلزم بشرط التحكيم في الشيك لأنه لم يوافق عليه، إنما التزامه بوفاء الشيك ناشئ من نصوص القانون، أو من العقد بينه وبين الساحب، ولكنه ليس من رضاه به.

وفي هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية بأن: "التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة التحكيم هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي تشملها، والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم وسلطانها، وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم، وهو ما يتتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا من مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته".[٣]

الفرع الثاني

أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للمظهر إليهم في التظهير الناقل للملكية

يعد المظهر إليه في الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية من الغير بالنسبة لعقد الأساس الذي اتفق فيه على التحكيم في الشيك، وتم التوقيع عليه من قبل طرفيه (الساحب والمستفيد)[٤]، ففي هذه الحالة لا ينتج هذا الشرط أثره إلا في مواجهة من ارتضاه، وهم الساحب والمستفيد، ولا يسري في مواجهة الغير، حيث يعد المظهر إليه من الغير بالنسبة لعقد الأساس الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم في الشيك، وعليه لا يسري اتفاق التحكيم بشأن الشيكات في مواجهة المظهر إليهم، وهذا وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد.[٥]

وإعمالاً لأحكام المادة (٢/٥) من قانون التحكيم الفلسطيني، والمادة (١٢) من قانون التحكيم المصري، واللتان تستلزمان أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا يكون باطلاً، والمظهر إليهم لم يوقعوا اتفاق التحكيم ولم

---

[١] الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٧١/١/٢٠م، س٢١، ص١٤٦، ومشار إليه لدى أحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص٢٤٧.

[٢] علي جمال الدين عوض: الشيك في قانون التجارة(مرجع سابق)، ص٤٩٦-٤٩٧.

[٣] الطعنان رقما ٤٧٢٩، ٤٧٣٠، لسنة٧٢ق، جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٢م، ص٥٦، المستحدث من أحكام النقض، ومشار إليه لدى راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٦.

[٤] خالد عبدالعظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص١١٩.

[٥] محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤٣.

يلتزموا به، وبالتالي لا يسري شرط التحكيم في الشيك في مواجهتهم علاوة على الدفوع الأخرى، والتي تتمثل في إعمال مبدأ نسبية أثر العقد، وتطبيقاً لقاعدة تطهير الدفوع بالنسبة للحامل حسن النية في الشيك باعتباره ورقة تجارية.[١]

أما إذا وضع الساحب شرط التحكيم في الشيك في عقد تحكيم، وأصدره إلى المستفيد، كان من الطبيعي أن يقتصر أثره على هذا المستفيد.[٢]

أما بخصوص الموقعين على الشيك، فقد اختلف فقهاء القانون التجاري حول أثره، فذهب البعض[٣] إلى أنه يلزم جميع الموقعين على الشيك باعتباره يتضمن شرط التحكيم، وظاهر في عقد التحكيم نفسه، وبالتالي نستطيع القول بامتداد شرط التحكيم في هذه الحالة لكل المظهر إليه، باعتبار أن قبوله للشيك المتضمن شرط التحكيم يعد رضاً ضمنياً باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات التي تتم إثارتها بخصوص الورقة التجارية التي تم إدراج شرط التحكيم بناء عليها، خاصة أن من يتلقى الشيك في هذه الحالة يكون على علم يقيني بشرط التحكيم الوارد بخصوصه، أما إذا وضع الشرط من قبل مظهر من المظهرين فهو يلزم فيما عدا المظهر الذي اشترط عدم الضمان، فهو يخرج من سلسلة الضامنين، ولا يلتزم هذا الشرط.[٤]

ويرى البعض الآخر[٥] أنه إذا أدرج الساحب شرط التحكيم في الشيك ذاته كشرط اختياري، وقام بإصداره للمستفيد منه، فإن أثره لا يقتصر إلا على طرفيه، ساحب الشيك والمستفيد الذي قبله متضمناً شرط التحكيم، ولكنه يلزم جميع الموقعين على الشيك لكون الشيك يتضمن شرط التحكيم، وهو ظاهر في عقد الأساس، ورغم أن الاتفاق يقتصر أثره على أطرافه.

إلا أن الموقعين على الشيك متضامنون، وعليه يلتزمون جميعاً، خروجاً عن قاعدة نسبية آثار اتفاق التحكيم في الشيك، وذلك لأن هذه النسبية تتراجع في حالة ما يكون الغير متضامناً مع أحد طرفي التحكيم في الشيك، خاصة أن من يقوم بتلقي الشيك في هذه الحالة يكون على علم، بل ويقين، بشرط التحكيم المدرج في العقد وبشكل واضح، أما إذا وضعه أحد من المظهرين فإنه يلزم به، فيما عدا المظهر الذي اشترط عدم الضمان فهو يخرج من ضمن الضامنين، ولا يلتزم بهذا الشرط، أما في حالة أن وضعه أحد المظهرين اللاحقين التزم هذا المظهر بشرط التحكيم في الشيك، ومعه جميع المظهرين اللاحقين، وهذا لكونه قبل الشيك متضمناً شرط تحكيم فلا مناص للخلاص منه.[٦]

---

[١] رضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص١٧.
[٢] راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٧.
[٣] رضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص١٧.
[٤] سميحة القليوبي: مرجع سابق، ص٧١.
[٥] علي جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص٤٩٦.
[٦] علي جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص٤٩٦.

ويؤيد البعض الآخر[1] الرأي الذي يستحسن التوقيع قرين شرط التحكيم، سواء أكان من المستفيد أو كان ممن يتلقون الورقة بعد ذلك لقطع الشك باليقين.

أما نحن فنرى: أن مشرعنا التجاري اشترط الكتابة في التحكيم، وأن يكون موقعاً، وفي حالة إدراجنا شرط التحكيم في الشيك كبيان في عقد التحكيم يكون شرط الكتابة قد تحقق، وبالتالي فإن كل موقع على العقد المتضمن شرط التحكيم يكون عالماً بمضمونه من حيث الشرط المدرج به بخصوص التحكيم، ويكون ملتزماً به لتحقق الشرط الثاني، ألا وهو التوقيع.

الفرع الثالث

أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للمظهر إليهم في التظهير التوكيلي

يعتبر المظهر إليه في الشيك تظهيراً توكيلياً من الغير أيضاً، بالنسبة لعقد الأساس الذي اتفق فيه على التحكيم في الشيك، إلا أن مركزه القانوني يختلف عن المركز القانوني للمظهر إليه تظهيراً ناقلاً للملكية[2]، حيث إن المظهر إليه تظهيراً ناقلاً للملكية حينما يباشر الدعاوى الناشئة عن الشيك فإنه يباشرها بصفته أصيلاً، في حين أن المظهر إليه تظهيراً توكيلياً فإنه يباشر الدعاوى الناشئة عن الشيك بصفته وكيلاً عن المظهر، وعليه فإنه لا يستطيع أن يسلك بشأن هذه الدعاوى سوى الطريق الذي يستطيع أن يسلكه موكله (المظهر أو المستفيد).[3]

وبالتالي لا يمتد أثر اتفاق التحكيم في الشيك في حالة المظهر إليه تظهيراً ناقلاً للملكية، إنما على العكس من ذلك بالنسبة للمظهر إليه تظهيراً توكيلياً، حيث يعتبر المظهر إليه وكيلاً عن المستفيد الذي يسري في مواجهته اتفاق التحكيم في الشيك الذي أبرمه المستفيد مع الساحب.[4]

فإذا كان التظهير التوكيلي قد تم إلى المظهر إليه من مظهر آخر، فإنه لا يسري في مواجهته شرط التحكيم في الشيك، وهذا بسبب أنه لا يسري في مواجهة هذا المظهر الآخر، أما في حالة لو كان التظهير قد تم إليه من المستفيد الأول فإن شرط التحكيم الذي يلتزم به يسري في مواجهة المظهر إليه الوكيل.[5]

---

[1] محمود مختار بريري: مرجع سابق، ص١٠١.
[2] خالد عبدالعظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص١٢٠.
[3] رضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق، ص١٨.
[4] علي جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص٤٠٦.
[5] محمد صالح علي العوادي: مرجع سابق، ص٢٤٤، ورضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص١٨.

الفرع الرابع

أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للضامنين الاحتياطيين

إن شرط التحكيم في الشيك يقع صحيحاً وملزماً للضمان الاحتياطي إذا كان الشرط وارداً في عقد خاص بذلك، وقام الشخص بتوقيعه كضمان احتياطي.[1]

متى كان متفق على شرط التحكيم في عقد الأساس، ولم يكن وارداً على الشيك ذاته، وقام شخص بالتوقيع على الشيك كضمان احتياطي للوفاء بقيمته، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد لا يسري على هذا الضامن، وذلك لأنه لم يرتض هذا الشرط صراحة، ولم يقوم بالتوقيع عليه.[2]

أما في حالة كون ورود شرط التحكيم في الشيك ذاته، فإن التوقيع بالضمان يشمل في طياته الرضا بشرط التحكيم، ومن ثم فإنه يسري عليه.[3]

المبحث الثاني

حكم التحكيم في الشيك وتنفيذه

سنتناول في طيات هذا المبحث مطلبين:

المطلب الأول : حكم التحكيم في الشيك وإصداره.

المطلب الثاني : شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك، على نحو ما سيأتي:

---

[1] راجح أبو مصبح: مرجع سابق، ص٣٩.
[2] رضا السيد عبدالحميد: مرجع سابق، ص١٨.
[3] خالد عبدالعظيم أبو غابة: مرجع سابق، ص١٢٠.

المطلب الأول

حكم التحكيم في الشيك وإصداره

إنه ووفقاً لنص **المادة (٣٥)** من قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١، والتي تنص على أنه: "١- لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته، أو أوجه دفاعه، أو استكمالاً لها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك، منعاً من تعطيل الفصل في النزاع. ٢- بعد اختتام بينات الأطراف تصدر هيئة التحكيم قراراً بحجز القضية للحكم مع السماح للأطراف بتقديم مذكرات ختامية لمن يرغب منهم خلال المدة التي تحددها الهيئة".

وتنص المادة (٣٧) من ذات القانون على أنه: "إذا اتفق الأطراف قبل صدور التحكيم على تسوية النزاع، فعندئذٍ على هيئة التحكيم أن تصدر قراراً بالمصادقة على التسوية بالشروط المتفق عليها، واعتبارها قراراً صادراً عنها".

وتنص المادة (٣٨) أيضاً من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه: " : "١- أ- على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب- ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

٢- إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (١) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

٣- تصدر هيئة التحكيم قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

٤- يصدر قرار التحكيم بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية".[١]

من خلال النصوص السابقة سنعرف كيف على هيئة التحكيم أن تقوم بإصدار القرار المنهي للخصومة، وخلال الميعاد الذي اتفق عليه الفريقان لإصدار قرار التحكيم، فما هو حكم التحكيم، وكيف يتم إصداره، وما هي شروط تنفيذه، كل هذا سنتعرف عليه من خلال هذا المطلب حيث سنتعرف على حكم التحكيم المصرفي من خلال تعريفه في فرع أول، ومن ثم سنتناول إصداره في فرع ثانٍ، على ما سوف نرى.

[١] تقابل نص المادة٤٥ ونص المادة٤٠ من قانون التحكيم المصري.

الفرع الأول

حكم التحكيم في الشيك

يعتبر حكم التحكيم المصرفي المتعلق بالشيك وما يقوم به من تطبيق لعادات وأعراف التجارة الدولية بمثابة مصدر رئيس أمام المحكمين، فإنه كما يقوم به من تطبيق وتفسير للأعراف والعادات التجارية الدولية، فإنه يقوم أيضاً ببلورة بعض المفاهيم القانونية التي نشأت أساساً في ظل القوانين الوطنية لتتسق وأوضاع التجارة على الصعيد الدولي، فهذه الأحكام بهذه المثابة أصبحت تلعب دوراً أساسياً كمصدر من مصادر القواعد القانونية التي تحكم منازعات التجارة الدولية.[1]

مفهوم حكم التحكيم:

سنتناول هنا مفهوم الحكم في اللغة، ويليه الحكم في القانون (الحكم القضائي)، ومن ثم الحكم التحكيمي على ما سوف نرى.

أولاً: الحكم في اللغة[2]: حكم بالأمر – حكماً: قضى، ويقال حكم له وحكم عليه وحكم بينهم، محاكمته إلى الله عز وجل، وإلى الحاكم: خاصمه ودعاه إلى حكمه، والحاكم من نصب للحكم بين الناس، وفي القرآن الكريم قال تعالى: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا"[3].

ثانياً: أما الحكم في القانون: فهو القول الفصل الذي تقوم بإصداره المحكمة مطبقة فيه حكم القانون بخصوص نزاع معروض عليها، حيث إنه نطق لازم وعلني يقوم بإصداره القاضي حتى يفصل به في خصومة مطروحة عليه.[4]

فالحكم القضائي ينطوي على عنصرين: الأول: موضوعي أي قرار في منازعة، والآخر: شكلي أي مراعاة أوضاع معينة عند إصداره، وبذلك يختلف الحكم عن العمل التشريعي الذي يعد قراراً، ولكن له صفة العمومية والشمول، ولا يقصد به أن يطبق على حالات معينة، كما أنه يختلف عن القرار الإداري الذي تتصدى به الإدارة تلقائياً لتسيير المرافق العامة، فلا يتم صدوره دوماً بناء على طلب كما هو الحال في الحكم القضائي، ويلزم أن يكون الحكم صحيحاً حتى يتم الاعتراف له بقوة الأحكام القضائية، وليتم الاعتراف للحكم الصحيح

---

[1] كمال إبراهيم: مرجع سابق، ص٩٠.
[2] مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز، ص١٦٥.
[3] الآية رقم ٦٥ من سورة النساء.
[4] عبد القادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٦.

بقوة الأحكام القضائية يجب أن يتم صدوره من محكمة مختصة قانوناً، وأن يكون مبنياً على أدلة وقرائن ودلائل قويمة وسليمة، مؤسساً على العدل، ومعتمداً على ضمير القاضي واقتناعه الحر، ومستوفياً شروط صحته، ولكل ما سبق فإن الحكم القضائي: هو الكلمة النهائية للمحكمة في النزاع المطروح عليها سواءً أكان حكماً مدنياً أم جزائياً أم إدارياً أم دستورياً أم عسكرياً.[١]

ثالثاً: الحكم التحكيمي المتعلق في الشيك : فإنه الكلمة النهائية التي تقوم بإصدارها هيئة التحكيم في الشيك في موضوع نزاع مدني، وهو على غرار الحكم القضائي، حيث يلزم أن يكون واضحاً وحاسماً وخاصة في منطوقه.[٢]

فالحكم التحكيمي يعد قضاءً، إلا أنه ليس قضاءً عاماً بل هو قضاءٌ خاصٌ، وإن من قام بمنحه هذا الوصف هو المشرع، وهذا لكون اتفاق التحكيم وحده غير كافٍ لتحديد طبيعة وظيفة المحكم، والذي لا يعد موظفاً عاماً بحسب القانون الإداري.[٣]

ويقصد بحكم التحكيم المصرفي المتعلق بالشيك، القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في الشيك في موضوع النزاع، سواء أكان هذا القرار شاملاً لكل النزاع أم لجزء منه.[٤]

الفرع الثاني

إصدار حكم التحكيم في الشيك

إنه وقبل الحديث عن إصدار الحكم فإن بعضاً من الموضوعات تعترضنا قبل أن يصدر المحكم حكم التحكيم في الشيك، مثل تعديل طلبات التحكيم في الشيك أو أوجه الدفاع فيه، والتي تقدمها الأطراف قبل قفل باب المرافعة لإصدار الحكم، وسنتناول الحديث عنه أولاً، وقد يحدث أن يتفق الأطراف على تسوية النزاع قبل إصدار حكم التحكيم في الشيك، وهذا ما سنتناوله ثانياً، وأخيراً سنتحدث عن صدور قرار التحكيم في الشيك في الميعاد المتفق عليه على النحو الآتي...

أولاً: تعديل طلبات التحكيم في الشيك أو أوجه الدفاع فيه:

وفقاً لنص المادة (٣٥) من قانون التحكيم الفلسطيني والمذكورة أعلاه، فإن لأي من طرفي النزاع الحق في القيام بتعديل طلباته التي سبق وأن أبداها، وله أيضاً أن يقوم بتعديل أوجه دفاعه واستكمالها خلال إجراءات

[١] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٦.
[٢] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٧.
[٣] أحمد الهندي: أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، عام١٩٨٩م، ص٤٧٢-٤٧٣.
[٤] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق (طرق الطعن)، ص١٠٨.

التحكيم في الشيك، وهذا ما لم يتم قفل باب المرافعة، وبشرط التقيد بموضوع النزاع السابق الاتفاق عليه، وإن لهيئة التحكيم في الشيك قبول ذلك التعديل إذا رأت أن له ما يبرره، ولها أن تقوم برفضه إذا رأت أنه يهدف إلى تعطيل الفصل في النزاع خلال الأجل الذي تم الاتفاق عليه، وفي حال قبول هيئة التحكيم في الشيك لذلك التعديل، فإن التعديل يكون خلال تلك المدة التي قررتها هيئة التحكيم في الشيك للسماح للأطراف بتقديم تلك البينات.[١]

وكل تلك الإجراءات تسبق حجز القضية للحكم، هذا ما أشارت إليه وبينته الفقرة ٢ من المادة المذكورة، مع السماح للأطراف بتقديم المذكرات الختامية لمن يرغب، وتحديد هيئة التحكيم في الشيك مدة زمنية لذلك، ففي حال تأخر الأطراف عن تقديم المذكرات في الميعاد الذي قامت بتحديده الهيئة، فإنه يجوز من قبل هيئة التحكيم في الشيك أن تقبلها، هذا على الرغم من فوات المدة التي سبق وأن حددتها هيئة التحكيم في الشيك، هذا مع العلم أنه لا يجوز أن يرفق أي مستندات إلا إذا قبلت الهيئة وسمحت بذلك، وتقوم بتبليغ الطرف الآخر نسخة بذلك، وهذا يعني أنه قد يكون قرار التحكيم في الشيك، عرضة للبطلان في حال قبلته الهيئة دون أن تقوم بمراعاة الأصول.[٢]

هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الصدد بجلستها ١٩٩٤/٢/٢٥م ما يلي: "وما دامت الخصومة منعقدة أمام المحكمة المختصة يظل حق الخصوم في تعديل الطلبات قائماً حتى تاريخ قفل باب المرافعة في الدعوى".[٣]

ثانياً: الاتفاق على تسوية النزاع قبل إصدار حكم التحكيم في الشيك:

من المتوقع أن يتفق أطراف النزاع خلال مرحلة الإجراءات، وقبل أن يتم قفل باب المرافعة على تسوية النزاع فيما بينهم بوسيلة تحقق مصالح كل منهم، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧) من قانون التحكيم الفلسطيني والمذكورة آنفاً، ولأطراف النزاع الحق في طلب إثبات هذه التسوية في محضر الجلسة، وفي هذه الحالة يتوجب على هيئة التحكيم في الشيك، إصدار قرار يتضمن شروط التسوية مع إنهاء الإجراءات، ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ، وليس من حق أي من الطرفين بعد ذلك أن يرجعوا أو يمتنعوا عن تنفيذه.[٤]

وهذا ما أكده نص المادة (٣٠) من قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث نصت على أنه: "١- إذا اتفق الطرفان خلال التحكيم على تسوية النزاع فيما بينها، أنهت هيئة التحكيم الإجراءات، وإذا

[١] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح أحكام قانون التحكيم)، ص١٧٨.
[٢] ناظم محمد عويضة: شرح قانون التحكيم، مطبعة دار المنارة، عام٢٠٠١م، ص١٢٦.
[٣] نقض مصري في الطعن رقم ١٧٧٠، لسنة٣٤ق، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٥م، ومشار إليه لدى محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح أحكام..)، ص١٧٩.
[٤] أحمد عبدالصادق: المرجع العام في التحكيم، ط٤، نادي القضاة للنشر، عام٢٠٠٩-٢٠١٠م، ص١٣٦.

طلب منها الطرفان تسجيل التسوية ولم يكن لها اعتراض على ذلك سجلتها في شكل قرار تحكيم بشروط متفق عليها. ٢- يصدر كل قرار بشروط متفق عليها وفقاً لأحكام المادة (٣١) وينص فيه على أنه قرار تحكيم، ويكون لهذا القرار نفس الصفة، ونفس الأثر الذي لأي قرار تحكيم آخر يصدر في موضوع الدعوى".

ثالثاً: صدور حكم التحكيم في الشيك في الميعاد المتفق عليه:

بطء التقاضي وعدم فاعلية الأحكام في مجال قضايا الاستثمار والتجارة الدولية يعتبران من أهم العوامل التي دعت المشرع للتدخل لإقرار نظام متكامل للتحكيم التجاري الدولي تشجيعاً وتحفيزاً للمشتغلين في تلك المجالات، لذلك أوجب المشرع على هيئة التحكيم في الشيك أن تصدر حكمها المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي تم وأن اتفق عليه الأطراف، حيث إنه قد يحدث وأن يتفقوا على أن يكون الميعاد المحدد للهيئة لأن تصدر الحكم خلال شهر أو شهرين أو ثلاثة، أو حتى أي مدة أخرى يتفق عليها الطرفان.[١]

إذاً، إن على هيئة التحكيم في الشيك القيام بإصدار القرار المنهي للخصومة خلال الموعد المتفق عليه من قبل الفرقاء، وذلك ما لم يتم حدوث قوة قاهرة تحول دون صدور الحكم في الشيك في الميعاد إذ يترتب على القوة القاهرة وقف سريان الميعاد.[٢]

والأصل أن تقوم الأطراف بالاتفاق على الميعاد حيث إنهم يعدون الأقدر على معرفة ظروف وملابسات النزاع والوقت اللازم للفصل فيه، وعلى هيئة التحكيم في الشيك القيام بإصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال هذا الميعاد المحدد[٣]، وهذا ما أكدته المادة (٣٧) تحكيم فلسطيني المذكورة أعلاه، وليس هناك حد أقصى للميعاد الذي يمكن أن تقوم الأطراف بالاتفاق عليه.[٤]

وإذا لم يتم اتفاق الفرقاء على خلاف ذلك فإنه يتوجب صدور القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم في الشيك،[٥] وفي كل الأحوال يجوز أن تقوم هيئة التحكيم في الشيك بمد الميعاد لمدة لا تزيد عن ستة أشهر[٦]، وفي حال عدم صدور القرار التحكيمي خلال الموعد السالف بيانه، فإنه يجوز لأي من فرقاء التحكيم في الشيك أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي، أو إنهاء إجراءات التحكيم في الشيك، وعندئذ يكون لأي من الفريقين رفع دعوى للمحكمة المختصة.[٧]

---

[١] أحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص١٤٧وما بعدها.
[٢] نقض ٢٧ يونيو ١٩٦٥م، في الطعن ٤٠٦ لسنة٣٠ق، مجموعة النقض ١٦، ص٧٧٨، ومشار إليه لدى فتحي والي: مرجع سابق، ص٤٠٥.
[٣] وفاء فاروق محمد حسني: مرجع سابق، ص٢١١.
[٤] وهذا أيضاً ما أكدته نص المادة ١/٤٥ من قانون التحكيم المصري والتي نصت على أنه: "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الأطراف"
[٥] وهذا يتطابق مع ما جاء به قانون التحكيم المصري في المادة ١/٤٥ "اثني عشر شهراً من تاريخ بدء اجراءات التحكيم"
[٦] عبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٦٨.
[٧] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٧، وعبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٦٩.

إذاً، يتوجب على هيئة التحكيم في الشيك إصدار حكمها المنهي للخصومة كلها خلال المدة المتفق عليها من قبل الخصوم خلالها، وقد يتفق الأطراف لإصدار الحكم في الشيك في غضون شهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو حتى أي مدة أخرى.[1]

وفي حال عدم قيام الأطراف الاتفاق على المدة الواجب على هيئة التحكيم في الشيك إصدار الحكم المنهي للخصومة فقد أوجب المشرع لهيئة التحكيم في الشيك إمكانية إصدارها لحكمها خلال إثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم في الشيك، مع حقها في مد تلك المدة بما لا يتجاوز ستة أشهر، وإذا لم يصدر قرار التحكيم خلال المدة المتفق عليها من قبل الطرفين، يجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى المحكمة المختصة المشار إليها بالمادة رقم (١) من قانون التحكيم الفلسطيني[2]، لطلب أي من الأمرين:

١- طلب الأمر بتحديد موعد إضافي لتتمكن هيئة التحكيم في الشيك من إصدار القرار المنهي للخصومة كلها.

٢- طلب الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم في الشيك.[3]

وفي حال صدور قرار من المحكمة المختصة المشار اليها بالمادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني بإنهاء إجراءات التحكيم يترتب على ذلك أثر هام، ألا وهو أنه يحق لأي من الأطراف أن يقوم برفع دعواه للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع للفصل فيه.

وتقوم هيئة التحكيم في الشيك بإصدار قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز لهيئة التحكيم في الشيك أن تقوم بتمديد هذه المدة إذا دعت الحاجة والضرورة إلى ذلك، حيث إن لهيئة التحكيم في الشيك إذا استشعرت أن هذا الميعاد ليس كافياً لإصدار الحكم المنهي للخصومة، فإن لها أن تقرر مد الميعاد، ولو لم يخولها اتفاق التحكيم في الشيك ذلك، لمدة لا تتجاوز ستة أشهر، ويثبت قرارها بالمد في محضر الجلسة، فإذا قامت بمد المدة لأكثر من الستة أشهر فيعد لا أثر له، ويكون الحكم الصادر أثناء المدة الزائدة حكماً باطلاً، ولا يجوز لهيئة التحكيم في الشيك أن تستخدم سلطة المد ستة أشهر إلا لمرة واحدة فقط، ولكن يجوز لها إذا قامت بمد المدة لأول مرة أقل من مدة الستة أشهر أن تعود وتمدها لمرة أخرى بشرط أن لا يتجاوز مجموع المدد الستة أشهر، وعليه فإنه يجب أن يصدر قرار مد

---

[1] أحمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص١٤٧.

[2] والتي تنص على: " لغايات تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك: التحكيم: وسيلة لفض.....، المحكمة المختصة: المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، فإذا كان التحكيم دولياً ويجري خارج فلسطين : فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، وإن كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين أو في المقر المؤقت في غزة."

[3] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق، شرح قواعد اجراءات التحكيم)، ص٧٨.

الميعاد قبل أن ينقضي الميعاد محل المد، وإلا سقطت سلطة المحكمين، وليس لهم سلطة إصدار قرار بالمد، وقرار المد يجب أن يكون صريحاً.[١]

ويتم إصدار قرار التحكيم في الشيك بالإجماع، أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم في الشيك مشكلة من أكثر من محكم واحد[٢]، حيث إنه عند تعدد المحكمين فإن حكمهم يصدر بعد مداولتهم على الوجه الذي تحدده هيئة التحكيم في الشيك، ويصدر بأغلبية الآراء[٣]، وإنه ليس بالضرورة أن يتم كتابة الرأي المخالف في قرار التحكيم في الشيك، فقد يكتب أو لا يكتب وهذا لا يؤثر على قرار التحكيم في الشيك، ولا يؤدي إلى بطلانه، وهذا ما جاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية في غزة، في الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠١٠ أنه: "وحيث النعي بالوجه الثاني من الطعن بالقصور في التسبيب لعدم كتابة العضو المخالف ((الرأي المخالف)) ((تصدر الأحكام بالإجماع أو بأكثرية الآراء...)) ولما كانت المادة (١٧٦) – محاكمات– جرى نصها بوقع رئيس الجلسة وكاتبها نسخة الحكم الأصلية المشتملة على وقائع الدعوى والأسباب والمنطوق وتحفظ في ملف الدعوى. ولما كانت المادة (١٧٢) جرى نصها ((تودع مسودة الحكم في ملف الدعوى عند النطق به مشتملة منطوقه وأسبابه وموقعة من هيئة المحكمة. ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه صادر بالأغلبية وكانت مسودة الحكم مودعة في ملف الدعوى فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إذ لم يكتب العضو المخالف رأيه مما يكون معه النعي بهذا الحكم في غير محله"[٤]، أو يصدر القرار بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية، وهذا كله ما نصت عليه المادة (٣٨) من قانون التحكيم الفلسطيني[٥] حيث جاء بصددها أنه: "١– أ– على هيئة التحكيم إصدار القرار المنهي للخصومة خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان. ب– ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجب أن يصدر القرار خلال اثني عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وفي جميع الأحوال يجوز أن تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر.

٢– إذا لم يصدر قرار التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة (١) أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً لتحديد ميعاد إضافي، أو لإنهاء إجراءات التحكيم، ويكون لأي من الطرفين عندئذ رفع دعوى إلى المحكمة المختصة.

٣– تصدر هيئة التحكيم المصرفي قرارها الفاصل في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، ويجوز للهيئة تمديد هذه المدة إذا دعت الضرورة إلى ذلك.

---

[١] محكمة استئناف القاهرة (الدائرة ٥٠ تجاري)، في الدعويين ٤١ لسنة ١١٨ق، و١١ لسنة ١١٦ق، بجلسة ١٩٩٩/٥/٢٦م، ومشار إليه لدى فتحي والي: مرجع سابق، ص٤١٠.

[٢] عبد المنعم دسوقي: مرجع سابق، ص٢١٠وما بعدها، وأحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص١٣٤، وفؤاد محمد محمد أبو طالب: مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام(مرجع سابق)، ص١٦٢.

[٣] عبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٦٥.

[٤] طعن رقم ٢٢٧ لسنة ٢٠١٠، جلسة ٢٠١١/١٢/١٤م، أكرم كلاب: مجموعة مختارة من أحكام ومبادئ محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية من عام ٢٠٠٢ لعام ٢٠١٢م، غزة-فلسطين، ص١٧٣-١٧٤.

[٥] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٨.

٤- يصدر قرار التحكيم المصرفي بالإجماع أو بأكثرية الآراء بعد المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من محكم واحد، أو بقرار من المرجح عند تعذر الحصول على الأكثرية".[١]

وإن تعيين المرجح منوط بالمحكمة المختصة، وإذا لم تتفق الأطراف على تسميته أو امتنع أو اعتذر أو لم تتفق هيئة التحكيم في الشيك -شرطه أن يكون من ضمن قائمة المحكمين المعتمدين من وزارة العدل حيث جاء في حكم محكمة النقض الفلسطينية غزة أنه: "وحيث إن المطعون ضده تقدم للمحكمة المختصة لتعيين مرجح تطبيقاً لأحكام قانون التحكيم قم ٣ لسنة ٢٠٠٠ لاختلاف المحكمين في الرأي وقد قامت المحكمة باختيار مرجح دون أن تثبت في الأوراق استيفاء المرجح المذكور للشروط القانونية الواردة في المادة ١١ من قانون التحكيم والتي نصت فقرتها الأولى على أنه (بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكماً أو مرجحاً ضمن قائمة المعتمدين من وزارة العدل...)"[٢].

وفي كل الأحوال على هيئة التحكيم في الشيك أن تلتزم وفقاً لما نص عليه في المادة (٣/٣٨) المذكورة أعلاه، وأن تصدر قرارها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ حجز القضية للحكم، وإن لم تتمكن ودعت الضرورة لذلك جاز لها أن تمدد تلك المدة، إلا أن هذا التمديد ليس مطلقاً، على الرغم من أن المشرع لم ينص عليه، إنما يمكن أن يتم ولكن بشرط أن لا تتجاوز المدة المحددة وهي ثلاثة أشهر، فيكون عليها أن تقوم بإصدار حكمها خلال مدة أقصاها ستة شهور من تاريخ حجز القضية للحكم.[٣]

وباستطاعة هيئة التحكيم في الشيك أن تقوم بتفادي هذه الإشكالية إذا طلبت من الأطراف الاتفاق على تحديد المدة أو أن تعطي نفسها مدة محددة للسير في الإجراءات، بحيث لا تتجاوز التسعة أشهر، تبدأ من تاريخ بدء الإجراءات، وباختتام هذه المدة يكون ما بقي لها من الاثني عشر شهراً ثلاثة أشهر لتصدر حكمها، وهذا يتفق مع ما جاء في نص المادة (٣/٣٨/)١.[٤]

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في جلسة لها بتاريخ ١٩٩٩/٤/٢١م بأنه: "ومن الثابت أن عدم الاعتراض على تجاوز مدة التحكيم للمدة المتفق عليها طوال المدة التي استغرقتها الإجراءات وحتى صدور الحكم المنهي لمنازعة التحكيم، يعد نزولاً عن الحق في الاعتراض...."[٥]

أما إذا تم الاتفاق فيما بين الأطراف على أن تطبق قواعد الأونيسترال بالنسبة لإجراءات التحكيم في الشيك، أو قاموا بالاتفاق على أن يكون التحكيم في الشيك وفقاً لنظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فإن هذا يعني اتفاقهم على أن يكون التحكيم في الشيك من غير ميعاد، ذلك أن قواعد الأونيسترال، وكذلك

---

[١] تقابلها نص المادة ٤٥ من قانون التحكيم المصري.
[٢] طعن رقم ٢١٣ لسنة ٢٠١١م، جلسة ٢٠١١/١٠/٢٧م، أكرم كلاب: مرجع سابق، ص١٧٥-١٧٦.
[٣] ناظم محمد عويضة: مرجع سابق، ص١٣٣-١٣٤.
[٤] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح قواعد الاجراءات)، ص٨٠.
[٥] استئناف القاهرة- د٦٣ تجاري، دعوى رقم٣٤، ٥٣ لسنة ١١٩ق- جلسة ١٩٩٩/٤/٢١م، ومشار إليه لدى محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح أحكام قانون..)، ص١٩١.

لائحة مركز القاهرة الإقليمي، لا تحدد ميعاداً للتحكيم، وفي هذا تقول محكمة استئناف القاهرة: "..إن الطرفين قد اتفقا على إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد المعمول بها في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ويطبق هذا المركز قواعد الأونيسترال، وقد سكتت هذه القواعد عن النص على ميعاد لإصدار حكم التحكيم تاركة هذا الأمر لاتفاق الأطراف في كل حالة طبقاً لظروفها وملابساتها الخاصة، فإن لم يتفقوا على تحديد ميعاد ما فإنهم بذلك يكونوا قد فوضوا هيئة التحكيم في تحديد الميعاد الذي تراه مناسباً حسب ظروف المنازعة التي تنظرها"[١]

وفي حال اتفق الأطراف على خضوع التحكيم في الشيك لإجراءات محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس I.C.C، أو التحكيم وفقاً لقواعدها، فإن التحكيم يكون ستة أشهر تبدأ من التوقيع على وثيقة التحكيم (مادة ١/٢٤)، ويخضع مد الميعاد عندئذ لما تنص عليه قواعد ال I.C.C.[٢]

ويجب عند إصدار حكم التحكيم في الشيك، أن يتضمن الحكم البيانات التي نص عليها قانون التحكيم الفلسطيني في المادة رقم (٣٩) منه والتي جاء فيها أن: "١- يجب أن يشمل قرار التحكيم على ملخص لاتفاق التحكيم، وأطرافه، وموضوعه، والبينات المستمعة والمبرزة، والطلبات، وأسباب القرار ومنطوقه، وتاريخ ومكان صدوره، وتوقيع هيئة التحكيم. ٢- تضمِن هيئة التحكيم قرارها كل ما يتعلق بالرسوم والمصاريف والأتعاب الناجمة عن التحكيم وكيفية دفعها".

ويترتب على ذلك: ١- صدور القرار من هيئة التحكيم بكامل تشكيلها، ٢- يعتبر الحكم قد صدر من تاريخ اليوم الذي وقع عليه المحكمون، ولا يجوز أن يتم إصداره إلا باشتراك جميع المحكمين، وإلا كان الحكم باطلاً، ٣- في حال أن امتنع أحد المحكمين عن التوقيع فعليه إثبات أسباب عدم توقيعه على ورقة الحكم، وقد يكون هذا الإثبات من قبل المحكم الممتنع نفسه أو من قبل رئيس الهيئة، ٤- يجب إصدار الحكم خلال الموعد المحدد اتفاقاً أو قانوناً من تاريخ حجز القضية للحكم، ٥- يجب إصدار قرار المحكمين بعد المداولة، بحيث تكون المداولة سرية، ٦- يجب أن يكون التحكيم مسبباً.[٣]

وتقوم هيئة التحكيم في الشيك بإصدار قرارها بحضور الفرقاء، وفي حال تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبلغه لذلك، فإن هيئة التحكيم في الشيك تقوم بإصدار قرارها في تلك الجلسة، ومن ثم تقوم بتبليغه للفريق الغائب، حيث يعد القرار بمثابة القرار الحضوري في مواجهته، ما لم يكن الفرقاء متفقين على غير ذلك، وهذا ما جاء في نص المادة (٤٠) من قانون التحكيم الفلسطيني[٤] على أنه: "تصدر هيئة التحكيم قرارها بحضور الأطراف، فإذا تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار

---

[١] استئناف القاهرة، جلسة ٢٠٠٣/١٢/٣٠م، في القضية ٩١و٩٦ لسنة ١١٩ق تحكيم، ومشار إليه لدى فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية(مرجع سابق)، ص٤٠٦.

[٢] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٠٧.

[٣] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح قواعد اجراءات)، ص٧٨-٧٩.

[٤] عبدالقادر صابر جرادة: مرجع سابق، ص٨.

على الرغم من تبليغه بذلك، تصدر الهيئة قرارها في تلك الجلسة، وتقوم بتبليغه للطرف الغائب، ويعتبر القرار بمثابة الحضوري في مواجهته، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

إن هذا النص جاء منسجماً مع ما جاء به في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية في الفصل الثاني منه باب حضور الخصوم وغيابهم في المادة (٨٦ و ٨٧)[١]، وتحت عنوان الحكم الصادر عن المدعى عليه حكماً حضورياً، والحكمة هنا في التحكيم في الشيك السرعة، حيث لا يجوز تأجيل النطق بالقرار لمجرد غياب الأطراف أو أحدهم عن حضور جلسة النطق بالقرار الفاصل في موضوع النزاع، حيث إنه في حال عدم حضور أحد الأطراف جلسة النطق بالحكم رغم تبلغه ذلك الموعد، فقد أعطى المشرع لهيئة التحكيم في الشيك في هذه الحالة اعتبار القرار بمثابة الحضوري، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فقد يتفق الأطراف على عدم الحضور، ويكتفوا بتسليمهم صورة موقعة من أصل القرار المنهي للخصومة.[٢]

المطلب الثاني

شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك

إن الحكم التحكيمي في الشيك يتضمن الحكم على أحد أطراف النزاع، وإعطاء الحق لطرف آخر، وقد يتضمن أيضاً إلزام الطرفين فيما لو قسمت المصاريف بينهما، ولا بد للطرف الذي صدر الحكم المصرفي المتعلق في الشيك ضده أن ينفذ الحكم لمصلحة خصمه، وغالباً ما يتضمن الحكم في الشيك دفع التعويضات بسبب الإخلال بالالتزامات التي نتجت عن العقد المتفق عليه بين الأطراف أو عدم تنفيذها، فالقاعدة هي احترام الحكم التحكيمي من قبل الأطراف وتنفيذه اختياريا من قبل الطرف الخاسر، أما الاستثناء فيكون الرفض أو المماطلة في التنفيذ من قبل الطرف الذي عليه تنفيذ القرار، أما الطرف الذي صدر الحكم في الشيك لصالحه فإنه في حال تقاعس الطرف الآخر أو امتناعه عن التنفيذ إلى طلب التنفيذ الجبري من الجهات المختصة[٣]، فمن هي الجهة المنوطة بذلك؟ وهل هناك شروط لتنفيذ الحكم التحكيمي؟ وماذا عن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؟

---

[١] حيث تنص المادة ٨٦ على أنه: "إذا حضر المدعى عليه إحدى جلسات المحاكمة وتغيب بعد ذلك لغير عارض من عوارض الخصومة فإن الحكم الصادر ضده يكون حضورياً وقابلاً للإستئناف"، وتنص المادة ٨٧ على أنه: "تسري أحكام المادتين (٨٥) و(٨٦) من هذا القانون عند تعدد المدعين عليهم وفقاً لمقتضى الحال".

[٢] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق (شرح أحكام..)، ص١٩٧وما بعدها.

[٣] فوزي محمد سامي: مرجع سابق، ص٣٥٣، وفتحي والي: مرجع سابق(قانون التحكيم في النظرية..)، ص٤٨٠.

كل ذلك سنتناوله في هذا المطلب، حيث سنتناول الجهة المختصة بإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك في الفرع الأول، ومن ثم سنبين الشروط الواجب توافرها لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك في التشريعات عبر الفرع الثاني..

الفرع الأول

الجهة المختصة بإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك

لم يشأ المشرع ترك أحكام المحكمين، وهي قضاء خاص بغير رقابة من القضاء، فطلب ضرورة إصدار أمر تنفيذ الحكم من القضاء، وإنه من خلال إصدار الأمر يتثبت القاضي من وجود شرط تحكيم، وأن حكم المحكم قد روعي فيه الشكل الذي يتطلب توافره في القانون، سواء عند الفصل في النزاع أو حتى عند كتابة الحكم، وذلك دون أن يكون للقاضي رقابة على حكم المحكم من الناحية الموضوعية، ومدى عدالته من عدمها أو مطابقته للقانون، وهذا لعدم وجود هيئة استئنافية في هذا الصدد.[1]

فأمر التنفيذ هو عبارة عن مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من الناحية الإجرائية والشكلية، دون مراقبته موضوعياً، أو مدى مطابقته للقانون، فإذا لم يصدر الأمر بالتنفيذ لا يفقد حكم التحكيم في الشيك حجيته، بل يظل قائماً، ويفقد قوته التنفيذية، لذلك إن الأمر بالتنفيذ ليس حكماً قضائياً إنما هو أمر ولائي، حيث إنه الوسيلة القانونية التي حددها المشرع لإزالة الشرط الواقف، الذي يمنع إعمال فعالية القوة التنفيذية، الكامنة في حكم المحكم منذ صدوره.[2]

سندرس خلال هذا الفرع الجهة المنوط بها أمر التنفيذ، ألا وهي المحكمة المختصة وفقاً للقوانين الوطنية (فلسطين، مصر، فرنسا).

بما أن حكم التحكيم في الشيك عمل يصدر من قضاء خاص، وأن المحكمين ليست لديهم سلطة الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك، فإن سلطة التنفيذ من اختصاص قضاء الدولة، والذي يمنح الحكم التحكيمي المصرفي المتعلق في الشيك أمر التنفيذ[3]، كما أن إجراءات التنفيذ لا تعد جزءً من العملية التحكيمية، فتدخل

---

[1] نقض مدني ٢٧/مارس/١٩٩٦ مجموعة النقض السنة٤٧- ج١، صفحة ٥٥٨ ق ١٠٧، أيضاً نقض مدني ١٥/فبراير/١٩٧٨ الطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤ق، والمشار إليهم لدى هات محي الدين اليوسفي: الأثر المانع لإتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام٢٠١٤م، ص٣٦٩، وعبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٧٩، وأحمد أبو الوفا: مرجع سالق(عقد التحكيم واجراءاته)، ص٣٠٤.

[2] فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص٦٧٥.

[3] شعبان أحمد رمضان: نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الادارية، ص٢١٨، ومشار إليه لدى فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص٦٢١.

الدولة يعطي الحكم التحكيمي المصرفي المتعلق في الشيك ضماناً للاعتراف به، وتنفيذه من خلال نظام الأمر بالتنفيذ.[١]

وبصدور الأمر بالتنفيذ يصبح حكم المحكم في الشيك واجب التنفيذ، ويتمتع بقوة تنفيذ تسمح بتنفيذه جبراً، أي أنه يصبح بهذا سنداً تنفيذياً، فحكم التحكيم في الشيك يحوز حجية الأمر المقضي من لحظة صدوره[٢]، حيث يكون واجب النفاذ منذ تلك اللحظة، لكل هذا يجب أن يحاط بحماية قضاء الدولة في صورتها التنفيذية، حيث تكون هذه الحماية عن طريق الاعتراف بقوته التنفيذية، وهذا يكون بتدخل القضاء المختص بإصدار أمر بتنفيذ حكم المحكمين، كما أن النفاذ الجبري لهذا الحكم لا يكون إلا بتدخل القضاء، نظراً لافتقار هيئة التحكيم في الشيك للسلطة التي تمكنها من إجبار الأطراف على تنفيذ هذا الحكم.[٣]

إن لطالب التنفيذ في التحكيم التجاري الدولي تحديد مكان الاعتراف بالحكم وتنفيذه، ألا وهو البلد الذي يكون فيه أموال وممتلكات المنفذ ضده، وعند تعدد ذلك فما عليه إلا إختيار المكان الأكثر ملاءمة لطلب الاعتراف بالحكم وتنفيذه، وإن أمر التنفيذ ليس إلا مجرد إجراء يصدر من قبل القاضي المختص فيضفي على حكم التحكيم القوة التنفيذية، حيث إنه يشكل نقطة التقاء بين كل من قضاء التحكيم، وقضاء الدول فيكمل القضاء عمل المحكم، والأحكام التي تكون محلاً للتنفيذ الجبري هي أحكام الإلزام، أما الأحكام التمهيدية التي يقوم بإصدارها المحكم كالأحكام المنشئة والمقررة فلا تكون محلاً للتنفيذ الجبري.[٤]

إن أمر التنفيذ هو الإجراء القضائي الذي يتم إصداره من قاضي مختص قانوناً يأمر بمقتضاه، حيث لا بد من حصول حكم التحكيم في الشيك على أمر بالتنفيذ حتى يمكن تنفيذه، وإن الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك لا يصدر إلا من الجهة المختصة بإصداره.[٥]

ويمكن تعريف تنفيذ حكم التحكيم في الشيك بأنه: "العمل الذي يمنح بمقتضاه أحد قضاة الدولة لحكم التحكيم في الشيك القوة التنفيذية"[٦].

والأمر الذي لا مراء فيه أن غاية اللجوء إلى التحكيم في الشيك هو تمكين الخصم الذي يصدر لصالحه الحكم – صاحب الحق– في الحصول على حقه بأسهل الإجراءات، دون أن يتكبد أي عناء أو مشقة، واللذان يوجدان في قضاء الدولة، وما يستلزمه من ضياع للوقت والنفقات.[٧]

---

[١] أحمد عبدالكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٤١٩.
[٢] عبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٧٨.
[٣] رضا السيد عبد الحميد: مرجع سابق(مسائل في التحكيم)، ص٥٣.
[٤] محمد نور شحاتة: تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة ومنشور على الموقع الالكتروني: http://www.palmoon.net topic.٥٤٨٥,٤١.htm/./٥.
[٥] فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص٦٢٢.
[٦] عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، عام٢٠٠٧م، ص٢٩٢.
[٧] أبو زيد رضوان: مرجع سابق(الأسس العامة..)، ص٣.

فقد اهتمت غالبية التشريعات الحديثة بتنظيم هذه المسألة، ولم يتركوا أحكام المحكمين، وهي قضاء خاص بدون رقابة من قضاء الدولة، فأوصوا بضرورة إصدار أمر بتنفيذ الحكم من القضاء، ومن خلال ذلك الأمر يتثبت القاضي من وجود شرط التحكيم المصرفي المتعلق في الشيك، وأن حكم المحكم قد روعي فيه الشكل القانوني[1]، وبصدور الأمر من قضاء الدولة بالتنفيذ يصبح الحكم التحكيمي في الشيك واجب التنفيذ حيث يتمتع بقوة تنفيذية تتيح تنفيذ الحكم المصرفي المتعلق في الشيك جبراً في حال لم يرتضيه الصادر الحكم ضده بتنفيذه اختياراً وطواعية، لكل ما سبق فإن إصدار القضاء الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم في الشيك يمثل من وجهة النظر الصحيحة اعترافاً من قبل قضاء الدولة بسلامة الحكم، وتنفيذه جبراً بكل الطرق والوسائل التي يتيحها القانون.[2]

فلقد نظم المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم الجهة المختصة والمخولة بإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم، حيث إنه وبموجب نص المادة الأولى من قانون التحكيم الفلسطيني والتي تنص على أنه: "لغايات تطبيق أحكام هذا القانون يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل القرينة على خلاف ذلك: التحكيم: وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه، وذلك بطرح موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم للفصل فيه. المحكم: الشخص الطبيعي الذي يتولى مهمة التحكيم. هيئة التحكيم: شخص أو أكثر يتولى مهمة الفصل في النزاع. المرجح: المحكم الذي يتولى إصدار قرار التحكيم عند تعذر تحقق الأغلبية. الخبير: شخص مؤهل في مجال معين يمكن الاستعانة به لتحديد مسائل فنية تتعلق بمجال عمله يصعب على غيره القيام بها. المحكمة المختصة: المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض على هيئة التحكيم إذا كان التحكيم محلياً، فإن كان التحكيم دولياً ويجري في فلسطين: فهي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، وإن كان التحكيم أجنبياً فالمحكمة المختصة في تسجيل قرار التحكيم وتنفيذه هي محكمة البداية في القدس عاصمة دولة فلسطين، أو في المقر المؤقت في غزة."

فإن المقصود بالمحكمة المختصة كما هو موضح أعلاه هي محكمة البداية ضمن اختصاصها المكاني، وترتيباً على ما سبق فإن القانون الفلسطيني يختلف عن نظيره المصري في تحديد الجهة المختصة بالتنفيذ، فهو رئيس المحكمة المختصة بنظر مسائل التحكيم وفق القانون المصري، وهذا ما نصت عليه المادة (٩) من قانون التحكيم المصري حيث نصت على أنه: "١- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر، ٢- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقاً للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم".

[1] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٧٢.
[2] أحمد السيد صاوي: مرجع سابق، ص٢٧٥.

حيث إنه في قانون التحكيم المصري فإن التحكيم إذا لم يكن تجارياً دولياً فإن المختص بأمر التنفيذ هو رئيس محكمة أول درجة المختصة أصلاً بنظر النزاع[١]، ويتم تحديد الاختصاص المحلي للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع في حال كونها محكمة موطن المدعى عليه[٢]، إلا أن هناك من يرى[٣] أنه من الأفضل أن يكون الاختصاص المحلي بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة التي يتبعها المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم، وأن يتم إيداع حكم التحكيم في قلم كتاب هذه المحكمة.[٤]

أما إذا كان التحكيم في الشيك تجارياً دولياً سواء جرى في مصر أو في خارج مصر، فإن الاختصاص يكون لرئيس محكمة استئناف القاهرة، كما هو موضح بالنص القانوني، أو لرئيس أي محكمة استئناف أخرى يكون الأطراف قد قاموا بالاتفاق على اختصاصها بنظر مسائل التحكيم، أو حتى من يندبه من قضاتها[٥]، فطبقاً لنص المادة (٥٦) من قانون التحكيم المصري[٦]، فإنه يختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم رئيس المحكمة المحددة في المادة (٩) من هذا القانون أو من يندبه من قضاتها، كذلك فإن المادة (١/٩) من هذا القانون ميزت في شأن الاختصاص بمسائل التحكيم عموماً، بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث إنه في حالة التحكيم الداخلي فإن الاختصاص يكون للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، أما في حالة التحكيم الدولي فإن الاختصاص يكون لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتم الاتفاق بين الأطراف في التحكيم على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر.[٧]

وإن اختصاص رئيس المحكمة المشار إليه بنص المادة (٩) أعلاه أو من يندبه من قضاتها بإصدار أمر التنفيذ، اختصاص متعلق بالنظام العام، ويترتب على مخالفته امتناع القاضي عن إصدار الأمر من تلقاء نفسه، فإذا تم وأصدره بالرغم من عدم اختصاصه فإنه باطل، وهذا البطلان متعلق بالنظام العام، كذلك ولو كان القاضي غير مختص محلياً.[٨]

ومن جماع ما سبق، ووفقاً لقانون التحكيم المصري، فإننا نخلص إلى القول بأن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الشيك، هو رئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها، وذلك على غرار تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية.[٩]

---

[١] السيد أبو عيطة: التحكيم الدولي على ضوء النظام السعودي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام٢٠١٤م، ص١٢٨.
[٢] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق(حجية أحكام التحكيم..)، ص٩٨.
[٣] فتحي والي: مرجع سابق(قانون التحكيم في النظرية والتطبيق)، ص٤٨٣.
[٤] والرأي هذا يوافق ما ينص عليه قانون المرافعات الفرنسي في نص المادة ١٤٧٢.
[٥] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٧٧، السيد أبو عيطة: مرجع سابق، ص١٢٩.
[٦] والتي تنص على أن: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون، أو من يندبه من قضاتها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين.."
[٧] عيد محمد القصاص: مرجع سابق، ص٢٩٣، أحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص١٩٥.
[٨] أحمد محمد حشيش: القوة التنفيذية لحكم التحكيم، ص٨٩، ومشار إليه لدى فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص٦٢٣-٦٢٤.
[٩] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق(طرق الطعن..)، ص٢٣٣.

بينما القانون الفلسطيني فقد جعل المحكمة المختصة بالتنفيذ هي المحكمة المختصة بنظر النزاع في التحكيم الوطني[١]، وفي هذا الشأن تكون المحكمة المختصة هي البداية أو الصلح[٢]، أما عن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والتي جرى التحكيم بها في فلسطين، فإن المحكمة التي تختص بتنفيذها هي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، أما عن أحكام التحكيم الأجنبية فإن المحكمة التي تختص في تنفيذها هي محكمة البداية في القدس، أو المقر المؤقت لدينا في غزة.[٣]

ومن الملاحظ من خلال النص السابق وجود انطباع سياسي خاص بالقضية الفلسطينية برز في قانون التحكيم الفلسطيني من خلال المادة رقم (١)، حيث ذكر في هذه المادة أن القدس هي عاصمة دولة فلسطين، في حين أن هذه الخصوصية كان ينبغي حقيقة أن يكون مكانها في الدستور أو القانون الأساسي الفلسطيني هذا من جانب.[٤]

من جانب آخر فإن المشرع الفلسطيني لم يعط للأطراف في اتفاق التحكيم في الشيك الحرية في اختيارهم لمحكمة أخرى خلافاً لما نص عليه القانون، وذلك على النقيض من القانون المصري الذي أعطى الأطراف حرية اختيار محكمة استئناف أخرى غير محكمة استئناف القاهرة، والذي أشارت إليه آنفاً.

ولم يقم لا قانون التحكيم الفلسطيني ولا قانون التحكيم المصري بتحديد سلطات محكمة أو قاضي الأمر بالتنفيذ، ولكن المسلم به أن يباشر القاضي الأمر بالتنفيذ رقابة على حكم التحكيم في الشيك قبل إصدار الأمر، وهذا لأن المحكمين أفراداً عاديين، ويقوم القاضي المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ بمباشرته لرقابة خارجية على الحكم أي رقابة تتناول الشكل، وذلك لكي تتأكد من خلو الحكم من موانع التنفيذ، وأمثلة على تلك الموانع: بأن يكون الحكم منطوياً على بطلان ظاهر، أو أن يكون حكم التحكيم في الشيك منطوياً على خرق واضح لقواعد النظام العام، أو أن يكون مخالفاً للاتفاقيات والمعاهدات المعمول بها في الدولة التي يجري فيها التحكيم، أو أن يكون الحكم خالياً من توقيع المحكمين أو من التسبيب، أو أن يكون الحكم غير حاسمٍ لموضوع النزاع، أو أن المحكم لم يخرج عن حدود الاتفاق على التحكيم.[٥]

أما عن القانون الفرنسي، فإنه قام بتحديد الجهة المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة للتحكيم الأجنبي أو الدولي، وهي ذات القواعد التي يتم تطبيقها بالنسبة للتحكيم الوطني، فيكون الاختصاص لقاضي التنفيذ للمحكمة الابتدائية المختصة مكانياً ونوعياً، فقد نصت المادة (١٥٠٠) من قانون التحكيم الفرنسي على أن: "تطبق أحكام المواد من (١٤٧٦ إلى ١٤٧٩) على حكم التحكيم الأجنبي"[٦]، وإن أمر التنفيذ لا يؤثر على

---

[١] أحمد أبو الوفا: مرجع سابق(التحكيم في القوانين العربية)، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٧٣.
[٢] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أسباب الطعن...)، ص٤٤.
[٣] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق (حجية أحكام التحكيم..)، ص١٠٨.
[٤] ناظم محمد عويضة: مرجع سابق، ص١٣.
[٥] عمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص١٠٥-١٠٦، ومحمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أسباب الطعن..)، ص٤٧وما بعدها، وأحمد أبو الوفا: مرجع سابق(التحكيم في القوانين العربية)، ص٧٤.
[٦] وهذا أيضاً جاء في نص المادة١٤٧٧ من قانون المرافعات الفرنسي رقم ٦٥٠لسنة ١٩٩١ بالنسبة للتحكيم الداخلي، ومشار إليه لدى فتحي واي: مرجع سابق(قانون التحكيم في النظرية..)، ص٤٨٣.

الحكم التحكيمي ببطلانه، في حال صدوره من قبل محكمة غير مختصة محلياً أو نوعياً، فإن البطلان يقتصر على الأمر الصادر بالتنفيذ، وللمستفيد الحصول على أمر جديد بالتنفيذ من المحكمة المختصة بذلك، كما أن البطلان يتعلق بالنظام العام بالنسبة للاختصاص النوعي فقط.[١]

وننوه إلى أن القاضي الذي يقوم بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك له سلطة وأن هذه السلطة قضائية يقوم بمباشرتها دون مواجهة، فعليه ابتداءً التحقق من أن المستند المقدم له هو حكم التحكيم بالمعنى الصحيح، وليس عملاً قانونياً آخراً، وفي هذا المسار عليه القيام بفحص اتفاق التحكيم في الشيك المرفق بالطلب حتى يتم التأكد – وبصفة خاصة – من أن الأطراف فيه يخولون من وقع على المستند ولاية القضاء، وفي حين تأكده من ذلك فإنه ينظر في إصدار أمر التنفيذ، فهو له عندئذ سلطة محدودة، حيث إنه لا يقوم بتولي تحقيق القضية التي صدر فيها حكم التحكيم المصرفي المتعلق في الشيك أو أن يقوم بإعادة نظرها، إنما سلطته تقتصر على التأكد من المشروعية الظاهرة للحكم، فهو يباشر رقابة ظاهرية دون التعرض لموضوع النزاع[٢]، فيقوم بالتحقق من كون حكم التحكيم في الشيك قد صدر بين طرفي طلب الأمر بالتنفيذ، ومن كونه مسبباً أم لا، والتأكد من خلو الحكم في ظاهره من العيوب الإجرائية، وأنه لا يخالف النظام العام هذا كله من جانب، ومن جانب آخر يراقب العيوب الظاهرة لاتفاق التحكيم في الشيك، فيقوم برفض إصدار الأمر في حال كان الاتفاق ظاهر البطلان، كما لو تعلق بمسألة لا تصلح لأن تكوم محلاً للتحكيم في الشيك، أو في حال كان الاتفاق منعدماً أو كان مخالفاً وبشكل واضح للنظام العام، أو إذا كان الطرفان غير ملزمين باتفاق التحكيم في الشيك، وكل ذلك دون البحث أو الخوض في الموضوع، حيث ليس له أن يقوم بالبحث في موضوع النزاع والخوض فيه، ولا أن يقوم بالبحث في إجراءات التحكيم في الشيك[٣]، ولا حتى في مراقبة خطأ المحكمين في هذا الخصوص، أو أن يبحث في صحة بطلان الحكم فيما يستبين من ظاهره، ولهذا ليس للقاضي أن يقوم برفض إصدار أمر التنفيذ على أساس خطأ المحكمين في تكييف الوقائع[٤]، أو حتى خطئهم في تطبيق القانون عليها، وكذلك ليس للقاضي أيضاً سلطة تعديل حكم المحكمين أو تكملته أو إبطاله[٥]، ولقد أكدت محكمة النقض المصرية على السابق، وعبرت عنه في حكم لها بالتالي: "الأمر الصادر.. والذي يعتبر حكم المحكم واجب النفاذ.. يقصد به مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من حيث التثبت من وجود مشارطة التحكيم، وأن المحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون سواء عند الفصل في

---

[١] فؤاد محمد محمد أبو طالب: مرجع سابق، ص٦٢٩.
[٢] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٨٢.
[٣] أحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص١٩٦.
[٤] نقض مدني فرنسي ١٤/ديسمبر/١٩٨٣م، بيلتان مدني -١- رقم ٢٩٥، ومشار إليه لدى فتحي والي: المرجع سابق، ص٤٩٢.
[٥] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام..)، ص٢٤٩.

النزاع أو عند كتابة الحكم، دون أم يخول قاضي الأمور الوقتية حق البحث في الحكم من الناحية الموضوعية، ومدى مطابقتها للقانون.[١]

لهذا لا يملك القاضي عند الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين المصرفية المتعلقة بالشيكات أن يقوم بالتحقق من عدالتها أو حتى صحة قضائها في الموضوع، لأنه لا يعتبر هيئة استئنافية[٢] في هذا الصدد، وما يوجب تقييد سلطة القاضي في هذا الشأن أنه يقوم بإصدار الأمر بعد صدور حكم تحكيم حائز لحجية الأمر المقضي في النزاع، ويقوم بإصداره في غير مواجهة بين الطرفين، وكذلك لأنه لا تعرض عليه مستندات الطرفين، إنما فقط الحكم المطلوب الأمر بالقيام بتنفيذه مع اتفاق التحكيم المصرفي المتعلق في الشيكم ومحضر إيداع الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يعدل عن قراره بعد إصداره إياه، سواء أكان صدوره بالأمر بالتنفيذ أم برفضه.[٣]

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك في التشريعات

لا يعتبر الأمر بالتنفيذ مجرد إجراء مادي يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية، بل هو أمر ولائي لا يقوم بإصداره القاضي إلا بعد التأكد من توافر شروط معينة تطلبها القانون[٤]، وهذا ما ورد في أحكام محكمة النقض الفلسطينية – غزة– حيث جاء بها: " لتنفيذ حكم في فلسطين مناطه –....، أن يكون الحكم حاز قوة الأمر المقضي به طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته، وأن لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من محكمة فلسطينية، وألا يكون متضمناً ما يخالف النظام العام والآداب العامة"[٥]، وتتمثل هذه الشروط اللازمة لاستصدار الأمر بالتنفيذ بالتالي:[٦]

١– انقضاء ميعاد رفع دعوى فسخ (بطلان) حكم التحكيم في الشيك.

٢– عدم تعارض الحكم المراد تنفيذه مع حكم سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية في موضوع النزاع في الشيك.

٣– أن لا يتضمن حكم التحكيم في الشيك ما يخالف النظام العام في فلسطين.

---

[١] نقض مدني ١٥/فبراير/١٩٧٨م في الطعن ٥٢١ لسنة ٤٤ق، مجموعة ٢٩، ص٤٧٢، بند٩٣، ومشار إليه لدى فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٩٢.

[٢] عبدالحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٧٩.

[٣] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٩٢-٤٩٣، وهات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٨٣-٣٨٤.

[٤] حكم المحكمة الدستورية العليا، ٦/يناير/٢٠٠١م، في القضية رقم ٩٢ لسنة ٢١ق، دستورية، والمشار إليه لدى فتحي والي: مرجع سابق (قانون التحكيم في النظرية..)، ص٤٨٧.

[٥] طعن رقم ٣٠٩ لسنة ٢٠٠٩م، جلسة ٢٠١٠/٧/١٤م، أكرم كلاب: مرجع سابق، ص١٧٦.

[٦] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٨٠، ومحمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام..)، ص٢٤٧وما بعدها، وعبد الحميد المنشاوي: مرجع سابق، ص٨٠.

٤- أن يتم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

ونبدأ بـ:

١- انقضاء ميعاد رفع دعوى فسخ (بطلان) حكم التحكيم في الشيك:

حيث إنه يتعين عدم تقديم طلب الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات المدة المنصوص عليها في المادة (٤٤) من قانون التحكيم الفلسطيني دون الطعن في قرار التحكيم في الشيك، والتي تنص على أنه: "يقدم طلب الطعن في قرار التحكيم إلى المحكمة المختصة خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي لتاريخ صدور قرار التحكيم إن كان وجاهياً وإلا فمن اليوم التالي من تاريخ تبلغه"، وهذا ما أكدته المادة (٥٥) من نفس القانون، والتي تنص على أنه: " لأي من أطراف التحكيم طلب تأجيل نظر النزاع مدة مناسبة تقدرها هيئة التحكيم لتقديم ما لديه من أوراق أو مستندات أو أية ملاحظات تكون منتجة في النزاع، ويجوز لهيئة التحكيم تأجيل نظر النزاع أو تكرار التأجيل لمدة أخرى تراها مناسبة إذا رأت مبرراً لذلك" ويجب أن يرفق بالطلب صورة من ورقة إعلان الحكم إلى المحكوم عليه.[١]

وفي قانون التحكيم المصري قيد المشرع القاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ بقيد زمني، حيث إنه لا يعني بمجرد التقدم بطلب الأمر بالتنفيذ إلى المحكمة المختصة ومستوفياً مستنداته إمكانية إصدار هذا الأمر فور تقديمه، حيث أوجب عليه عدم إصدار الأمر بالتنفيذ إلا بعد فوات ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم في الشيك وفقاً لنص المادة (٥٨) تحكيم مصري[٢]، وهو تسعون يوماً من تاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه[٣] وفقاً لنص المادة (٥٤) تحكيم مصري[٤]، مضافاً إليه بطبيعة الحال ميعاد المسافة وإمكانية امتداده بسبب العطلة الرسمية، وإمكانية وقفه بسبب القوة القاهرة، والحكمة من انتظار فوات ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم قبل إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك هي التريث، وعدم التسرع في تنفيذ حكم مهدد بالبطلان، الأمر الذي يقتضي انتظار نتيجة الحكم، حيث قد تقوم المحكمة بالحكم بالبطلان، فيصبح الأمر بالتنفيذ لا محل له.[٥]

---

[١] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام...)، ص٢٤٧.

[٢] والتي تنص على أنه: " ١-لا يقبل طلب تنفيذ حكم التحكيم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى. ٢-لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي: أ- أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. ب- أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. ج- أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً. ٣- ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (٩) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره"

[٣] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٨٧.

[٤] والتي تنص على أنه: " ١- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوماً التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه. ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم. ٢- تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار إليها في المادة (٩) من هذا القانون وفي غير التحكيم التجاري الدولي يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التي تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

[٥] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٧٨.

ومن الثابت أن المحاكم المصرية لا تختص دولياً بدعاوى بطلان أحكام المحكمين الأجنبية طالما أن الطرفان لم يتفقا على إخضاعها لقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤مصري، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الأجنبي في مصر سوى الاعتراض على تنفيذه، طبقاً لنص المادة (٥٨) من قانون التحكيم المصري[١]، وإقامة الدليل على توافر أحد الأسباب المانعة من الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وتنفيذه، المنصوص عليها في إتفاقية نيويورك ١٩٥٨م بشأن أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها.[٢]

إلا أن المشرع المصري عاد ونص على أنه لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم في نص المادة (٥٧) تحكيم مصري[٣]، وهنا يثور التساؤل الآتي:

كيف يسوغ النص بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم في الشيك إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى، مع النص على أن رفع الدعوى لا يترتب عليه وقف تنفيذ الحكم؟!

لا شك أن ذلك يجعل النص على ضرورة انتظار انقضاء ميعاد دعوى البطلان لغواً ما كان ينبغي أن يقع فيه المشرع المصري، فإما أن ينفذ الحكم فور صدوره، أو أن يتم الانتظار حتى ينقضي ميعاد دعوى البطلان، فلا ترفع، فيسقط الحق، ويصبح إصدار الأمر بالتنفيذ مبرراً، ولا توجد خشية من إلغاء حكم التحكيم في الشيك، أو يطعن في الحكم بالبطلان خلال الميعاد فعلاً فيتعين الانتظار حتى يتم الفصل في دعوى البطلان، فإن رفضت صدر الأمر بالتنفيذ، وإن قبلت فانتهت المحكمة إلى بطلان حكم التحكيم في الشيك، ولم يعد للأمر بالتنفيذ محلاً، ولكل ما سبق فإنه كان من الواجب على هذا المشرع رفع هذا التناقض، وأن ينص على أن: "تنفيذ الحكم لا يقبل إلا بعد فوات ميعاد دعوى البطلان والفصل فيها" وهو ما نأمل مراعاته عند تعديل هذه النصوص.[٤]

---

[١] أحمد محمد عبدالصادق: مرجع سابق، ص٢٠٢.

[٢] إستئناف القاهرة، د٩١تجاري، دعوى رقم ٤ لسنة١١٤ق، جلسة٢٠٠٣/١/٢٩م،ومشار إليه لدى أحمد عبد الصادق: المرجع السابق، ص٢٠٢.

[٣] والتي تنص على أنه: " لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ إذا طلب المدعى ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة لنظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر"

[٤] هات محي الدين: مرجع سابق، ص٣٧٨-٣٧٩.

٢- عدم تعارض الحكم المراد تنفيذه مع حكم سبق صدوره من المحاكم الفلسطينية في موضوع النزاع في الشيك[١]:

والمقصود بالحكم هنا هو الحكم الموضوعي البات[٢]، الذي سبق أن صدر في موضوع النزاع الذي فصل فيه حكم المحكمين، على نحو يتعارض مع حجية ما قضي به حكم التحكيم في الشيك المطلوب تنفيذه، فإن كان الفصل السابق قد انصب فقط على جزء من موضوع النزاع، أو كان التعارض بين الحكمين متعلقاً بجزءٍ مما فصل فيه حكم التحكيم في الشيك، جاز الأمر بالتنفيذ بالنسبة للجزء من حكم التحكيم في الشيك الذي لم يفصل فيما فصل فيه ذلك الحكم، أو ما لا يتعارض مع ما فصل فيه.[٣]

وإن إعمال قرار التحكيم في الشيك في هذه الحالة يعتبر إهداراً لقاعدة حجية الأمر المقضي به والتي تتعلق بالنظام العام، حيث يرى البعض[٤] بأنه ينبغي كذلك التحقق من انتفاء تعارض قرار التحكيم في الشيك من أحكام التحكيم الوطنية أو الأجنبية دون أن يقتصر الأمر على الأحكام التي تصدر من قبل المحاكم العادية، وهذا لأن أحكام التحكيم في الشيك كأحكام القضاء تتمتع بحجية الشيء المقضي به، حتى ولو لم يصدر الأمر بتنفيذها، والقاضي ينظر في طلب أمر التنفيذ على أساس الوثائق والمستندات المقدمة فقط، لا على أساس حضوري في مواجهة الأطراف، أي أنه يقوم بفحص المستندات المقدمة فحصاً خارجياً لكي يتحقق من توافر شروط تنفيذ قرارات التحكيم وفقاً لأحكام قانون التحكيم الفلسطيني.[٥]

من ناحية أخرى، فإنه يجب أن تتوافر الحجية للحكم السابق بالنسبة لأطراف حكم التحكيم في الشيك المطلوب تنفيذه، وذلك أن حجية الحكم القضائي حجية نسبية، أي تترتب فقط بالنسبة لأطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم دون غيرهم، ويستوي أن يكون الحكم السابق قد تم صدوره من محكمة مختصة أو محكمة غير مختصة، حيث إنه لا أثر لهذا على حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي، ويجب أن يكون الحكم السابق قد صدر فعلاً، فلا يكفي مجرد رفع الدعوى أمام القضاء، والمقصود بسبق صدور الحكم سبق صدوره قبل صدور حكم التحكيم.[٦]

وهذا أيضاً يتوافق مع ما جاء في القانون المصري، حيث لا يجوز إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك إلا بعد تحقق القاضي المنوط به إصدار الأمر بتنفيذ الحكم من أن حكم التحكيم في الشيك لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع، لأن ذلك يخل بحجية الأحكام.[٧]

---

[١] وهذا الشرط يرمي إلى إعلاء لسلطان القضاء الفلسطيني في هذا الصدد.
[٢] فتحي والي: مرجع سابق، ص٤٨٩.
[٣] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٨٨.
[٤] عزمي عبدالفتاح عطية: تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مصر، بحث غير منشور، ص٨، ومشار إليه لدى محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام قانون..)، ص٢٤٨.
[٥] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام قانون..)، ص٢٤٩.
[٦] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٨٩.
[٧] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٨٠.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام عن أثر إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين المصرفي المتعلق في الشيك من القاضي المختص بأنه:

هل يحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي بصدور الأمر بالتنفيذ عليه بوضع الصيغة التنفيذية أم لا؟ لما في ذلك من أهمية، حيث إنه قد يفهم بمفهوم المخالفة أنه في حالة عدم قبول طلب أمر التنفيذ فلن يحوز الحكم الحجية؟؟؟

حقيقةً إن مشرعنا الفلسطيني لم يتعرض لذلك صراحة، وعلى العكس من ذلك كان موقف المشرع المصري مماثلاً لموقف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة على أن حكم التحكيم في الشيك يحوز الحجية في النزاع الذي فصل فيه حتى قبل صدور الأمر بالتنفيذ، وفي حال رفض الأمر بالتنفيذ فإن ذلك لا يؤثر على حجية الحكم وهذا أمر بديهي، وعلى الرغم من ذلك لم ينص لا مشرعنا ولا المشرع المصري على ذلك بنص صريح، وهذا بعكس ما نص عليه المشرع الفرنسي، والذي حسم أمر هذه المسألة صراحة وقضى بأنه: إذا كان الأمر الصادر برفض التنفيذ فإنه يجوز استئناف هذا الأمر خلال شهر من إعلانه، وفي خصومة الاستئناف يستطيع الخصوم طرح الوقائع التي تصلح لأن تكون سبباً للاستئناف أو بطلان حكم المحكمين[١]، وهذا وفقاً لنص المادة (١٤٨٩) من قانون المرافعات الفرنسي.[٢]

ونؤكد على أن هذا الشرط الذي نحن بصدده ينطبق فقط بالنسبة للحكم السابق الصادر من محكمة فلسطينية وفق القانون التحكيم الفلسطيني، أو المحكمة المصرية وفق قانون التحكيم المصري[٣]، حيث لا يتوافر هذا الشرط في حال صدور الحكم السابق من محكمة أجنبية أو من هيئة تحكيم مصرفي يتعلق بالشيك في الداخل أو الخارج، فصدور مثل هذا الحكم في الشيك لا ينطبق عليه مثل هذا الشرط، وعلى أنه إذا صدر حكم تحكيم في الشيك فلسطيني سابق أو حكم أجنبي (سواء أكان حكم تحكيم وطني، أو حكماً من محكمة الدولة الأجنبية) وتم الاعتراف به في فلسطين وفقاً للقانون الفلسطيني فإن هذا الحكم التحكيمي في الشيك يحوز حجية الأمر المقضي في فلسطين.

---

[١] هات محي الدين اليوسفي: مرجع سابق، ص٣٨١-٣٨٢.

[٢] وجاء نص المادة ١٤٨٩ باللغة الفرنسية على النحو الآتي:

Article ١٤٨٩- ***L'ordonnance*** qui refuse ***l'exequatur*** peut etre frappe dapple jusqu a lexpiration du delai d'un mois a compter de sa signification. En ce cas, la cour dappel connait, a la demande des parties, des moyens que celles – ci auraient pu faire valoir conter la sentence arbitrale, par la voie de lappe ou du recours en annulation selon le ces

وترجمة هذا النص هي: " المادة -١٤٨٩ترتيب رفض أمر بالتنفيذ يمكن أن يستأنف هذا الأمر لمدة شهر من ذلك(من إعلانه، .في هذه الحالة، يتم طرح المسائل(الوقائع) التي تكون جائزة (صالحة) للاستئناف، أو فسخ حكم المحكمين، بناء على طلب من الأطراف"

[٣] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٨٩.

ولأن حجية الأمر المقضي تتعلق بالنظام العام، فإن حكم التحكيم في الشيك الذي يتم صدوره بعده يجب أن يحترم هذه الحجية[١]، فإذا أثيرت واقعة صدور الحكم السابق أمام هيئة التحكيم، فإن على الهيئة نفسها ومن تلقاء نفسها أن لا تقوم بإصدار حكم مناقض له، وإلا فإنها تكون قامت بإصدار حكمٍ مخالفٍ للنظام العام، وبالتالي فإنه يمتنع على القضاء إصدار أمر بتنفيذه باعتباره يتضمن ما يخالف النظام العام، وإن صدر الأمر رغم ما ذكر فإنه يمكن التظلم منه وطلب إلغائه لمخالفة شرط من شروط إصداره.[٢]

إذاً، لا شك أن أحكام القضاء تحوز حجية الأمر المقضي به التي تمنع من أن يتم عرض النزاع من جديد على القضاء، سواء أكان قضاء الدولة أم قضاء التحكيم في الشيك، ويستوي لكي يتم رفض الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك الذي سبق صدوره في موضوع النزاع أن يكون قد جاء نتيجة لاتفاق الخصوم على التحكيم في الشيك بعد رفع الدعوى القضائية أمام محكمة تابعة لقضاء الدولة، وبالرغم من ذلك استمرت هذه المحكمة في نظر الدعوى حتى أصدرت فيها حكماً نتيجة عدم تمسك أي من الأطراف بالاتفاق على التحكيم في الشيك، أو أن تكون المنازعة قد تم عرضها على التحكيم في الشيك أولاً، وقبل أن يتم الفصل فيها رفعت بها دعوى بعد ذلك إلى قضاء الدولة، ولم يقم أحد الخصوم بالتمسك بأن المنازعة المعروضة على التحكيم في الشيك قد صدر فيها حكم قضائي، والعبرة أن يكون الحكم القضائي قد صدر قبل حكم التحكيم في الشيك، أما إذا كان حكم التحكيم في الشيك، قد تم صدوره قبل صدور الحكم القضائي، فإنه يكون لحكم التحكيم في الشيك هذا حجية واجبة الاحترام حتى من قضاء الدولة.[٣]

٣- أن لا يتضمن حكم التحكيم في الشيك ما يخالف النظام العام في فلسطين:

حيث إنه إذا تضمن حكم التحكيم في الشيك ما يخالف النظام العام في فلسطين فمن غير الجائز أن يصدر الأمر بتنفيذه، ولا يجوز أن يتضمن صدوره ما يخالف الشريعة الإسلامية، وهذا ما أكدته المادة (٤) من قانون التحكيم الفلسطيني[٤]، وتخضع سلطة القاضي في هذا الشأن إلى رقابة المحكمة الأعلى، وهذا لأنه يقوم بالفصل في مسألة قانونية، هذا مع الملاحظة بأن التحقق من انتفاء تعارض بين حكم التحكيم والنظام العام في فلسطين قد يتطلب من القاضي المطلوب إليه إصدار الأمر بالتنفيذ التعرض لاتجاه الحكم في شأن موضوع النزاع، وذلك من أجل تقدير مدى تعارض ما قضى به مع النظام العام، ومثل هذا التقدير يعتبر استثناءً على قاعدة إحضار سلطة القاضي الأمر على النواحي الإجرائية لحكم التحكيم.[٥]

ونفس هذا الشرط يطبق في القانون المصري، حيث إن المشرع المصري أراد أن يجعل من رفض الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي في الشيك الذي يخالف النظام العام ضمانة أخيرة لإهدار هذا الحكم التحكيمي في

---

[١] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق(حجية أحكام التحكيم...)، ص١٠٣.
[٢] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٨٩.
[٣] عمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص١٠٢، وحسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق، ص١٠٣.
[٤] والتي تنص على أنه: " لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية: ١- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين. ٢- المسائل التي لا يجوز الصلح فيها قانوناً. ٣- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية"
[٥] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام...)، ص٢٤٨.

الشيك، فأيما حكم مصرفي يتعلق في الشيك جاء فيه ما يتضمن مخالفة النظام العام فإنه لا يجوز الأمر بتنفيذه في مصر، إذ يستوى أمام هذا الأمر حكم التحكيم الصادر في مصر، وحكم التحكيم الصادر في الخارج، كما يستوي أمامه حكم التحكيم الوطني وحكم التحكيم الدولي.[١]

والمقصود بالنظام العام هو النظام العام الداخلي سواء في فلسطين أو في مصر وفقاً لقوانينهم، وليس النظام العام الدولي[٢]، ويقصد بالنظام العام الداخلي في دولة ما بأنه: مجموعة الأصول والقيم التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها، وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع المعاملات القانونية في الدولة وجوداً وأثراً، غالباً ما تكون في صورة قواعد قانونية آمرة تحكم هذه العلاقة.[٣]

ولا يتمتع قاضي الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم النظام العام، مع خضوع سلطته لرقابة المحكمة الأعلى، لأنه يفصل في مسألة قانونية، وللمحكوم عليه أن يتظلم إذا صدر الأمر بالرفض أمام المحكمة المختصة، إلا أن هناك مشكلة في هذا الصدد، حيث إن قاضي الأمر بالتنفيذ غير ملزم بذكر أسباب رفض أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك، وهذه ثغرة كبرى في التشريع، وتجعل من تظلم من رُفِضَ أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك لصالحه عديم الجدوى غالباً.[٤]

حقيقة إن اشتراط عدم مخالفة حكم التحكيم في الشيك للنظام العام حتى يمكن الأمر بتنفيذه لهو أمر بديهي مقبول، مثلما هو كذلك في كل التشريعات، حيث إنه ليس من المقبول أن يقوم المشرع بالسماح بأن ينفذ في أي تشريع ما يتعارض من الأحكام مع النظام العام.

٤- أن يتم إعلان المحكوم عليه إعلاناً صحيحاً:

يجب على القاضي أن يتأكد من أن حكم التحكيم في الشيك قد تم إعلانه إعلاناً صحيحاً، وذلك طبقاً لاتفاق الأطراف، أو حتى طبقاً لقواعد إعلان الأحكام في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، وهذا يعني أنه تم إعلان شخص المحكوم عليه أو في موطنه[٥]، حيث يراعى في كل ما سبق أن القاضي المعروض عليه طلب الأمر بالتنفيذ لا يتمتع بسلطة النظر في الحكم من الناحية الموضوعية، سواء من حيث تقدير صحته أو بطلانه، أو حتى ملاءمة ما انتهى إليه، أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع، وكل ذلك لأن قاضي التنفيذ ليس جهة استئناف.[٦]

---

[١] حسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق، ص١٠٤.
[٢٢] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٩٠.
[٣] حسام الدين محمود زكريا الدن: المرجع السابق، في هامش رقم(١)، ص١٠٤.
[٤] عمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص١٠٣.
[٥] عمرو عيسى الفقي: مرجع سابق، ص١٠٤.
[٦] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أحكام...)، ص٢٤٩.

وعلى القاضي التأكد من إعلان المحكوم عليه بالحكم إعلاناً صحيحاً بالاطلاع على صورة ورقة إعلان الحكم التي يلزم إرفاقها بطلب الأمر بالتنفيذ.[1]

وفي حال انتهاء القاضي من التحقق من شروط طلب الأمر بالتنفيذ كان له أن:

أ- إما أن يقوم بالحكم بأمر التنفيذ، إذا توافرت الشروط.

ب- أو أن يقوم بالحكم برفض الأمر بالتنفيذ، في حال تخلف شرط منها.

حيث يلاحظ أنه إذا أمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك فإن هذا الأمر يعتبر نهائياً[2]، وفي حال توافر هذه الشروط بالنسبة لجزء فقط من الحكم، فإن القاضي يقوم بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء فقط دون أجزاء الحكم التي لا تتوافر فيها شروط الأمر بالتنفيذ.[3]

[1] فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٩٠.
[2] محمد عبدالباري عطاالله، المرجع السابق، ص٢٥٠.
[3] حسام الدين محمود زكريا الدن: مرجع سابق(حجية أحكام التحكيم..)، ص١٠٤، واستئناف باريس، ٥/مارس/١٩٨٢، مجلة التحكيم، عام١٩٨٢، ص٥٨٩، وعلى هذا يتصور أن يأمر القاضي بتنفيذ الحكم بالنسبة لأصل الدين فقط والفوائد دون تلك التي تتجاوز ما هو مشروع منها، إلا أن روبير ينظر عكس هذا، حيث يرى أنه لا يجوز للقاضي أن يقوم بإصدار أمر تنفيذي جزئي، ومشار إليه لدى فتحي والي: المرجع السابق، ص٤٩١.

الخاتمة

الحمد لله أولاً وأخيراً، والذي تتم بنعمه الصالحات، فهنا أصل إلى أخر خطواتي عبر هذه الخاتمة والتي وصلت لها بعد دراسة فاحصة وتحليل متعمق ومقارنة التشريعات لموضوعنا محل الدراسة، والذ ي لا شك فيه من مواجهتنا لعثرات عدة إلا أننا وبفضل من الله توصلنا إلى مجموعة النتائج والتوصيات التي يمكننا الاستفادة منها، وقبل ذلك نشير بنوع من الايجاز لما تناولته هذه الدراسة.

من كل ذلك خلصنا إلى مجموعة مهمة ومتعددة من النتائج والتوصيات ينبغي علينا أن نقوم باستعراضها، ونبدأ بالنتائج ثم التوصيات.

أولاً: النتائج:

١- إن اصطلاح التجارة الدولية هو اصطلاح يشمل كافة أشكال النشاطات، سواء كانت اقتصادية أو مالية، حيث يعطي للتجارة الدولية بعداً جديداً وتطوراً كبيراً في دفتها بفضل التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال والنقل، مما جعلنا بحاجة ماسة وسريعة لحل مثل هذه النزاعات الناشئة عن هذه العلاقات التجارية الدولية.

٢- إن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية في كل دولة محكوم بقبول السلطات المختصة لها.

٣- تعد البيئة المصرفية من أكثر البيئات تعقيداً، وهذا يرجع لعدة عوامل منها التغير السريع الذي يطرأ عليها، وامتثالها لكافة التقلبات التي تصيبها في الساحة السياسية والاقتصادية وما يتبعها من أزمات مالية واقتصادية متواترة، أدت للعديد من المنازعات بين المتعاملين والعاملين في مجالها.

٤- يجوز أن ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن التحكيم المصرفي (الشيك) المبرم بين البنك وعميله لهيئة التحكيم لكي تقوم بالفصل فيها بحم تحكيمي منهي للخصومة.

٥- عندما تصدر الدولة تشريعاً تعترف من خلاله بالتحكيم وتجيزه وتقر بمشروعيته، وإنها بهذا تفوض للتحكيم جانب من اختصاصاتها السيادية والمتمثلة في دور هام في الفصل بين المنازعات التي تنشأ فيما بين الأطراف.

٦- يقودنا التحكيم إلى أن المحكم يمكنه الفصل في النزاع، ويصدر قراره فيه ويكون ملزماً للأطراف إن لم يستطع الاصلاح بينهم، ويعتبر حكم المحكم كحكم القاضي.

٧- إن فكرة النظام العام تختلف من دولة إلى أخرى، كما أن النظام العام الداخلي يختلف عن النظام العام الدولي، فالنظام العام عبارة عن كل ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع، ويمس نسيجه الاجتماعي، والاقتصادي، والسياسي، ويخل بقيمه الأخلاقية، فهو يشمل كل القواعد التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد.

٨- إن اتفاق الساحب والمستفيد على اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات المدنية، وخصوصاً التي تنشأ عن الشيكات، فإنه يؤدي إلى غلق طريق القضاء العادي أمام هذا المستفيد عند لجوئه لهذا الطريق.

٩- عندما ينظر القضاء الجنائي الدعوى المدنية المقامة من المستفيد قبل الشيك، فهو ينظرها في حقيقة الأمر على أنها دعوى مدنية، ومتعلقة بحق خاص، وبالتالي فإن من حق المستفيد أن يتركها، بل ويجوز له ابتداء أن لا يرفعها.

٩- يجب النظر إلى أن دعوى التعويض أمام القضاء الجنائي على أنها دعوى مستقلة عن الدعوى الجنائية، وأن تعامل كما يتم معاملة الحقوق المالية الخالصة، وبالتالي إن هذا الأمر ينتج عنه قفل باب الادعاء المدني قبل المستفيد من الشيك إذا تم الاتفاق بشأنه إلى التحكيم.

١٠- لقد أجاز مشرعنا الفلسطيني التصالح في الشيك أمام المحكمة، وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وإن لهذه النتيجة على التصالح أثر هام، وهو أن التصالح يؤدي لانقضاء الدعوى الجنائية، بل وإلى وقف تنفيذ العقوبة حتى لو بعد صدور الحكم.

١١- إن المشرع لا يسمح بصلح يمنع تحريك الدعوى الجنائية، وإذا تحقق ذلك فإنه يمنع المستفيد من المطالبة بحقوقه المدنية، حيث يحق للمدين الدفع بالصلح، أما في حال قيام المستفيد بتحريك الدعوى الجنائية، عن طريق الادعاء المباشر فإن التصالح ههنا لا يرفع التجريم عن أفعال ساحب الشيك، لكنه يؤدي لانقضاء الدعوى الجنائية، وإن انقضاء الأخيرة لا يعني إباحة الفعل.

١٢- إن كل تحكيم أجنبي يكون مرادفاً للتحكيم الدولي، ولكن ليس كل تحكيم دولي مرادفاً للتحكيم الأجنبي.

١٣- إن مشرعنا يقوم بنوع من الرقابة اللاحقة على صدور حكم التحكيم في صورتين هامتين وقام بمعالجتهما، الأولي: صورة الطعن بالبطلان على حكم التحكيم، والأخرى: تتعلق بحالة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم.

١٤- إن انتشار التحكيم كطريقة لفض المنازعات الناشئة بين المتعاملين على مسرح التجارة الدولية أدى إلى تبني العديد من القواعد القانونية التي تضيف نوع من الحصانة القانونية على الأساس الذي يستمد نظام التحكيم منه مصدر وجوده، وهو اتفاق التحكيم نفسه.

١٥- إن استلزام الكتابة كركن من أركان اتفاق التحكيم لازماً لوجوده، ولا يقوم بدونه، ولا يصح في غيره، ولا ينتج أثاره، وبالتالي إن أي اتفاق تحكيم يكون غير مكتوب يكون باطلاً، لا أثر له، كما يبطل اتفاق الأطراف على استبعاد الكتابة أو استبدالها بغيرها.

١٦- إن اتفاق التحكيم ملزم لطرفيه فقط، وعليه لا يمتد اثره إلى إلي من الموقعين على الشيك، ما لم يتفق على الاشتراط لمصلحة الغير في اتفاق التحكيم ذاته، مع تحديد هذا الغير، كالمظهر، أو البنك المسحوب عليه.

١٧- إن اعتماد الشيك من قبل البنك لا يعني قبوله شرط التحكيم، ولا يكون ملزماً به لأنه لم يوافق عليه، إنما الالتزام من قبل البنك بوفاء الشيك التزام ناشئ من نصوص القانون، أو من العقد بينه وبين الساحب، ما لم يكن هناك اتفاق صريح على التحكيم كبند مدرج في العقد الأساس.

١٨- توصلنا كذلك إلى أن مشرعنا التجاري اشترط الكتابة في التحكيم المصرفي، وأن يكون موقعاً، وفي حالة إدراجنا شرط التحكيم كبيان اختياري في الشيك، يكون شرط الكتابة قد تحقق، وبالتالي فإن كل موقع على الشيك المتضمن شرط التحكيم يكون عالماً بمضمونه من حيث الشرط المدرج به بخصوص التحكيم، ويكون ملتزماً به لتحقق الشرط الثاني، ألا وهو التوقيع.

١٩- تقوم هيئة التحكيم المصرفي بإصدار قرارها بحضور الفرقاء، وفي حال تغيب أحدهم أو أكثر عن حضور جلسة النطق بالقرار على الرغم من تبلغه لذلك، فإن على هيئة التحكيم أن تقوم بإصدار قرارها في تلك الجلسة، ومن ثم تقوم بتبليغه للفريق الغائب، حيث يعد القرار بمثابة القرار الحضوري في مواجهته، ما لم يكن الفرقاء متفقين على غير ذلك.

٢٠- أمر التنفيذ هو: عبارة عن مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه من الناحية الاجرائية والشكلية، دون مراقبته موضوعياً، أو مدى مطابقته للقانون، فهو ليس حكماً قضائياً، إنما هو أمراً ولائياً.

٢١- إذا لم يصدر الأمر بالتنفيذ لا يفقد حكم التحكيم المصرفي حجيته، بل يظل قائماً ويفقد قوته التنفيذية، وبصدور الأمر بالتنفيذ يصبح حكم المحكم واجب التنفيذ، ويتمتع بقوة تنفيذ تسمح بتنفيذه جبراً، أي يصبح بهذا سنداً تنفيذياً، فحكم التحكيم المصرفي يحوز حجية الأمر المقضي به من لحظة صدوره.

٢٢- إن لطالب التنفيذ في التحكيم التجاري الدولي تحديد مكان الاعتراف بالحكم وتنفيذه، ألا وهو البلد الذي يكون فيه أموال وممتلكات المنفذ ضده، وعند تعدد ذلك فما عليه إلا إختيار المكان الأكثر ملاءمة لطلب الاعتراف بالحكم وتنفيذه، وإن أمر التنفيذ ليس إلا مجرد إجراء يصدر من قبل القاضي المختص فيضفي على حكم التحكيم القوة التنفيذية حيث أنه يشكل نقطة إلتقاء بين كل من قضاء التحكيم، وقضاء الدول فيكمل القضاء عمل المحكم، والأحكام التي تكون محلاً للتنفيذ الجبري هي أحكام الإلزام، أما الأحكام التمهيدية التي يقوم بإصدارها المحكم كالأحكام المنشئة والمقررة فلا تكون محلاً للتنفيذ الجبري.

٢٣- ومن جماع ما سبق وفقاً لقانون التحكيم المصري فإننا نخلص إلى القول بأن القاضي المختص بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، هو رئيس محكمة استئناف القاهرة أو من يندبه من قضاتها، وذلك على غرار تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، بينما القانون الفلسطيني فقد جعل المحكمة المختصة بالتنفيذ هي المحكمة المختصة بنظر النزاع في التحكيم الوطني[١]، وفي هذا الشأن تكون المحكمة المختصة البداية أو الصلح[٢]، أما عن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والتي جرى التحكيم بها في فلسطين، فإن المحكمة التي تختص بتنفيذها هي محكمة البداية التي يجري التحكيم ضمن اختصاصها المكاني، أما عن أحكام التحكيم الأجنبية فإن المحكمة التي تختص في تنفيذها هي محكمة البداية في القدس، أو المقر المؤقت لدينا في غزة.

٢٤- أما عن القانون الفرنسي فإنه قام بتحديد الجهة المختصة بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة للتحكيم الأجنبي أو الدولي وهي ذات القواعد التي يتم تطبيقها بالنسبة للتحكيم الوطني، فيكون الاختصاص لقاضي التنفيذ للمحكمة الابتدائية المختصة مكانياً ونوعياً.

٢٥- إذا صدر حكم تحكيم في الشيك فلسطيني سابق أو حكم أجنبي (سواء كان حكم تحكيم وطني، أو حكم من محكمة الدولة الأجنبية) وتم الاعتراف به في فلسطين وفقاً للقانون الفلسطيني فإن هذا الحكم المصرفي يحوز حجية الأمر المقضي في فلسطين.

٢٦- يجب أن لا يتضمن حكم التحكيم في الشيك ما يخالف النظام العام في فلسطين لأنه من غير الجائز أن يصدر الأمر بتنفيذه، ولا يجوز أن يتضمن صدوره ما يخالف الشريعة الاسلامية، وتخضع سلطة القاضي في هذا الشأن إلى رقابة المحكمة الأعلى، وهذا لأنه يقوم بالفصل في مسألة قانونية، ويتمتع قاضي الأمر بتنفيذ حكم التحكيم المصرفي بسلطة تقديرية في تحديد مفهوم النظام العام، مع خضوع سلطته لرقابة المحكمة الأعلى، لأنه يفصل في مسألة قانونية، وللمحكوم عليه أن يتظلم إذا صدر الأمر بالرفض أمام المحكمة المختصة.

٢٧- يتوجب على القاضي التأكد من إعلان المحكوم عليه بالحكم إعلاناً صحيحاً بالاطلاع على صورة ورقة إعلان الحكم التي يلزم إرفاقها بطلب الأمر بالتنفيذ، وفي حال انتهاء القاضي من التحقق من شروط طلب الأمر بالتنفيذ كان له أن: ١. إما أن يقوم بالحكم بأمر التنفيذ، إذا توافرت الشروط، أو ٢.أن يقوم بالحكم برفض الأمر بالتنفيذ، في حال تخلف شرط منها، حيث يلاحظ أنه إذا أمر القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي المصرفي، فإن هذا الأمر يعتبر نهائياً[٣]، وفي حال توافر هذه الشروط بالنسبة لجزء فقط من الحكم، فإن القاضي يقوم بإصدار أمر التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء فقط دون أجزاء الحكم الذي لا تتوافر فيها شروط الأمر بالتنفيذ.

---

[١] أحمد أبو الوفا: مرجع سابق(التحكيم في القوانين العربية)، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص٧٣.
[٢] محمد عبدالباري عطاالله: مرجع سابق(شرح أسباب الطعن...)، ص٤٤.
[٣] محمد عبدالباري عطاالله، المرجع السابق، ص٢٥٠.

ثانياً: التوصيات:

١- نوصي مشرعنا الفلسطيني بالسير على نهج المشرع الفرنسي، ووضع تعريف محدد وصريح للتحكيم الدولي في الشيك حيث ينص فيه على أن: "يكون التحكيم دولياً في الشيك عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية".

٢- نوصي المشرع الفلسطيني بوضع نص قانوني صريح يجيز فيه التحكيم في الشيك، ويسمح به حيث ينص فيه على أنه: "يجب أن تكون إرادة الخصوم ورغباتهم في نظام التحكيم المصرفي هي التي تحرك النظام القانوني له، وأن هذه الإرادة هي التي يقع عليها عبء الاتفاق على التحكيم، وتكوين هيئته، وانتخاب أفرادها للفصل في النزاع، ومن ثم تنفيذ قراراتهم".

٣- نوصي المشرع الفلسطيني بوضع نص قانوني يؤكد فيه على الأطراف قيامهم بالتنفيذ العيني لالتزاماتهم في اتفاق التحكيم في الشيك حيث ينص فيه على أنه: "يجب القيام بالتنفيذ العيني للالتزام الواقع على عاتق الأطراف في اتفاق التحكيم في الشيك بالعهدة بالمنازعة محل التحكيم إلى المحكم".

المراجع

أولاً: معاجم اللغة العربية :

١. أحمد الفيومي: المصباح المنير، ط٧، الأميرية، القاهرة، عام ١٩٥٨م.
٢. الفيروز أبادي: القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، عام ١٩٧٨م.
٣. مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز.
٤. محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي: مختار الصحاح، دار القلم، بيروت، عام ١٩٧٩م.
٥. محمد بن مكرم بن منظور: لسان العرب، ج١٢، دار صادر، بيروت.

ثانياً: المراجع القانونية :

١. إبراهيم حرب محيسن: طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دار الثقافة.
٢. أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، عام ١٩٨١م.
٣. أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والاجباري، ط٥، منشأة دار المعارف، عام ١٩٨٨م.
٤. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً لقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وأنظمة التحكيم الدولية، عام ٢٠٠٢م.
٥. أحمد الهندي: أصول المحاكمات المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، عام ١٩٨٩م.
٦. أحمد شرف الدين: المرشد إلى قواعد التحكيم، طبعة عام ٢٠١٠م.
٧. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة.
٨. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية، ج١، دار لنهضة العربية، القاهرة، عام ١٩٨٠م.
٩. أحمد محمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية.
١٠. أحمد محمد عبدالصادق: المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، ط٤، نادي القضاة للنشر، عام ٢٠٠٩ – ٢٠١٠م.
١١. أسامة أحمد شوقي المليجي: هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٤م.
١٢. أشرف عبدالعليم الرفاعي: إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠٠٦م.
١٣. أكرم كلاب: مجموعة مختارة من أحكام ومبادئ محكمة النقض في المواد المدنية والتجارية من عام ٢٠٠٢ لعام ٢٠١٢م، غزة–فلسطين.
١٤. الألباني: صحيح سنن النسائي للألباني، ج٣، طبعة مكتبة التربية العربي لدول الخليج، الرياض، عام ١٤٠٩هـ – ١٩٨٨م.
١٥. أيسر عصام داؤود سليمان: الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، عام ٢٠١٤م.

١٦.جابر نصار: التحكيم والعقود الادارية، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة.
١٧.حفيظة الحداد: الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، عام ٢٠٠٤م
١٨.حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الاسكندرية.
١٩.حمدي محمود بارود: أحكام القانون التجاري الفلسطيني-الأوراق التجارية-، ط١، عام ١٤٣٦هـ - ٢٠١٤م.
٢٠.خالد عبدالعظيم أبو غابة: التحكيم وأثره في فض المنازعات، دار الفكر العربي، الاسكندرية، عام ٢٠١١م.
٢١.درويش مدحت الوحيدي: التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، طبعة عام ١٩٩٨م، مطابع شركة البحر والهيئة الخيرية.
٢٢.رأفت الدسوقي: التحكيم في قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار نصر للطباعة، القاهرة.
٢٣.رضا السيد عبد الحميد: مسائل في التحكيم-التحكيم في الشيك في ضوء أحكام قانون التجارة رقم١٧ لسنة١٩٩٩، دار النهضة العربية، القاهرة.
٢٤.سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، طبعة عام ١٩٨٤م، منشأة المعارف.
٢٥.ساهر إبراهيم شكري الوليد: شرح قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني، ج١، ط١، عام ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.
٢٦.السيد أبو عيطة: التحكيم الدولي على ضوء النظام السعودي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٤م.
٢٧.عبدالحميد المنشاوي: التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ١٩٩٥م.
٢٨.عبدالقادر صابر جرادة: حجية حكم التحكيم في التشريع الفلسطيني، عام ٢٠١٠م.
٢٩.علي جمال الدين عوض: الشيك في قانون التجارة.
٣٠.عمرو عيسى الفقي: الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، عام ٢٠٠٣م.
٣١.عيد محمد القصاص: حكم التحكيم، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٧م.
٣٢.فتحي والي: الوسيط في القضاء المدني، عام ١٩٨٠م. عام ١٩٨٠م.
٣٣.فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، عام ٢٠٠٧م.
٣٤.فؤاد محمد محمد أبو طالب: مدى حجية حكم التحكيم الدولي وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٤م.
٣٥.فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، ج٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، عام ١٤٣١هـ-٢٠١٠م.
٣٦.كرم محمد زيدان النجار: المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٠م.

٣٧. كمال إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي: دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٩١م.
٣٨.مجدي محب حافظ: جرائم الشيك، عام ٢٠٠٢م.
٣٩.مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز، ج٢، القسم٢.
٤٠.محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، عام١٩٧٢م.
٤١.محسن شفيق: محاضرات في العقود التجارية الدولية –اتفاقية لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولي– عام ١٩٧٣م.
٤٢.محمد أمين فضلون: التحكيم، مؤسسة النوري للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، عام ١٩٩٤م.
٤٣.محمد بهجت عبدالله قايد: الأوراق التجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠٦م.
٤٤.محمد صالح علي العوادي: التحكيم في المعاملات المصرفية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ١٤٣١هـ – ٢٠١٠م.
٤٥.محمد عبدالباري عطاالله: شرح أحكام قانون التحكيم الفلسطيني، الطبعة الأولى، عام ١٤٣٥هـ – ٢٠١٤م
٤٦.محمد عبدالباري عطاالله: شرح أسباب الطعن في قرار التحكيم وقواعد وأحكام الطعن والاستئناف والتنفيذ في التشريع الفلسطيني وقانون التنظيم الدولي، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ –٢٠١٤م.
٤٧.محمد عبدالباري عطاالله: شرح قواعد اجراءات التحكيم المحلي والدولي والتطبيقات العملية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥هـ –٢٠١٤م.
٤٨.محمود سمير الشرقاوي: الأوراق التجارية في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، عام ٢٠١٤م.
٤٩.محمود مختار بريري: التحكيم التجاري الدولي، ط٣، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٤م.
٥٠.مصطفى كمال طه ووائل أنور بندق: الأوراق التجارية ووسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٣م
٥١.مصطفى كمال طه: القانون التجاري–الأوراق التجارية والافلاس– طبعة عام ١٩٨٨م.
٥٢.ناصر شحاته صالح: العلاقة بين القضاء والتحكيم، طبعة عام ٢٠١٢م.
٥٣.ناظم محمد عويضة: أحكام محكمة النقض، غزة – فلسطين، عام ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م.
٥٤.ناظم محمد عويضة: شرح قانون التحكيم، مطبعة دار المنارة، عام ٢٠٠١م.
٥٥.ناظم محمد عويضة: قطوف من أحكام المحكمة العليا في فلسطين، عام ١٤٣٣هـ – ٢٠١٢م.
٥٦.هات محي الدين اليوسفي: الأثر المانع لإتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، عام ٢٠١٤م.
٥٧. هشام فضلي: الشيك في قانون التجارة الجديد، ط١، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠م.
٥٨.وجدي فهمي راغب: النظرية العامة للتنفيذ القضائي في قانون المرافعات، طبعة عام ١٩٧٤م.

ثالثاً: الرسائل العلمية :

١. أسامة أحمد الحواري: القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عام ١٤٢٩هـ – ٢٠٠٨م.
٢. أسامة أحمد حسين أبو القمصان: مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، رسالة ماجستير، عام ١٤٣٢هـ– ٢٠١٠م.
٣. بهاء الدين رمضان محمد بطيخ: التحكيم في منازعات البنوك، رسالة دكتوراه، القاهرة، عام ٢٠١١م.
٤. جورجيت صبحي عبده قليني: مبدأ استقلال التوقيعات في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٩٦م.
٥. حسام الدين محمود زكريا الدن: حجية أحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتنفيذها وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني، رسالة ماجستير، القاهرة، عام ٢٠٠٩م.
٦. حسام الدين محمود زكريا الدن:، طرق الطعن في حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، القاهرة، ٢٠١٣م.
٧. راجح أبو مصبح: التحكيم في الأوراق التجارية، رسالة دكتوراه، القاهرة.
٨. محمد حلمي زيدان: اتفاق التحكيم كأثر مانع لقضاء الدولة، رسالة ماجستير، القاهرة، عام ٢٠٠٨م.
٩. ناصر محمد عبدالعزيز الشرمان: النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، القاهرة، عام ٢٠١٢م.
١٠. وفاء فاروق محمد حسني:، مسئولية المحكم، رسالة دكتوراه القاهرة.

رابعاً/ الأبحاث والاصدارات والمجلات والموسوعات:

١. أبو زيد رضوان: الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي (دولية التحكيم التجاري)، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، الكويت.
٢. حسين مصطفى فتحي: التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية، مجلة التحكيم العربي، مايو ١٩٩٩م.
٣. عبد الحميد الأحدب: موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول.
٤. مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني.

٥. مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر ٢٠٠٢م.
٦. محمد نور شحاته: تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، بحث منشور على الموقع الالكتروني: http://www.palmoon.net topic.٥٤٨٥,٤١.htm/./٥.
٧. موسى خليل متري: التحكيم في العمليات المصرفية، بحث قانوني منشور عبر الموقع الالكتروني: *٢٣٧٨٦/http://www.mohamad.net/answer :See more at.
٨. نجيب أحمد عبدالله: اتفاق التحكيم في المنازعات المصرفية،–البيئة القانونية والمالية للقطاع المصرفي اليمني، إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، ط١، عام ٢٠٠٤م.

خامساً/ القوانين:

١. القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢م
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م
٣. قانون التجارة الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠١٤م
٤. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م
٥. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم ٢ لسنة ٢٠٠١م
٦. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦م
٧. قانون المرافعات الفرنسي لعام ١٩٨٠م وتعديلاته
٨. قانون الاجراءات الجزائية الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠١م
٩. قانون الاجراءات الجنائية المصري رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣م
١٠. قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠م
١١. قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م
١٢. قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥م مع التعديلات التي اعتمدت في العام ٢٠٠٦م

قائمة المحتويات

إهـداء ..... أ
شكر وتقدير .....ب
إقرار ..... **خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.**
ملخص .....د
Abstract .....و
المقدمة ١
مبحث تمهيدي ماهية الشيك والتحكيم ٤
المطلب الأول تعريف الشيك ٤
المطلب الثاني تعريف التحكيم والتحكيم في الشيك والتجارة الدولية ٥
الفصل الأول مدى جواز التحكيم في المنازعات المتعلقة بالشيكات وطبيعتها ١٠
المبحث الأول مدى جواز التحكيم في منازعات الشيكات ومزاياه ١٠
المطلب الأول جواز التحكيم في الشيكات ١٠
المطلب الثاني التحكيم في الشيك كمنازعة مدنية ١٥
الفرع الأول سلوك المستفيد الطريق المدني ١٦
الفرع الثاني سلوك المستفيد الطريق الجزائي ١٦
المطلب الثالث مزايا التحكيم في الشيك ٢٤
المبحث الثاني طبيعة التحكيم في الشيك ٣٠
المطلب الأول التحكيم الداخلي والدولي ٣٠
الفرع الأول مشكلة دولية التحكيم ٣١
الفرع الثاني معايير دولية التحكيم في ظل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونيسترال) ٣٧
المطلب الثاني الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم في الشيك ٤٠
الفرع الأول الطبيعة التعاقدية للتحكيم في الشيك ٤١
الفرع الثاني الطبيعة القضائية للتحكيم في الشيك ٤٦
الفرع الثالث الطبيعة المختلطة للتحكيم في الشيك ٥١
الفرع الرابع الطبيعة المستقلة للتحكيم في الشيك ٥٤
الفصل الثاني أثر اتفاق التحكيم على الشيكات وحكمه ٥٩
المبحث الأول أثر اتفاق التحكيم على الشيكات ونطاق سريانها على الأطراف ٥٩
المطلب الأول آثار اتفاق التحكيم على الشيكات ٥٩
الفرع الأول الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في الشيك ٦٠
الفرع الثاني الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الشيك ٧١
المطلب الثاني نطاق سريان اتفاق التحكيم في الشيكات على الأطراف ٧٧
الفرع الأول أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للبنك المسحوب عليه ٧٨
الفرع الثاني أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للمظهر إليهم في التظهير الناقل للملكية ٨٠

الفرع الثالث أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للمظهر إليهم في التظهير التوكيلي ٨٢
الفرع الرابع أثر اتفاق التحكيم في الشيك بالنسبة للضامنين الاحتياطيين..... ٨٣
المبحث الثاني حكم التحكيم في الشيك وتنفيذه ٨٣
المطلب الأول حكم التحكيم في الشيك وإصداره ٨٤
الفرع الأول حكم التحكيم في الشيك ٨٥
الفرع الثاني إصدار حكم التحكيم في الشيك ٨٦
المطلب الثاني شروط إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك ٩٣
الفرع الأول الجهة المختصة بإصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم في الشيك..... ٩٤
الفرع الثاني الشروط الواجب توافرها لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم في الشيك في التشريعات ١٠٠
الخاتمة ١٠٨
المراجع ١١٣
قائمة المحتويات ١١٩