

اتفاق التحكيم

مفهومه - أركانه وشروطه - نطاقه

دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري
والقانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨
بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي
وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة

دكتور

أحمد إبراهيم عبد التواب

كلية الحقوق - جامعة القاهرة

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي
أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ (٦٥)

صدق الله العظيم

(سورة النساء الآية ٦٥)

إهداء

إلى أعزائي

والدي

زوجتي

وأبنائي: محمد، عبد الرحمن، ريم و فريدة

أهدي لكم ما كتبت متمنياً أن ينفع الله بها الناس

مقدمة:

١- يحظى التحكيم L'Arbitrage باهتمام واسع النطاق^(١)، ليس في جمهورية مصر العربية وحدها أو دولة الإمارات العربية المتحدة أو في منطقة الخليج العربي أو في المنطقة العربية أو في منطقة الشرق الأوسط، بل يتعدى هذا الاهتمام مستوى الشعوب والحكومات في العالم أجمع^(٢)، والتحكيم في العصر

(١) اهتمت المنظمات الدولية بالتحكيم؛ حيث أبرم في عهد عصبة الأمم بروتوكول جنيف ١٩٣٣ بشأن شروط التحكيم، واتفاقية جنيف ١٩٣٧ بشأن تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، وفي عهد الأمم المتحدة، وقّعت اتفاقية نيويورك في ١٠ يونيو ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، وهي اتفاقية مفتوحة لكافة دول العالم، وقد انضمت لها مصر بالقرار الجمهوري رقم ١٧١ الصادر في ٢ فبراير ١٩٥٩، لتدخل حيز التنفيذ اعتباراً من ٨ يونيو ١٩٥٩، وقد انضمت دولة الإمارات العربية المتحدة لهذه الاتفاقية في ١٣ يونيو ٢٠٠٦ بالمرسوم الاتحادي رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن انضمام دولة الإمارات العربية المتحدة لاتفاقية نيويورك للاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، كما صدر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي قانون التحكيم النموذجي المعروف بالأونسيترال UNCITRAL في ٢١ يونيو ١٩٨٥؛ حيث أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة الدول الأعضاء لوضع القانون النموذجي Loi-type de la CNUDCI موضع الاعتبار في تشريعاتها الداخلية، بالإضافة للعديد من الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية التي نظمتها الأمم المتحدة في هذا الشأن. للمزيد: د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، الكتاب الأول، بند ٧ و ٨، ص ٧ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١١، ص ١٧ و ١٨ وما بعدهما؛ د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، بند ٣، ص ٦ وما بعدها؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣، بند ٢، ص ٧ وما بعدها.

(٢) تترجم الاهتمام الدولي في صدور القانون النموذجي Loi-type de la CNUDCI (=)

الحديث أصبح من أهم الوسائل البديلة للقضاء **Alternative Disputes Resolution (ADR) or Disputes Résolution** ^(٣).

(=) للتحكيم UNCITRAL الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي في ٢١ يونيو عام ١٩٨٥. (للمزيد عن عالمية قواعد التحكيم والجهود الدولية بشأنه، انظر تفصيلاً: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢، بند ١١، ص ١٧ وما بعدها؛ د. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١، بند ١، ص ٦).

(٣) للمزيد: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٣، ص ٨؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، بند ٣، ص ٦؛ د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، ص ٥؛ د. رأفت محمد رشيد ميقاتي، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٦، بند ١، ص ١؛ د. مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٩ وما بعدها؛ د. مجدي قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مؤتمر أسواق الأوراق المالية والسلع، غرفة صناعة وتجارة دبي في الفترة من ٦ - ٨ مارس ٢٠٠٧، ص ٣ و ٤؛ د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، بند ٢، ص ١١ وما بعدها؛ والجدير بالذكر أن أستاذنا الدكتور/ فتحي إسماعيل والي قد ميز بين التحكيم وهذه الوسائل أو النظم الحديثة، معتبراً هذه الوسائل أو النظم **Alternative Disputes Resolution (ADR) or Disputes Résolution** أو المحاكمات المصغرة **Mini-trial** ليست تحكيمياً؛ لأنها لا تنهي النزاع بحكم تحكيم، بل إنها تنهي النزاع بعقد صلح يبرم بين الطرفين. (للمزيد: د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٧، بند ٧، ص ٢٢).

والواقع أنه لا يوجد اختلاف بين اعتبار التحكيم من هذه الوسائل أو النظم البديلة للقضاء، وبين القول بأن التحكيم يتميز عن هذه الوسائل والنظم؛ لأن اعتبار التحكيم من هذه النظم أو الوسائل، لا يعني اعتبار هذه الوسائل أو النظم تحكيمياً أو اعتبار التحكيم له نفس (=)

والتحكيم أسبق في الظهور للإنسان من القضاء، فكان طريق العدل الأول للإنسان^(٤)، وهو أصل القضاء وليس مستحدثاً منه^(٥)، وقد كان السائد في

(=) طبيعة هذه الوسائل أو النظم، بل إن لكل من هذه الوسائل أو النظم البديلة للقضاء والتحكيم نظامه الخاص به، الذي يميز كل منها عن الآخر، وهذه الوسائل تتدرج من الضعف إلى القوة إلى المفاوضات ثم الوساطة ثم الصلح وأخيراً التحكيم، وتتعدد تقسيمات الوسائل البديلة للقضاء تبعاً لأساس تقسيمها، ولعل أفضل تقسيم للوسائل البديلة للعدالة هو تقسيمها من حيث درجة التدخل، فهناك التحكيم *L'arbitrage* والوساطة أو التوفيق *Conciliation or Médiation* والمفاوضات *Négociation* والتقييم المحايد *Neutral Evaluation*، (في نفس المعنى: منير وممدوح الجنيهي، الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٥، ص ٥). والجدير بالذكر أن بعض الفقه المعاصر يعترض على هذه الوضعية للتحكيم، باعتبار التحكيم ليس إلا آلية من آليات النظام الرأسمالي العالمي لضمان زعامة دول الشمال لدول الجنوب، وأن التحكيم مقصود به أساساً منع قضاء الدولة في الدول النامية من نظر المنازعات المتعلقة بالتجارة، ومن أجل عدم تعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة لتطبيق القانون الوطني، (د. حسام عيسى، التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨٨، ص ٦٠ وما بعدها؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، بند ٨، ص ١٩ و ٢٠ هامش ٢). والواقع أن التخوف السابق ليس متعلقاً إلا بالتحكيم التجاري الدولي ولا علاقة له بالتحكيم الداخلي، كما أن الصراع بين دول الشمال والجنوب أمر واقعي تتعين مواجهته عن طريق دفع الاستثمار الوطني، ونقل التبعية الاقتصادية لدول الشمال المتقدم لتصبح لصالح دول الجنوب.

(٤) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، بند ١، ص ١٦.

(٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤ الطبعة الأولى، ص ٥ و ٩، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية" ص ٩؛ د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بند ١، ص ٩؛ د. على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع سابق هامش ٢ ص ١.

المجتمعات القديمة أن التحكيم أداة للتسوية الودية لمنازعات الأطراف عن طريق الغير^(٦)؛ إذ تطورت المجتمعات البشرية من القضاء الخاص أو عصر القوة أو اقتضاء الشخص لحقه بنفسه إلى مرحلة التحكيم أو الاحتكام للغير، ومع ظهور الدولة حل قضاء الدولة تدريجيًا محل التحكيم، حتى وصل الأمر إلى اختصاص الدولة كلية بالقضاء مع اندثار نظام التحكيم، وقد عاد التحكيم في الظهور مرة أخرى بعد تشابك العلاقات الدولية بين الأفراد، فكان ضمانته للأجانب في عدم الخضوع لقضاء معين، كما كان ضمانته أساسية للأفراد داخل الدولة من بطء التقاضي وعدم سرية نظر المنازعات^(٧).

٢- التحكيم هو نظام خاص للتقاضي Un mode de juridiction particulière

في المسائل المدنية والتجارية والإدارية، يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم، والمعنى السابق للتحكيم يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات العربية والمقارنة، غير أنها قد اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحلها المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم، فعرفوا التحكيم، بأنه "اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم"^(٨).

(٦) د. سيد أحمد محمود، نظام التحكيم دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، بند ١، ص ٥.

(٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ٥.

(٨) ورد هذا التعريف في تعريفات عدد كبير من الفقه العربي؛ حيث عرفه د. عبد الحميد أبو هيف، بأنه "حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم (=)

(=) من النزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من أن يفصل فيه القضاء المختص، (د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد ١٩٢٣، بند ١٣٦٤، ص ٩١٨) وقد عرفه د. أحمد أبو الوفا، بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة" (د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨، ص ١٥)، كما ذهب د. محمود هاشم إلى أن السائد في الفقه القانوني أن التحكيم عبارة عن "اتفاق الخصوم على عرض نزاع معين قائم بينهم أو ما قد يثور من منازعات في خصوص عقد معين أبرم بينهم للفصل فيه، بواسطة من اختارهم الخصوم لذلك من المحكمين، وذلك بدلاً من الوسيلة العادية في هذا الخصوص (د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ١٩٩٠، بند ٢/٧، ص ٢٠ و ٢١، كما عرف د. وجدي راغب التحكيم بأنه "عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح نزاع معين على محكم أي شخص أو أشخاص يختارونهم أو تعينهم المحكمة في بعض الأحوال، وذلك للفصل فيه دون المحكمة المختصة (د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٨٠)، كما عرفه د. أبو زيد رضوان، بأنه "مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيتهم" (د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١٩)، كما عرفه د. أحمد السيد صاوي، بأنه "اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر يفصل فيما يثور مستقبلاً أو يثور فعلاً بينهم من منازعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة (د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٥، ص ١٠؛ د. أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٢٢٣، كما عرفه د. مختار بريري على أنه "اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين" (د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، بند ١، ص ٥)، وعرفه د. سيد محمود بأنه "اتفاق الأشخاص (الطبيعية أو الاعتبارية) على عرض نزاع قائم بينهم (مشاركة) أو محتمل (=)

(=) (شرط) - ناشئ عن عقد أو دون عقد - على فرد (أو على هيئة لاختيار الفرد أو الأفراد المحكمين ولتنظيم عملية التحكيم) أو أفراد عاديين يختارونهم مباشرة أو يبينوا طريقة اختيارهم للفصل فيه خلال فترة زمنية يحدونها (أو يتركون تحديدها للقانون) وفقاً لقواعد القانون (تحكيم بالقضاء) أو وفقاً لقواعد العدالة (حكيم بالصلح) دون عرضه على الدولة وذلك بقرار ملزم لهم ويرمي لاستمرارية العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بينهم"، د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، ص ٤؛ وعرفه د. أسامة أحمد شوقي المليجي بأنه "اتجاه إرادة الأطراف إلى طرح نزاعهم على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه بعيداً عن القضاء، فهو ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف عليه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة (د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، بند ١٠، ص ١٢)، كما عرفه بعض الفقه الحديث بأنه "اتفاق بين الأطراف على حل النزاع القائم أو الذي سيقوم من قبل شخص أو أشخاص يتم اختيارهم لهذا الغرض"، د. أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٥؛ كما عرفه البعض الآخر بأنه "نزول أطراف النزاع على الالتجاء لقضاء الدولة والتزامهم بطرح نزاعهم على محكم أو أكثر لحسم النزاع بحكم ملزم" (د. على سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، طبعة ١٩٩٨، ص ١؛ كما عرفه البعض الآخر بأنه "اتفاق الأطراف على تفويض المحكم سلطة حسم النزاع بحكم ملزم وقابل للتنفيذ"، (د. هدى عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، بند ١٢، ص ٢٢)، كما عرفته محكمة تمييز دبي بأنه "هو اتفاق على منح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظره" (محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩٩١/١١/١٠ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ جلسة ١٩٩٢/٣/٧ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩، ورقم ١٧٠ جلسة ١٩٩٥/١/٨ العدد ٦ ص ٤٧، الطعن رقم ٣٩٩ جلسة ١٩٩٥/٥/٧ العدد ٦ ص ٣٩٦ وما بعدها)، كما عرفته في بعض الأحكام بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات" تمييز دبي، الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٧/٣/١٦؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٥١ لسنة ٩٢ جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤ العدد ٣ ص ٥٢٥؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٠٠٢/١١/٢ ص ٧٧٧ وما بعدها.

والتعريف السابق للتحكيم يمتاز بالدقة والبساطة، كما أنه يتضمن مراحل عملية التحكيم، من الاتفاق على التحكيم، ومروراً بالإجراءات ثم الحكم في النزاع، إلا أن تعريف اتفاق التحكيم على أنه اتفاق الأطراف فيه خلط بين اتفاق التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، والذي لا يعدو أن يكون مفترضاً أو أحد المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، ومع تسليمنا بأن تعريف التحكيم على أنه اتفاق ليس فيه خلط بين التحكيم واتفاق التحكيم، باعتبار اتفاق التحكيم ليس إلا المرحلة الأولى والافتراضية لوجود التحكيم بين الأطراف^(٩)؛ إذ التحكيم في أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم^(١٠)، إلا أن تعريف التحكيم على أنه اتفاق بين الأطراف على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيه بحكم واجب الإلزام، يثير اللبس من حيث الظاهر بين التحكيم واتفاق التحكيم؛ إذ يغلب على تعريف التحكيم بأنه اتفاق أنه تعريف لاتفاق التحكيم وليس تعريفاً للتحكيم ذاته الذي يتضمن هذا الاتفاق، وهو تعريف للجزء وليس الكل، الأمر الذي يثير اللبس والغموض بين التحكيم واتفاق التحكيم.

بينما ذهب جانب آخر - بحق - إلى أن التحكيم نظام قضائي خاص للفصل في المنازعات التي تثور بينهم بحكم ملزم دون قضاء الدولة، أو هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم، إما مباشرة

(٩) على سبيل المثال، انظر: د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٦، ص ١٠، ١١؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٥، ص ٦، وبند ١٠ ص ١١ وما بعدها.

(١٠) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

أو عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيهم^(١١)، أو هو نظام قانوني

(١١) في الفقه الفرنسي:

A. KASSIS, «Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit International» t. I, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 13, n°18 ; A. C. FOUSTOUCOS, «L'arbitrage interne et International en Droit Privée», Thèse Paris, 1973, éd. 1976, n°42, p. 29-30, «On entend par arbitrage l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit comme, pout être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger»; J. Robert, «Arbitrage Civil et Commercial, en Droit International, Dalloz, 4^e éd, 1967, n° 1, p. 9, «L'arbitrage est l'institution par laquelle les parties au litige confie à une le différend qui les personne autre qu'une Juridiction d'Etat, mission de régler oppose» ; Hervé CROZE, Christian MORE, Procédure Civile, PUF, éd., 1988, n° 260. p. 255, «On peut définir l'arbitrage comme un mode de juridiction particulière, à base conventionnelle, par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes privées, au besoin en qualité, le différend qui les oppose» ; R. Perrot, Institutions judiciaire, 3^e éd. Paris, 1989, n° 54, p. 53.

في الفقه المصري:

انظر: د. أبو زيد رضوان، الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى، عدد ٢ يوليو ١٩٧٧، رقم ١٠، ص ٢٨، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١، ص ١٩؛ وقد ميز د. فتحي إسماعيل والي - بحق - بين التحكيم كنظام بديل للقضاء العادي وبين اتفاق التحكيم، فوصف التحكيم بأنه يعد من أهم الوسائل التي يعترف بها التنظيم القانوني لتطبيق القاعدة القانونية بوسائل أخرى غير قضاء الدولة، فهو كالصلح الذي يتم باتفاق الأطراف، فيستطيعوا، عن طريق هذا الاتفاق، عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة (د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، طبعة ٢٠٠١، بند ١٩، ص ٣٧، ٣٨)، بينما عرف اتفاق التحكيم، بأنه "عقد يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهرًا لسلطان إرادتهم" (د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢). وقد عرف د. محمود هاشم التحكيم (=)

تم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع^(١٢). وبتعبير آخر أنه النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين دون قضاء الدولة^(١٣)، أو هو نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار حكم ملزم لهم^(١٤)، فهو من أهم بدائل القضاء وهو طريق خاص

(=) بأنه "مجرد وسيلة قانونية اعترفت بها الأنظمة، للفصل في المنازعات المراد عرضها على التحكيم عن غير طريق القضاء، أي عن طريق محكم أو أكثر يختارهم الخصوم مرتضين الحكم الذي ينتهي إليه التحكيم نظراً لما يحققه لهم من مزايا (د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، ١٩٩٠، بند ٢/٧، ص ٢٠، ٢١. وقد عرفه بعض الفقه الحديث على أنه "نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية عن ولاية القضاء العام للدولة، وذلك كي تحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم - كقاعدة - ويسندون إليهم مهمة الفصل في هذا النزاع بحكم ملزم" (د. على رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، بند ١٠، ص ١٤.

(١٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، بند ١، ص ١٣.

(١٣) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق... منشورات الحلبي الحقوقية، ص ٩.

(١٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩، والجدير بالذكر أن تعريف التحكيم بأنه نظام خاص يتميز عن تعريف التحكيم بأنه نظام استثنائي؛ حيث تستقر أحكام المحكمة الاتحادية العليا على تعريف التحكيم (=)

للفصل في المنازعات دون قضاء الدولة المعروف ببطنه الشديد^(١٥).

(=) بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات (الحكم الصادر في الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢١ قضائية بتاريخ ١١ أبريل ٢٠٠١، س ٢٣ ع ٢، ص ٧٠٦ وما بعدها، الحكم الصادر في الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٥ قضائية بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٣)، كما كان يأخذ أستاذنا الدكتور أحمد أبو الوفا بهذا التصور (د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٦٠، ص ١٣٩، ١٤٠)، كما أخذت بذلك محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها، كما أفتت بذلك أيضًا الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في بعض الفتاوى (د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٨، ص ٥٢ وما بعدها)، وقد رد بعض الفقه - بحق - على التصور السابق باعتبار أن ذلك يتنافى مع مجموعة من الحقائق أهمها أن التحكيم هو أصل القضاء، وهو الأسبق في الوجود من القضاء المنظم من قبل السلطة الحاكم. وثانيها: أن التجاء الدولة للتحكيم في مرحلة لاحقة لسيادة قضاء الدولة وهيمنته على كل المسائل، وذلك في بعض المنازعات التي يلائمها التحكيم، يؤكد على حقيقة أن التحكيم بديل لقضاء الدولة، وليس استثناء عليه، وأخيرًا أن التحكيم أضحي طريقًا موازيًا للقضاء *moyen parallèle* في بعض المنازعات مثل منازعات الاستثمار والتجارة الدولية، (للمزيد: د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٦، ص ٤٨ وما بعدها؛ د. حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ١٩٩٦، ص ٧؛ د. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعي الجديدة للنشر ٢٠٠٥، ص ١٤)، والحق والحقيقة أن تكييف التحكيم على أنه استثناء من القضاء أو أنه بديل أو موازي لقضاء الدولة من الأمور الغاية في الدقة، والتي يمكن من خلالها تحديد طبيعة الدفع بوجود شرط التحكيم، وهل هو من الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص القضاء بالنزاع أم أنه من الدفوع المتعلقة بعدم القبول، وهو ما سنحاول الرد عليه لاحقًا بالتفصيل عند بحث طبيعة الدفع بوجود شرط التحكيم، طالع لاحقًا بند ١٠٩، ص ٣٣٢ وما بعدها.

(١٥) د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، ص ٥.

والتعريف السابق للتحكيم - بحق - يميز التحكيم كنظام قانوني موازي أو بديل للقضاء عن اتفاق التحكيم، والذي لا يعدو أن يكون مفترضاً أساسياً لوجود نظام التحكيم، والمرحلة الأولى والأساسية التي يمر بها نظام التحكيم؛ إذ التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم^(١٦)، كما أنه يتسق مع تكييف التحكيم على أنه نظام قضائي خاص إلى جانب قضاء الدولة، فهو قضاء موازي لقضاء الدولة لحل المنازعات بين الأطراف^(١٧)، كما أنه يتميز

(١٦) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

(١٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١٤ وما بعدها، وقد كان الفقه والقضاء التقليديين يعتبران التحكيم طريقاً استثنائياً عن القضاء لحسم المنازعات (د. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، ج ١، ص ٢٧)؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٠٣، س ٢٧، يوليو ٢٠٠٠، ص ٢٦ مبدأ (٢)؛ نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٧١، ص ١٧٩؛ نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٧١، ص ١٧٩؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٥١ جلسة ١٩٩٢/٥/٢٤ العدد ٣ ص ٥٢٥؛ تمييز دبي، الطعن رقم ١٧٣، جلسة ١٦/٣/١٩٩٧، الطعن رقم ٢٧٤ جلسة ١/٢٩/١٩٩٤ العدد ٥ ص ٨٢، الطعن رقم ٢٩٥ جلسة ١/٣٠/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١١٢؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات في الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢١ ق جلسة ١١ أبريل ٢٠٠١، س ٢٣ ع ٢ ص ٧٠٦ وما بعدها؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٨ يونيو ٢٠٠٣ في الطعن ٩٢ لسنة ٢٥ ق ص ١٣٩٩.

بالوضوح والدقة وعدم إثارة اللبس بين التحكيم و اتفاق التحكيم، غير أن بعض الفقه الحديث قد انتقد التعريف السابق على أساس قصره لنطاق التحكيم في نطاق التسوية القضائية للمنازعات، وأن المفهوم السابق لا يتضمن كافة صور التحكيم، خاصة التحكيم في مجال التجارة الدولية، مثال التحكيم بشأن تحديد المقابل المادي للسفينة التي تقدم خدمة الإنقاذ البحري لسفينة أخرى تعرضت لخطر الغرق في البحر^(١٨)، وتحكيم اللويدز في لندن، وتحديد سعر سلعة معينة من قبل محكم مختص في مجالها، وهو ما يسمى تحكيم المصنف، الذين ينتمون في العادة إلى بعض الجمعيات المهنية المتخصصة، مثال: جمعية تجارة القطن الإيطالية وغرفة تجارة الصوف في بولندا وجمعية تجارة البن في بلجيكا^(١٩)، الأمر الذي دفع بعض الفقه الفرنسي إلى محاولة توسيع مفهوم التحكيم وعدم قصره على تسوية المنازعات بين الأطراف؛ فعرف التحكيم على أنه "طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر بناءً على اتفاق خاص دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة"^(٢٠).

الواقع - بحق - أن تعريف التحكيم بأنه "طريقة ترمي إلى إعطاء حل لمسألة تتعلق بالروابط بين شخصين أو أكثر عن طريق شخص واحد أو أكثر بناءً على اتفاق خاص دون أن يخولوا تلك المهمة من قبل الدولة"، لا يختلف عن تعريف جمهور الفقه ولا يعتبر موسعاً للتحكيم، فتقديم الحل للروابط بين

(١٨) للمزيد عن التحكيم البحري: راجع: د. محمد عبد الفتاح ترك، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥، ص ١٥ وما بعدها.

(١٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١٦ وما بعدها.

(20) R. DAVID "L'arbitrage dans le commerce international», Paris, Economica, 1982, n° 2, p. 9.

الأطراف هو حل لمنازعاتهم، وليس معناه خلو تلك الروابط من المنازعات بين الأطراف؛ إذ التجاء الشخص لهيئة أو جمعية لتحديد مقابل علاقته بالطرف الآخر، ليس إلا تعبيراً عن وجود نزاع بشأن هذا الأجر بينه وبين الطرف الآخر، ولا يغير من ذلك التجاء الطرفين معاً لتلك الهيئة أو الجمعية؛ إذ لو خلا الأمر من النزاع لتمكن الطرفان معاً من تحديده ودون الالتجاء للغير.

وعلى كل الأحوال فالتعريفات أعلاه لا تخرج عما استقر في عالم التحكيم وأحكام المحاكم العليا في التشريعات المقارنة، فقد عرفت المادة ١٧٩٠ من مجلة الأحكام العدلية التحكيم، على أنه "اتخاذ الخصمين برضاها حاكماً ليفصل في خصومتها ودعواها"^(٢١)، كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم، على أنه "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات؛ ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"^(٢٢).

(٢١) الأستاذ/ على حيدر، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، دار النهضة، بيروت ج ٤ ص ٥٢٣؛ الأستاذ/ سليم رستم باز، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان ص ١١٦٣.

(٢٢) نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسته ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول من يناير إلى مارس ١٩٧١ ص ١٧٩، وقد رددت نفس التعريف بعض أحكام المحكمة الاتحادية العليا ومحكمة تمييز دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة، حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسته ١١ أبريل ٢٠٠١ الطعن رقم ٤٤٩ لسنة ٢١، ق س ٢٣، ع ٢؛ أ. محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عاماً ١٩٨٨ - ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٠، القاعدة ٢١١، ص ١٤٩، ١٥٠ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكّمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، بند ٢، ص ٢.

وقد عرفت محكمة نقض أبوظبي في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٨، التحكيم بقولها: "لما كان الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية..."^(٢٣)، وعرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم على أنه "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهم"^(٢٤)، وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم في حكمها بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤، بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارها أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائياً عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"^(٢٥).

(٢٣) نقض مدني أبوظبي، الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٢٠٠٨ س ٢ ق أ ب جلسة

٢٥/١٢/٢٠٠٨، سلسلة مبادئ النقض ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢٤) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ٣٧/١٩٥٥، مشار إليه لدى، د. إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، ١٩٩٩، ص ١٤.

(٢٥) حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا، الجزء السادس، ص ٤١٤، وحكم المحكمة الدستورية العليا في ٦ نوفمبر ١٩٩٩ (منشور في د. أبو العلاء النمر، المشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ١٠٩، ١١٠).

وقد ورد تعريف التحكيم في بعض التشريعات العربية، حيث عرف الفصل (١) من قانون التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ التحكيم بأنه "طريقة خاصة للفصل في بعض النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم"، كما نصت المادة ١/٢ من قانون التحكيم اليمني الصادر في ٣١ مارس ١٩٩٢، على تعريف التحكيم، بنصها "التحكيم هو اختيار الطرفين برضاها شخصاً آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة للفصل فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات".

٣- وعلى كل الأحوال، يكون من الأجدر تعريف التحكيم على أنه نظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية - التي يجوز فيها الصلح، ولا تتعارض مع النظام العام - يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة، للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم^(٢٦). والتحكيم على حد

(٢٦) قرب هذا، د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١٨، ١٩؛ حيث عرف التحكيم على أنه "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم، باتفاق مكتوب، مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بخصوص منازعاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز حسمها عن طريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة بإصدار قرار ملزم لهم؛ د. صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ١٥٥؛ د. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦، بند ٥، ص ٥؛ حيث عرف التحكيم بأنه "نظام قانوني يجيز للأفراد أو يوجب عليهم إخضاع ما يثور بينهم من نزاع نشأ فعلاً أو ينشأ بعد لحكم تحكيم يصدره شخص أو أكثر ينتمي أو لا ينتمي إلى هيئة نظامية معينة وتلعب إرادة الأفراد - بدرجات متفاوتة - دوراً في تسميته"؛ د. أحمد حسان مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإشاعات، رسالة (=)

تعبير المغفور له أستاذنا الدكتور محسن شفيق في أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم^(٢٧)، وهو يمر بمراحل ثلاث تبدأ بالاتفاق على التحكيم، ثم إجراءات نظره والفصل في موضوعه، ثم تنفيذ الحكم الصادر في تلك الخصومة^(٢٨)، ويقوم التحكيم على أساس إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على طرح ما قد ينشأ بينهم من منازعات^(٢٩)، سواء أكانت تلك المنازعات ناتجة عن علاقة عقدية أو غير عقدية^(٣٠)، على محكم أو أكثر أو على هيئة مختصة بالتحكيم، بشرط قابلية تلك المنازعة للصلح وعدم مخالفة ذلك للنظام العام، للفصل فيها بحكم

(=) جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٩، ٢٠، وقد عرف التحكيم بأنه "نظام للقضاء الخاص ينظمه القانون ويسمح بمقتضاه بإخراج بعض المنازعات عن ولاية القضاء العادي لكي تحل بواسطة فرد أو أفراد يختارهم الخصوم، كقاعدة، ويسندون إليهم مهمة القضاء بالنسبة لهذه المنازعات"؛ د. سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، بند ٨، ص ١٨؛ حيث عرف التحكيم التجاري بأنه "آلية من آليات حل المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية الداخلية أو الدولية، والتي بواسطتها يتفق طرفان أو أكثر، قبل أو بعد نشوء النزاع، على إخضاع منازعاتهم لأشخاص يتم تعيينهم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويفصلون في النزاع بحكم تحكيمي، عادة ما يكون ملزماً للطرفين"، مع ملاحظة أن التعريف الأخير خاص بالتحكيم في المسائل التجارية وأن حكم المحكمين حكم ملزم قانوناً وليس بحكم العادة، وهو ما يميز التحكيم عن الصلح والوساطة.

(٢٧) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦، ص ١١.

(٢٨) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، بند ٥ ص ٦.

(٢٩) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ذات الصفحة.

(٣٠) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٣، ص ٢٣.

حائز على قوة الأمر المقضي *Autorité de la chose jugée* أو بحكم نافذ معجلاً *Exécution provisoire* في بعض التشريعات^(٣١).

٤- ونقطة الارتكاز أو المحور الذي يدور حوله التحكيم، يتمثل في وجود اتفاق للتحكيم^(٣٢) *La convention d'arbitrage*، يلتزم بموجبه الأطراف بعدم الالتجاء للقضاء وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر أو سلطة مختصة بالتحكيم للفصل فيه بحكم يلتزم بموجبه أطراف الاتفاق^(٣٣)، واتفاق التحكيم هو عبارة عن اتفاق أو عقد أو تصرف قانوني قوامه الإرادة المنفردة لكل طرف^(٣٤)، يلتزم بموجبه الأطراف بتحقيق أثر قانوني معين، يتمثل هذا الأثر في الامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح النزاع على هيئة خاصة

(٣١) مثال، المادة ٣/٢١٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، المادة ١٨٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، والمادة ٤٥٦ من قانون المرافعات الجزائري، والمادة ٥٣١ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري الصادر بالمرسوم رقم ١٩٥٢/٩/٢٨، والمادة ٧٦٦ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الليبي. ويلاحظ أن نص الفقرة الثالثة من المادة ٢١٢ من القانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ بشأن الإجراءات المدنية، والتي نصت على تطبيق القواعد الخاصة بالإنفاذ المعجل على أحكام المحكمين في منتهى الغرابة؛ إذ حكم التحكيم وفقاً لما ورد في هذا القانون، لا يقبل الطعن بأي طريق من طرق الطعن، ويحوز قوة الأمر المقضي بمجرد صدوره، ولا يجوز تنفيذ الحكم إلا بعد المصادقة على حكم المحكمين، الأمر الذي يثير اللبس بناء على الفقرة السابقة التي لا جدوى لها ولا محل من الناحية العملية، والأجدر في رأيي حذف تلك الفقرة من نص المادة ٢١٢ من القانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

(32) Jean Vincent et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», DALLOZ, 1999, n° 1639, p. 1101.

(٣٣) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، بند ١٥، ص ١٧.

(٣٤) د. أسامة شوقي المليجي، المرجع السابق، بند ١٦، ص ١٧ وما بعدها.

للفصل فيه، كما يفرض على أطرافه الالتزام بالحكم الصادر من هذه الهيئة، كما أنه يتميز من حيث مفهومه وطبيعته عن فكرة التحكيم ذاتها^(٣٥)، فهو

(٣٥) أثارت الطبيعة العقدية لاتفاق التحكيم الخلاف في الفقه والقضاء حول طبيعة التحكيم ذاتها، (د. أسامة شوقي المليجي، المرجع السابق، بند ٣ ص ٥، فقد غلب البعض الطابع العقدي على التحكيم، وذلك بالنظر لأهمية اتفاق التحكيم وكونه مفترضاً لعملية التحكيم (د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، رسالة دكتوراه، ص ٣٨٢ - ٣٨٥، "هل التحكيم نوع من القضاء؟"، مجلة حقوق الكويت، السنة ١٧، العدد ٢، لسنة ١٩٩٣، ص ١٥٠ وما بعدها؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة، ص ٧، ٨)، بينما أضفى جمهور الفقه الطبيعة القضائية على التحكيم (د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٢٠٠١، بند ٢١، ص ٤١ وما بعدها؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها)، وذلك تغليباً لدور المحكم الذي يتسق مع طبيعة عمل القاضي، وأن التحكيم يهدف إلى الحصول على حكم فاصل في النزاع، بينما ذهب جانب ثالث ترأسه عميد القانون التجاري المرحوم محسن شفيق إلى القول بأن التحكيم ليس اتفاقاً محضاً ولا قضاء محضاً، وإنما هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً وطابعاً مختلفاً، فهو في أوله اتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، (د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٩٦)، وتأسيساً على ذلك ذهب د. أحمد السيد صاوي إلى عدم جواز قولية التحكيم ووضعه في قالب قانوني معين، وأن التحكيم له طبيعة خاصة مرجعها كونه وسيلة بديلة لحل المنازعات بعيداً عن القضاء بإجراءاته وتعقيداته التي لم تعد تتناسب ومتطلبات التجارة الدولية؛ إذ من الصعب إخضاع التحكيم لإرادة الأطراف فقط، لأن هذا الاتفاق، وإن كان مفترض عملية التحكيم، إلا أنه يتعين مراعاة قواعد القانون التي تحكم سلامة التحكيم والحكم الصادر فيه، وضرورة مراعاة النظام العام والآداب، ومن ناحية أخرى يصعب إضفاء الصبغة القضائية على التحكيم، لأن الأطراف هم الذين يختارون قاضيتهم، وإجراءات ولغة ومكان التحكيم، والقانون الذي يحكمه، وإمكانية تسبب الحكم من عدمه، ونشره أو عدم نشره، وهم الذين يدفعون رواتب القضاة، وهو ما يتعارض مع إضفاء الصبغة القضائية المحضة على (=)

عبارة عن عقد أو اتفاق من طبيعة خاصة بين الأطراف لطرح منازعاتهم على محكم Arbitre أو أكثر دون قضاء الدولة، سواء أكانت تلك المنازعات ناتجة عن علاقة عقدية أو غير عقدية^(٣٦)، بشرط قابلية تلك المنازعة للصلح وعدم مخالفة ذلك للنظام العام، بينما يتمثل التحكيم في قيام محكم أو أكثر بناء على اتفاق الأطراف بالفصل في النزاع الناشئ أو الذي يمكن أن ينشأ بينهما؛ فاتفاق التحكيم هو المرحلة الأولى من مراحل التحكيم، وهو ليس إلا المرحلة الافتراضية للتحكيم.

٥- اتفاق التحكيم *La convention d'arbitrage* هو المفترض أو الأساس أو الدستور لوجود عملية التحكيم بين الأطراف؛ إذ يعتبر اتفاق

(=) عملية التحكيم (د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٦، ص ١٠، ١١؛ د. على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، مرجع سابق الإشارة، بند ١٠، ص ١٣، ١٤)، وعلى الأساس السابق فقد ذهب البعض في الفقه الحديث للقول بالطبيعة المركبة للتحكيم، فهو نظام ذو طبيعة مزدوجة، فهو عمل اتفاقي في مصدره، لاستمداد المحكم سلطانه وسلطاته من إرادة الأطراف، وهو قضائي في وظيفته، فالمحكم بالرغم من أنه ليس قاض إلا أنه يقوم بنفس الوظيفة المنوط بالقاضي القيام بها، ألا وهي الفصل في المنازعة المعروضة عليه بإصدار حكم فيها. (د. محمد نور شحاته، تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، بحث مقدم لمؤتمر اتحاد كليات الحقوق العربية، الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٠-٢٢ مايو ٢٠٠٦؛ د. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧، ص ٧، وقد أشارت إلى:

Antoine KASSIS «Problèmes de Base de l'arbitrage en droit compare et en droit international» Tome I, Arbitrage Juridictionnel et arbitrage contractuel, Paris, L.G.D.J. 1997.)

(٣٦) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٩، ص ٣١.

التحكيم هو أساس التجاء الأطراف للتحكيم^(٣٧)، كما أنه المحدد لنطاق التحكيم وتحديد ما تختص هيئة التحكيم بنظره ومالا تختص به^(٣٨)، كما أنه شرط لصحة حكم المحكمين؛ إذ يترتب على وجود شرط التحكيم صحة التحكيم، ويترتب على عدم وجوده بطلان حكم المحكمين^(٣٩)؛ وعليه كان موضوع

(٣٧) د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، بند ٥، ١٩، ٣٤، ص ١٠، ٣١، ٤٧، وقد عبر عن ذلك بأن اتفاق التحكيم هو قوام التحكيم؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٠، ص ١٢، وبند ١١، ص ١٣؛ د. ناريمان عبدالقادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة أولى ١٩٩٦، ص ٤٤.

(٣٨) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٧١ ص ١٧٩، فالتحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات مقتصر على ما انصرفت إرادة المحتكمين إلى عرضه على المحكم؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٠٣، س ٢٧ يوليو ٢٠٠٠، ص ٢٦ مبدأ (٢)؛ حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٦/٣/١٩٩٧؛ أ. محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عاماً (١٩٨٨ - ١٩٩٩)، طبعة ٢٠٠٠ القاعدة ٢١١، ص ١٤٩، ١٥٠؛ حيث قضت المحكمة "لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويكون مقصوراً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على المحكم دون غيرها في المنازعات، على ما يستفاد من المحررات التي تتضمن اتفاق الأفراد على السلطة المخولة للمحكم "... حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٨ يونيو ٢٠٠٣ في الطعن ٩٢ لسنة ٢٥ ق، ص ١٣٩٩.

(٣٩) تمييز دبي، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٩٥ جلسة ١٠/٦/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٦٢؛ (=)

دراستنا "اتفاق التحكيم، من حيث مفهومه، أركانه وشروط صحته، ونطاقه، دراسة في ضوء الفقه وأحكام القضاء في قانون التحكيم المصري والفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة".

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

٦- اتفاق التحكيم *La convention d'arbitrage* يثير كثيراً من الخلاف، سواء من حيث تحديد مفهومه أو أركانه أو شروطه أو نطاقه؛ إذ تتباين الاختلافات بسبب الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم؛ وعليه، فإن دراسة اتفاق التحكيم تقتضي بيان مفهوم اتفاق التحكيم، من حيث تحديد المقصود به، آثاره وصوره وسماته، كما أن الأمر يتعلق بتحديد أركانه وشروطه، فضلاً عن تحديد نطاقه المفترض، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

ودراسة اتفاق التحكيم تثير العديد من التساؤلات، يتعلق بعضها بتحديد المقصود باتفاق التحكيم وطبيعته القانونية وصوره وخصائصه وأركان وشروط ونطاق اتفاق التحكيم، ومدى امتداد هذا الشرط لغير أطرافه مثل الخلف العام والخاص، والكفلاء، والضامنين، وفي حالة الارتباط، وفي المجموع العقدي ومجموع الشركات، وفي حالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي.

(=) تمييز دبي، الطعن رقم ١٧٣ جلسة ١٦/٣/١٩٩٧؛ حيث اشترطت المحكمة ضرورة اشتمال حكم المحكمين لصورة من اتفاق التحكيم وإلا كان الحكم باطلاً، د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث سابق الإشارة، المبدأ (١٩)، ص ٤٢.

وتأتي أهمية دراسة اتفاق التحكيم من حيث مفهومه وأركانه ونطاقه في القانون المصري وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة في الوقت الحاضر على إثر التعديلات التي طرأت عام ٢٠٠٦ على قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادرة عام ١٩٨٥، وإعادة صياغة قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادرة في عام ١٩٧٦، وفي عام ٢٠١٠، وفي عام ٢٠١٢، الأمر الذي يعكس اهتمام المجتمع الدولي بموضوعه.

وتزداد أهمية دراسة اتفاق التحكيم من حيث مفهومه وأركانه ونطاقه في القانون المصري وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة أيضاً، لما يثيره اتفاق التحكيم من صدى واسع في أحكام القضاء المصري والمقارن، من ناحية مفهوم اتفاق التحكيم ونطاقه، ومدى امتداد شرط التحكيم في حالة تعدد التحكيم وحالة التدخل في الخصومة والطلبات العارضة والتحكيم في العقود الإدارية وعقود العمل وغيرها من الحالات الخاصة التي يمتد فيها الشرط لغير أطرافه، وما أضافته تعديلات قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، والتي تتمثل في إضفاء المرونة على هذه القواعد، والتوحيد في اشتراط الكتابة لصحة شرط ومشاركة التحكيم، وصحة شرط التحكيم على بياض، والتأكيد على استقلال شرط التحكيم، وسريان شرط التحكيم في المجموعات العقدية^(٤٠).

علاوة على مشروعات قوانين التحكيم التي تم طرحها في الآونة الأخيرة في دولة الإمارات العربية المتحدة، والتي أفردت العديد من النصوص التي تعكس التطور التشريعي لاتفاق التحكيم في عالم التحكيم في المنطقة العربية.

(٤٠) للمزيد: راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٤ وما بعدها.

وقد اتبعت في الدراسة المنهج الاستقرائي المقارن لبيان حكم اتفاق التحكيم في أنظمة التحكيم الدولية والقوانين المقارنة بالنظر إلى أن اتفاق التحكيم قد ينقل الأطراف لغير قانونهم، ويهدف الوقوف على ما وصلت إليه أنظمة التحكيم الدولية وموقف التشريعات الوطنية منها.

تقسيم الدراسة.

٧- تنقسم دراسة موضوع اتفاق التحكيم إلى ثلاثة مباحث، نتناول في المبحث الأول مفهوم اتفاق التحكيم، وفي المبحث الثاني أركان اتفاق التحكيم وشروطه، وفي المبحث الثالث نطاق اتفاق التحكيم، وهو ما نجمله في المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: التعريف باتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: طبيعة اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث: صور اتفاق التحكيم.

المطلب الرابع: خصائص اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته.

المطلب الأول: أركان اتفاق التحكيم

المطلب الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم

المبحث الثالث: نطاق اتفاق التحكيم

المطلب الأول: النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم

(३०)

المبحث الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

٨- يقتضي تحديد مفهوم اتفاق التحكيم *La convention d'arbitrage*، تعريفه ثم بيان طبيعته وصوره وخصائصه، وهو ما نوضحه في المطالب الآتية:-

المطلب الأول

التعريف باتفاق التحكيم

٩- اتفاق التحكيم على حد تعبير البعض هو قلب التحكيم وقلبه، وأنه والتحكيم وجهان لشيء واحد^(٤١)، وكما ذكرنا آنفا اتفاق التحكيم *La convention d'arbitrage* هو المفترض أو الأساس أو الدستور لوجود عملية التحكيم بين الأطراف؛ إذ يعتبر اتفاق التحكيم هو أساس التجاء الأطراف للتحكيم^(٤٢)، كما أنه المحدد لنطاق التحكيم وتحديد ما تختص هيئة التحكيم بنظره ومالا تختص به^(٤٣)، كما أنه شرط لصحة حكم المحكمين؛ إذ يترتب على

(٤١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي الداخلي، دار النهضة العربية، مرجع سابق، بند ٧١، ص ٢٣٣.

(٤٢) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٥، ١٩، ٣٤، ص ١٠، ٣١، ٤٧، وقد عبر عن ذلك بأن اتفاق التحكيم هو قوام التحكيم، د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٠، ص ١٢، وبند ١١ ص ١٣؛ د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة أولى ١٩٩٦، ص ٤٤.

(٤٣) نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق الصادر بجلسة ١٦ فبراير ١٩٧١، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثانية والعشرون، العدد الأول، من يناير إلى مارس ١٩٧١ ص ١٧٩، فالتحكيم طريق (=)

وجود شرط التحكيم صحة التحكيم، ويترتب على عدم وجوده بطلان حكم المحكمين^(٤٤).

١٠- وقد تعددت التعريفات التشريعية والقضائية والفقهية لاتفاق التحكيم *La convention d'arbitrage*؛ حيث تتقارب تشريعات الدول في تعريف اتفاق التحكيم، متأثراً بتعريف اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، والقانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر

(=) استثنائي لفض الخصومات مقتصر على ما انصرفت إرادة المحكمين إلى عرضه على المحكم؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٠٣، س ٢٧ يوليو ٢٠٠٠، ص ٢٦ مبدأ (٢)؛ حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٧٣ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٧/٣/١٦؛ أ. محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عاماً (١٩٨٨ - ١٩٩٩)، طبعة ٢٠٠٠، القاعدة ٢١١، ص ١٤٩، ١٥٠؛ حيث قضت المحكمة بأنه "لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، ويكون مقصوراً على ما تنصرف إرادة المحكمين إلى عرضه على المحكم دون غيرها في المنازعات، على ما يستفاد من المحررات التي تتضمن اتفاق الأفراد على السلطة المخولة للمحكم..." (حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٨ يونيو ٢٠٠٣ في الطعن ٩٢ لسنة ٢٥ ق، ص ١٣٩٩).

(٤٤) تمييز دبي، الطعن رقم ٦٦ لسنة ٩٥ جلسة ١٩٩٥/٦/١٠ العدد ٦ ص ٤٦٢؛ تمييز دبي، الطعن رقم ١٧٣ جلسة ١٩٩٧/٣/١٦؛ حيث اشترطت المحكمة ضرورة اشتغال حكم المحكمين بصورة من اتفاق التحكيم وإلا كان الحكم باطلاً؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث سابق الإشارة المبدأ (١٩)، ص ٤٢.

عام ١٩٨٥^(٤٥)؛ حيث نصت المادة ١/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، في تعريفها لاتفاق التحكيم، على أنه "الاتفاق 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 تجوز تسويتها عن طريق التحكيم"، كما عرفت المادة ٧ من القانون النموذجي للأمم المتحدة الصادر عام ١٩٨٥ اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة عقديّة كانت أو غير عقديّة، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

وقد عرفت المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقديّة أو غير عقديّة"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ١/١٠ من قانون التحكيم في سلطنة عمان والصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧/٩٧، بنصها "الاتفاق على التحكيم هو الاتفاق الذي يقرر فيه طرفاه الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقديّة كانت أو غير عقديّة"، ويعرف الفصل رقم (٢)، من الباب الأول الخاص بالأحكام المشتركة من قانون إصدار مجلة التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣، اتفاقية التحكيم بالنص على أن "اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي

(٤٥) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٧٥، ص ٢٣٦ وما بعدها.

قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم".

وقد نصت المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر عام ١٩٧٥ المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، على أن اتفاق التحكيم ينصرف إلى شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. وقد عرفت هذه المادة شرط التحكيم، بأنه "اتفاق بمقتضاه يخضع أطراف عقد أو أطراف عدة عقود للتحكيم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود، وأن مشاركة التحكيم هي الاتفاق الذي يخضع به الأطراف منازعاتهم للتحكيم"^(٤٦)، كما عرفت المادة ١/٦ من قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، اتفاق التحكيم، بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن

(46) Pierre JULLIEN et Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., éd. 2001, n°718, p. 412 et s. ; Jean Vincent et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., 1639, p. 1101, Art n° 1442, NCPCF, 1975 «La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient maître relativement à ces contrats», Art. n° 1447 dit : «Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage»; L. Yves Fortier «La nouvelle loi française sur l'arbitrage: vues d'Outre-Atlantique» Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris; Pierre Julien "Droit Judiciaire Privé" L.G.D.J; op. cit., n°718, p. 412.

والفارق بين هذه الصياغة وصياغة المرسوم رقم ٨١-٥٠٠ الصادر في ١٤ مايو لسنة ١٩٨١ في استعماله صيغة الجمع بدلاً من المفرد في تعبير العقود بدلاً من العقد، وإجازة سريان شرط التحكيم في المجموعات العقدية؛ حيث سمح النص في عقد أو مجموع من العقود لأن تخضع المنازعات الناشئة عن هذا العقد أو مجموع العقود للتحكيم.

للمزيد: راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٤ وما بعدها.

أن تنشأ بينهم في شأن رابطة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية للتحكيم"، كما عرفه القانون الألماني الصادر عام ١٩٩٧ بأنه "الاتفاق الذي يقرر فيه الأطراف إخضاع كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في شأن رابطة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية للتحكيم"^(٤٧). وقد عرفت محكمة تمييز دبي اتفاق التحكيم في بعض أحكامها بأنه عبارة عن "اتفاق الأطراف، في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق أو عند النزاع، على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم دون قضاء الدولة"^(٤٨).

١١- ومن الناحية الفقهية، فقد عرف البعض اتفاق التحكيم بأنه "عقد خاص يتم باتفاق الطرفين ويعتبر مظهرًا لسلطان إرادتهم"^(٤٩). وبتعبير آخر، "اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"^(٥٠). كما عرف البعض اتفاق التحكيم بأنه "عقد يتفق طرفاه على عرض النزاع، الذي نشأ أو قد ينشأ في المستقبل، على شخص أو أشخاص معينين، عددهم وترًا، يسمون محكمين، ليفصلوا فيه دون

(٤٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، بند ٧٥، ص ٢٣٩، وهو نص مماثل - على حد تعبيره - لتعريف اتفاق التحكيم في قانون التحكيم البلجيكي الصادر عام ١٩٩٨، وقانون التحكيم السويدي عام ١٩٩٩، وقانون التحكيم اليوناني ١٩٩٩، وقانون التحكيم الموريتاني لعام ٢٠٠٠.

(٤٨) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ١٩٩٧ الصادر بجلسة ١٩٩٨/١/٤.

(٤٩) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢.

(٥٠) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣١.

المحكمة المختصة^(٥١). وبتعبير آخر اتفاق التحكيم هو "عقد مدني تبدو فيه إرادة الأطراف واضحة، وتهدف لحسم النزاع عن طريق التحكيم وعدم طرحه على قضاء الدولة"^(٥٢).

١٢- الواقع أن التعريفات الفقهية السابقة لاتفاق التحكيم تتضمن تحديداً لطبيعة اتفاق التحكيم بأنه تصرف قانوني إرادي أو هو عقد كسائر العقود المدنية^(٥٣)، وأثره في الامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة، وهذه التعريفات يجمعها أن جوهر ومضمون اتفاق التحكيم هو أنه اتفاق يلتزم بمقتضاه جميع الأطراف بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم - التي نشأت أو يمكن أن تنشأ - على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم.

ومن جانبنا، فإن اتفاق التحكيم هو اتفاق يلتزم بمقتضاه جميع الأطراف بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم، ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم التزام أطرافه بآثار الاتفاق من لحظة إبرامه، فإذا لجأ أحد الأطراف للتحكيم كان على الطرف الآخر الاستمرار في الالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، وفي حالة مخالفته لذلك يكون للمحتمك الدفع بالتحكيم مع حقه في الاستمرار في التحكيم، وإذا ما لجأ أحد الأطراف للقضاء، فإن وجود هذا الاتفاق واستمراره يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع وفقاً لقانون

(٥١) د. أحمد مليجي، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٧٩.

(٥٢) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٤، ص ١٦.

(٥٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ٢٤٠.

التحكيم المصري أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي، وإلا عد متنازلاً ضمناً عن اتفاق التحكيم بعد سقوط حقه في الدفع بوجوده.

١٣- واتفاق التحكيم ليس من الطبيعة الصرفة للعقود المدنية، لأن العقود المدنية قد تكون ملزمة لجانب واحد وقد تكون ملزمة للجانبين، حيث يلتزم المدين في العقود الملزمة لجانب واحد بإرادته المنفردة دون التزام على الطرف الآخر، وفي العقود الملزمة للجانبين يلتزم كل طرف بالتزام من طبيعة مختلفة لالتزام الطرف الآخر^(٥٤)؛ إذ يلتزم أحدهما بعمل أو امتناع أو إعطاء شيء، في حين يلتزم الآخر بأداء مالي للطرف الآخر. والعقود الملزمة للجانبين دائماً من عقود المعاوضة^(٥٥)، أما اتفاق التحكيم فهو اتفاق أو عقد رضائي *contrat consensuel*، وملزم للجانبين *contrat synallagmatique*^(٥٦)، غير أن التزام جميع الأطراف فيه يكون من نفس الطبيعة والمضمون والأثر؛ إذ يلتزم جميع الأطراف بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر ليفصل فيها بحكم ملزم، بخلاف العقود الملزمة للجانبين التي تختلف فيها طبيعة والتزام كل طرف في العقد عن

(٥٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، مصادر الالتزام، ج ١ بند ٥٤، ٥٥، ص ١٥٨ وما بعدها.

(٥٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق الإشارة، مصادر الالتزام، ج ١، بند ٥٨، ص ١٦٢ وما بعدها.

(٥٦) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة، بند ٧، ص ٢٥، ٢٦؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق الإشارة، بند ٦٤، ص ١٩٢؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، مرجع سابق الإشارة، بند ٧٦، ص ٢٤٢؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥، ص ١٧.

التزام الطرف الآخر، وأن التزام كل طرف فيها يكون سبباً لالتزام الطرف الآخر، وهو ليس من عقود المعاوضة *contrat à titre onéreux*^(٥٧)، لأنه في اتفاق التحكيم لا يحصل كل طرف على مقابل مادي لما يعطي، بخلاف عقود المعاوضة التي يحصل فيها كل متعاقد على مقابل مادي لما يعطي^(٥٨)، كما أنه ليس عقداً ملزماً لجانب واحد، يلتزم فيه الشخص من جانبه فقط دون أي التزام على عاتق الطرف الآخر^(٥٩)، بل هو اتفاق ملزم لجميع أطرافه ولا يمكن النزول عنه بالإرادة المنفردة لأي طرف^(٦٠).

١٤- واتفاق التحكيم ينعقد بتلاقي إرادات الأطراف؛ إذ يعتبر الإيجاب والقبول الصادران من الأطراف، من العناصر الأساسية لوجود ركن الرضا، كركن من أركان اتفاق التحكيم، التي يترتب على تخلف إحداها عدم وجود اتفاق التحكيم وانعدامه، فإذا انعقدت إرادة الأطراف على وجود اتفاق التحكيم بينهم، وتوافر المحل والسبب، كان هذا الاتفاق موجوداً^(٦١)، غير أن توافر هذه الأركان لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم؛ إذ يتعين أن تتوافر الشروط الشكلية

(٥٧) عكس ذلك: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة، بند ٧، ص ٢٥.

(٥٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق الإشارة، مصادر الالتزام، ج ١، بند ٥٨، ص ١٦٢.

(٥٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، مصادر الالتزام، ج ١، بند ٥٤، ص ١٥٨.

(٦٠) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة، مبدأ ٢٠، ص ٣٤؛ د. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٢.

(٦١) انظر ما سيللي بند ٨٨، ص ٢٧٤ وما بعدها.

والموضوعية لصحة اتفاق التحكيم على نحو ما سنوضحه لاحقاً في هذا البحث، مثل الكتابة والأهلية وغيرها من الشروط، والتي يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم وليس انعدامه، كما هو الحال عند تخلف الأركان، فيشترط أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وأن يكون صادراً ممن هو أهل للاتفاق.

واتفاق التحكيم - شأن سائر العقود المدنية - يتعين أن يكون له سبب مشروع، وأن يرد على محل لا يخالف النظام العام والآداب العامة، وألا يكون هذا المحل مستحيلاً في ذاته، ومتى كان صحيحاً ولازماً - وفقاً لنص المادة ٢٠٩ وما بعدها من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ وما يقابلها في القانون المدني المصري -، فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون.

وفي القانون الفيدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥ المتعلق بالتحكيم، فإنه إذا تم الاتفاق صحيحاً، لا يجوز الرجوع فيه، وهو ما نصت عليه المادة ٢، على النحو الآتي: "مع عدم الإخلال بتطبيق أحكام القانون أو قواعد الإنصاف المتعلقة بصحة اتفاقية التحكيم، فإن أي عقد ينظر كتابة بمناسبة أية عملية تجارية بحرية، أو أي عقد يتعلق بعملية تجارية وينص على الإحالة إلى التحكيم النزاعات الناشئة عن هذه العمليات، أو عن عدم تنفيذها الكامل أو الجزئي، أو أي اتفاق تحكيم ينظم كتابة ويحيل إلى التحكيم نزاعاً قد نشأ عن هذه العمليات أو عن عدم تنفيذها، يكون صحيحاً غير قابل للرجوع عنه، ويمكن تنفيذه بالقوة الجبرية"^(٦٢).

(62) Section 2 - Proceedings to Compel or Stay Arbitration: (a) On application of a party showing an agreement described in section 1, and the opposing party's refusal to arbitrate, the court shall order the parties to proceed with arbitration, but if the opposing party denies the existence of the agreement to arbitrate, the court shall (=

والأكثر من ذلك، فقد كان قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥ قبل تعديله في عام ١٩٥٥، ينص في الفصل الرابع على أن لكل طرف في اتفاق التحكيم أن يلجأ للقضاء لإجبار الطرف الآخر الراض أو المهمل على الخضوع للتحكيم والالتزام به بموجب حكم قضائي من المحكمة، وهو ما نص عليه الفصل رقم (٤) من القانون الفيدرالي الأمريكي لعام ١٩٢٥، على النحو الآتي: "إذا تخلف طرف في عقد تحكيمي مكتوب أو أهمل أو رفض المشاركة في التحكيم يجوز للطرف الآخر أن يطلب من أية محكمة أميركية - كانت مختصة في غياب العقد التحكيم وفقاً للفصل (٢٨) للبت في المسائل المدنية، التجارية أو التجارة البحرية، النظر في النزاع ما بين الأطراف والطلب منها الأمر بأن يجري التحكيم وفقاً للعقد التحكيمي. ويقدم الاستدعاء إلى الطرف

(=) proceed summarily to the determination of the issue so raised and shall order arbitration if found for the moving party, otherwise, the application shall be denied. (b) On application, the court may stay an arbitration proceeding commenced or threatened on a showing that there is no agreement to arbitrate. Such an issue, when in substantial and *bona fide* dispute, shall be forthwith and summarily tried and the stay ordered if found for the moving party. If found for the opposing party, the court shall order the parties to proceed to arbitration. (c) If an issue referable to arbitration under the alleged agreement is involved in an action or proceeding pending in a court having jurisdiction to hear applications under subdivision 'a' of this section, the application shall be made therein. Otherwise and subject to section 18, the application may be made in any court of competent jurisdiction. (d) Any action or proceeding involving an issue subject to arbitration shall be stayed if an order for arbitration or an application therefore has been made under this Section or, if the issue is severable, the stay may be with respect thereto only. When the application is made in such action or proceeding, the order for arbitration shall include such stay. (e) An order for arbitration shall not be refused on the ground that the claim in issue lacks merit or *bona fides* or because any fault or grounds for the claim sought to be arbitrated have not been shown".

المتخلف كتابة مع مهلة خمسة أيام. ويتم التبليغ وفقاً لأحكام المرافعات المدنية الفدرالية. تستمع المحكمة إلى رأى كل من الأطراف، وبعد التأكد من صحة العقد التحكيمى أو أن الرفض ليس عائداً لعدم صحته، تتخذ أمراً تحيل فيه الأطراف إلى التحكيم وفقاً لأحكام العقد التحكيمى. وتجرى الإجراءات وتعدد الجلسات في إطار هذا العقد في المحكمة التي يقع في نطاقها طلب الإحالة إلى التحكيم. وإذا كان الأمر يتعلق بصحة العقد التحكيمى أو إذا تخلف الطرف أو أهمل أو رفض التقيد بالعقد التحكيمى تقوم المحكمة بتحضير القضية للفصل فيها. وإذا لم يطلب الطرف المتخلف تشكيل هيئة المحلفين أو إذا كان موضوع النزاع من صلاحية المحكمة الناظرة في المسائل البحرية، تحيل المحكمة القضية إلى جلسة للفصل فيها. وباستثناء المسائل البحرية يجوز للطرف المتخلف أن يطلب إحالة النزاع إلى هيئة محلفين قبل أو في تاريخ إعادة الاستدعاء على أقصى حد. وتقوم المحكمة فور استلام الطلب باتخاذ أمر إجرائي يحيل النزاع أو النزاعات إلى هيئة محلفين وفقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية الفدرالية أو تشكل هيئة محلفين خاصة لهذا الغرض، وإذا رأت هيئة المحلفين أن ليس هنالك عقد تحكيمى مكتوب أو أن الطرف المدعى أنه متخلف لم يتخلف عن التحكيم يصدر رد للطلب، أما إذا رأت هيئة المحلفين أن هنالك عقد تحكيمى مكتوب، وأن التخلف حاصل، تصدر المحكمة قراراً يأمر الأطراف بالتقيد بالتحكيم وفقاً للأحكام المتفق عليها^(٦٣).

(٦٣) ألغى هذا النص بموجب قانون التحكيم الأمريكي لعام ١٩٥٥ وحل محله نص مغاير تماماً يتعلق بأغلبية لجنة التحكيم، نصه على النحو الآتي:

Section 4. - Majority Action by Arbitrators: "The powers of the arbitrators may be exercised by a majority unless otherwise provided by the agreement or by this act."

المطلب الثاني

طبيعة اتفاق التحكيم

١٥ - يكاد الفقه أن يجمع على اعتبار اتفاق التحكيم عقدًا يتم باتفاق الأطراف^(٦٤)، غير أن الفقه قد اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فذهب جاتب مرجوح - في الفقه الإيطالي - للقول بأن اتفاق التحكيم هو عقد ذو طبيعة إجرائية *Contratti Processuali*، استنادًا إلى أن اتفاق التحكيم يؤثر مباشرة في الخصومة، فيخول الخصوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم ومنع عرض النزاع على القاضي^(٦٥)، فضلًا عن تنظيمه لإجراءات الخصومة في بعض الأحوال التي يترك فيها القانون للأفراد حرية تنظيمها^(٦٦)، وترتيبًا على الطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم فقد نص قانون المرافعات الإيطالي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٦ على اعتبار الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص^(٦٧).

(٦٤) د. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقًا لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها.

(65) Francesco CARNELUTTI «Sistema di diritto processuale civile» tome 2. n° 416, p. 70.; CHIOVENDA «Principii di diritto processuali civile» Napoli 1965, p. 105.

مشار إليهما في د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢، هامش ٢؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، بند ٣١، ص ٨٨، هامش ٢.

(66) Betti «Per una classificazione degli atti processuali di parte» *in Riv. dir. proc. civ.* 1928, p. 115.

مشار إليه في د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢، هامش ١.

(٦٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥، ص ١٨٢، ١٨٣.

١٦ - بينما ذهب جانب آخر إلى تكييف اتفاق التحكيم على أنه عقد من عقود القانون الخاص، وأنه عقد مدني تبدو فيه إرادة أطرافه واضحة، وبتعبير آخر أنه عقد داخل عقد Un contrat dans un contrat^(٦٨).

وقد ذهب البعض إلى أنه اتفاق وليس عقداً، وأنه اتفاق إجرائي وليس موضوعياً^(٦٩)، والراجح - بحق - في نظرنا، تكييف اتفاق التحكيم على أنه اتفاق ذو طبيعة خاصة لا يدخل في عداد الأعمال الإجرائية البحتة؛ لأنه يبدأ قبل بدء الخصومة، ولا يعتبر عنصراً من عناصرها^(٧٠).

(٦٨) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٤، ص ١٥، بند ١٦، ص ١٩.

(٦٩) د. أحمد محمد حشيش، طبيعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠، بند ٣٩، ص ٩٨ وما بعدها، وقد ذهب البعض للقول بالطبيعة الإجرائية لشرط التحكيم إلى جانب الطبيعة العقدية له، وأن شرط التحكيم يكون بمثابة صحيفة افتتاح الدعوى؛ د. أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، مرجع سابق، ص ٧٠، الواقع أن اتفاق التحكيم - شرطاً أو مشارطة - ليس إلا عقد مدني من طبيعة خاصة ولا علاقة له بصحيفة افتتاح الدعوى، وليس له أي طبيعة إجرائية؛ لأنه ليس عنصراً من الخصومة القضائية، كما أن القول بذلك فيه خلط بين اتفاق التحكيم وطلب أو لائحة التحكيم الذي يقدم لبدء إجراءات التحكيم.

(٧٠) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢، "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، بند ٣٨، ص ٨٧؛ د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، مرجع سابق، ص ٢٧؛ د. أمال الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، مرجع سابق، ص ٤١؛ د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ٢٤٣؛ حيث ميز بين شرط التحكيم الوارد في عقد من العقود. وهذا الشرط يعتبر عقد داخل عقد، له شرائط وأركان العقد الأصلي، وبين مشارطة التحكيم التي تبرم بعد قيام النزاع، وهذه من باب أولى عقد حقيقي قائم بذاته، وهذا العقد عقد رضائي، لا بد فيه من (=)

ومن جانبنا، فإنه على الرغم من عدم تمييز جمهور الفقه بين العقد والاتفاق، واتفاقهم على عدم وجود نتائج قانونية للتمييز بين العقد والاتفاق، وعدم ضرورة التمييز بينهما من الناحية العملية^(٧١)، فالأجدر تكييف اتفاق التحكيم على أنه اتفاق ذو طبيعة خاصة، مع تفضيلنا لتعبير "اتفاق" عن تعبير "عقد"، باعتبار أن هذا التعبير هو الشائع الاستعمال من الناحية العملية وأن تعبير "اتفاق" أشمل من تعبير "العقد"، وأن تعبير "عقد التحكيم" يطلق على العقد بين المحكمين والأطراف^(٧٢).

١٧- وأساس الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم أنه، كأى اتفاق ملزم للجانبين، يرتب أثره بمجرد إبرامه^(٧٣)، ويتمثل هذا الأثر في الامتناع عن

(=) توافق الإرادتين، وهو عقد ملزم للجانبين، وهو عقد ذو طبيعة ذاتية أو خاصة فهو ليس كسائر الحقوق والمراكز القانونية للأشخاص؛ إذ هو لا يتصل بها إلا بطريق غير مباشر؛ إذ أن موضوعه المباشر هو نزاع اختصاص القضاء من قضاء الدولة وإعطائه للمحكمين، وهذه مسألة إجرائية بالدرجة الأولى، الأمر الذي يعني أن الطبيعة الإجرائية لا تغيب عن هذا العقد، بل تعمل جنباً إلى جنب مع الطبيعة العقدية له، والواقع أن منع قضاء الدولة من نظر النزاع، والذي يترتب كأثر سلبي لوجود اتفاق التحكيم، لا يعتبر أثراً إجرائياً مترتباً على اتفاق التحكيم؛ إذ الأثر الإجرائي يتعين أن يترتب على خصومة قائمة وليس على مجرد اتفاق بين الأشخاص.

(٧١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٦، ص ١٣٧ وما بعدها.

(٧٢) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، بند ٤٨، ص ٥٢ وما بعدها، وقد فضل استعمال تعبير "اتفاق تحكيم"، خاصة أنه يصعب، في مجال التحكيم التجاري الدولي، والذي ينصرف فيه عقد التحكيم لمعنى مختلف تماماً عن اتفاق التحكيم.

(٧٣) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١، ص ٩٤٢.

الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم، فهو عقد أو اتفاق أو التزام ذو طبيعة خاصة؛ إذ ينصرف التزام جميع أطرافه بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر ليفصل فيها بحكم ملزم، وليس إلى التزام أحد طرفيه بعمل أو امتناع أو إعطاء شيء مقابل التزام الطرف الآخر بأداء مالي معين، كما هو الحال في الالتزامات أو الحقوق الشخصية، التي يلتزم فيها أحد الأطراف بالتزام مقابل لالتزام الطرف الآخر، فهو التزام له طبيعة خاصة تتمثل في أثرين، أحدهما سلبي، يتمثل في الامتناع عن الالتجاء للقضاء، والآخر ايجابي، هو الالتجاء للتحكيم في حالة وجود نزاع بشأن المسائل محل اتفاق التحكيم، والالتزام بالحكم الصادر في هذه الحالة، فإذا ما التجأ أحد الأطراف للتحكيم تعين على بقية الأطراف الاستمرار في التحكيم، وقد نصت على ذلك المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري بقولها "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيداعه 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".

وفي القانون الإماراتي والمصري إذا أخل أحد الطرفين باتفاق التحكيم والتجأ للقضاء، فإن وجود اتفاق التحكيم يكون معلقاً على شرط هو تمسك الطرف الآخر بالدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى وقبل الكلام في الموضوع في القانون، وإلا سقط حقه في التمسك بهذا الدفع؛ إذ يتوقف وجود الاتفاق في هذه الحالة على شرط واقف هو تمسك الخصم بالدفع بوجود اتفاق التحكيم؛ إذ يترتب على إخلال أحد الأطراف بالالتزام الوارد في هذا الاتفاق والالتجاء للقضاء، وسكوت الطرف الآخر عن الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل

الكلام في الموضوع^(٧٤)، تخلف الشرط الواقف الذي يترتب على عدم تحققه انقضاء الالتزام الناتج عن اتفاق التحكيم بالالتجاء للتحكيم، واعتبار ذلك تنازلاً

(٧٤) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، المبدأ رقم (٢)، ص ٣٥؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ١٢/٢٨/١٩٩٧، وقد قررت المحكمة في تلك الأحكام، أنه "يدل نص المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية، على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة، على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة، جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة جاز للمحكمة أن تنظر الدعوى يكون صحيحاً ولازماً، ويصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا ما تم الاعتراض في تلك الجلسة، فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى، لوجود شرط التحكيم إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة. وبناء على ذلك فقد كان يتعين على المدعى عليه أن يدفع بوجود شرط التحكيم في الجلسة التي يحضرها وكيله يوم ١٩٩٥/١/٢ بيد أنه لم يفعل؛ ولذلك فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً وتستمر المحكمة في نظر الدعوى، ولا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون ضده الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة بصرف النظر عن تعرض المدعى عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء للأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية. وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم ذكرها جلياً وصريحاً ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع".

ضمنياً عن اتفاق التحكيم^(٧٥)، أما إذا تحقق هذا الشرط الواقف وتمسك الخصم

(٧٥) نصت على ذلك صراحة المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والمعدلة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، والمادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ العراقي، والتنازل عن التحكيم قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة، مبدأ ١٩، ص ٣٣؛ حيث قررت محكمة تمييز دبي، في المبدأ السابق، أنه "لما كان التحكيم هو اتفاق على منح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظره، فإن هذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فيجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت دعواها قبل الطاعنين للتصريح لها بإحالة موضوع النزاع إلى التحكيم، ودفعها الطاعن الثاني المالك للطاعنة الأولى بطلب رفضها، وهو ما ينطوي ضمناً على عدم موافقته على التحكيم إعمالاً للشرط الوارد في المقالة، وبذلك تكون إرادة الطاعنين قد تالقت مع إرادة المطعون ضدها التي قامت بتعديل الطلبات بإلزام الطاعنين برصيد الحساب محل النزاع، مما يعد تنازلاً من الطاعنين عن التمسك بشرط التحكيم؛ وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بهذا التنازل، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون. (تمييز دبي، الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩٩١/١١/١٠ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٩٩٢/٣/٧ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩ و ١٧٠ لسنة ٩٤ جلسة ١٩٩٥/١/٨ العدد ٦ ص ٤٧، الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٩٤ جلسة ١٩٩٥/٥/٧ العدد ٦ ص ٣٩٦).

كما استقر قضاء محكمة تمييز دبي على أنه "يجب التمسك بشرط التحكيم في الجلسة الأولى التي يحضر فيها المتمسك بالدفع أو وكيله حتى ينتج أثره في منع القضاء من نظر الدعوى". وفي تفصيل ذلك قررت المحكمة: "يدل نص المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية - على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة - على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة، جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة (جاز للمحكمة) أن (=)

الآخر بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، فيترتب على تحقق الشرط الواقف اعتبار الطرف الآخر متمسكاً باتفاق التحكيم، فيلتزم الأطراف بمضمون التزامهم الايجابي المعلق على شرط واقف، المتمثل في رفض التجاء الخصم للقضاء والدفع - قبل الكلام في الموضوع - بوجود اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق

(=) نظر الدعوى يصبح صحيحاً ولازماً، ويصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا ما تم الاعتراض في تلك الجلسة، فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة، وبناء على ذلك فقد كان يتعين على المدعى عليه أن يدفع بوجود شرط التحكيم في الجلسة التي يحضرها وكيله يوم ١٩٩٥/١/٢، بيد أنه لم يفعل؛ ولذلك فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً، وتستمر المحكمة في نظر الدعوى، ولا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون ضده الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب عن الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً أو غير لاغ هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعى عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة، بصرف النظر عن تعرض المدعى عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم جلياً وصريحاً، ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع"، الطعن رقم ٣٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٩٩٦/٧/١٤ العدد ٧ ص ٤٠٤، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٦/١٢/١٥ العدد ٧ ص ٦٠٦، الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/٤/١٣ العدد ٧ ص ٢٨٧، الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٥/١٠/٢٨ العدد ٦ ص ٦٦١، الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٥/٦/١٥ العدد ٦ ص ٣٨٤، الطعن رقم ٦١ لسنة ١٩٩٤ جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣ العدد ٥ ص ٨٣٣، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ١٩٩٧/١٢/٨؛ أ/ محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عامًا، مرجع سابق، ص ١٦٢، ١٦٣.

التحكيم، لأنه لا يجوز التنازل عن التحكيم بالإرادة المنفردة^(٧٦)، إلا إذا كان هناك بطلان موضوعي في اتفاق التحكيم، فيكون للطرف الآخر الدفع بوجود هذا البطلان، أو كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وفقاً لنص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي، فيكون للمحكمة التصدي لموضوع النزاع من تلقاء نفسها والقضاء ببطلان اتفاق التحكيم^(٧٧).

تجدر الإشارة إلى أن المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ الصادر بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، لم تنص على ميعاد محدد لإبداء الدفع بالتحكيم، كما هو الحال في قوانين الدول العربية، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام ١٩٨٥، ونصت على الحكم بعدم الاختصاص في حالة وجود نزاع خاضع لاتفاق التحكيم تمت إحالته لمحاكم الدولة، ما لم يكن النزاع قد رفع أمام هيئة التحكيم، وما لم يكن هذا الاتفاق ظاهر البطلان أو غير قابل للتطبيق، بقولها "على أنه في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان، أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها « La juridiction de l'Etat ne

(٧٦) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة، مبدأ ٢٠، ص ٣٤؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٢.

(٧٧) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٦٧؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ٨٩، ٩٠؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة، ص ٣٨٠، ٣٨١.

« peut relever d'office son incompetence »، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم بالمخالفة لهذا النص ويعتبر كأن لم يكن « Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite »^(٧٨)، وهو نفس ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، بقولها: «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 أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق».

الأمر الذي أحدث خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء والتشريع في الدول العربية حول طبيعة هذا الدفع، كما أحدث إرباكاً شديداً في التطبيق حول سلطة المحكمة في هذه الحالة، وهل المحكمة تبحث وجود اتفاق التحكيم أم لا.^(٧٩)

وفي ضوء ذلك نقترح إعادة نص المادة ١/١٣ والمادة ٢٠٣ من قانون

(78) Art 1448 NCPC "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable"

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل تعديلها بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ المشار إليه، للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم: راجع:

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit judiciaire privé» op. cit., n°719, p. 413., Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

(٧٩) للمزيد: راجع للمؤلف: "الدفع بوجود اتفاق التحكيم في القانون القطري والمقارن"، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، العدد الثاني، ٢٠٠٨، ص ١١٧ وما بعدها.

التحكيم الإماراتي، بحيث يتبنى المشرع عدم النص على ميعاد محدد للتمسك بالتحكيم أسوة بقانون المرافعات الفرنسي الجديد، بحسبانه السائد والأصل في التحكيم.

١٨- جدير بالذكر، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم المترتب على إخلال أحد الأطراف باتفاق التحكيم والتجائه للقضاء، لا يعتبر دفعًا بعدم التنفيذ المترتب على العقود الملزمة للجانبين، بل هو تعبير عن تمسك الخصم باتفاق التحكيم ورغبته في تنفيذه، بل إن التجاء أحد الأطراف للقضاء بالمخالفة لاتفاق التحكيم يعطي الطرف الآخر الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، والمحكمة تتحقق من وجود وصحة هذا الاتفاق من عدمه، وفي هذه الحالة يكون الدفع بوجود اتفاق التحكيم للدلالة على عدم تنفيذ الطرف الآخر لاتفاق التحكيم وليس دفعًا بعدم التنفيذ.

١٩- اتفاق التحكيم هو اتفاق ملزم للجانبين مضمونه التزام طرفيه بالالتجاء للتحكيم بطرح منازعاتهم على محكم أو أكثر، والالتزام بالحكم الصادر من المحكمين في هذا النزاع، والامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة^(٨٠)، إلا أن هذا الاتفاق له طبيعة عقدية أو اتفاقية من نوع خاص^(٨١)، فهو ملزم

(٨٠) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٥، ص ١٧، وقد ذهب إلى أن اتفاق التحكيم في حقيقته عقد من عقود القانون الخاص، فهو عقد مدني تظهر فيه إرادة الأطراف واضحة، تلك الإرادة التي تهدف لحسم النزاع عن طريق التحكيم. وقد ذهب البعض إلى أن اتفاق التحكيم عرضة للبطلان المدني وليس للبطلان الإجرائي (د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢)، بخلاف وصف العقود الملزمة للجانبين والتي تتقابل فيها التزامات الطرفين، بأن التنفيذ من طرف مقابل لالتزام الطرف الآخر (حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسة ٢٠ مايو ١٩٩٠، الطعن رقم ٢٧، س ١٣، ص ٤٠٧).

(٨١) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢.

للجانبيين بالتجاء الأطراف للتحكيم والامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة وقبول الحكم الصادر من المحكمين، بخلاف الالتزامات أو الحقوق الشخصية في القانون الخاص التي يلتزم فيها أحد الأطراف بعمل أو امتناع أو إعطاء شيء مقابل التزام الطرف الآخر بأداء مالي معين^(٨٢)؛ إذ يترتب على وجود اتفاق التحكيم بعد إبرامه، التزام جميع الأطراف باختيار محكم أو أكثر للفصل في النزاع وبالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة للفصل في أي نزاع يدخل في نطاق هذا الاتفاق، والالتزام بالحكم الصادر من الهيئة المختصة بالتحكيم^(٨٣)، وأساس حماية إرادة الأطراف في الالتجاء للتحكيم والامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة في حسم تلك المنازعات والالتزام بالحكم الصادر في هذه الحالة، هو إجازة المشرع للتحكيم في موضوع الاتفاق^(٨٤)، وقد نصت معظم التشريعات القانونية على احترام إرادة الأطراف في الالتجاء للتحكيم، بشرط قابلية المنازعة للصلح وعدم تعارضها مع النظام العام، حيث نصت المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أن "اتفاق

(٨٢) في نفس المعنى، راجع: د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٨٣) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٨، ص ٦٧ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٤، ص ١٥، ١٦؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٨٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٩، ص ٣١؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٨، ص ٩؛ د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، ص ١٢.

التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"، كما نصت المادة ١/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه "يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة".

٢٠- ويترتب على إبرام اتفاق التحكيم - شرطاً كان أو مشارطة - التزام أطرافه بعدم اللجوء للقضاء واللجوء للتحكيم، فإذا أخل أحد الأطراف بهذا الالتزام الإرادي والتجأ للقضاء، فإن بدء الخصومة القضائية من قبل أحد الأطراف بالمخالفة لاتفاق التحكيم، تعطي الطرف الآخر أو الخصم في خصومة القضاء العادي الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم؛ إذ أن أطراف اتفاق التحكيم قد لا يلتزمون بتنفيذ التزاماتهم الناتجة عن هذا الاتفاق، باللجوء للتحكيم والامتناع عن اللجوء لقضاء الدولة وقبول الحكم الصادر من المحكمين، وفي هذه الحالة إما أن يسكت الطرف الآخر عن التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى^(٨٥)، فيعد متنازلاً عن اتفاق التحكيم،

(٨٥) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة إليه، المبدأ رقم (٢)، ص ٣٥؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ٢٨/١٢/١٩٩٧؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٨ فبراير ١٩٩٤ في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٥ قضائية س ١٥ ص ١٨٥ وما بعدها؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٣٠ مايو ١٩٩٢ في الطعن رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية س ١٤ ع ١ ص ٣٥٥ وما بعدها.

ومن ثم يعد متنازلاً عن الالتجاء للتحكيم^(٨٦)، وإما أن يتمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، لأنه لا يجوز التنازل عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة^(٨٧)، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عن المقصود بهذا الدفع وأثر عدم إبدائه على اتفاق التحكيم، كما يثور التساؤل عن طبيعة هذا الدفع، وهل هو دفع بعدم الاختصاص أم أنه دفع بعدم القبول، وسلطة المحكمة إزاء هذا الدفع، وهل يمكن للطرف الآخر دفعه عن طريق الدفع بالبطلان، وما هي سلطة المحكمة إزاء هذا الدفع، خاصة في حالة البطلان الظاهر، فهل يكون للمحكمة الحكم تلقائياً ببطلان اتفاق التحكيم؛ إذ يكون للمحكمة من تلقاء نفسها القضاء ببطلان اتفاق التحكيم، إذا كان اتفاق التحكيم ظاهر البطلان وفقاً لنص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي^(٨٨)، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من اتفاقية

(٨٦) نصت على ذلك صراحة المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والمعدلة بالقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥، والمادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والمادة ٣/٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية والتنفيذ العراقي. والتنازل عن التحكيم قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً (د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة، مبدأ ١٩، ص ٣٣).

(٨٧) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة مبدأ ٢٠، ص ٣٤؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٢٨٢ جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٩٦ جلسة ٤/٢/١٩٨٩ العدد ١ ص ١٨٦؛ د. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٢.

(88) Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch. Civ. 29 avril 2003 ; Rev. Arbitrage 2003 ; n°4, p. 1296 et s ; note Charles JARROSSOS, Cour d'appel de Paris, 1^{er} Ch. Urg., 1^{er} décembre 1993, Rev. Arb. 1994, p. 695 et s ; note, Daniel COHEN, Rev. Arb. 1994, p. 697 et s. ; (=)

نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، الموقعة في نيويورك بتاريخ ١٠ يونيو ١٩٥٨ ودخلت حيز التنفيذ بتاريخ ٨ يونيو ١٩٥٩ بقولها: "ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"^(٨٩).

ومن ناحية أخرى أن وجود خصومة التحكيم على إثر اتفاق التحكيم السابق قد تنشئ لأطراف خصومة التحكيم التمسك ببعض الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بتلك الخصومة أمام هيئة التحكيم، فهل يجوز الدفع أمام هيئة التحكيم بعدم الاختصاص؟، وما مدى هذا الدفع؟ وهل تملك هيئة التحكيم إثارتها من تلقاء نفسها؟^(٩٠)

الاختصاص هو تحديد ولاية المحكمة بنظر النزاع^(٩١)، والاختصاص قد يكون ولائياً أو نوعياً أو قيمياً أو محلياً، وفكرة عدم الاختصاص بتمسك بها في صورة دفع يبيده الخصم بقصد منع المحكمة من نظر الدعوى لكونها غير

(=) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile» op. cit., n° 1664, p. 1118.

د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٦٧؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ٨٩، ٩٠، "حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي"، مرجع سابق، ص ١٥٣؛ د. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة، ص ٣٨٠، ٣٨١. (٨٩) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٦٧.

(٩٠) للمزيد، راجع للمؤلف: "الدفع بوجود اتفاق التحكيم في القانون القطري والمقارن"، بحث منشور في المجلة القانونية والقضائية، العدد الثاني، ٢٠٠٨، ص ١١٧ وما بعدها.

(٩١) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٥، بند ١٩٦، ص ٣٧٧.

مختصة وفقاً لقواعد الاختصاص التي نص عليها القانون، والأصل فيه وفقاً للقواعد العامة أن يبدي مع غيره من الدفوع الشكلية وقبل الكلام في الموضوع ما لم يتعلق بالنظام العام^(٩٢)، وفي التحكيم يكون التمسك به أمام الهيئة لعدم وجود الاتفاق أو لعدم شموله للنزاع، وتقريره أساسه اختصاص هيئة التحكيم بالفصل بالنزاع، ولعل من أهم أولويات ذلك أن تكون هيئة التحكيم صاحبة الاختصاص بالفصل في اختصاصها^(٩٣).

وقد كان الخلاف قديماً حول مدى جواز اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها^(٩٤)، وقد أقر قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ مبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence à Compétence* في المادة ١٦، حيث نصت على أنه : "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم،..."، ونصت المادة ١/٢١ من قواعد

(٩٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، الطبعة الثامنة، ١٩٨٨، بند ٨٥، ص ١٩٠؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ٢٠٠٥، ص ١٦٤، ص ٣١٤، ٣١٥.

(٩٣) د. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، ص ٤٩ وما بعدها.

(٩٤) د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، ص ٦٣؛ د. سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، بند ٤٦، ص ١٤٧ وما بعدها؛ د. أنور على أحمد الطشي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٣٣ وما بعدها.

التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦ على ذلك بقولها "١-هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخّل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق..."، ونصت المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته، وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ١٤٦٥ من قانون المرافعات الفرنسي والمعدلة بمرسوم ١٣ يناير ٢٠١١، على "اختصاص هيئة التحكيم وحدها في الفصل في كل ما يتعلق باختصاصها"^(٩٥).

ونصت المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ذلك بقولها "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، في حين خلا قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة من النص على سلطة هيئة التحكيم بالفصل في تلك المسائل.

٢١- وتثير الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم السؤال عن متى ينشأ الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم؟، وهل ينشأ هذا الحق منذ لحظة إبرام اتفاق التحكيم أم أنه ينشأ في وقت لاحق؟.

أثارت هذه المسألة لبساً في الفقه والقضاء الإيطاليين بسبب الخلط بين طبيعة اتفاق التحكيم نفسه، وطبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، حيث غلب

(95) Art 1465 NCPC «Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel».

الفقه الايطالي، وأيده القضاء والتشريع، طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم على طبيعة اتفاق التحكيم، فاتجه الفقه والقضاء - كما سبق وذكرنا - إلى القول بالطبيعة الإجرائية لاتفاق التحكيم^(٩٦)، وقد ذهب بعض الفقه المصري المعاصر للقول أن الدفع باتفاق التحكيم ينشأ من لحظة إبرام اتفاق التحكيم استناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم^(٩٧).

في الواقع الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع إجرائي يتولد للخصم بمناسبة خصومة مطروحة على القضاء، ولا يتولد مباشرة كعمل إجرائي من اتفاق التحكيم، لأن اتفاق التحكيم عمل مدني خاص لا يترتب عليه مباشرة حق أو عمل إجرائي كالدفع بوجود اتفاق التحكيم؛ إذ الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الآثار التي تترتب على الأثر السلبي لاتفاق التحكيم المتمثل في التزام الأطراف بالامتناع عن الالتجاء للقضاء، فإذا أخل أحد الأطراف بهذا الالتزام كان للطرف الآخر الدفع بوجود اتفاق التحكيم بمناسبة الخصومة المطروحة أمام القضاء، ولا وجود للدفع بوجود اتفاق التحكيم بدون خصومة أمام القضاء أو نزاع بين الخصوم؛ لأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم دفع إجرائي يتعلق بخصومة مطروحة على القضاء.

ومن ثم، نرى أن الدفع يوجد من لحظة توافر المصلحة الحالة من استعمال الحق في الدفع، ولا وجود للدفع بوجود اتفاق التحكيم بدون خصومة أمام القضاء أو نزاع بين الخصوم، ويسقط هذا الدفع بعد الكلام في موضوع

(٩٦) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦٠، ص ٩٤٢؛ ولنفس المؤلف، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٨، ص ٨٧.

(٩٧) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٢٦، ص ١٢٣.

النزاع المطروح على المحكمة^(٩٨).

المطلب الثالث

صورتا اتفاق التحكيم

La clause compromissoire et le compromis

٢٢- استقر الفقه والقضاء على أن اتفاق التحكيم يكون في إحدى صورتين، الأولى تكون في مرحلة ما قبل وقوع النزاع بين الأطراف، وهذه الصورة تسمى شرط التحكيم *La clause compromissoire*، والثانية تكون في مرحلة ما بعد وقوع النزاع بين الأطراف، وهذه تسمى مشاركة التحكيم (*Le compromis*)^(٩٩)، وقد نصت المادة ١٤٤٢ من قانون التحكيم الفرنسي

(٩٨) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٥، ص ١٨٤؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٦٩.

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p. 413. ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile»; op. cit., n° 1664, p. 1118 ; Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LEBOULANGER «Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage» Rev. Arb. 1994, n°17, p. 67.

(٩٩) د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحفيز في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق بند ١٣٦٤ ص ٩١٩؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق بند ٧ ص ٢٢ وما بعدها؛ د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق بند ١٠٩ ص ١٧١؛ ا. يونس ثابت، إشكالات التنفيذ، عالم الكتب بند ١٠٢ ص ٧٣؛ د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق بند ٤٥٧ ص ٩٣٤ (=)

الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ على اتفاق التحكيم
(La convention d'arbitrage) يكون في صورة شرط تحكيم أو شكل

(=) وما بعدها؛ د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق الإشارة بند ٢٥ ص ٧٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة بند ٣١ ص ٤٤؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق بند ٧٨ ص ٢٤٦ وما بعدها؛ د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠، ص ٨٥ وما بعدها؛ د. على قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق بند ٣ ص ٣؛ د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم - إجراءات الخصومة والحكم فيها، ٢٠٠٧ ص ٢٧ وما بعدها؛ د. أمال الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣ ص ٤٧؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة بند ١١ ص ١٣؛ د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، ورقة عمل مقدمة للدورة التمهيدية الأولى بمركز التحكيم الدولي لاتحاد المحامين الأفريقي والدولي والتي عقدت في الفترة من ٢٠٠٥/٧/٢٣ حتى ٢٠٠٥/٧/٢٨ ص ٣؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة إليه ص ٢ وما بعدها، تمييز دبي الطعن رقم ٥٩ جلسة ١٩٩٠/٢/٢٢، العدد ١ ص ٨٦، تمييز دبي الطعن رقم ٣٩٣ جلسة ١٩٩٨/١٢/١٩. جدير بالذكر أن البعض يطلق على شرط التحكيم تعبير بند التحكيم وعلى مشاركة التحكيم عقد التحكيم، د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية ٢٠٠٣ ص ٣٤، وقد ذكر بعض الفقه ثلاث صور لاتفاق التحكيم، معتبراً شرط التحكيم بالإحالة صورة ثالثة لاتفاق التحكيم؛ د. فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول س ١٥ يناير ٢٠٠٧ ص ٩ وما بعدها، كما وصف بعض الفقه صور اتفاق التحكيم في القانون اللبناني بأنهما بند التحكيم وعقد التحكيم (د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، مرجع سابق ص ٢٩)؛ إذ يقصد بعقد التحكيم في هذه الحالة مشاركة التحكيم، كما يقصد ببند التحكيم شرط التحكيم.

الفرع الأول شرط التحكيم

La clause compromissoire

٢٣- شرط التحكيم هو اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان على تسوية ما ينشأ بينهما من منازعات بواسطة التحكيم^(١٠١)، وهذا الاتفاق يمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه، أو لاحقاً على العقد في اتفاق مستقل، أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم مع وضوح هذه الإحالة^(١٠٢).

(١٠٠) الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد يميز بين أحكام اتفاق التحكيم بصورتيه في التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث نصت المادة ١٥٠٧ على عدم خضوع الاتفاق على التحكيم لأي شرط متعلق بالشكل،

Art. 1507. - La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

ونصت المادة ١٥٠٨ على جواز أن تقوم مشارطة التحكيم، بصورة مباشرة أو عن طريق الإشارة إلى نظام التحكيم أو قواعد الإجراءات، بتعيين المحكم أو المحكمين أو لها أن تحدد إجراءات تعيينه أو تعيينهم، بقولها:

Art. 1508. - La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

(١٠١) د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم، إجراءات الخصومة والحكم فيها، ٢٠٠٧، ص ٢٧ وما بعدها؛ د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق الإشارة، ص ١٣ وما بعدها.

(١٠٢) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، بند ١٧٦، ص ١٥٠ وما بعدها.

وقد عرفه أستاذنا الدكتور فتحي والي بأنه اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ بينهم مستقبلاً من نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بينهم عن طريق التحكيم^(١٠٣)، فهو الاتفاق الذي يتفق فيه على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي سوف تثور مستقبلاً بين الأطراف، سواء كان ذلك في العقد نفسه أو في اتفاق مستقل أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن اتفاق تحكيم على أن تكون الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد^(١٠٤)، أو هو - بحق - اتفاق بين طرفين على أن ما قد ينشأ بينهما من نزاع بشأن علاقة قانونية معينة يفصل فيه بواسطة التحكيم^(١٠٥).

وقد عرفته المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي وفقاً لأحدث تعديلاته بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١ بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أطراف عقد أو عدد من العقود بخضوع المنازعات المتولدة عن هذا العقد للتحكيم.

"La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".⁽¹⁰⁶⁾

(١٠٣) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٤، والتعريف السابق يقصر شرط التحكيم على الشروط الواردة في العقود فقط للفصل في المنازعات المحتملة حولها دون غيرها من الحالات التي يتصور فيها الشرط بدون عقد.

(١٠٤) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، بند ٧، ص ١٦ وما بعدها.

(١٠٥) د. أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٤.
(106) L. Yves Fortier "La nouvelle loi française sur l'arbitrage ; (=)

وقد نصت المادة ٢/١/١٠ من قانون التحكيم المصري على اتفاق التحكيم ككل مُحددةً جواز إيراد الاتفاق قبل نشوء النزاع، بنصها "١- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، ٢- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين..."^(١٠٧).

(=) vues d'Outre-Atlantique". Allocation prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris, Pierre JULIEN "Droit Judiciaire privé" L.G.D.J. ; op. cit., n° 718, p. 412.

(المزيد، راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٤ وما بعدها).

(١٠٧) وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ٨٠٨ من قانون المرافعات الإيطالي حسب أحدث تعديلاته بالقانون ٥ يناير ١٩٩٤م بقولها:

"Les parties peuvent prévoir, dans le contrat qu'elles stipulent ou dans un acte séparé, que les litiges qui surviendraient à l'occasion dudit contrat seront soumis à des arbitres à la condition qu'il s'agisse de litiges pouvant faire l'objet d'un compromis. La clause compromissoire doit résulter d'un acte ayant la forme requise pour le compromis aux termes de l'article 807, premier et deuxième alinéas. Les litiges visés à l'article 409 (les art. 409 et 449 sont relatifs au droit du travail) ne peuvent être soumis à des arbitres que si cela est prévu dans les contrats et accords collectifs de travail et à la condition, requise à Paine de nullité, que cela soit sans préjudice de la faculté pour les parties de saisir l'autorité Judiciaire. La cluse compromissoire contenue dans les contrats et accords collectifs ou dans les contrats de travail individuels est nulle si elle autorise les arbitres à se prononcer en équité ou prévoit que la sentence arbitrale n'est pas susceptible d'appel ...».

وهكذا يتبين اتساع نطاق شرط التحكيم في القانون المصري، فيشمل ما ينتج من منازعات بين الأطراف في علاقاتهم العقدية أو غير العقدية بخلاف نطاقه في الفقه والتشريع الفرنسي والذي يقصره فقط على العلاقات العقدية.

وهذا الشرط قد يرد في عقد من العقود أو في اتفاق لاحق للعقد ومستقل عنه^(١٠٨)، كما قد يرد في اتفاق مستقل دون ثمة علاقة عقدية، وفي كل

(١٠٨) استثناء من ذلك، نصت المادة ٧٥٠ من القانون المدني المصري على أن "يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين ... شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة". ونصت المادة ١٠٢٨/د من قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٧، على أن "يقع باطلاً ... شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين"، الواقع أن النص السابق في مجمله ينظم الشروط الباطلة في عقود التأمين المطبوعة، وأن الحكمة من النص هو منع اعتبار عقود التأمين من عقود الإذعان، ومنع خضوع المؤمن له للشروط المطبوعة المفروضة فرضاً من قبل شركة التأمين. ولضمان التوازن بين طرفي عقد التأمين اشترط المشرع لصحة شرط التحكيم، ألا يرد شرط التحكيم ضمن الشروط المطبوعة في عقد التأمين وإلا كان الشرط باطلاً؛ إذ يتعين أن يكون شرط التحكيم وارداً في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين. وقد استقر قضاء المحكمة الاتحادية العليا، على أنه " ... لا محل للتحدي بإعمال نص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية التي تبطل شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين، باعتبار أن نطاق تطبيقها يقتصر على المعاملات المدنية، ومن ثم يتعين إعمال كافة ما تضمنته وثيقة التأمين من شروط، ومنها شروط التحكيم، أيًا كانت الطريقة التي دون بها هذا الشرط ..."، وتبرير ذلك أن الحكم السابق خاص بالمعاملات المدنية وليس بالمعاملات التجارية؛ إذ أن عقد التأمين من العقود التجارية بالنسبة للمؤمن والمؤمن له إذا كان تاجراً يحترف الأعمال التجارية (حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ١٥ ق (=)

الأحوال فهذا الشرط مستقل عن العقد، سواء أكان الشرط أحد بنود العقد أو في اتفاق لاحق له^(١٠٩)، كما قد يكون شرط التحكيم في صورة إشارة في ملحق

(=) جلسة ٢٩ مارس ١٩٩٤ ص ٥١٠ وما بعدها ، حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩ الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ١١ ق ص ٨٠٦ وما بعدها). في الحقيقة أن النص السابق لقانون المعاملات المدنية، وإن كان له ما يبرره من حماية المؤمن له في عقد التأمين، إلا أن تبرير المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في ٨ فبراير ١٩٩٨ بالتمييز بين عقد التأمين المدني وعقد التأمين التجاري ليس له ما يبرره؛ إذ ليس من الصحيح عدم خضوع النص على عقود التأمين التجارية لقانون المعاملات المدنية واقتصر النص على العقود المدنية فقط؛ لأن نص المادة ١٠٢٨ معاملات مدنية يتعلق بالشرط الباطلة التي ترد في عقد التأمين بعينه وليس بالعقود المدنية على حد قولهم، ولا يغير من ذلك أن التنظيم السابق لعقد التأمين في المعاملات المدنية، كان سابقاً على قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣. ومن ناحية أخرى فإن مقتضى تطبيق نظرية الأعمال التجارية على عقد التأمين ليس إلا مجرد إعفاء اتفاق التحكيم من شرط الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، على الرغم من ذلك فإننا لا نسلم بإعفاء اتفاق التحكيم من شرط الكتابة، باعتبار قانون المعاملات التجارية قانون عام وقانون التحكيم قانون خاص، والعام يبقى على عومومه ما لم يرد ما يقيد، ومن ثم يتعين إعمال شرط الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم.

(١٠٩) د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والتحقق في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٣٦٤، ص ٩١٩؛ د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٧، ص ٢٢ وما بعدها؛ د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٢٨، ٢٩، ص ٧٧ وما بعدها؛ د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٤ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٣١، ص ٤٤؛ د. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢ وما بعدها، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٣٦٥ جلسة ١٩٩٧/٣/٩ س ١٩ ع ١، ص ١٨٩ وما بعدها.

أو مستند ملحق بالعقد^(١١٠)، وقد أطلق عليه بعض الفقه شرط تحكيم بالإشارة
أو بالإحالة Clause compromissoire ou arbitral par Référence^(١١١)،

(١١٠) د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٩،
بند ١٧٦، ص ١٥٠ وما بعدها؛ نقض مدني، الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق جلسة
١٤/٤/١٩٧٠ ص ٢١ ص ٥٩٨، الطعن رقم ٩٣ سنة ٣٨ ق جلسة ٣/٤/١٩٧٣ ص ٢٤
ص ٥٥٩، الطعن رقم ٦٠ سنة ٣٠ ق جلسة ٢/٢٥/١٩٦٥ ص ١٦ ص ٧٧٨، الطعن
رقم ٣٦٥ سنة ٣١ ق جلسة ٦/١٧/١٩٦٥ ص ١٦ ص ٧٨٧، الطعن رقم ١٣٥ سنة
٣٣ ق جلسة ٢/٧/١٩٦٧ ص ١٨ ص ٣٠٠، الطعن رقم ٤٠٦ سنة ٣٠ ق جلسة
١٧/٦/١٩٦٥ ص ١٦ ص ٧٧٨، الطعن رقم ٤٥٠ سنة ٤٠ ق جلسة ٥/٣/١٩٧٥ ص
٢٦ ص ٥٣٥، الطعن رقم ٤٥٣ سنة ٤٢ ق جلسة ٩/٢/١٩٨١، وقد جاء بتلك الأحكام
أن "توقيع الشاحن على مشاركة الإيجار التي أحال سند الشحن على شرط التحكيم الوارد
بها من أثره التزام المرسل إليه بهذا الشرط ولو كان سند الشحن خالياً من توقيع الشاحن
... وأن مقتضى التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها في
سند الشحن ألا يكون للمرسل إليه أن يرفع دعواه مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى
التحكيم .. ويلزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في نسخة سند الشحن المرسل إليه
باعتباره في حكم الأصيل فيه وليس نائباً عنه في سند الشحن". وقد جاء في حكم آخر أن
"استلام المرسل إليه سند الشحن دون اعتراض وقيامه بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ يعد
قرينة على القبول الضمني للشروط التي تضمنها سند الشحن، سواء كانت شروطاً عادية أو
استثنائية، بما في ذلك شرط التحكيم، رغم عدم توقيع الشاحن على سند الشحن" (الطعن
رقم ١٧٧ سنة ٤٢ ق جلسة ٦/٢٦/١٩٧٨ ص ٢٩ ص ١٥٤٨).

(١١١) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند
٤٥٧، ص ٩٣٤؛ د. أحمد السيد صاوي؛ التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٢١، ص ٣٢؛ د. أحمد عبد الكريم
سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٧٩، ص ٢٥٨ وما
بعدها؛ د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه،
ص ١٧؛ د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في (=)

مثال إحالة الطرفين إلى شروط عقد بيع نموذجي، أو إلى نظام قانوني يجيز التحكيم صراحة، كما لو أحيل في عقد مناقصة عامة أو محدودة لنظام قانوني يجيز التحكيم، أو أحيل في سند شحن لشروط التحكيم الوارد في وثيقة إيجار السفينة، وفي هذه الحالة يشترط أن تكون الإحالة واضحة^(١١٢)، وقد نصت على ذلك المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري والعماني بنصها "ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً منه"، وقد نصت على ذلك المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي، التي اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوب وإلا كان الشرط باطلاً، سواء ورد هذا الشرط في العقد أو في

(=) القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٤ وما بعدها؛ د. باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٥٩ وما بعدها.

X. BOUCOBZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international" Rev. Arb., 1998, p. 496 et s. ; B. OPPETIT, «La clause arbitrale par référence» Rev. Arb., 1990, p. 551 ; C. REYMOND «La clause arbitrale par référence», Recueil de Travaux Suisse sur L'arbitrage International, Zürich. 1984, p. 85 ; Cour D'Appel De Paris 1 Chambre, section C Arrêt du 7 JUILLET 1995.

الواقع أن الفقه الفرنسي يستخدم تعبير *compromissoire ou arbitral par référence*، وقد ترجمه بعض الفقه العربي على أنه شرط التحكيم بالإحالة، بينما أطلق عليه البعض الآخر تعبير شرط التحكيم بالإحالة أو الإشارة. والأدق - من وجهة نظرنا - استعمال تعبير "بالإشارة"، لأن استعمال تعبير "الإحالة" قد يثير الخلط مع فكرة الإحالة *Le renvoi* بين المحاكم.

(١١٢) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٤؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٢١، ص ٣٢.

وثائق أخرى أحال إليها العقد^(١١٣)، كما نصت المادة ٢/٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) ١٩٨٥، على أن "وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءاً من العقد"^(١١٤)، وهذه الإحالة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، طالما كانت دالة

(113) Art. 1443 NCPCF «à peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.».

وهذه الصياغة للمادة تمت إضافتها لقانون الإجراءات المدنية الفرنسي بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، وقد كانت الصياغة في القانون الفرنسي قبل التعديل على النحو الآتي:

«La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère.»

(للمزيد: د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٦٠).

والفارق في صياغة النصين أن المشرع الفرنسي في تعديلات نصوص التحكيم في قانون المرافعات لم يعد يفرق في شرط الكتابة بين شرط ومشاركة التحكيم، بين اعتبار الأولى ركن من أركان الشرط وشرط لإثبات المشاركة، فأصبحت الكتابة ركناً في كل منهما، وإلا اعتبر باطلين، (للمزيد: راجع د. أسامة مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٣ وما بعدها).

(١١٤) للمزيد: انظر: د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٢١، ص ٣٢؛ د. حفيظة السيد الحداد، التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق، ١٩٩٥، ص ٢؛ د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ١٧.

على إرادة الطرفين في اتفاق التحكيم بالالتزام بشرط التحكيم الوارد به^(١١٥)، وكتابة شرط التحكيم لا تعني أن تكون الإحالة ذاتها مكتوبة؛ إذ يتعين التمييز بين استلزام الكتابة كشرط لوجود اتفاق التحكيم وبين وضوح الإحالة، ويكفي أن تكون هناك إشارة خاصة لشرط التحكيم في الوثيقة التي أحال إليها العقد، بمعنى انصراف الإحالة للشروط الخاصة التي ورد بها شرط التحكيم^(١١٦).

٢٤- جدير بالذكر، أن القضاء الفرنسي قد ميز منذ عهد طويل بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عام ١٨٤٣ إجازة الاتفاق على التحكيم فقط بعد وقوع النزاع؛ أي في صورة مشاركة تحكيم، واعتبار شرط التحكيم مجرد وعد بالتحكيم، يلتزم الأطراف على أساسه بإبرام مشاركة تحكيم إذا ما نشأ بينهم نزاع في المستقبل^(١١٧)، وقد ظل هذا القضاء سائداً إلى فترة ما بين الحربين العالميتين،

(١١٥) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٥؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق، بند ٨، ص ١٧ وما بعدها.

(١١٦) فلا يكفي مجرد الإحالة للشروط العامة في تلك الوثيقة، وهو ما يعني انصراف الإحالة لشرط التحكيم الوارد في الوثيقة بذاته، والجدير بالذكر أن العمل يجري بخصوص الإحالة للشروط العامة أو العقود النموذجية على الاسترشاد بها في تكملة ما ينقص عقدهما من تفاصيل وليس لتحديد الجهة صاحبة الولاية أو المختصة بحسم المنازعات، د. ناجي عبد المؤمن، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها.

(117) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit.; n° 1640, p. 1101.

د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٦، ص ٧٥، ٧٦؛ د. برهام عطا الله، القواعد الخاصة باتفاق التحكيم، بحث منشور ضمن أوراق الدورة التمهيدية الإقليمية الثانية لإعداد المحكمين العرب الدوليين المنعقدة في الفترة (=)

باعتبار تضمن العقد لشرط التحكيم مجرد وعد بتوقيع مشاركة التحكيم عند قيام النزاع.

وعلى الأساس السابق اعتبر الفقه الفرنسي شرط التحكيم عمل تمهيدي سابق على إبرام الأطراف لاتفاق التحكيم، وقد تغير هذا المفهوم لشرط التحكيم بعد الحرب العالمية الأولى، وفي عهد عصبة الأمم اتجه الرأي للتسوية بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، من حيث الاعتراف بهما على قدم المساواة وإعطاء شرط التحكيم ذات القوة الإلزامية، حيث جاء بروتوكول جنيف ١٩٢٣ ليعبر عن خطوة هامة في سبيل تحقيق ذلك، كما حرصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها الصادرة عام ١٩٥٨ على مراعاة ذات الجانب، بالنص على اتفاق التحكيم للتعبير عن شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وعلى الأساس السابق، واستجابة لموقف الفقه والقضاء الفرنسيين، عدل المشرع الفرنسي عن موقفه في التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم، فنص في قانون التحكيم الصادر في ١٤ مايو عام ١٩٨٠ على التسوية بين شرط ومشاركة التحكيم^(١١٨)، غير أن المشرع الفرنسي ظل حتى وقت قريب يضيق من نطاق شرط التحكيم، حيث كان المشرع يقصر شرط التحكيم على عقود من نوع خاص ولا يجيز شرط التحكيم في العقود المدنية^(١١٩)، كما أن المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد ظل حتى صدور التعديل

(=) من ٢٦-٢٨ يونيو ٢٠٠٦ بالإسكندرية، ص ٢.

(١١٨) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٨ ص ٧٧ وما بعدها.

Philippe FOUCHARD «La laborieuse réforme de la clause compromissoire par Loi du 15 mai 2001, Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, p. 398 et s.

(119) Cour d'appel de Paris 1 Ch. Urg., 1^{er} décembre 1993, Rev. Arb. 1994, p. 695 et s;

الجديد للقانون الفرنسي بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ يشترط الكتابة لشرط التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً، في حين لم يكن يشترط ذلك في مشارطة التحكيم ويعتبر شرط إثبات المشاركة^(١٢٠).

واستجابة للفقهاء والقضاء فقد تدخل المشرع الفرنسي بقانون ٢٠٠١-٤٢٠ الصادر في ١٥ مايو ٢٠٠١ معدلاً نص المادة ٢٠٦١ من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤، والتي كانت تنص على حظر إيراد شرط التحكيم في العقود المدنية، وقد عدل المشرع نص المادة ٢٠٦١ السابق الإشارة إليه ليجيز التحكيم في العقود ذات النشاط المهني، *la clause compromissoire est Valide dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle* موسعاً من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على المستوى الداخلي والخارجي، ومنذ ذلك التاريخ يكون شرط التحكيم صالحاً في العقود المتعلقة بالأنشطة الفنية والزراعية، مع بقاءه ممنوعاً في عقود المستهلك وعقود العمل، وبذلك التعديل يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على المستوى الداخلي والخارجي^(١٢١).

(١٢٠) للمزيد في تفصيلات تعديلات القانون الفرنسي الجديد، انظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(121) Philippe FOUCHARD «La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la Loi du 15 mai 2001, Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, p. 397 ; Ph. MARINI et F. FAGES "La réforme de la clause compromissoire» D. 2001, Chron., p. 2685, Ch. JARROSSON "Le nouvel essor de la clause compromissoire après la Loi du 15 mars 2001» JCP G. 2001, I 333.; L. DEGOS "Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire» RDAI 2001, p. 653; F. FAGES et L. JAEGER «Les nouveaux domaines de la clause compromissoire en droit des sociétés» Bull. Joly Sociétés. 2001, p. 772; M. HUBERT et G. LOGE «Future Disputes Clauses in French Contrat, New French Law » Case (=)

وأخيراً، فقد ساوى المشرع الفرنسي في تعديلات قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادرة بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ لاشتراط الكتابة في كل من شرط ومشاركة التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً^(١٢٢).

٢٥- ويشترط أن يكون شرط أو اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً^(١٢٣)، وهو ما اشترطه القانون الفرنسي الجديد عام ١٩٨١ بالمرسوم رقم ٥٠٠؛ حيث اشترط كتابة اشتراط التحكيم وإلا كان الشرط باطلاً، في حين لم يشترط ذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم، وقد عدل عنه قانون المرافعات الفرنسي الجديد بتعديله بالمرسوم ٤٨ لسنة ٢٠١١؛ حيث نصت المادة ١٤٤٣ على اشتراط كتابة شرط ومشاركته التحكيم^(١٢٤)، في حين اشترط ذلك

(=) International Dispute Résolution ; Septembre 2001, p. 7.

جدير بالذكر أن الاستثناء السابق لعقود الاستهلاك وعقود العمل من استنتاج الفقه؛ إذ استعمل المشرع تعبير *les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle*؛ حيث أجاز المشرع صلاحية شرط التحكيم في جميع العقود ذات الطبيعة الوظيفية بقوله:

Art. 2061 CCF «sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est Valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.»

(122) L. Yves FORTIER «La nouvelle loi française sur l'arbitrage; vues d'Outre-Atlantique» Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris.

للمزيد: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

(١٢٣) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ٥٥، ص ٨٧ وما بعدها.

(١٢٤) للمزيد في تفصيلات تعديلات القانون الفرنسي الجديد، انظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

صراحة قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لاتفاق التحكيم أيًا كانت صورة هذا الاتفاق شرطاً أو مشاركة.

٢٦- وقد توسع المشرع المصري في المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في معنى الكتابة لتشمل الكتابة الإلكترونية، وهو ما نصت عليه بقولها: "ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، وهذا التوسع في معنى الكتابة كان ترجمة للاتجاه في القانون النموذجي للتحكيم التجاري (الأونسيترال) عام ١٩٨٥ بصيغته عام ٢٠٠٦، حيث نص في الخيار الأول للمادة ٧ على ذلك بنصه "... ٣- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء أكان أم لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد أبرم شفويًا أو بالتصرف أو بوسيلة أخرى. ٤- يستوفي اشتراط أن يكون اتفاق التحكيم بواسطة خطاب إلكتروني إذا كانت المعلومات الواردة فيه متاحة بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقاً، ويقصد بتعبير "الخطاب الإلكتروني" أي خطاب يوجهه الطرف بواسطة رسالة بيانات، ويقصد بتعبير رسالة بيانات المعلومات المنشأة أو المرسلّة أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغنطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل، على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي، ٥- علاوة على ذلك، يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا كان وارداً في تبادل لبياني ادعاء ودفاع يزعم فيهما أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الآخر. ٦- تشكل الإشارة في العقد إلى أي مستند ينضمّن بنداً تحكيمياً اتفاق تحكيم مكتوباً، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل هذا البند جزءاً من العقد"^(١٢٥).

(١٢٥) للمزيد عن دوافع التوسع في مفهوم الكتابة كشرط لاتفاق التحكيم في القانون (=)

وقد اكتفى قانون الإجراءات المدنية بالنص على الكتابة كشرط لإثبات اتفاق التحكيم، دون أن يعتبر الكتابة ركناً من أركان الاتفاق.

٢٧- ولا يشترط أن يتضمن شرط التحكيم كافة المسائل المتنازع عليها؛ إذ يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ^(١٢٦)، وقد اعتد قانون المرافعات الفرنسي الجديد وفقاً لأحدث تعديلات بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ بشرط التحكيم على بياض^(١٢٧)، حيث نصت المادة ١٤٤٤ على جواز تعيين اتفاقية التحكيم المحكم أو المحكمين - إن كان مناسباً عن طريق الإشارة إلى نظام تحكيمي - أو تنص على طريقة تعيينهم، وإلا يصار إلى تعيينهم طبقاً لأحكام المواد ١٤٥١-١٤٥٤^(١٢٨).

وتبرير كل ما سبق، من وجهة نظري، أنه لا يتصور أن يتنبأ الأشخاص عند إبرامهم للعقد الأصلي بالمسائل التي يمكن أن تثار بينهم، غير أن ذلك

(=) المصري والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)، راجع تفصيلاً: أستاذنا الدكتور/ أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ٥٥، ص ٨٧ وما بعدها؛ د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٧٠ وما بعدها؛ د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٢٠٢ وما بعدها. (١٢٦) محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٩١ لسنة ٩٢ جلسة ١١/٢١/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٧٧٨.

(١٢٧) وذلك من خلال النص في المادة ١٤٤٤ للنصوص المكملة لإرادة الأطراف في الفرض الذي يغفلون فيه الاتفاق على القواعد الخاصة بكيفية تكوين هيئة التحكيم المنصوص عليها في المواد من ١٤٥١-١٤٥٤. (للمزيد، انظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها).

(128) Art. 1444. - La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454.

لا يمنع من القول بكفاية شرط التحكيم إذا تضمن المسائل المتنازع عليها؛ -
إذ يعني شرط التحكيم في هذه الحالة عن إبرام مشاركة التحكيم - أو تضمنت
لائحة التحكيم تحديد هذه العناصر عند قيام النزاع التحكيمي.

وقد يتضمن شرط التحكيم كافة شروط التحكيم بما فيها تحديد أشخاص
المحكمن، وهو في هذه الحالة يتطابق مع مشاركة التحكيم ويعني عنها،
وبالتالي لا يثار أي تساؤل حول مدى الحاجة للمشاركة في حالة وجود شرط
التحكيم، لكنه قد يكون مجرد اتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم دون
تفصيل الشروط الخاصة بطريقة تشكيل هيئة التحكيم أو نظام التحكيم الواجب
الإلتباع أو القانون الواجب التطبيق، وفي هذه الحالة يتعين وفقاً لنص المادة
١٠ من قانون التحكيم المصري تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى،
ويقصد ببيان الدعوى وفقاً لنص المادة ٣٠ من هذا القانون البيان المكتوب
الذي يرسله المدعي خلال الميعاد المتفق عليه أو الذي تعينه هيئة التحكيم،
ويشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع
الدعوى وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب القانون
نكره في هذا البيان.

٢٨- والسؤال هنا، هل يترتب على هذا مخالفة هذا الوجوب في تحديد
موضوع النزاع في بيان الدعوى أي بطلان؟. في الحقيقة أن المادة ١٠ المشار
إليها والمادة ٥٣ من قانون التحكيم التي نصت على حالات بطلان حكم التحكيم قد
خلت من النص على البطلان في هذه الحالة، الأمر الذي يعني أن شرط التحكيم
يعني عن مشاركة التحكيم، وهو ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور أحمد السيد صاوي
- بحق - من أن شرط التحكيم يعني عن إبرام مشاركة التحكيم^(١٢٩).

(١٢٩) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤،
مرجع سابق الإشارة، بند ١٢، ص ٢٢ وما بعدها.

ويجري الفقه وتستقر أحكام القضاء على أن إبرام شرط التحكيم في العقد يغني عن إبرام مشاركة تحكيم في بعض الحالات^(١٣٠).

والشرط والمشاركة في هذه الحالة في منتهى الاستقلال عن بعضهما؛ حيث إن بطلان شرط التحكيم لا يترتب عليه بطلان المشاركة على التحكيم، والعكس صحيح؛ فإن بطلان مشاركة التحكيم لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم السابق عليها^(١٣١).

٢٩- وهذا الشرط سواء أكان وراثياً في العقد أو في اتفاق لاحق قد لا يتضمن المسائل المتنازع عليها، بخلاف مشاركة التحكيم فيجب أن تتضمن كافة المسائل المتنازع عليها بين الخصوم وإلا كان الاتفاق باطلاً (م ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري)، كما يمكن أن تتضمن أسماء المحكمين، فهي بمثابة عريضة دعوى للنزاع بين الخصوم، هذه المشاركة تتضمن تحديداً أولياً لعناصر النزاع، فلا تتضمن تحديداً نهائياً لجميع عناصر النزاع، بل إن في إمكان الخصوم تعديل هذه الطلبات والإضافة إليها وحذف بعضها وفقاً لمبدأ تطور النزاع، حتى يمكنهم تحديد طلباتهم تحديداً نهائياً، ومعنى ذلك أن شرط التحكيم يكفي من حيث المبدأ لوجود التحكيم، مع التزام طالب التحكيم أن يقدم

(١٣٠) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ١٢ ص ٢٢، حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٤٠٣، ٤٣٥ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ١٣ مارس ٢٠٠٤؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ١٦ أبريل ٢٠٠٥؛ تمييز دبي، الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٢٠٠٣ و ٤٣٥ لسنة ٢٠٠٣ بتاريخ ١٣ مارس ٢٠٠٤؛ نقض أبوظبي، الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٢٠٠٩ س ٣ ق أ جلسة ٢٠٠٩/١٢/١٧؛ نقض أبوظبي، الطعن ٨٧٣ لسنة ٢٠٠٩ س ٣ ق أ جلسة ٢٠١٠/١٠/٢٢.

(١٣١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٣، ص ٩٤.

في الميعاد المحدد بياناً بدعواه، يشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه، عنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق التحكيم ذكره في هذا البيان (م ٣٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤)، فإذا توافر شرط التحكيم، فإنه يكون كافياً لصحة التحكيم ولا يلزم إبرام مشاركة^(١٣٢)، إذا ما حدد طالب التحكيم المسائل محل النزاع في بيان التحكيم، وفقاً لما نصت عليه المادة ٣٠ من قانون التحكيم المصري.

الجدير بالذكر أن المادة ١٤٤٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ قد نصت على ضرورة تحديد مشاركة التحكيم لعناصر النزاع وإلا كانت مشاركة التحكيم باطلة^(١٣٣)، ونصت المادة ١٥٠٨ بالنسبة لمشاركة التحكيم في التحكيم الدولي المتعلق بالتجارة العالمية، على جواز أن تقوم مشاركته التحكيم، بصورة مباشرة أو عن طريق الإشارة إلى نظام التحكيم أو قواعد الإجراءات، بتعيين المحكم أو المحكمين أو لها أن تحدد إجراءات تعيينه أو تعيينهم^(١٣٤).

٣٠- ويلاحظ في هذه الحالة مدى التناقض والمفارقة في الأحكام في قانون التحكيم المصري والفرنسي بين شرط ومشاركة التحكيم بالنسبة لأثر عدم تحديد موضوع في كل منهما، حيث لم يستلزم المشرع المصري في المادة

(١٣٢) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة بند ٤٥٧ ص ٩٣٥.

(133) Art n 1445 NCPC "A peine de nullité, le compromise détermine l'objet du litige".

(134) Art. 1508. - La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation.

١٠ من هذا القانون بيان ذلك في شرط التحكيم، مكتفياً بتحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى الذي يقدمه المدعي ويرد عليه المدعي عليه وفقاً لنص المادة ٣٠ من هذا القانون، في حين استلزم نص المادة ١٠ نفسها ذلك بالنسبة لمشاركة التحكيم، وقد نصت على نفس الحكم المادة ١٤٤٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد المعدلة بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١، كما نصت على بطلان الوثيقة إذا لم تتضمن تحديداً لموضوع النزاع، الأمر الذي يعني صحة التحكيم في حالة الاحتكام بناء على شرط التحكيم طالما تم تحديد موضوع النزاع في الشرط أو غيره، في حين يكون التحكيم باطلاً طالما لم يتم تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم، الأمر الذي يستوجب ضرورة تدخل المشرع لإزالة هذا التناقض بين شرط ومشاركة التحكيم، حتى لا يثار السؤال عن مدى إمكان تطبيق القواعد العامة في البطلان في قانون المرافعات على هذه الحالة، والقول أنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، وهو ما يمكننا القول به حتى إجراء التعديل التشريعي.

٣١- وعلى خلاف ذلك نجد قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة كان أكثر رحابة وعمقاً من قانون التحكيم المصري، حيث أجازت المادة ٣/٢٠٣ تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر النزاع أو الدعوى وإلا كان التحكيم باطلاً، وهو ما يتسق مع القواعد العامة في البطلان حيث لا بطلان مع تحقق الغاية من الإجراء، إلا أن المشكلة تبقى مع عدم تحديد المقصود بالوثيقة، وهل هي شرط التحكيم أم مشاركة.

ويزداد الأمر خطورة في قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ مع النص على بطلان حكم التحكيم في المادة ٢١٦ / ١/أ من هذا القانون إذا صدر الحكم بدون وثيقة تحكيم، الأمر الذي يستوجب ضرورة مراجعة نصوص التحكيم في المواد من ٢٠٣ - ٢١٨

من قانون الإجراءات المدنية، للتمييز بين شرط ومشاركة التحكيم، ومحاولة توحيد الأحكام الإجرائية لكل منهما وبشكل متوازي.

٣١- السؤال، هل تشترط طريقة معينة لتدوين شرط التحكيم، والإجابة أنه لا تشترط طريقة معينة لتدوين شرط التحكيم، فقد يبرم كاتفاق خاص، وقد يرد ضمن بنود العقد مطبوعاً أو غير مطبوع؛ إذ خلت معظم القوانين والنظم من اشتراط طريقة محددة لإيراد اتفاق التحكيم، سواء ورد في اتفاق خاص أو كبند من بنود عقد مطبوع، كل ما هنالك أن معظم التشريعات قد اشترطت لصحة هذا الاتفاق أن يكون مكتوباً أيًا كانت طريقة الكتابة؛ حيث نصت المادة ٧ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر اتفاق التحكيم مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل الشرط جزءاً من العقد، كما نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي وفقاً لأحدث تعديلاته بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١، على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية"، وقد نصت المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ على أنه "ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة".

الواضح من النصوص السابقة عدم اشتراط طريقة خاصة في تدوين اتفاق التحكيم؛ إذ يجوز تدوينه في اتفاق منفصل عن الشروط المطبوعة أو ضمن هذه الشروط. العبرة في كل الأحوال أن يكون الاتفاق على التحكيم قد أبرم بناء على إرادات الأطراف، وأنه لا يجوز إثبات هذا الاتفاق إلا كتابة، سواء أكان ذلك بالبرقيات أو الفاكسات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكية واللاسلكية أو غيرها من الوسائل الالكترونية الحديثة.

غير أن المادة ٤/٧٥٠ من القانون المدني المصري نصت على أن "يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين ... شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة"، ونصت المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على بطلان شرط التحكيم إذا ورد في عقد مطبوع، بنصها "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية: د- شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين".

ومقتضى نص المادة ٤/٧٥٠ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية المشار إليه أعلاه هو صحة شرط التحكيم في عقود التأمين إذا ورد في اتفاق خاص بعيداً عن الشروط المطبوعة، فإذا ورد شرط التحكيم ضمن الشروط المطبوعة في عقد التأمين يبطل هذا الشرط ويصح العقد، وأساس ذلك حماية المتعاقدين مع شركات التأمين، والتي غالباً ما تخضع معاملاتها لعقود مطبوعة تشبه عقود الإذعان، فإذا تضمنت تلك الوثائق المطبوعة شرط تحكيم فإن هذا الشرط يقع باطلاً مع بقاء العقد صحيحاً، ويتعلق البطلان في هذه الحالة بمصلحة المستفيد من وثيقة التأمين، فلا يجوز لشركة التأمين التمسك بالدفع ببطلان شرط التحكيم المطبوع وفقاً

للقواعد العامة^(١٣٥)؛ إذ لا يفيد من البطلان إلا من تقرر لمصلحته ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، وذلك كله فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، ويزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً (المواد ٢١ و ٢٢ من قانون المرافعات المصري، والمادة ١٤ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة).

وقد كان قضاء المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة يذهب إلى بطلان شرط التحكيم الوارد كبنء مطبوع في وثيقة التأمين، وأنه يشترط لصحة شرط التحكيم فيها أن يرد في اتفاق منفصل في عقود التأمين وفقاً لنص المادة ٢٨ .١^(١٣٦).

(١٣٥) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٦٧، ص ١٤٣، ١٤٤.

(١٣٦) حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ١١ ق جلسة ٢٨ نوفمبر ١٩٨٩؛ حيث قررت المحكمة في هذا الحكم "لما كانت أحكام التأمين الملزمة لشركات التأمين والمؤمن لديهم والمستفيدين من التأمين قد انتظمت بأحكام الفصل الثالث من قانون المعاملات المدنية في مواده من ١٠٢٦ وحتى ١٠٥٤ شاملة ذلك الأحكام العامة المتعلقة بالأجهزة التي تباشر التأمين وشكلها وكيفية إنشائها وأساليب مباشرتها لنشاطها والإشراف عليها، وذلك إلى أن يصدر قانون خاص بشأنها، وأورد لذلك تعويض عقد التأمين وأحكامه وآثاره بين أطرافه والمستفيدين منه؛ فكان لزاماً الرجوع إليه، وكان وزبر التجارة والاقتصاد الوطني المنوط بوزارته تنظيم شركات التأمين والإشراف عليها وترخيصها، قد أصدر قراره رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٧ بشأن توحيد وثائق التأمين معتمداً على أحكام قانون المعاملات المدنية، فلم يعد هناك مجال للبحث في اعتبار شركات التأمين ومعاملاتها إن كانت تجارية أو مدنية؛ ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه بما خالف ما تقدم جديراً بالنقض"، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الطاعن أقام الدعوى الابتدائية رقم ... (=)

(=) ضد المطعون ضدهما بأنه كان يقود سيارة عائدة لمؤسسة ... فتدهورت وتوفي أحد ركبها وأصيب آخرون بأضرار جسدية وأن المحكمة الشرعية ألزمته بدفع مبلغ ٧٠٠٠٠ درهم لورثة المتوفى كما حكمت لآخر بـ ٨٠٠٠٠ و لآخر بـ ٥٠٠٠ درهم، واحتفظت بالحق للمتضررين بالتعويض؛ لذلك فهو يطالب مالكة السيارة وشركة التأمين المؤمن لها بما دفعه ١٥٥٠٠٠ درهماً، وقررت المحكمة الابتدائية بجلسة ١٩٨٩/١/٢٢، وبناء على طلب المدعي بإخراج المدعي عليها مؤسسة ... وحجز الدعوى للحكم ورفض الدفع المبدئي من وكيل الشركة بعدم جواز نظر الدعوى لرفعها قبل الأوان استناداً لشرط التحكيم، طعنت المطعون ضدها شركة التأمين بهذا الحكم حيث انتهت محكمة الاستئناف للحكم المطعون فيه، وإذ لم يقبل الطاعن بهذا الحكم فقد أودع وكيله صحيفة الطعن القائمة ناعياً على الحكم المطعون فيه، وحيث إنه مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وتأويله وتفسيره والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال، وذلك فيما قرره الحكم من حق شركة التأمين في التمسك قبل المنتفع الطاعن بالدفع التي تنشأ عن العقد أي عقد التأمين (المادة ٢٥٤ من قانون المعاملات) بالوقت الذي يقرر استبعاد تطبيق المادة الأخرى من قانون المعاملات، وهي المادة ١٠٢٨، والتي تشترط أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص منفصل، وبالوقت الذي أخذ الحكم بشرط التحكيم رغم مخالفة نص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات، فإنه أغفل شرط المادة التاسعة من وثيقة التأمين ذاتها، والتي تنص على اختصاص محاكم أبو ظبي في كل نزاع ينشأ عن عقد التأمين مما يعيب الحكم وأن شرط التحكيم غير موقع عليه من الطاعن ولا من المطعون ضدها شركة ... ولا يوجد إطلاقاً في الوثيقة التي وقعها المطعون ضدها/ مؤسسة .../ مما يتعين نقضه؛ وحيث إن النعي في محله، وكفي لنقض الحكم؛ وذلك لأن الحكم المستأنف قد قضى برد الدفع المبدئي من شركة التأمين بخصوص عدم جواز نظر الدعوى لرفعها قبل الأوان استناداً لشرط التحكيم فاستأنفته المطعون ضدها شركة التأمين، وجاء الحكم المطعون فيها مخالفاً للحكم الابتدائي آخذاً بقبول الدفع وبرد دعوى الطاعن، وعلل لما قضى به أولاً بسريان شرط التحكيم على الطاعن طالما أنه يتمسك بوثيقة التأمين المتضمنة هذا الشرط وأنه لا قيمة للدفع بما نص على شرط كتابة التحكيم طالما أن المستأنف ضده الأول/ الطاعن/ يتمسك في دعواه بوثيقة التأمين، فقال الحكم (وحيث إن المستأنف ضده الأول يتمسك في دعواه بوثيقة التأمين سالفة الذكر وأقام على أساسها دعواه في مواجهة المستأنفة، وحيث إن (=)

(=) الشروط العامة تشكل جزءاً من الوثيقة على نحو ما أسلفنا، وحيث إن البند السابع من هذه الشروط العامة قد قرر اشتراطاً لمصلحة المستأنف ضده الأول بالانتفاع بالتعويض بمقتضى هذه الوثيقة، وحيث إن الفقرة الثانية من البند السابع سالف الذكر قد نصت صراحة على شرط انطباق هذه المصلحة وهو أن يراعي ذلك السائق جميع القيود والشروط والأحكام والتعديلات الواردة في هذه الوثيقة ويكون خاضعاً لها بقدر ما توجبه شروط تنفيذها، كما لو كان المؤمن له نفسه، وحيث إن المتعهد - وهو هنا المستأنف/ شركة التأمين - أن يتمسك قبل المنتفع - وهو هنا المستأنف ضده الأول - بالدفع التي تنشأ عن العقد - أي عقد التأمين - (المادة ٢٥٤ من قانون المعاملات المدنية، والتي وردت تحت بند أثر العقد بالنسبة للغير)؛ فعليه يكون للمستأنف الحق في التمسك بمواجهة المستأنف ضده الأول بشرط التحكيم الوارد ضمن الشروط المتعلقة بعقد التأمين بينها وبين المستأنف ضده الثانية، وحيث إن التأمين من المعاملات التجارية كما قررت ذلك بعض القوانين، وحيث إن هذه الصفة مترتبة في كل الأحوال وفقاً للرأي الراجح في الفقه القانوني، وعليه فإن ما نعتة المستأنف على الحكم المستأنف بعدم تطبيق القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٦ المعدل بقانون المعاملات المدنية باستبعاد المعاملات التجارية في مجال تطبيقه هو نعي في محله فلا مجال لانطباق الفقرة أ من المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٥، والتي تشترط أن يرد شرط التحكيم في اتفاق خاص ومنفصل، وحيث إن أحكام التأمين الملزمة لشركات التأمين والمؤمن لديهم والمستفيدين من التأمين قد انتظمت بأحكام الفصل الثالث من قانون المعاملات المدنية في المواد من ١٠٢٦ حتى ١٠٥٤ شاملة الأحكام العامة المتعلقة بالأجهزة التي تباشر التأمين وشكلها وكيفية إنشائها وأساليب مباشرتها لنشاطها والإشراف عليها، وذلك إلى أن يصدر قانون خاص بشأنها، وأورد لذلك تعويض عقد التأمين وأحكامه وآثاره بين أطرافه والمستفيدين منه؛ فكان لازماً الرجوع إليه، وكان وزير التجارة والاقتصاد الوطني المنوط به وبوزارته تنظيم شركات التأمين والإشراف عليها وترخيصها قد أصدر قراره رقم ٥٤ لسنة ١٩٨٧ بشأن توحيد وثائق التأمين معتمداً على أحكام قانون المعاملات المدنية فلم يعد هناك مجال للبحث في اعتبار شركات التأمين ومعاملاتها إن كانت تجارية أو مدنية؛ ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه بما تقدم جديراً بالنقض.

غير أن قضاء المحكمة الاتحادية قد تغير اعتباراً من صدور قانون المعاملات التجارية رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ٧ سبتمبر ١٩٩٣ إلى القضاء بصحة شرط التحكيم في تلك العقود أياً كانت الطريقة التي دون بها، سواء كان في اتفاق خاص أو كان شرطاً مطبوعاً، حيث قررت المحكمة "وإن كان قانون المعاملات المدنية هو القانون العام الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد طبيعة العلاقة في النزاع المطروح وإدخالها في طائفة من طوائف النظم القانونية، إلا أنه متى تم هذا التحديد فإنه يتعين إعمال القانون الواجب التطبيق، لما كان ذلك وكانت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ بتعديل المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ قد نصت على أنه "يعمل بالقانون المرافق في شأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أما المعاملات التجارية فيستمر العمل بالقوانين والنظم القائمة بشأنها إلى أن يصدر قانون التجارة الاتحادي"، وكان مؤدى ذلك أن المعاملات التجارية تخرج عن نطاق تطبيق قانون المعاملات المدنية، ومن ثم يكون عقد التأمين تجارياً بالنسبة لطرفي التداعي وبالتالي فلا محل للتحدي بإعمال المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية التي تبطل ومن ثم يتعين إعمال كافة ما تضمنته وثيقة التأمين من شروط ومنها شروط التحكيم أياً كانت الطريقة التي دون بها هذا الشرط"^(١٣٧).

(١٣٧) حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٥ ق جلسة ٢٩ مارس ١٩٩٤، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن المدعي المطعون ضده أقام الدعوى أمام المحكمة الابتدائية الاتحادية في أبو ظبي رقم ٢١٥ لسنة ٩١ مختصماً فيها الشركة الطاعنة ابتغاء إحالة الدعوى إلى التحكيم وتسجيل الاتفاق وتحديد جلسة لسماع الدعوى وإيداع قرار المحكمين لدى المحكمة لإصدار حكم بإلزام الطاعنة بقيمة الأضرار التي أصابته من جراء الحريق وما يسفر عنه التحكيم مع الفوائد القانونية والرسوم والمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة، قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ ١٩٩١/٥/٤ بالآتي: ١- رد الدفع بعدم (=)

(=) صفة المدعي وإثبات صفته في الخصومة. ٢- رد الدفع المتعلق بعدم صحة قبول الدعوى لتأسيسها على شرط تحكيمي باطل وإقرار صحة إقامة استناداً إلى شرط التحكيم الوارد بالوثيقة بند (١٨). ٣- رد الدفع المتعلق بإعفاء المدعي عليها من مسؤوليتها لتأخر المدعية في إبلاغها أو اختصاصها باعتبار الشروط المستند إليها من الشروط التعسفية الباطلة ...، استأنفت الطاعنة هذا القضاء برقم ٤١٦ لسنة ١٩٩١ وحكمت محكمة الاستئناف بتاريخ ٣٠/١٠/١٩٩١ بعدم جواز الاستئناف، وطعنت شركة التأمين بالنقض، وقضت المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٧ لسنة ١٤ بتاريخ ١٩/٤/١٩٩٢ بنقض الحكم والإحالة إلى محكمة الاستئناف لتفصل فيه من جديد، حكمت محكمة الإحالة بجلسة ٢٨/١١/١٩٩٢ بعدم جواز الاستئناف، طعنت شركة التأمين على القضاء الأخير أمام المحكمة الاتحادية العليا، وحيث حكمت بنقض الحكم المطعون فيه وبقبول الاستئناف شكلاً وإعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف لتقول كلمتها في الموضوع، حكمت محكمة الإحالة بجلسة ٢٩/٦/١٩٩٣ بقبول الاستئناف شكلاً، وفي الموضوع برفض الدفع المبداء وتأييد الحكم المستأنف وأمرت بإعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة للحكم في موضوعها، وألزمت المستأنفة المصروفات ومبلغ خمسمائة درهم مقابل أتعاب المحاماة ولم ترض شركة التأمين هذا القضاء فكان الطعن المائل رقم ٢٨٧ لسنة ١٥؛ وحيث إن الطعن قد أقيم على أربعة أسباب تنعي الشركة الطاعنة بالسبب الأول منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تفسير وتطبيق أحكام المادتين ١٠٢٨ و ١٠٣١ من قانون المعاملات المدنية، وكذلك القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧؛ ذلك أن صحة الشرط التحكيمي وبطلانه يخضعان لحكم القاعدة العامة التي قررتها المادة ١٠٢٨ المشار إليها، والقانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧ لم يستثن التأمين ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف خطأ من تلك الأحكام العامة، وكانت الطاعنة قد طعنت في استئنافها الذي أسست عليه المطعون ضدها دعواها بالبطلان، فإن هذا الطعن يكون واقعاً موقعه القانوني وأن محكمة الاستئناف إذ قضت بخلاف ذلك تكون قد أخطأت في تفسير القانون وتحديد المواد ١٠٢٨ و ١٠٣١ من قانون المعاملات المدنية وكذلك القانون رقم ١ لسنة ١٩٨٧، وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أنه وإن كان قانون المعاملات المدنية هو القانون العام الذي يتعين الرجوع إليه لتحديد طبيعة العلاقة في النزاع المطروح وإدخالها في طائفة من طوائف النظم القانونية، إلا أنه متى تم هذا التحديد فإنه يتعين إعمال القانون الواجب التطبيق، لما كان ذلك وكانت المادة الأولى من (=)

الواقع، أن الاتجاه السابق من المحكمة الاتحادية العليا محل نظر من عدة وجوه: فمن ناحية أن عقد التأمين ليس من العقود التجارية في جميع الحالات، وأنه حتى مع التسليم الجدلي - والجدل غير الحقيقية - بأنه من الأعمال التجارية، فإن ذلك لا يعني التحرر مما اشترطته المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية من ضرورة إيراد شرط التحكيم في اتفاق خاص وبطلانه إذا ورد مطبوعاً؛ إذ لا يتعدى الاعتراف بأن عقد التأمين من الأعمال التجارية سوى تطبيق مبدأ حرية الإثبات بالنسبة لعقد التأمين، وجواز إثباته بغير الكتابة^(١٣٨)، ولا يتطرق المعنى السابق للاعتراف بصحة شرط التحكيم المطبوع في تلك العقود.

(=) القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ بتعديل المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ قد نصت على أنه "يعمل بالقانون المرافق في شأن المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، أما المعاملات التجارية فيستمر العمل بالقوانين والنظم القائمة بشأنها إلى أن يصدر قانون التجارة الاتحادي"، وكان مؤدي ذلك أن المعاملات التجارية تخرج عن نطاق تطبيق قانون المعاملات المدني، ولما كان عقد التأمين يعد عمل عقداً تجارياً بالنسبة للمؤمن ويعد كذلك بالنسبة للمؤمن له، إذا كان تاجرًا يحترف الأعمال التجارية ومنها بيع المفروشات في محل تجاري، كما هو حال المطعون ضده؛ ومن ثم يكون عقد التأمين تجارياً بالنسبة لطرفي التداعي وبالتالي فلا محل للتجدي بإعمال المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية التي تبطل شرط التحكيم إذا لم يرد في اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة المطبوعة في وثيقة التأمين، باعتبار أن نطاق تطبيقها يقتصر على المعاملات المدنية، ومن ثم يتعين إعمال كافة ما تضمنته وثيقة التأمين من شروط ومنها شروط التحكيم أيًا كانت الطريقة التي دون بها هذا الشرط".

(١٣٨) وحتى بالنسبة لهذه النتيجة يتعين التحفظ عليها إذ الكتابة شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم، ولا تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات التي يثبت بها اتفاق التحكيم، وهو ما نص عليه صراحة قانون التحكيم المصري وقانون المرافعات الفرنسي. (للمزيد: انظر لاحقاً بند ٩٥ وما بعدها).

والغريب أنه على الرغم من تنظيم المشرع المصري لنظرية الأعمال التجارية الوارد النص عليها في القانون التجاري القديم والحديث منذ ما يزيد على مائة وستين عاماً، وقبل صدور القانون المدني الحالي في عام ١٩٤٩، فلم يقل أحد في الفقه والقضاء بأن اعتبار عقد التأمين تجارياً يعني من إيراد شرط التحكيم في اتفاق منفصل، وأن شرط التحكيم المطبوع لا يكون باطلاً وفقاً لنص المادة ٤/٧٥٠ من القانون المدني، بسبب كونه من الأعمال التجارية، وأن المستقر عليه فقهاً أنه يجوز الدفع ببطلان شرط التحكيم المطبوع في وثيقة التأمين، غير أن هذا الدفع بالبطلان مقرر لمصلحة المستفيد من وثيقة التأمين، فلا يجوز لشركة التأمين أن تتمسك بالبطلان في هذه الحالة^(١٣٩).

من ناحية ثانية، فإن عقد التأمين وارد تنظيمه في المواد من ١٠٢٦ وما بعدها من قانون المعاملات المدنية، وأنه لا يجوز الاحتجاج بنص المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ بتعديل المادة الأولى من مواد إصدار قانون المعاملات المدنية، والتي نصت على العمل بالقانون المرافق في شأن المعاملات المدنية، أما المعاملات التجارية فيستمر العمل بالقوانين والنظم القائمة بشأنها إلى أن يصدر قانون التجارة الاتحادي، لأن النص السابق يتعلق بحالة عقد التأمين في حالة كونه عملاً تجارياً أما في غير ذلك فيعتبر عمل مدني، وفي كل الأحوال لا شأن لتجارية عقد التأمين من عدمه على طريقة تدوين شرط التحكيم في عقود التأمين واعتبار الشرط المطبوع باطلاً.

من ناحية ثالثة، فإن نص المادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية هو نص خاص بعقود التأمين، وأن المستقر عليه أن العام يظل على عمومه ما لم

(١٣٩) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند

٦٧، ص ١٤٣، ١٤٤.

يرد ما يخصه، علاوة على أن النص في المادة ٥/٥ من قانون المعاملات التجارية المصري والمادة ٩/٥ من قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ لدولة الامارات العربية المتحدة على تجارية الأعمال المتعلقة بالتأمين، قاصر على التأمين التجاري فقط، وأن وصف التجارية قاصر فقط على الجهة القائمة بالتأمين وليس المستفيد منه؛ إذ يتوقف الأمر بالنسبة للمستفيد من التأمين على الغرض من التأمين، فإذا كان الغرض من التأمين تحقيق نفع خاص كان عملاً مدنياً، أما إذا كان الهدف الكسب فهو عمل تجاري^(١٤٠).

الفرع الثاني

مشاركة التحكيم

Un Compromis

٣٢- مشاركة التحكيم هي اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرض هذا النزاع على التحكيم^(١٤١)، سواء أكانت المشاركة ترجمة لشرط تحكيم سابق بين الطرفين أو بعد نشوء النزاع بين الطرفين.

وقد عرف الفقيه الفرنسي الكبير Jean VINCENT مشاركة التحكيم

(١٤٠) للمزيد: راجع: د. ناجي عبد المؤمن، الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ١١٩ وما بعدها؛ د. مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مكتبة الجامعة، الشارقة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ١٠٤، ١٠٥.

(١٤١) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٥، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٦، ص ١٠٣ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ١٢، ص ٢٢ وما بعدها.

تعريفًا مقارِبًا لفكرة اتفاق التحكيم ذاتها، وللتعريف الوارد في نص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي في صيغته الصادرة عام ١٩٨٠ وقبل تعديلها بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١ بأنها "عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختيارهم دون قضاء الدولة

La convention de compromis est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que leur différend sera porté; non devant les juridictions ordinaires, mais devant un ou plusieurs arbitres de leur choix^(١٤٢). وقد عدل المشرع الفرنسي تعريف المشاركة الوارد في المادة ١٤٤٢ بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ المشار إليه ليصبح "اتفاق جميع الأطراف على تسوية أو خضوع النزاع المتولد بينهم عن طريق التحكيم"

le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige ne soumettent celui-ci à l'arbitrage^(١٤٣)، وقد ساوى التعديل الأخير لقانون المرافعات الفرنسي

(142) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile»; op. cit., n° 1645, p. 1107, art. 1447 NCPC «Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes».

(١٤٣) للمزيد، راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٢ وما بعدها.

Les parties peuvent soumettre à la décision des arbitres les litiges nés entre elles, à l'exception de ceux visés aux articles 409 et 442 de ceux qui concernent des questions d'état des personnes et de séparation entre conjoints ainsi que de ceux qui ne peuvent pas faire l'objet d'une transaction.

وقد اشترطت المادة ٨٠٧ أن المشاركة يجب أن تكون مكتوبة ومحددة لمحل النزاع وإلا كانت باطلة *être stipulé par écrit et déterminer l'objet du litige* كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة بتوافر الشكل المكتوب للمشاركة في الرسائل والبرقيات بين الطرفين: (=)

الجديد بين الشرط والمشاركة، حيث نصت المادة ١٤٤٣ على البطلان في حالة عدم كتابة شرط أو مشاركة التحكيم.

والجدير بالذكر، أن بعض أحكام القضاء وبعض التشريعات العربية تستعمل تعبير وثيقة بدلاً من تعبير مشاركة أو اتفاق التحكيم^(١٤٤)، حيث نصت المادة ٥ من نظام التحكيم السعودي على أن "يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم بنظر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات"^(١٤٥)، ونصت المادة ٢١٥ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أن "لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها وذلك بعد الاطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم...". كما نصت المادة ٢١٦ / ١ / أ من نفس القانون على جواز طلب بطلان حكم المحكمين عند نظر دعوى المصادقة إذا كان حكم المحكمين قد صدر بغير وثيقة".

٣٣- والمشاركة هي محرر يتم الاتفاق عليه بعد قيام النزاع^(١٤٦)،

(=) «La forme écrite est respectée même lorsque la volonté des parties se manifeste par télégraphe ou télécrypteur.»

(١٤٤) الجدير بالذكر أن المشرع المصري كان يستعمل تعبير وثيقة التحكيم بمعنى مشاركة التحكيم في المواد من ٥٠١ - ٥١٣ من قانون المرافعات والملغاة بقانون التحكيم الحالي.

(١٤٥) في تفصيلات نظام التحكيم السعودي، راجع: تفصيلاً: د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٨١ وما بعدها.

(١٤٦) د. أكثم أمين الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة (=)

وتصح مشاركة التحكيم بعد قيام النزاع ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية^(١٤٧)، وقد نصت على ذلك المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري بنصها " ... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية"^(١٤٨).

(=) تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل قدمت لمؤتمر التحكيم التجاري، المنعقد في دبي بتاريخ ٢٨-٢٩ مايو ١٩٩٥، ص ٥؛ د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق الإشارة، ص ١٦، ١٧.

(١٤٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٦، ص ٨٤، ٨٥؛ د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٨٨ وما بعدها؛ تمييز دبي، الطعن رقم ١٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٠/٨/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٥٦٨ وما بعدها، وقد جاء في هذا الحكم « أن النص في المادة ٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الوارد في الباب الثالث منه بشأن التحكيم على أنه "إذا لم يشترط الخصوم في الاتفاق على التحكيم أجلاً للحكم كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل"، مؤداه أن وجود دعوى مرددة بين الخصوم أمام المحاكم لا يحول دون اتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم للفصل في ذات النزاع محل تلك الدعوى، طالما أنه لم يصدر فيها من المحكمة حكم يتمتع معه إعادة طرح النزاع على جهة أخرى مختصة بالحكم، ومن ثم فإن اتفاق طرفي الدعوى خارج المحكمة على اللجوء للتحكيم أثناء نظرها أمام المحاكم عن ذات النزاع، يكون - حسب الأصل - صحيحاً قانوناً ولا يترتب عليه بطلان الاتفاق».

(١٤٨) تمييز دبي، الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٩٥ جلسة ٨ أكتوبر ١٩٩٥، مجموعة الأحكام التي أصدرتها محكمة تمييز دبي، ص ٥٦٨؛ حيث قررت المحكمة في هذا الحكم «أن النص في المادة ١/٢١٠ من قانون الإجراءات المدنية الواردة في الباب الثالث منه بشأن التحكيم على أنه "إذا لم يشترط الخصوم في اتفاق التحكيم أجلاً للحكم كان على المحكم أن يحكم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع النزاع إلى المحكمة أو المضي فيه أمامها إذا كان مرفوعاً من قبل" مؤداه أن وجود (=)

وفي هذه الحالة يجب أن يحدد في الاتفاق، أي المشاركة، المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً، وهو ما يمكن التمسك به لاحقاً في دعوى بطلان حكم التحكيم. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة الاستفسار عن المسائل التي يترتب على عدم شمولها مشاركة التحكيم البطلان. وهل عدم شمول المشاركة للمسائل التي يشملها التحكيم ولو توافرت في المراحل اللاحقة يترتب عليه البطلان؟، وهل أي مسائل يجوز أن يشملها التحكيم أم أنها المسائل الأساسية فقط وليست المسائل الفرعية التي يجوز الاتفاق عليها لاحقاً؟.

٣٤- الواقع أن قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة كان أكثر مرونة واتساقاً مع النهج الإجرائي حينما أجاز تحديد هذه المسائل في مشاركة أو وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى، في حين نص المشرع المصري على البطلان في حالة عدم تحديد هذه المسائل في مشاركة التحكيم، والبديهي أن المسائل التي يشملها التحكيم تنصرف للمسائل الأساسية محل النزاع بين الأطراف وليس مجرد المسائل الفرعية، وأن حكمة النص تتمثل في وجود الأطراف في حالة نزاع دون أن يوجد بينهم اتفاق على التحكيم، وأنه من المنطقي في مثل هذه الحالة وضوح المسائل محل نزاعهم، وبالتالي يكون من البديهي والسهل عليهم تحديد هذه المسائل في حالة إبرامهم مشاركة تحكيم، وأنه من غير المنصف في مثل هذه الحالة أيضاً القول بالبطلان المجرد

(=) دعوى مرددة بين الخصوم أمام المحاكم لا يحول دون اتفاقهما على اللجوء إلى التحكيم للفصل في ذات النزاع محل تلك الدعوى، طالما أنه لم يصدر فيها من المحكمة حكم يتمتع معه إعادة طرح النزاع على جهة أخرى مختصة بالحكم؛ ومن ثم فإن اتفاق طرفي النزاع خارج المحكمة على اللجوء إلى التحكيم أثناء نظرها أمام المحاكم عن ذات النزاع يكون - بحسب الأصل - صحيحاً قانوناً، ولا يترتب عليه بطلان الاتفاق.»

في حالة إغفال الاتفاق على المسائل التي يشملها التحكيم مطلقاً، وأن البطلان الذي يترتب في هذه الحالة يمكن أن يخضع أو ينطبق عليه ما نصت عليه القواعد العامة في البطلان في قانون المرافعات بصفة عامة، مثال المادة ٢٠ من قانون المرافعات المصري، التي نصت على أنه لا بطلان إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء^(١٤٩)، وما نصت عليه المادة ٢١ من القانون المشار إليه أعلاه، من أنه لا يجوز أن يتمسك بالبطلان إلا من شرع لمصلحته، ولا يجوز التمسك بالبطلان من الخصم الذي تسبب فيه، فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، وما نصت عليه المادة ٢٢ بأن "يزول البطلان إذا نزل عنه من شرع لمصلحته صراحة أو ضمناً، وذلك فيما عدا الحالات التي يتعلق فيها البطلان بالنظام العام، وما نصت عليه المادة ٢٣ من أنه "يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان على أن يتم ذلك في الميعاد المقرر قانوناً لاتخاذ الإجراء، فإذا لم يكن للإجراء ميعاد مقرر في القانون حددت المحكمة ميعاداً مناسباً لتصحيحه ولا يعتد بالإجراء إلا من تاريخ تصحيحه"^(١٥٠).

المستفاد من النصوص السابقة المتعلقة بالبطلان في قانون المرافعات، أن البطلان المنصوص عليه في المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري، بسبب عدم تحديد المسائل المتنازع عليها في مشاركة التحكيم، يمكن التغلب

(١٤٩) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، بند ٣٤٦، ص ٥٧٥.

(١٥٠) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٤٦، ص ٣٩٩ وما بعدها، نظرية البطلان في قانون المرافعات، مرجع سابق الإشارة، بند ١٧٠، ص ٤٠٢ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، بند ٣٤٦، ص ٥٧٥، وبند ٣٥١ - ٣٥٥، ص ٥٩٢ وما بعدها.

عليه من خلال تحديد تلك المسائل في بيان الدعوى، كما هو الحال بالنسبة لشرط التحكيم؛ إذ لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، كما يمكن تصحيح ذلك في مرحلة لاحقة لإبرام المشاركة بين الأطراف، وذلك من خلال الرسائل والفاكسات المتبادلة بين الطرفين؛ إذ يتضح أن أعمال النصوص السابقة هو الذي قلل من التناقض بين فقرات نص الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، إذا لولا أعمال النصوص المتعلقة بالبطلان في قانون.....، لكان هناك تناقضاً، بين النص على البطلان بسبب عدم تحديد المسائل المتنازع عليها في مشاركة التحكيم في عجز الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، وعدم النص عليه بالنسبة لشرط التحكيم في صدر نفس الفقرة، والنص على إمكانية تحديده في بيان الدعوى وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون التحكيم؛ إذ كيف يكفي شرط التحكيم لصحة التحكيم، ودون حاجة لمشاركة تحكيم، طالما أن الخصم قد حدد المسائل المتنازع عليها في بيان الدعوى، والقول ببطلان اتفاق التحكيم إذا لم تحدد المسائل المتنازع عليها (م ٢/١٠)، الأمر الذي يمكن أن يثير تناقضاً مع إمكانية تصحيح هذا البطلان، بتحديد الخصوم للمسائل المتنازع عليها في بيان الدعوى، وفقاً لنص المادة ٣٠ من قانون التحكيم؛ إذ لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء، كما يمكن تصحيح ذلك من خلال الرسائل المتبادلة بين الطرفين؛ إذ يجوز تصحيح الإجراء الباطل ولو بعد التمسك بالبطلان، كما يجوز تصحيح البطلان بالنزول عن البطلان، ويعتبر السكوت عما يثيره الخصم من مسائل لا يتضمنها اتفاق التحكيم، تنازلاً من الخصم بالتمسك بالدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لتلك المسائل (المادة ٢/٢٢ من قانون التحكيم المصري).

٣٥- قد يكون اتفاق التحكيم - سواء أكان في صورة شرط أو مشاركة للتحكيم - أحد بنود ورقة رسمية أو عرفية، سواء أكان ذلك في عقد من

العقود أو في اتفاق مستقل، كما قد يكون في صورة رسالة بيانات **Data Message** أو مستند إلكتروني **en ligne**^(١٥١)، ويقصد برسالة البيانات حسب ما ورد في المادة ٢/أ من القانون النموذجي (الأونسيترال) للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٩٦ "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، في هذه الحالة يكون اتفاق التحكيم في صورة رسائل متبادلة بين الأطراف، كما يمكن أن يكون في صورة بند من بنود عقد من عقود التجارة الإلكترونية، فيكون اتفاق التحكيم بالتوقيع على التعاقد، أو في صورة اتفاق مستقل أو نتيجة قبول الأشخاص للتعامل بالطريق الإلكتروني.

(١٥١) ورد تفسير معنى الأنشطة التجارية التي ينصب عليها مصطلح التجارة الإلكترونية، بخصوص تحديد نطاق تطبيق القانون النموذجي **loi-type de la CNUDCI** (الأونسيترال) للتجارة الإلكترونية الصادرة في مايو ١٩٩٦، على أنها تشمل "المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء أكانت تعاقدية أو لم تكن، وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد وتبادل السلع والخدمات؛ اتفاق التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ الوكالة بالعمولة، الكراء، أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية"، د. حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٤٥ وما بعدها؛ د. عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٢٧ وما بعدها؛ د. إيناس الخالدي، التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٣٦- الجدير بالذكر أن بعض التشريعات العربية المعاصرة، تستعمل تعبيرات واصطلاحات قانونية مغايرة أو موازية أو مختلفة عن اتفاق التحكيم في صورتيه السابقتين، حيث يستعمل قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢، تعبير "وثيقة التحكيم" للتعبير أحياناً عن "اتفاق التحكيم"، وأحياناً أخرى باعتبارها صورة من صور "اتفاق التحكيم"، وأحياناً ثالثة بمعنى "مشارطة التحكيم"^(١٥٢)، ويستعمل نظام التحكيم

(١٥٢) يستعمل قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ تعبير وثيقة التحكيم للتعبير تارة عن اتفاق التحكيم وتارة أخرى عن مشارطة التحكيم وتارة ثالثة عن شرط التحكيم؛ حيث ورد في المادة ٢/١/٢٠٣ تحديد صور اتفاق التحكيم وتصور وروده في العقد أو اتفاق لاحق، واشترط أن يكون ذلك كتابةً، بينما استعمل القانون تعبير وثيقة التحكيم في الفقرة الثالثة من ذات المادة، بنصها "ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى ولو كان المحكمون مفوضين بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً"، كما نصت الفقرة الرابعة على أن "ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق المتنازع فيه، وفي الفقرة الخامسة من ذات المادة اعتبر المشرع أن عدم الدفع بوجود شرط التحكيم يترتب عليه إلغاء شرط التحكيم، والواقع بحق أن الاستعمال السابق يثير اللبس في المقصود باتفاق التحكيم، فهل المقصود باتفاق التحكيم الشرط والوثيقة فقط أم أن الوثيقة شيء آخر غير الاتفاق؛ إذ يستعمل المشرع في المادة ٢٠٥ الوثيقة بمعنى مغاير لاتفاق التحكيم؛ حيث تنص المادة ٢٠٥ على أن "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في الاتفاق على التحكيم أو في وثيقة لاحقة، كما ورد في المادة ١/٢١٠ التعبير عن اتفاق التحكيم بمعنى الشرط والوثيقة، ونصت المادة ١/٢١٣ على أن "في التحكيم الذي يجري عن طريق المحكمة يجب على المحكمين إيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور حكم المحكمين..."، ونصت المادة ٢١٥، على أن "لا ينفذ حكم المحكمين إلا إذا صادقت عليه المحكمة التي أودع الحكم قلم كتابها وذلك بعد الإطلاع على الحكم ووثيقة التحكيم..."، ونصت المادة ٢/١٦/٢١٦ على أن يجوز للخصوم (=)

بالمملكة العربية السعودية تعبير "وثيقة التحكيم" بمعنى "مشارطة التحكيم" والاتفاق بين الأشخاص والمحكمين؛ حيث نصت المادة ٥ من نظام التحكيم السعودي على أن "يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات"، كما يستعمل المشرع التونسي في قانون التحكيم رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ تعبير اتفاقية التحكيم بمعنى اتفاق التحكيم، وتعبير اتفاق التحكيم بمعنى مشارطة التحكيم^(١٥٣)، كما يستعمل قانون أصول المحاكمات المدنية

(=) طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه إذا كان قد صدر بغير وثيقة تحكيم أو بناء على وثيقة باطلة أو سقطت بتجاوز الميعاد أو إذا خرج المحكم عن حدود الوثيقة"، وورد النص في الفقرة (ب) من المادة المذكورة أعلاه على أن "إذا صدر الحكم ... أو صدر بناء على وثيقة تحكيم لم يحدد فيها موضوع النزاع أو صدر من شخص ليست له أهلية الاتفاق على التحكيم ..."، وقد دعا أحد المتخصصين بالتحكيم بوزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة إلى ضرورة التأكيد على تحديد المقصود باتفاق التحكيم، المتمثل في شرط التحكيم ومشارطة التحكيم حسب المتعارف عليه في الفقه والقضاء، دون استعمال تعبير وثيقة التحكيم للتعبير عن اتفاق التحكيم، كما دعا إلى ضرورة تعديل صيغ النصوص التي تتضمن ذلك: د. مجدي قاسم "إجراءات حكم التحكيم وتسريبه" محاضرة ألقيت في حلقة نقاش أعدها معهد التدريب القضائي بوزارة العدل، عقدت في أواخر شهر يناير ٢٠٠٧ بالمجمع الثقافي/ أبو ظبي.

(١٥٣) نص الفصل رقم ١ من قانون التحكيم التونسي رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣، على أن "التحكيم طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم"، وينص الفصل ٢، على أن "اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وتكتسى الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم"، ونص الفصل ٣ على أن "الشرط (=)

اللبناني الجديد تعبير العقد التحكيمي للتعبير عن اتفاق التحكيم^(١٥٤)، ويستعمل
المشرع العراقي تعبير عقد التحكيم للتعبير عن مشاركة التحكيم^(١٥٥)، كما
استعمل بعض الفقه تعبير عقد التحكيم للتعبير عن اتفاق التحكيم^(١٥٦)، كما
استعمل بعض الفقه تعبير عقد التحكيم للتعبير عن مشاركة التحكيم^(١٥٧)، كما

(=) التحكيمي هو التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات التي تتولد عن ذلك العقد للتحكيم"،
ونص الفصل ٥ على أن "الاتفاق على التحكيم هو التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم
عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم ويجوز إبرام الاتفاق على التحكيم ولو كانت القضية
منشورة أمام المحكمة"، الجدير بالذكر أن المشرع التونسي يستعمل تعبير اتفاقية التحكيم
للتعبير عن اتفاق التحكيم وتتضمن اتفاقية التحكيم شرط التحكيم واتفاق التحكيم؛ حيث
يقصر استعمال شرط التحكيم على الشرط الوارد في العقد فقط ويستعمل تعبير اتفاق التحكيم
للدلالة على مشاركة التحكيم.

(١٥٤) نصت المادة ٧٦٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، على أن
"يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بنداً ينص على أن
تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو
تفسيره"، وتنص المادة ١/٧٦٣ من القانون المشار إليه أعلاه، على أن "لا يصح البند
التحكيمي إلا إذا كان مكتوباً في العقد الأساسي أو في وثيقة يحيل إليها العقد"، وتنص المادة
٧٦٥ على أن "العقد التحكيمي عقد بموجبه يتفق الأطراف فيه على حل نزاع قابل للصلح
ناشئ بينهم عن طريق تحكيم شخص أو عدة أشخاص"، وتنص المادة ١/٧٦٦ على أن "لا
يثبت عقد التحكيم إلا كتابة".

(١٥٥) نصت المادة ٢٦٦ من قانون المرافعات العراقي على أن "يفصل المحكمون في
النزاع على أساس عقد التحكيم أو شرطه وما يقدمه الخصوم لهم وعلى المحكمين أن
يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناءً على الطلبات
والمستندات المقدمة من جانب واحد إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم ما لديه من أوجه
الدفاع في المدة المحددة".

(156) Ph. FOUCHARD « L'arbitrage Commercial International »
Dalloz, Paris, 1965, n° 114, 115, p 67 et

(١٥٧) د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، (=)

استعمل البعض الآخر تعبير وثيقة التحكيم للتعبير - في بعض الأحيان - عن مشاركة التحكيم^(١٥٨).

٣٧- الواقع - بحق - أن الاستعمالات السابقة لا تساعد على توحيد المصطلح القانوني في البلاد العربية، كما أنها تتسم بعدم الدقة والغموض من ناحية ثانية، علاوة على أنها قد تبعث على الغرابة والاختلاف بين أطراف التحكيم في تلك الدول.

من ناحية أولى، تعبير اتفاقية التحكيم الذي استعمله قانون التحكيم التونسي، تعبير غير دقيق للتعبير عن اتفاق التحكيم؛ لأن تعبير اتفاقية من التعبيرات التي تستخدم في فقه القانون الدولي العام للتعبير عن الاتفاقيات الثنائية بين الدول في المجتمع الدولي، ومن المفضل عدم استخدامه للتعبير عن اتفاق التحكيم، خاصة في التحكيم الداخلي والدولي الذي يجري بين الرعايا التونسيين وأقرانهم في البلاد العربية والأجنبية، لما يوحى به هذا التعبير من غرابة في الاستعمال، الأمر الذي قد يثير اللبس والغموض عندما يشير الأطراف لاتفاق التحكيم؛ إذ لا يمتد هذا التعبير لشرط التحكيم وفقاً للقانون التونسي، بينما يشمل ذلك بالنسبة لقانون مثل القانون المصري أو الليبي أو العماني أو الأردني.

(=) مرجع سابق الإشارة، بند ٢٨، ص ٧٧ وما بعدها.

(١٥٨) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٣١، ص ٤٤؛ د. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١، ص ٥؛ وقد استعمل قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ تعبير وثيقة التحكيم بمعنى مشاركة التحكيم؛ حيث ورد في المادة الثانية من هذا القانون تعريف اتفاق التحكيم، بأنه "موافقة الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم والتي تشملها وثيقة التحكيم (أي عقد مستقل) أو شرط التحكيم (أي بند في عقد)".

من ناحية ثانية، فإن تعبير وثيقة من التعبيرات التي تستخدم في فقه القانون الدولي والمنظمات والاتفاقات الدولية للدلالة على الأوراق ذات الطابع الدولي مثل وثيقة إعلان حقوق الإنسان وغيرها^(١٥٩)، والأجدر أن تعبير وثيقة التحكيم لا قيمة له؛ إذ يمكن استعمال تعبير شرط التحكيم للدلالة على اتفاق التحكيم قبل قيام النزاع، سواء أكان ذلك واردًا في عقد أو في اتفاق مستقل، إذا رغب الأطراف في الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد وقبل قيام النزاع أو كان التحكيم بصدد علاقة غير عقدية، والاكتفاء باستعمال تعبير مشاركة التحكيم في المرحلة اللاحقة لقيام النزاع، وذلك دون حاجة لاستعمال تعبير وثيقة التحكيم التي قد تثير اللبس، كما أن التعبير عن مشاركة التحكيم بتعبير وثيقة بعد قيام النزاع وإن كان لا يتعارض مع الأصول العلمية، إلا أنه من المفضل استعمال تعبير مشاركة التحكيم؛ ذلك التعبير المتعارف عليه فقهاً وقضاء من زمن طويل، كما أن تعبير وثيقة - كما سبق توضيح ذلك - يقتصر على فقه القانون الدولي العام.

من ناحية ثالثة، فإن التعبير بعقد التحكيم عن اتفاق التحكيم لا يتسم بالدقة، لأن تعبير اتفاق كما وضح ذلك بعض فقهاء القانون المدني أوسع نطاقاً من تعبير عقد^(١٦٠)؛ إذ الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق، فهو عبارة عن توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله، فكل عقد اتفاق ولا يكون كل اتفاق عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان الاتفاق معدلاً للالتزام

(١٥٩) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١، ص ١٥.

(١٦٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق الإشارة، مصادر الالتزام، ج ١ بند ٣٦، ص ١٣٧ وما بعدها.

أو منهياً له فهو ليس بعقد، فالاتفاق جنس والعقد نوع^(١٦١)، كما أنه من غير الملائم تعريف الاتفاق على أنه عقد، وأن اتفاق التحكيم لا يعتبر عقداً بمعنى الكلمة فهو اتفاق من نوع خاص، ولا يغير من ذلك استعمال البعض تعبير عقد التحكيم على مشاركة التحكيم التي تحرر بعد إبرام النزاع^(١٦٢)، دون شرط التحكيم الذي يحرر في مرحلة سابقة لقيام النزاع، سواء أكان ذلك في العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، كما أن استعمال ذلك يثير اللبس والغموض بين اتفاق التحكيم بصفة عامة ومشاركة التحكيم، كما أنه قد يثير اللبس بين اتفاق التحكيم وما يذهب إليه بعض الفقه الحديث من اعتبار العقد الذي يبرم بين

(١٦١) ساد هذا التصور في الفقه الفرنسي القديم وأخذ به المشرع الفرنسي في المادة ١١٠١ من القانون المدني، والتميز السابق بين الاتفاق والعقد ليس له أهمية، وإذا كان الفقهاء الذين يأخذون بالتمييز يرون أهميته من حيث الأهلية، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، فإنه يلاحظ أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، وقد كان المشروع التمهيدي للقانون المدني يورد تعريفاً للعقد على أنه اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إلغائها، وهو نفس تعريف العقد في المادة الأولى من المشروع الفرنسي الإيطالي، وقد كان قصد المشرع من هذا النص نفي كل تمييز بين الاتفاق والعقد، ولا يعتبر حذف هذا النص في المشروع النهائي عدولاً من المشرع على عدم التمييز؛ إذ كان الهدف من الحذف هو تقليل التعريفات من جانب المشرع، وعلى كل الأحوال الاتفاق أعم من العقد، فليس كل اتفاق يراد به تحقيق أثر قانوني يعتبر عقداً، فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه، والزواج اتفاق بين الزوجين، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف العام. (للمزيد: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق الإشارة، مصادر الالتزام، ج ١ بند ٣٦، ص ١٣٧ وما بعدها).

(١٦٢) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة، بند ٧، ص ٢٢ وما بعدها؛ د. محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٨، ص ٧٧ وما بعدها.

الأطراف والمحكمين بقبول التحكيم عقد تحكيم^(١٦٣)، ويميز الفقهاء الفرنسي

(١٦٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ٢٤١، هامش ١؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٤، ص ١٥ هامش ٣؛ د. أحمد عبد الرحيم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، السنة ١٩٩٤، العدد الثاني، ص ٢٠٠؛ د. محمد سعد خليفة، محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٨، الواقع أنه لا يجوز استعمال عقد التحكيم للتعبير عن العلاقة بين الأطراف والمحكمين؛ إذ أن قبول الأطراف لتلك المهمة لا يكون في صورة عقد أو اتفاق موقع من الأطراف؛ إذ قد يتم اختيار الأطراف للمحكمين في شرط التحكيم أو المشاركة عند وقوع النزاع، دون أن يكون المحكمين طرفاً في هذا الشرط أو المشاركة، كما قد يتم اختيار المحكمين عن طريق المحكمة المختصة في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، وفي كل الحالات يكون قبول المحكمين للمهمة كتابة، سواء أكان ذلك بخطاب موجه للأطراف أو بعدم الاعتراض خلال المدة التي حددها الاتفاق، أو النص على ذلك صراحة في محضر الجلسة، وقد نصت على ذلك المادة ٣/١٦ من قانون التحكيم المصري، بقولها "يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة، ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله وحيده"، كما قد يكون القبول بتوقيع المحكم على اتفاق التحكيم (عقد التحكيم)، وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات العراقي بقولها "يجب أن يكون قبول المحكم للتحكيم بالكتابة ما لم يكن معيّنًا من قبل المحكمة ويجوز أن يثبت القبول بتوقيع المحكم على عقد التحكيم ولا ينقض التحكيم بموت أحد الخصوم"، كما نصت المادة ٧٤٧ من قانون المرافعات الليبي على أن "يجب أن يكون قبول المحكم بالكتابة ما لم يكن معيّنًا من قبل المحكمة ويجوز أن يثبت القبول بإمضاء المحكم على مشاركة التحكيم"، كما نص الفصل رقم ١١ من قانون التحكيم التونسي على أن "يثبت قبول المحكم لمهمته كتابة أو بتوقيعه على الاتفاق على التحكيم أو بقيامه بعمل يدل على شروعه في المهمة"، وقبول المحكمين للمهمة في هذه الحالة وإن كان يمكن أن يكون ضمناً متمماً لعقد بين أطراف التحكيم والمحكمين، فمن الضروري عدم تسميته بعقد تحكيم منعاً للبس بينه وبين اتفاق التحكيم.

والإيطالي بين اتفاق التحكيم وعقد التحكيم؛ إذ يستخدموا تعبير عقد التحكيم على الاتفاق بين الأطراف والمحكمين.^(١٦٤)

ومن ثم، فالأجدر توحيد استعمال التعبيرات القانونية، خاصة في التشريع والفقهاء العربي؛ إذ لا يفيد استعمال مصطلح أو تعبير غير دقيق، ولا يعبر عن خصوصية لمجتمع معين بقدر تعبيره عن عدم دقة في الاستعمال القانوني، وأن من المفضل توحيد استعمال المصطلح الذي يتفق مع واقعنا العربي، ولا يتعارض مع موروثنا الديني والثقافي والاجتماعي لجميع البلاد والأقطار العربية.

٣٨- يلاحظ أنه في بعض صور التحكيم مثل التحكيم الإلزامي، كالتحكيم في منازعات العمل الجماعية والتحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة قبل تعديله في عام ٢٠٠٨^(١٦٥)، فلا يكون هناك اتفاق تحكيم في صورة شرط، وإن كان يتصور وجود مشاركة للتحكيم بعد قيام النزاع بين الأطراف، حيث يقوم التحكيم في هذه الحالة على افتراض قبوله من المتعاملين في تلك الجهات، وبالتالي لا يوجد شرط تحكيم، بل كان التحكيم يسبقه طلب يقدم للجنة المختصة بالتحكيم في هيئة الأوراق المالية

(١٦٤) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٦، ص ٨٣.

(١٦٥) ينظم قرار رئيس هيئة الإمارات للأوراق المالية والسلع رقم ١ لسنة ٢٠٠١ التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع، كما تنظم المواد من ١٥٤ - ١٦٥ من قانون تنظيم علاقات العمل رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ تسوية منازعات العمل الجماعية، كما ينظم قرار مجلس الوزراء ١١ لسنة ١٩٨٢ إجراءات التقاضي وغير ذلك من القواعد اللازمة لحسن سير العمل أمام لجان التوفيق ولجنة التحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية، والقرار الوزاري رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠٠٣ بشأن منازعات العمل الجماعية.

والسلع، بالنسبة للتحكيم في سوق المال، أو تظلم من قرار لجنة التوفيق أمام اللجنة العليا للتحكيم، بالنسبة لمنازعات العمل الجماعية، وبعدها يتم عمل مشاركة تحكيم لتحديد المسائل المتنازع عليها؛ إذ التحكيم في منازعات سوق المال كان يتم على أساس قبول الأشخاص للتعامل في سوق الأوراق المالية والسلع؛ إذ كانت تختص تلك الهيئة دون غيرها بنظر المنازعات المتعلقة بنشاطها^(١٦٦)، وقد عدل مجلس إدارة الهيئة المادة ٢ من نظام التحكيم ليجعل حسم تلك المنازعات عن طريق التحكيم بالاتفاق الحر بين الأطراف^(١٦٧)، وبالتالي لا يتصور التحكيم بين جموع المتعاملين في السوق إلا في حالة الاتفاق في شكل مشاركة على التحكيم أمام الهيئة أو في صورة شرط تحكيم

(١٦٦) نصت المادة ٢ من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠١ بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية، على أن "يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره وتطبيق في هذا الشأن أحكام هذا النظام، ويعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول التحكيم والتزاماً بتنفيذ حكم المحكمين وتنازلاً عن طرق الطعن فيه عدا ما هو مقرر في هذا النظام"، والنص السابق يشير التساؤل عن شكل اتفاق التحكيم دون مشاركة التحكيم. (للمزيد: راجع بحثنا بعنوان "طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع"، مجلة الميزان الصادرة عن وزارة العدل لدولة الإمارات العربية المتحدة، عدد مارس ٢٠٠٧ ص ٤٤ وما بعدها؛ د. مجدي قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع، مؤتمر سوق المال، دبي من ٦-٨ مارس ٢٠٠٧، ص ٥ وما بعدها).

(١٦٧) الجدير بالذكر أن التعديل السابق للمادة ٢ كان استجابة لتوصية مؤتمر كلية القانون بجامعة الإمارات الذي عقد في أبوظبي في شهر مايو ٢٠٠٨، بناء على ما جاء ببحثنا المعنون "طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في أعمال مؤتمر التحكيم التجاري الدولي لكلية القانون جامعة الامارات المشار إليه المجلد الأول ص ١٣٧ وما بعدها".

بين المتعاملين أصحاب العلاقة في العلاقات بين الوسطاء وأصحاب الأسهم؛ وبناء على هذا التعديل يوجد اتفاق التحكيم في صورة شرط أو مشاركة، ويبدأ التحكيم بتقديم طلب التحكيم للهيئة من المدعي وفق الإجراءات المنصوص عليها في نظام التحكيم، المنصوص عليها في قرار مجلس إدارة الهيئة رقم (١) لسنة ٢٠٠١ بشأن نظام التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات العربية المتحدة، والتي تضمنت إجراءات هذا الطلب وبياناته والمرفقات الواجب تقديمها وشروطه، حيث نصت المادة ٦ على أن "يقدم طلب التحكيم للهيئة متضمناً اسم كل من المدعي والمدعى عليه، ومحل إقامة كل منهما، وعرضاً لموضوع النزاع والطلبات المتعلقة بها وأسانيدها والتعويض المطلوب، وترفق بالطلب صور من جميع المستندات المؤيدة له مع مذكرة شارحة للنزاع وما يفيد سداد رسوم التحكيم"^(١٦٨).

وفي تسوية منازعات العمل الجماعية فقد نصت المادة ١٦٠ من قانون العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٨ لسنة ١٩٨٠ على أن تنشأ بوزارة العمل والشؤون الاجتماعية لجنة تسمى لجنة التحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية..."^(١٦٩)، كما حدد قرار مجلس الوزراء رقم ١١

(١٦٨) نصت المادة ٧ من القرار السابق، على أن "تفيد طلبات التحكيم فور ورودها للهيئة في سجل خاص بأرقام متسلسلة في بداية السنة الميلادية وتنتهي الأرقام بنهاية تلك السنة"، ونصت المادة ٨ من القرار السابق، على أن "يخطر المدعى عليه على النحو الوارد في المادة ٤ من هذا النظام، وعندها يلتزم بتقديم دفاعه بالنسبة لطلبات المدعي خلال (١٥) يوماً من تاريخ إخطاره، ويرفق ببيان الدفاع المستندات التي يعتبرها ذات صلة به أو يشير إلى الأدلة والمستندات التي يعتزم تقديمها"، ونصت المادة ٩ على أن "لأي من طرفي النزاع أن يعدل إدعاءه أو دفعه أو يكملها خلال سير الإجراءات ما لم تر اللجنة أن من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه".

(١٦٩) "... وتؤلف على النحو الآتي: ١- وزير العمل رئيساً ويحل وكيل وزارة العمل (=)

لسنة ١٩٨٢ تنظيم إجراءات التقاضي وغير ذلك من القواعد اللازمة لحسن سير العمل أمام لجان التوفيق ولجنة التحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية، كما نظم القرار الوزاري رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠٠٣ الإجراءات المتعلقة بتنظيم حسم تلك المنازعات، وبالرجوع للنصوص المتعلقة بالتحكيم في منازعات العمل الجماعية، يتبين أن التحكيم يتم في صورة طعن أو تظلم من قرار لجنة التوفيق، وأنه لا يوجد اتفاق تحكيم، سواء في صورة شرط أو مشاركة تحكيم، بل يكون التحكيم في صورة طعن إلى لجنة التحكيم العليا بعريضة موقعة من الطاعن، وتشمل هذه العريضة أسباب الطعن ويرفق به المستندات المؤيدة له، خلال ثلاثين يوماً من صدور القرار من لجنة التوفيق (المواد رقم ٦ ، ٧ ، ٩ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ بشأن تنظيم إجراءات التقاضي)^(١٧٠).

(=) أو مدير عام الوزارة محله في حالة غيابه، ٢- قاض من المحكمة الاتحادية العليا يعين بقرار من وزير العدل بناء على ترشيح الجمعية العمومية لهذه المحكمة عضواً، ٣- أحد ذوي الخبرة والتجربة في محيط العمل من المشهود لهم بالحيدة يعين بقرار من وزير العمل والشئون الاجتماعية عضواً، ويجوز تعيين عضوين احتياطيين من بين فنتي العضوية الأصليين ليحلا محلها في غيابهما أو قيام مانع لديهما". وتنص المواد من ١٥٤ حتى ١٦٠ على تحديد المقصود بمنازعة العمل الجماعية، وإجراءات حسم المنازعات بالتفاوض ثم عن طريق التوفيق، ثم عن طريق التحكيم.

(١٧٠) نصت المادة ٦ من قرار مجلس الوزراء رقم ١١ لسنة ١٩٨٢ بشأن تنظيم إجراءات التقاضي، وغير ذلك من القواعد اللازمة لحسن سير العمل أمام لجان التوفيق ولجنة التحكيم العليا لحل منازعات العمل الجماعية، على أنه: "إذا لم يوافق أي من طرفي النزاع على قرار اللجنة كان له الطعن فيه أمام لجنة التحكيم العليا وذلك خلال ثلاثين يوماً من صدور القرار وإلا أصبح القرار نهائياً واجب التنفيذ. وفي هذه الحالة يكون لمن صدر القرار لمصلحته أن يطلب من اللجنة تحرير محضر بذلك تتبع في شأنه أحكام المادة السابقة". وتنص المادة ٧ على أن "على اللجنة في جميع الأحوال، سواء أصدرت قرارها في (=)

المطلب الرابع

خصائص اتفاق التحكيم

٣٩- ذكرنا آنفاً أن اتفاق التحكيم هو المفترض أو المحور الذي يدور حوله التحكيم، ويعبر عنه أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي بأنه مصدر سلطة المحكمين^(١٧١)، فهو ينشئ التحكيم كما أنه المحدد لنطاق التحكيم ومداه^(١٧٢)، ويترتب على عدم اشتمال الحكم عليه بطلان التحكيم (م ١/٥٣/أ من قانون التحكيم المصري، المقابلة للمادة ١/٢١٦/أ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة)، ونظراً لذلك فهو يتمتع بأهمية فقهية وعملية عن عملية التحكيم ذاتها، حيث خصص المشرع المصري أكثر من

(=) شأن النزاع جزئياً أو كلياً أو تخلف إصدار هذا القرار خلال المدة المحددة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة أن ترفع تقريراً لدائرة العمل المختصة بنتيجة عملها ويجب أن يشتمل تقرير اللجنة على الوقائع التي أدت إلى نشوب النزاع والملابسات والظروف التي اكتتفتها والمقترحات التي قدمتها اللجنة للطرفين بغية التوفيق بينهما". وتنص المادة ٩ من القرار المشار إليه أيضاً، على أن "يقدم الطعن إلى لجنة التحكيم العليا بعريضة موقعة من الطاعن على أن يبين بها أسباب الطعن، ويرفق بها المستندات المؤيدة له وذلك خلال المدة المنصوص عليها في المادة (٦)، وعلى أمانة سر لجنة التحكيم العليا إخطار المطعون ضده بصورة من عريضة الطعن خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمها، وعلى المطعون ضده أن يودع أمانة سر هذه اللجنة مذكرة بدفاعه مشفوعة بالمستندات المؤيدة له، وذلك خلال أسبوعين من تاريخ إخطاره بصورة من عريضة الطعن".

(١٧١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٦، ص ٨٣.

(١٧٢) د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢ ص ٣.

مادة من مواد قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لتناول مفهوم اتفاق التحكيم وآثاره، كما خصص قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أكثر من نص لتناول مفهوم اتفاق التحكيم، كما كرس له المشرع الفرنسي وفقاً لأحدث تعديلاته بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ اهتماماً كبيراً، فخصص له المادة ١٤٤٢ و ١٤٤٣ و ١٤٤٤ و ١٤٤٥ و ١٤٤٦ و ١٤٤٧ وهو يتمتع بالعديد من الخصائص والسمات التي تميزه عن غيره من الاتفاقات أو العقود، فهو اتفاق رضائي^(١٧٣)، قوامه تلاقي إرادات الأطراف على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، لحسم المنازعات التي يمكن أن تثور أو ثارت بالفعل بينهم، وهذا الاتفاق ناجز من لحظة إبرامه؛ إذ ما التجأ أحد الأطراف للتحكيم، فيتعين على هيئة التحكيم الاستمرار في التحكيم.

وهذا الالتزام أساسه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، كما أنه اتفاق معلق على شرط واقف مضمونه الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذا ما طرح أحد الأطراف النزاع على المحكمة المختصة، كما أنه ملزم للجانبين بالامتناع عن الالتجاء لقضاء الدولة، والالتجاء للتحكيم لحسم النزاع وقبول الحكم الصادر من المحكمين في موضوع النزاع^(١٧٤)، بخلاف العقود الملزمة للجانبين في

(١٧٣) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة، بند ٧، ص ٢٥؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥، ص ١٧.

(١٧٤) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق الإشارة، بند ٧، ص ٢٥، ٢٦؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ٢٤٢، ٢٤٣؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥، ص ١٧، مع ملاحظة أن طبيعة الالتزام الملقاة على عاتق أطرافه ليست متقابلة بمعنى اختلافها من حيث الموضوع، كما هو الحال لمعنى الالتزامات المتقابلة في العقود المدنية الملزمة للجانبين، بل إنه التزام من نفس الطبيعة والمضمون، بالامتناع عن (=)

القانون المدني، التي تتقابل فيها التزامات الطرفين، كما أنه يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً^(١٧٥)، ولا يجوز النزول عنه بالإرادة المنفردة^(١٧٦)، كما أنه

(=) الالتجاء للقضاء والالتجاء للتحكيم، عكس ذلك، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق للإشارة، بند ٧، ص ٢٦.

(١٧٥) تمييز دبي، الطعن رقم ٢٩٣ جلسة ١٠/١١/١٩٩١ العدد ٢ ص ٤٨٦، الطعن رقم ٣٣٧ جلسة ٧/٣/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٢٥٧، الطعن رقم ١٢٩، ورقم ١٧٠ جلسة ١/٨/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٧، وقد جاء في هذه الأحكام "لما كان التحكيم هو اتفاق على منح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظره، فإن هذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فيجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت دعاها قبل الطاعنين للتصريح لها بإحالة موضوع النزاع للتحكيم ودفعها للطاعن الثاني (المالك) للطاعنة الأولى بطلب رفضها، وهو ما ينطوي ضمناً على عدم موافقته على التحكيم إعمالاً للشروط الواردة في المقابلة، وبذلك تكون إرادة الطرفين قد تلاقت مع إرادة المطعون ضدها التي قامت بتعديل الطلبات بإلزام الطاعنين برصيد الحساب محل النزاع، مما يعد تنازلاً من الطاعنين عن التمسك بشرط التحكيم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بهذا التنازل، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون"، الطعن رقم ٣٩٩ جلسة ٧/٥/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٩٦، وقد جاء في هذا الحكم أنه: "وإن كان يجوز النزول عن التحكيم صراحة أو ضمناً إلا أنه يجب أن يكون هذا النزول قاطع الدلالة على رضاء المتنازل عنه وترك حقه في التمسك به، وتقدير ذلك يدخل في تقدير محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاها في شأنه على أسباب سائغة وبما له أصل ثابت في الأوراق".

(١٧٦) د. محمد فتوح عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق للإشارة، مبدأ ٢٠، ص ٣٤، تمييز دبي، الطعن رقم ٢٨٢ جلسة ١٣/٢/١٩٩٤ العدد ٥ ص ١٧٦، تمييز دبي، الطعن رقم ٩٦ جلسة ٤/٢/١٩٨٩ العدد ١ ص ١٨٦؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٣٦٢.

اتفاق نسبي لا يلزم سوى أطرافه^(١٧٧).

ولذا؛ يتميز اتفاق التحكيم باستقلاله عن العقد الأصلي، كما أنه يتميز بعدم تعلقه بالنظام العام، كما لا يجوز تجزئة اتفاق التحكيم، كما يتميز بالنسبية فلا يلزم سوى أطرافه^(١٧٨)، وهو ما نجمه على النحو الآتي:

الفرع الأول

استقلال اتفاق التحكيم

٤٠ - يتميز اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة باستقلاله عن العقد الأصل، وهو ما نصت عليه المادة ١٤٤٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ في ١٣ يناير ٢٠١١ L'autonomie de la Convention d'Arbitrage de Contrat de fond^(١٧٩)، وقد عبر بعض الفقه الحديث عن هذه الاستقلالية بأن شرط التحكيم الوارد كبند من بنود العقد يعتبر عقد داخل عقد Un Contrat dans un Contrat original^(١٨٠).

(١٧٧) د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات التحكيم، مرجع سابق، بند ٤، ص ٤ وما بعدها؛ د. هدى مجدي عبد الرحمن، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٨، ١٩.

(١٧٨) سأقتصر هنا على تناول السمات الثلاث الأولى، ومنعاً للتكرار سوف نتناول السمة الرابعة التي تتعلق بنسبية اتفاق التحكيم عند الكلام عن نطاق اتفاق التحكيم، أنظر ما سيللي بند ٨٠ وما بعدها.

(١٧٩) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١٢٧، ص ١٩٤ وما بعدها؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ١٦، ص ١٩.

(180) Philippe FOUCHARD, «L'arbitrage Commercial International», op. cit., n° 114 et 115, p. 67 et s.

٤١ - والحقيقة أن شرط التحكيم السابق هو تصرف قانوني مستقل وإن تضمنه العقد الأصلي^(١٨١)، ويقصد باستقلال شرط التحكيم عدم تعلق الشرط من

(١٨١) د. فتحي إسماعيل والي "الوسيط في قانون القضاء المدني" مرجع سابق بند ٤٥٧ ص ٩٣٤ وما بعدها، حكم محكمة تمييز دبي، في الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠١ بتاريخ ٢ يونيو ٢٠٠٢ ص ٤٨٦ وما بعدها، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن "الشركة الطاعنة أقامت الدعوى رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠١ تجاري كلي أمام محكمة دبي الابتدائية على المطعون ضدها بطلب الحكم أصلياً بإلزامهما بالتضامن بأن يؤديا لها مبلغ ٨٥.٠٧٣.٨٤٥ درهماً والفائدة بنسبة ١٢% من تاريخ إقامة الدعوى وحتى تمام السداد، واحتياطياً بإحالة النزاع على التحكيم عن طريق تسمية محكم مختص وتكليفه بالبدء في إجراءات التحكيم، وبياناً لذلك قالت إنه بتاريخ ١٨/٦/١٩٩٨ اتفقت مع الشركة المدعى عليها الأولى بموجب عقد مقاوله من الباطن لتوريد وتسليم وتركيب أعمال ميكانيكية وكهربائية وصحية طبقاً للرسومات والمواصفات المحددة بالعقد الخاص بالمشروع الذي قامت تلك الشركة كمقاول أصلي بالاتفاق على تنفيذه لصالح المدعى عليه الثاني (المالك)، وقد ترصد للمدعية من قيمة الأعمال التي نفذتها المبلغ المطالب به شاملاً مبلغ الضمان المحتجز من قبل المدعى عليهما وذلك بعد خصم مبلغ ١٩٧٨١ درهماً من أعمال الكهرباء والأعمال الصحية، وإذ امتنع المدعى عليهما عن سداد المبلغ المطالب به دون وجه حق كما امتنعا عن تسمية محكم من طرفهما ليفصل في الخلاف، فقد أقامت الدعوى بطلباتها السالفة البيان، دفعت الشركة المدعى عليها الأولى بعدم قبول الدعوى بوجود شرط التحكيم، وبتاريخ ٨/١٠/٢٠٠١ حكمت المحكمة أولاً: في الطلب الأصلي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، ثانياً - وفي الطلب الاحتياطي بتعيين خبير الجدول الهندسي صاحب الدور محكماً في الدعوى، وذلك للفصل في النزاع بين الشركة المدعية والشركة المدعى عليها الأولى بشأن عقد المقاوله المؤرخ ١٨/٦/١٩٩٨ على أن ينتهي من مهمته خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى وألزمت الشركة المدعى عليها الأولى بالمناسب من المصروفات، وأشارت في أسباب حكمها إلى رفض الدعوى بشقيها بالنسبة للمدعى عليه الثاني، استأنفت الشركة المدعية هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٤٤٧ لسنة ٢٠٠١ طالبة الحكم أصلياً بإلغائه فيما قضى به من عدم قبول طلباتها الأصلية للاتفاق على التحكيم (=)

(=) والقضاء باختصاص المحاكم بنظر هذه الطلبات وبإعادة ملف الدعوى إلى محكمة أول درجة للنظر في موضوع هذه الطلبات واحتياطياً عدم رفع المحكمة يدها عن الدعوى والإبقاء عليها إلى حين صدور قرار المحكم والتصديق عليه إعمالاً للمادة ١/٢١٣ من قانون الإجراءات المدنية، وبتاريخ ٢٠٠٢/٣/١٩ حكمت المحكمة - وفي غياب الخصوم - بتأييد الحكم المستأنف، طعنت الشركة المدعية في هذا الحكم بطريق التمييز بصحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٢ طلبت فيها نقض الحكم المطعون فيه - وقدم محامي كل من المطعون ضدهما مذكرة بالرد طلب فيها رفض الطعن. وحيث إن الطعن أقيم على أسباب سائغة تنعي الشركة الطاعنة بالسببين الثاني والثالث منها على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق؛ إذ أيد الحكم الابتدائي فيما قضى به من عدم قبول الدعوى بالنسبة لطلباتها الأصلية، وهي إلزام المطعون ضدهما بمبلغ ٨٥.٠٧٣.٨٤٥ درهماً قيمة مستحقاتها من الأعمال التي نفذتها بموجب عقد المقاولة من الباطن، على سند من ورود شرط التحكيم بالعقد المذكور، هذا في حين أنه لم يكن هناك مجال لإعمال شرط التحكيم المشار إليه، لأنه لم يكن هناك نزاع بينهما وبين المطعون ضدهما على إتمام تنفيذ عقد المقاولة من الباطن، وكل ما في الأمر أن الشركة المطعون ضدها الأولى تحتبس تحت يدها مستحقات الشركة الطاعنة رغم إقرارها بها وإقرار المهندس الاستشاري بأنها نفذت جميع الأعمال الموكلة إليها، سواء الأعمال الأصلية أو الإضافية ورغم أن الشركة المطعون ضدها الأولى استلمت هذه المستحقات من المطعون ضده الثاني - صاحب المشروع - بما يجعل هذه المستحقات أمراً واقعاً لا نزاع فيه، إضافة إلى أن شرط التحكيم قد أصبح لا أثر له بانقضاء عقد المقاولة له - بإتجاز الشركة الطاعنة الأعمال المتفق عليها عملاً بالمادة ٨٩٢ من قانون المعاملات المدنية. وحيث إن هذا النعي مردود؛ ذلك أن من المقرر وفق ما تقضي به الفقرة الخامسة من المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية، أنه إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء، ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين ورفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى، جاز نظر الدعوى وأعتبر شرط التحكيم لاغياً، ومن المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يجب على الطرف المتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على التجاء خصمه إلى المطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على التحكيم، فإن لم يحصل (=)

(=) منه اعتراض في تلك الجلسة جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة (جاز نظر الدعوى) أن نظر الدعوى أمام المحكمة يُصبح صحيحاً ولازمًا ويُصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إعمالاً لاتفاق التحكيم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو ممثله لأول مرة أمام المحكمة، ولما كان الهدف من التحكيم هو الفصل في النزاع بين طرفي الخصومة بتحريك إجراءاته أمام هيئة التحكيم، لذلك فإنه يفترض قيام نزاع بالفعل بين الطرفين - والمقصود بالنزاع هي الخصومة التي يكون الغرض منها حماية حق أو مركز قانوني للخصم إذا ما نازعه خصمه فيه كما أن المقصود بالمسائل التي يشملها التحكيم والتي يتعين تحديدها في وثيقة التحكيم وإلا كانت باطلة - وفق ما تقضي به المقضي به الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٣ السالفة الذكر - هي العلاقة القانونية التي يكون النزاع الناشئ حولها محلاً للتحكيم بحيث يكون تحديدها بذاته كافياً لاعتبار وثيقة التحكيم صحيحة وإن لم تتضمن بياناً لماهية النزاع الذي قام بالفعل بشأنها والمطلوب عرضه على التحكيم، ولئن كان التحكيم يجب قصره على ما تم الاتفاق على عرضه عليه، إلا أنه يجوز لكل من طرفي التحكيم إثارة كل ما يكون متعلقاً أو متصلاً أو مرتبطاً أو داخلياً في النزاع المتعلق بشرط التحكيم، وتقدير ذلك هو مما يدخل في تفسير شرط التحكيم الذي تخضع فيه محكمة الموضوع لرقابة محكمة التمييز، ومن المقرر أيضاً أن بطلان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم سارياً ومنتجاً لأثره بالنسبة للأثار المترتبة على بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ما لم يمتد البطلان إلى شرط التحكيم ذاته، فيكون في هذه الحالة لا أثر له، باعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع المُشترط التحكيم فيه من ولاية المحاكم، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة التحكيم، ومن المقرر - وفق ما تقضي به المادة ٨٩٢ من قانون المعاملات المدنية - أن عقد المقاولة ينقضي بإنجاز العمل المتفق عليه أو فسخ العقد رضاً أو قضاءً، لما كان ذلك وكان قيام الشركة الطاعنة بالاتجاه إلى القضاء بطلب الحكم لها أصلياً بإلزام المطعون ضدها بما تدعيه من مستحقات لها في ذمتها مقابل تنفيذها لأعمال المقاولة من الباطن، يعني وجود نزاع بشأن هذه المستحقات بين طرفي عقد المقاولة وقد ورد بالبند ١٨ من العقد المذكور - تحت بند حسم المنازعات - أن تسوى بطريق التحكيم المنازعات (=)

(=) الناشئة عن هذا العقد، مما مفاده أن طرفي هذا العقد قد اتفقا على أن يكون التحكيم كلياً شاملاً لجميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد المقاوله المشار إليه آنفاً، سواء الأعمال الأصلية أو الأعمال الإضافية أو الدفعات أو المستحقات التي لم تسدد، وإذ كان ما طلبته الشركة الطاعنة في الدعوى هو مما يدخل في نطاق - ما هو متفق عليه في شرط التحكيم - وكانت الشركة المطعون ضدها الأولى - المقاول الأصلي - التي تعاقدت مع الشركة الطاعنة قد تمسكت في الجلسة الأولى التي حضر ممثلها أمام محكمة أول درجة - بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم، وكان مؤدى ما سبق قيام نزاع بين طرفي العقد وحول ما تدعيه الشركة الطاعنة من مستحقات عن أعمال نفذتها بموجب عقد المقاوله من الباطن وكان المتفق عليه بهذا العقد هو تسوية هذا النزاع بالتحكيم، ومن ثم فإن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع المبدى من الشركة المطعون ضدها الأولى بعدم قبول هذا الطلب - وهي موضوع الطلب الأصلي - للاتفاق على التحكيم يكون قد صادف صحيح القانون ولا يغير من ذلك ما تدعيه الشركة الطاعنة من أنه لم يكن هناك محل لتطبيق شرط التحكيم على هذا الطلب لعدم وجود نزاع بين الطرفين بشأن المستحقات المطالب بها، وأن شرط التحكيم قد انقضى بانقضاء عقد المقاوله من الباطن بتمام تنفيذ الأعمال ذلك أن قيام الشركة الطاعنة برفع الدعوى بالمطالبة بهذه المستحقات ومنازعة الشركة المطعون ضدها الأولى لها فيها يعني وعلى ما سلف بيانه قيام نزاع بالفعل بين هاتين الشركتين - كما أن انقضاء عقد المقاوله المشار إليه بتمام تنفيذ الأعمال طبقاً للمادة ٨٩٢ من قانون المعاملات المدنية لا يترتب عليه سقوط أو انقضاء شرط التحكيم المشتمل عليه بل يبقى هذا الشرط قائماً وسارياً على الآثار المترتبة على انقضاء ذلك العقد باعتباره - وعلى ما سلف - مستقلاً عنه؛ ومن ثم فإن النعي بما تقدم يكون على غير أساس، وحيث إن الشركة الطاعنة تنعي بالسبب الأول على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والقصور في التسبب ومخالفة الثابت في الأوراق؛ إذ أورد في أسبابه ما يفيد عدم قبول استئناف الحكم الابتدائي فيما قضى به في الشق الثاني منه بتسمية المحكم على سند ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية من عدم جواز الطعن في الحكم الصادر بتسمية المحكم، هذا في حين أن المحكمة لم تقم أصلاً بتعيين محكم حتى يُقال بعدم جواز الطعن في قرارها، ولأن قرار تعيين المحكم يكون غير قابل للاستئناف عندما يلجأ الأطراف إلى المحكمة وهم متفقون على المحكم أصلاً ولكنهم مختلفون حول تحديد (=)

(=) شخصيته، والحال في الدعوى أن الشركة الطاعنة طلبت من المحكمة أصلياً - الحكم لها بالمبالغ المستحقة في ذمة الشركة المطعون ضدها الأولى بسبب سقوط شرط التحكيم - إضافة إلى أن القضاء بعدم قبول استئناف الحكم الصادر بتسمية المحكم لم يرد في منطوق الحكم المطعون فيه وإنما ورد بأسبابه، وحيث إن هذا النعي غير مقبول - ذلك أن تدخل المحكمة في تشكيل هيئة التحكيم - وفق ما تقضي به المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية - لا يكون إلا في الحالات الواردة في النص - ومن بينها عدم اتفاق الخصوم على أشخاص المحكمين، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم وبالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى متى كانت المحكمة مختصة أصلاً بنظر النزاع المتعلق بشرط التحكيم، ومن المقرر أنه لا مصلحة للخصم في الطعن على ما قضى به الحكم لصالحه، ولما كان ذلك وكان البين من عقد المقاولة من الباطن - سند الدعوى - أن طرفيه قد اختارا طريق التحكيم للفصل فيما يثور بينهما من منازعات ناشئة عن هذا العقد، وقد أقرت الشركة الطاعنة في دعواها أن الشركة المطعون ضدها الأولى لم تستجب لدعوتها بتسمية محكم للبدء في إجراءات التحكيم، ولذلك فقد قضت المحكمة الابتدائية للشركة بطلبها في هذا الخصوص ومن ثم فلا مصلحة لها في الطعن على ما قضى به لصالحها بتعيين المحكم وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم قبول استئناف الحكم الصادر بتعيين المحكم، فإنه يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون - ولا يعيبه أن يكون قد أورد ذلك في أسبابه دون المنطوق لما هو مقرر من أن قضاء الحكم كما يكون في المنطوق يكون كذلك في الأسباب، ومن ثم فإن النعي بما تقدم يكون غير مقبول، وحيث إن الشركة الطاعنة تنعي بالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال؛ إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض الدعوى بالنسبة للمطعون ضده الثاني على سند من القول بأنه ليس طرفاً في عقد المقاولة من الباطن وبأن الشركة المطعون ضدها الأولى - المقاول الأصلي - لم تحل حقها فيه على المطعون ضده الثاني - صاحب العمل - ورتب على ذلك عدم سرمان شرط التحكيم في مواجهة الأخير، هذا في حين أن قيام الشركة المطعون ضدها الأولى بتعليق سداد المبالغ المستحقة للشركة الطاعنة على سداد المطعون ضده الثاني لها بهذه المبالغ يعتبر إحالة منها على هذا الأخير مما يجعل المطعون ضده الثاني طرفاً في عقد المقاولة من الباطن، وبالتالي يسري قبله شرط التحكيم، وكان لزاماً على الحكم المطعون فيه وقد اعتبر المطعون ضده الثاني ليس طرفاً في شرط التحكيم أن يفصل في الطلب (=)

(=) الأصلي للطاعة بإلزامه بالمبلغ المطالب به باعتباره صاحب المشروع الذي قامت بتنفيذه، وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن من المقرر وفق ما تقضي به المادة ٢٥٢ من قانون المعاملات المدنية أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، والاتفاق على التحكيم لحل النزاع بين المتعاقدين لا يلزم إلا أطرافه، سواء كانوا اثنين أو أكثر، والمتعاقد في هذا الاتفاق هو من صدر منه التعبير عن إرادة الالتزام به فيساهم في تكوينه، ولا يكفي لذلك ورود اسم غير المتعاقدين فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة، ومع ذلك فقد يسري شرط التحكيم على الغير في بعض الحالات، كما في حوالة العقد الأصلي إلى المحال له، ومن المقرر وفق ما تقضي به المادة ٨٩١ من قانون المعاملات المدنية أنه لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأصلي إلا إذا أحاله على صاحب العمل، ومن المقرر أن استخلاص أطراف شرط التحكيم وحوالة العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم إلى الغير من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب متى كان قضاؤها في ذلك سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق، ولما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد أقام قضاءه برفض الدعوى بالنسبة للمطعون ضده الثاني على ما أورده في أسبابه من أن "الثابت أن المدعية (الشركة الطاعة) قد تعاقدت مع المدعي عليها الأولى (الشركة المطعون ضدها الأولى) على تنفيذ بعض الأعمال الموضحة بالجدول الثاني من عقد المقاول من الباطن المؤرخ ١٩٩٨/٦/١٨ والتي تشكل جزءاً من الأعمال الرئيسية التي تقوم المدعي عليها الأولى بتنفيذها بموجب العقد الرئيسي، وكان الثابت أن المدعية لا تربطها ثمة رابطة والمدعي عليه الثاني (المطعون ضده الثاني) ولم تقدم ما يفيد أن المدعي عليها الأولى قد أحالتها عليه الأمر الذي تقضي معه المحكمة والحال كذلك برفض هذا الشق من الطلب" وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد هذا الحكم قد أضاف إلى ذلك قوله "ولا ترى المحكمة في اتفاق عقد المقاول من الباطن على جواز إحالة أي شعار يتعلق بالعقد المشار إليه إلى المحكم - الذي تم إحالة النزاع المتعلق بالعقد الرئيسي إليه ما يدل على أن تعامل المهندس الاستشاري الذي عينه المستأنف ضده الثاني مع المستأنفة أو تعليق المبالغ المستحقة للمستأنفة على قيام المستأنف ضده الثاني بسداد هذه المبالغ ما يدل على انصراف عقد المقاول من الباطن وما به من شروط إلى المستأنف ضده الثاني؛" وإذ كان هذا الذي خلصت إليه محكمة سائغاً وله أصله الثابت في الأوراق وكافياً لرفض الدعوى ضد المطعون ضده الثاني، ويتضمن الرد المسقط لكل (=)

(=) ما تثيره الشركة الطاعنة في هذا الخصوص، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس، وحيث إن الشركة الطاعنة تنعي بالسببين الخامس والسابع على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب؛ إذ أورد في أسبابه أنها لم تطلب من المحكمة - بعد قضائها بإحالة النزاع إلى التحكيم وقف السير في الدعوى إلى حين أن يصدر المحكم حكمه ويقوم بإيداعه قلم كتاب المحكمة للتصديق على حكم المحكم، كما أن المحكمة بقضائها بإحالة النزاع إلى التحكيم تكون قد تخلت عن الدعوى دون أن تعطي الشركة الطاعنة الفرصة لإعادة الدعوى إلى المرافعة للتصديق على حكم المحكم، وحيث إن هذا النعي مردود - أن النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من قانون الإجراءات المدنية - على أنه 'في التحكيم الذي يتم عن طريق المحكمة يجب على المحكمين إيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة المختصة أصلاً بنظر الدعوى خلال الخمسة عشر يوماً التالية لصدور الحكم، كما يجب عليهم إيداع صورة من الحكم قلم كتاب المحكمة لتسليمها إلى كل طرف وذلك خلال خمسة أيام من إيداع الأصل ويحرر كاتب الجلسة محضراً بهذا الإيداع يعرضه على القاضي أو رئيس الدائرة حسب الأحوال لتحديد جلسة خلال خمسة عشر يوماً للتصديق على الحكم ويعلن الطرفان بها"، يدل على أن سلطة المحكمة في التحكيم التي يتم عن طريقها لا تنتهي بعرض النزاع على التحكيم للفصل فيه، بل تمتد إلى ما بعد صدور حكم المحكمين للتصديق عليه - بالتالي فليس هناك ما يدعو محكمة الموضوع إلى القضاء بوقف السير في الدعوى لحين إيداع حكم المحكمين بقلم كتاب المحكمة -؛ إذ رسم المشرع في النص المشار إليه كيفية متابعة الإجراءات أمام المحكمة، وهو ما كانت الشركة الطاعنة تبتغيه من طلبها الاحتفاظ بحقها في التصديق على حكم المحكم؛ ومن ثم فإن النعي في ذلك يكون على غير أساس. وحيث إن الطاعنة تنعي بالسبب السادس على الحكم المطعون فيه - الخطأ في تطبيق القانون -؛ إذ أيد الحكم المستأنف فيما قضى به من إلزامها بالمصروفات المناسبة في حين أن النزاع في الدعوى، وإن كان قد قُضى بإحالته للتحكيم إلا أنه مازال في ولاية المحكمة إلى أن يصدر المحكم حكماً فيه، كما لم يبين الحكم ما هو المناسب من المصروفات خاصة وأنه لا يمكن قسمتها بين الطلبات الأصلية والطلبات الاحتياطية، كما كان على المحكم، وقد أجابها إلى طلبها الاحتياطي أن يلزم الشركة المطعون ضدها الأولى بكامل المصروفات. وحيث إن هذا النعي مردود - ذلك أن من المقرر وفق ما تقضي به الفقرتان الأولى والثانية من (=)

حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي^(١٨٢).

فلا يترتب على إبطال أو بطلان الشرط أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان موضوع العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه بطلان شرط التحكيم، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل شرط التحكيم^(١٨٣).

(=) المادة ١٣٣ والمادة ١٣٥ من قانون الإجراءات المدنية - أنه يجب على المحكمة عند إصدار الحكم الذي تنتهي به الخصومة أمامها أن تحكم من تلقاء نفسها في مصروفات الدعوى وأن من خسر الدعوى من الخصوم هو الذي يتحمل مصروفاتها كاملة بما في ذلك الرسوم المستحقة عليها، أما إذا أخفق كل من طرفي الخصومة في بعض طلباته في الدعوى، فإن المحكمة لها الخيار إما بتقسيم المصروفات بين كل منهما بالنسبة التي تقدرها في حكمها أو الحكم بالمصروفات جميعها على أحد الخصوم ولو كان قد أخفق فحسب في بعض طلباته وقضى له بالبعض الآخر، مما مفاده أن الأمر جوازي لمحكمة الموضوع في هذه الحالة الأخيرة تقضي حسبما تراه هي مناسباً لظروف الحال دون رقابة عليها في ذلك من محكمة التمييز. لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي قد قضى بعدم قبول الطلبات الأصلية بالنسبة للشركة المطعون ضدها الأولى للاتفاق على التحكيم، وبرفضها بالنسبة للمطعون ضده الثاني، وهو حكم تنتهي به الخصومة في هذه الحالة، وتكون الشركة الطاعنة بذلك قد خسرت هذا الشق من الدعوى ولم يقض لها سوى بطلبها الاحتياطي بتعيين المحكم، وإذا قضت محكمة أول درجة وتبعاً لذلك بإلزام الشركة المطعون ضدها الأولى بالمصروفات المناسبة - وهو ما يدخل في حدود سلطتها - فإنها تكون قد ألزمتها بنسبة من المصروفات تعادل ما حكم به لصالح الشركة المدعية، ومن ثم فإن النعي في ذلك يكون على غير أساس ومن ثم يتعين رفض الطعن.

(182) Piero BERNARDINI « L'arbitrage en Italie après la récente réforme » Rev. de L'arbitrage, 1994; n° 3, p. 486 et s.

(١٨٣) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧ ص ٩٣٤ وما بعدها؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة بند ١٥ ص ١٧ و ١٨.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD « Procédure Civile » op. cit., n° 1669, p. 1122, il dit « La clause compromissoire constitue une (=)

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكمها الصادر في الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٥ ق ١٩٩٥/١/٢٢ بأنه "يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم تبعاً لذلك، إذا امتد البطلان لبطلان الشرط".

وقضت محكمة تمييز دبي في حكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨ بتاريخ ٢١/٩/٢٠٠٨ بأنه "إذا ما قضت المحكمة ببطلان العقد، فإن هذا البطلان يمتد الى كافة ما اشتمل عليه من شروط والتزامات بما فيها شرط التحكيم".

وقد نصت المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري على ذلك، بقولها "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"^(١٨٤)، ونصت المادة ١٦ من قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٩٢ على أنه

(=) convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond du litige et doit pouvoir être mise en œuvre indépendamment de la validité du contrat principale», B. FILLION-DUFOULEUR et PH. LÉBOULANGER «Le Nouveau Droit Egyptien de L'arbitrage», Revue de L'arbitrage, 1994, n° 4, n° 11, p. 669.

كما استقر قضاء النقض الفرنسي على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. للمزيد راجع: د. أسامة شوقي المليجي "هيئة التحكيم الاختياري"، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥ ص ١٧ و ١٨، د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، بند ١٧٩ ص ١٥١ وما بعدها.

(١٨٤) بخلاف الحال قبل صدور قانون التحكيم الحالي؛ حيث خلت المواد من ٥٠١ وما بعدها من قانون المرافعات من النص على استقلال اتفاق التحكيم، للمزيد:

Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LÉBOULANGER, « Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage »; Rev. Arb., 1994, n° 4, p. 669.

"يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة تحكيم) أو على شكل بند في عقد (شرط تحكيم) وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وإذا حكم ببطان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطان شرط التحكيم".

ونصت المادة ١٤٤٧ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير على استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتعلق به ولا يتأثر بعدم فاعلية العقد المذكور، وعندما يكون شرط التحكيم باطلاً يعتبر أنه كأن لم يكتب^(١٨٥).

كما نصت ٢١ من قواعد التحكيم الصادرة عن الأمم المتحدة بشأن التحكيم التجاري الدولي عام ١٩٧٦ على أن "١- هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم الاختصاص وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو الاتفاق، ٢- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه وفي حكم المادة ٢١، يعامل شرط التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقود الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطان شرط التحكيم"، ونصت المادة ٤/٦ من نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس المعمول بها اعتباراً من يناير ١٩٩٨، على أنه

(185) Article 1447 NCPC "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. «Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite"

راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٣٤ وما بعدها.

"ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم وحتى في حال انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه".

ومقصود استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، هو الاستقلال من حيث كينونته، بحيث لا يتوقف وجود أو صحة شرط التحكيم على وجود أو صحة العقد الأصلي أو استمراره، وهذا الاستقلال لا ينفي الارتباط بينهما ارتباطاً مصدره محل شرط التحكيم هو المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي^(١٨٦)، وهو ما يكفي لامتناد شرط التحكيم للخلف الخاص.

وأساس استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي اختلاف محله وسببه عن العقد الأصلي، فمن ناحية يختلف شرط التحكيم من حيث محله عن العقد الأصلي، فمحل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة تتعلق بموضوع العقد أو تنفيذه أو الآثار المترتبة عليه، أما سبب اتفاق التحكيم فهو رغبة الأطراف في إقصاء منازعتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التحكيم^(١٨٧)، في حين يتمثل سبب العقد في الواقعة محل الالتزام القانوني الوارد في العقد.

٤٢ - الاستقلالية في اتفاق التحكيم تكون لشرط التحكيم، سواء بالنسبة للشرط الوارد في العقد الأصلي أو في الاتفاق اللاحق عليه، فهو اتفاق مستقل عن العقد بين الطرفين^(١٨٨)، فلا يترتب على بطلانه أو صحته بطلان أو صحة

(١٨٦) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٤٤، ص ٥٠٦.

(١٨٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٤ ص ٩٥.

(١٨٨) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٤٥ وما بعدها.

العقد الأصلي^(١٨٩)، كما لا يترتب على بطلان أو صحة العقد الأصلي بطلان أو صحة شرط التحكيم والعكس، إلا إذا كان البطلان يرجع لسبب يشمل شرط التحكيم، كما لو أبرم العقد من شخص عديم الأهلية.

الجدير بالذكر أنه قد يبطل شرط التحكيم مع صحة العقد الأصلي، وذلك في حالة إبرام كليهما من وكيل بدون وكالة خاصة أو إبرامهما من شخص لا يملك التصرف في الحقوق المتنازع عليها أو لم يكن لديه أهلية التصرف.

وقد اقتضت المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري والعماني على النص على استقلال شرط التحكيم، الوارد كبنود العقد أو الذي يرد في اتفاق لاحق للعقد، وهو ما نصت عليه بنصها، على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"، والحقيقة أن الاستقلال لشرط التحكيم لا يقتصر على الشرط الوارد في العقد أو الذي يرد في اتفاق لاحق، بل يتوافر الاستقلال أيضاً بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي يتم إبرامه في صورة مشاركة تحكيم^(١٩٠).

٤٣- الاستقلالية لا تقتصر على شرط التحكيم بل تتضمن اتفاق التحكيم برمته^{١٩١}، وتبرير ذلك أن نص المادة ٢٣ المشار إليه أعلاه يتعلق باستقلال شرط

(١٨٩) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، المرجع السابق.

(١٩٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٤، ص ٩٥.

(١٩١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، ص ٤٨١، جدير بالذكر أن قانون التحكيم اليمني قد قصر الاستقلالية على شرط التحكيم فقط، بنصه في المادة ١٦ من قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ بتاريخ ٣١ مارس ١٩٩٢ على أنه "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد (=)

التحكيم الوارد في نفس العقد أو في اتفاق مستقل عن العقد، لأن تعبير العقد الوارد في النص تعبير عام، يشمل الاتفاق الوارد في نفس العقد أو في اتفاق لاحق، كما أن تعبير شروط العقد الأخرى تشمل الشروط الواردة في نفس العقد مع شرط التحكيم أو الشروط الواردة في العقد الأصلي وليس الواردة في الاتفاق اللاحق، ولا يثور التساؤل في هذه الحالة عن استقلال شرط التحكيم في العلاقات غير العقدية، فهو في هذه الحالة التزام قائم بذاته ولا علاقة له بأي علاقة عقدية حتى يكون مستقلاً عنها، ومن باب أولى، مشاركة التحكيم التي يتم إبرامها بعد قيام النزاع تكون مستقلة عن العقد الأصلي بين الأطراف، والذي قد يتضمن شرط التحكيم أو لا يتضمن شرط التحكيم، فلا يترتب على بطلانها أو صحتها بطلان أو صحة العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان أو صحة العقد الأصلي بطلان أو صحة مشاركة التحكيم، إلا إذا كان البطلان يرجع لسبب يشملهما معاً أو بتعبير محكمة تمييز دبي يمتد إلى شرط التحكيم^(١٩٢).

ومن ثم يتعين إعادة النظر في صياغة نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للنص صراحة على استقلال اتفاق التحكيم شرطاً كان أو مشاركة بالنسبة للعلاقات العقدية عن العقد الأصلي بشكل واضح.

٤٤ - الاستقلال ليس معناه استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فقط، بل يعني أيضاً استقلاله عن أي عقد آخر مرتبط بهذا العقد الأصلي، فلا يمتد شرط التحكيم لأطراف أخرى في عقد آخر^(١٩٣)، بل يمتد هذا الاستقلال ليشمل

(=) مستقل (وثيقة تحكيم) أو على شكل بند في عقد (شرط تحكيم)، وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو بفسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم.

(١٩٢) تمييز دبي، الطعن رقم ١٢٢ لسنة ٢٠٠٨ نقض مدني جلسة ٢١/٩/٢٠٠٨.

(١٩٣) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، (=)

استقلال شرط التحكيم عن مشاركة التحكيم، فلا يترتب على صحة شرط التحكيم صحة مشاركة التحكيم أو العكس فلا يترتب على بطلان شرط التحكيم بطلان مشاركة التحكيم، ولا يترتب على بطلان المشاركة بطلان شرط التحكيم^(١٩٤)، إذ المبدأ استقلال شرط التحكيم من حيث الصحة والبطلان عن مشاركة التحكيم.

غير أن ذلك لا يمنع من القول بأن بطلان مشاركة التحكيم قد يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وذلك إذا اتحد سبب البطلان في الشرط والمشاركة، كما لو أبرم الشرط والمشاركة شخص غير أهل للتصرف في حقوقه أو أبرمهما وكيلًا عن موكله بدون توكيل خاص وكانا مخالفين من حيث موضوعهما للنظام العام.

٤٥ - يترتب على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إمكانية اختلاف مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فيمكن صحة أو بطلان العقد الأصلي أو فسخه مع صحة شرط التحكيم، فيبقى الشرط مع بطلان العقد، كما يحتل بطلان الشرط لعيب آخر غير بطلان العقد^(١٩٥)، كما يمكن إبطال العقد دون شرط التحكيم، كما يمكن استمرار هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم بالفصل في موضوع اختصاصها من عدمه، كما يترتب على هذا الاستقلال اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة العقد الأصلي أو إبطاله أو بطلانه إعمالاً للشرط الصحيح الوارد به؛ لأن مفهوم الاستقلال هو الاستقلال القانوني

(=) بند ٩١، ص ١٧٦.

(١٩٤) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٣، ص ٩٤.

(١٩٥) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٥٧، ص ٩٣٥.

لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وليس مجرد الاستقلال المادي، وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري بقولها "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، كما يترتب على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي إمكانية خضوع كل من العقد والشرط لقانون مختلف، فيخضع العقد من حيث شروطه وأركانه لقانون القاضي بينما يتفق الأطراف في شرط التحكيم على قانون آخر يخضع له النزاع غير قانون القاضي^(١٩٦).

٤٦- جدير بالذكر، أن استقلال اتفاق التحكيم لا يحول دون انتقال شرط التحكيم للخلف الخاص تبعاً لانتقال العقد الذي يتضمن هذا الشرط، كما أنه لا يعني إمكانية توافق إرادات الأطراف على التحكيم على موضوع غير موضوع العقد الأصلي^(١٩٧).

ومن ناحية أخرى فإن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة أو إبطال أو بطلان العقد الأصلي وفقاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، لا يعتبر اختصاص حكم في صحة أو بطلان

(١٩٦) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٤، ص ٩٦، ٩٧؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٣، ص ٥٧ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٤٦٦؛ د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، مرجع سابق الإشارة إليه، ص ٢٩٤ وما بعدها.

(١٩٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٤، ص ٩٥.

العقد، بل هو اختصاص نظر أو بحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، فلا يجوز لهيئة التحكيم الحكم ببطلان أو صحة العقد الأصلي ويقتصر دور الهيئة في نظر تلك المسائل لحسم النزاع، فإذا تحققت هيئة التحكيم من صحة العقد الأصلي وصحة شرط التحكيم، كان لها الاستمرار في الفصل في موضوع النزاع، أما إذا انتهت إلى عدم بطلان العقد الأصلي فإن هذا لا يمنعها من الاستمرار في عملية التحكيم لترتيب آثار هذا البطلان، وفقاً لما نصت عليه المادة السادسة من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، أما إذا انتهت الهيئة إلى بطلان اتفاق التحكيم نفسه، فإن هيئة التحكيم تحكم بعدم الاستمرار في التحكيم^(١٩٨).

(١٩٨) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٥، ٤٧، ص ٥٩ وما بعدها؛ حيث عرض سيادته لاستجابة المشرع الفرنسي الفقه والقضاء في تلك المسألة بالنص في المادة ١٤٦٦ من قانون المرافعات الجديد على أن المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وعليه فإن المحكم يفصل في مدى صحة العقد أو بطلانه حتى يتمكن من السير في إجراءات التحكيم، وهو ما تم النص عليه في المادة ١٦ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)، والفقرة الثانية من المادة السادسة من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس المعمول بها اعتباراً من يناير ١٩٩٨، وما نصت عليه المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري على إعطاء المحكم سلطة الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما فيها الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ووجهة نظري أن الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يعني اختصاص المحكم بالفصل في مدى صحة العقد أو بطلانه بدليل أن أستاذنا وقف عند حق المحكم في نظر الصحة أو البطلان دون سلطة الحكم بهما، وأن نظر المحكمة لمدى صحة العقد أو بطلانه - إذ افترضنا صحة ذلك والفرض غير الحقيقة - أمر ضمناً في حالة تيقن المحكم من صحة العقد، وهي مسألة افتراضية قد يترتب عليها انتزاع هيئات التحكيم للمسائل التي تتعلق بالاختصاص (=)

٤٧- يشترط لاستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أن يكون اتفاق التحكيم في ذاته موجوداً وصحيحاً، باستيفائه أركان وجوده وشروط صحته، بأن يتوافر الرضا والمحل والسبب وأن يكون صادراً ممن يملك أهلية التصرف وليس مجرد أهلية الوجوب، وأن يكون مكتوباً، كما يشترط أن لا يكون أطراف الاتفاق قد اتفقوا على اعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ عن العقد الأصلي^(١٩٩)، فإذا اشترط الأطراف اعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، فإنه يترتب على بطلان العقد الأصلي بطلان شرط التحكيم الوارد به، غير أن ذلك لا يمنع من بطلان شرط التحكيم في حالة صحة العقد الأصلي.

الفرع الثاني

عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام

٤٨- اتفاق التحكيم عمل إرادي أساسه إجازة المشرع للأفراد في جواز الاتفاق على اللجوء للتحكيم وعدم اللجوء لقضاء الدولة^(٢٠٠)، وذلك في بعض المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام للمجتمع،

(=) النوعي والتي تخرج عن اختصاصها للفصل فيها بالمخالفة للقانون؛ حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام، وإنه على فرض صراحة النص المصري بسلطة هيئة التحكيم في الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص بما فيها الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، فإن ذلك يقتصر على اتفاق التحكيم ولا يمتد للفصل في صحة وبطلان العقد الأصلي.

(١٩٩) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٤، ص ٤٦٨ وما بعدها.

(٢٠٠) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣١؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٨، ص ٩.

وهذا الاتفاق يتعلق بإرادات الأطراف ورغبتها في التمسك بوجوده أو تنازلها عنه صراحة أو ضمناً، ونتيجة لذلك فإن اتفاق التحكيم لا يتعلق بالنظام العام^(٢٠١)، إنما يتعلق بالصالح الخاص للأطراف في الالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء.

ومعنى ذلك أنه يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته والنزول عنه صراحة أو ضمناً، ولا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، فيجوز لأطراف اتفاق التحكيم العدول عنه صراحة وإلغاء أو إقالة هذا الاتفاق المبرم بينهم، كما قد يكون ذلك أيضاً بقيام أحد الأطراف بالالتجاء للقضاء دون الالتجاء للتحكيم وتمسكه بالقضاء، كما يترتب على عدم التمسك به أمام القضاء افتراض تنازل صاحب الحق في التمسك به ضمناً، وفي الحالة الأخيرة لا يجوز إعمال مقتضى اتفاق التحكيم إلا بناء على طلب أو اعتراض من أحد

(٢٠١) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٢، الطعن رقم ١٩٤ سنة ٣٧ ق جلسة ١٥/٢/١٩٧٢ س ٢٢ ص ١٦٨، الطعن رقم ١٦٧ سنة ٣١ جلسة ٢٤/٥/١٩٦٦ س ١٧ ص ١٢٢٣، الطعن رقم ٩ سنة ٤٢ ق جلسة ١٦/٦/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٣٨؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٥ قضائية بتاريخ ٨ فبراير ١٩٩٤؛ حيث قررت المحكمة "... أن المقرر أن شرط التحكيم لا يتعلق بالنظام ويجوز التنازل عن التمسك به"، وفي حكم آخر قررت المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ٢٦/١٢/١٩٨٩ "أنه لما كان الثابت من الوقائع المدرجة بصحيفة الطعن يتبين اختيار الطاعنين طريق الخصومة بالمحكمة دون التحكيم، وقد صادف هذا الاختيار موافقة الطرف الآخر بسلوك طريق المخاصمة أمام القضاء دون التمسك بالتحكيم، فإن ما قضى به الحكم المطعون فيه من تفسير هذا الاختيار والقبول من الطرفين أنه تنازل ضمني عن شرط التحكيم في محله، لأن شرط التحكيم ليس من النظام العام، الأطراف التي تبنته لا يقيد بها في التحلل منه صراحة أو ضمناً"، حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١١ ق بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٨٩.

الأطراف، فإذا لم يتمسك الطرف الآخر باتفاق التحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى كما هو الحال في القانون المصري، أو في الجلسة كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، اعتبر ذلك تنازلاً عن اتفاق التحكيم.

وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، بقولها "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً". في حين رتب المشرع المصري النتيجة السابقة في حالة عدم التمسك بالتحكيم قبل إبداء أي طلب أو دفع في الدعوى.

وافترض التنازل الضمني عن التمسك باتفاق التحكيم لا يشترط النص عليه صراحة في النص التشريعي كما هو الحال في قانون الإجراءات المدنية الإماراتي السابق الإشارة إليه وإنما يمكن أن يكون مستفاداً ضمناً من النص التشريعي، مثال المادة ١٣/١ من قانون التحكيم المصري والعماني، والتي نصت على عدم قبول الدعوى في حالة الدفع بالتحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، بقولها "١- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى ...".

الجدير بالذكر أن التنظيم السابق في القوانين المشار إليها كان ترجمة لنص الفقرة (٣) من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، 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 أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، وهو نفس ما حرصت بالنص عليه المادة ١/٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥، بقولها "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

وفي القانون الفرنسي الجديد نص المشرع على عدم جواز قضاء محاكم الدولة بعدم الاختصاص في حالة وجود اتفاق تحكيم من تلقاء نفسها في المادة ١٤٥٨ من المرسوم رقم ٨١-٥٠٠ الصادر في ٣ مايو ١٩٨١، وهو نفس ما نص عليه المشرع في المادة ١٤٤٨ من المرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ الصادر في ١٣ مايو ٢٠١١، حيث نصت المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٢٠١١/٤٨ الصادر بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، على أنه في حالة وجود اتفاق التحكيم يجب على محاكم الدولة الحكم بعدم الاختصاص في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم ما لم يكن الاتفاق ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق، وفي كل الأحوال لا يجوز للمحكمة الحكم بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم من تلقاء نفسها.

« La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompetence »⁽²⁰²⁾.

(202) Art. 1448 NCPC "Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de L'état, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable"

(=)

والنص الجديد للمادة ١٤٤٨ من القانون الفرنسي الجديد قد يحدث ثورة في عالم التحكيم من عدة أوجه:

أولها: أن اختصاص هيئة التحكيم يجب اختصاص محاكم الدولة، فلا اختصاص للمحاكم في حالة رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، وبمفهوم المخالفة فإن هذه النتيجة قد يفهم منها أن عدم رفع النزاع أمام هيئة التحكيم قد يجعل المحاكم مختصة بنظر النزاع حتى في حالة وجود اتفاق التحكيم.

ثانيها: أن الدفع بالتحكيم لا يرتبط بميعاد محدد، فيجوز الدفع به في أي وقت، وهذه الناحية كان منصوص عليها في نص المادة ١٤٥٨ من القانون الفرنسي الجديد قبل تعديله بالمرسوم الحالي رقم ٢٠١١ - ٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، وذلك بخلاف ما تنص عليه التشريعات في الدول العربية، والتي ربطت بين إبداء هذا الدفع بالكلام في الموضوع أو في الجلسة الأولى، وهو ما أحدث خللاً في الرأي في طبيعة هذا الدفع في الفقه العربي.

ثالثاً: أن محاكم الدولة يعود لها اختصاصها في حالة ما إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو كان غير قابل للتطبيق، الأمر الذي يعني الإقرار التشريعي بسلطة المحاكم في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، فإذا تبين لها وجود تحكيم بعدم الاختصاص.

رابعاً: أن المشرع الفرنسي يستلزم لإعمال اتفاق التحكيم تمسك جميع

(=) وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد قبل تعديلها بالمرسوم رقم ٤٨ / ٢٠١١ المشار إليه. للمزيد عن نص المادة ١٤٥٨ القديم، راجع:

Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé»; op. cit., n° 719, p. 413., Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile»; op. cit., n° 1664, p. 1118 et s.

أطرافه به بما يعبر عن استمرار إرادتهما في الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، ولا يكفي لإعمال اتفاق التحكيم في هذه الحالة تمسك أحد الأطراف به في حالة التجاء الطرف الآخر لقضاء الدولة؛ إذ في هذه الحالة لا يتوجب على المحكمة الحكم بعدم الاختصاص، وهو ما يعتبر من قبيل الاعتداد بفسخ اتفاق التحكيم من جانب واحد، أو يمكن اعتباره تنازلاً ضمناً من جانب المتمسك بالتحكيم لعدم بدئه في إجراءات التحكيم، ويتعين في هذه الحالة على المتمسك بالتحكيم البدء في رفع النزاع أمام هيئة التحكيم.

ومعنى ذلك أن المشرع الفرنسي لا يعول على التمسك بالدفع بالتحكيم لوحده للحكم بعدم الاختصاص، بل يستلزم رفع النزاع أمام هيئة التحكيم، وأنه لا يعلق التمسك بالدفع بميعاد أو واقعة محددة من شأن حدوثها افتراض تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم، إنما يجوز للشخص التمسك بالتحكيم في أي وقت على أن يثبت للمحكمة جديته في القيام بالإجراءات التحكيمية برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم، وبهذا التنظيم التشريعي عزز المشرع الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم بوجوب الحكم بعدم الاختصاص في حالة كون النزاع قد رفع ودخل في حوزة هيئة التحكيم، الأمر الذي يترتب عليه امتناع المحاكم عن نظر النزاع ووجوب قضاؤها بعدم الاختصاص^(٢٠٣)، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق^(٢٠٤).

(٢٠٣) للمزيد: راجع تفصيلاً فكرة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم: المؤلف، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، بحث قيد النشر، بند ١١ وما بعدها.

(٢٠٤) الحقيقة أن القارئ العادي للنص الفرنسي ونصوص قواعد التحكيم التجاري الدولي والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال)، قد يصيبه الدهشة عندما يتبين له أن هذه القوانين لم تقيد حق الأطراف في التمسك في التحكيم كما هو الحال في أغلب القوانين العربية، وأن هذه النصوص أعطت المحكمة السلطة الكاملة لبحث وجود (=)

٤٩ - ويترتب على تعلق اتفاق التحكيم بالصالح الخاص للأفراد أو للأطراف وعدم تعلقه بالصالح العام للمجتمع، عدم جواز تعرض المحكمة لوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها^(٢٠٥)، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الجديد بقولها *la juridiction de d'état n'peut relever d'office son incompetence* ويجوز لأطراف اتفاق التحكيم النزول عنه صراحة أو ضمناً^(٢٠٦)؛ إذ يترتب على ذلك أن عدم تعلق

(=) اتفاق التحكيم صحيحاً وموافقاً للقانون، وهو ما تحتاج إليه بشده في قوانيننا الوطنية. للمزيد راجع: للمؤلف، الدفع بوجود اتفاق التحكيم، بحث محكم ومنشور في المجلة القانونية والقضائية الصادرة عن وزارة العدل بدولة قطر، العدد الثاني - السنة الثانية - ٢٠٠٨، بند ٢٧، ص ١١٧ وما بعدها، أيضاً بحث بعنوان، الدفوع المتعلقة بالتحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠١٣، بند ٣، ص ٤١ وما بعدها.

(٢٠٥) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٢، ص ١٧٧، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١، ص ٩٤٤؛ د. أحمد السيد صاوين التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ٦٤؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٨٨، بند ٣٥٠، ص ٥١٤، ٥١٥، نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦.

(٢٠٦) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٢/٤/٢٦، الطعن رقم ١٦٧ سنة ٣١ جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ س ١٧ ص ١٢٢٣، الطعن رقم ٩ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٦ س ٢٧ ص ١٣٨؛ نقض مدني مصري بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٧٢، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٢٣ ص ١٦٨، تمييز دبي، الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٩٩٦/٧/١٤، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٦/١٢/١٥، الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨، وقد قررت محكمة تمييز دبي في تلك الأحكام، أنه "يدل نص المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق (=)

(=) رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة، جاز نظر الدعوى، والمقصود من عبارة جاز للمحكمة أن نظر الدعوى يكون صحيحاً ولازمًا ويصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا ما تم الاعتراض في تلك الجلسة، فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى، لوجود شرط التحكيم إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة، وبناء على ذلك فقد كان يتعين على المدعي عليه أن يدفع بوجود شرط التحكيم في الجلسة التي يحضرها وكيله يوم ١٩٩٥/١/٢ بيد أنه لم يفعل، ولذلك فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً، وتستمر المحكمة في نظر الدعوى، ولا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون ضده الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة بصرف النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء للأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم ذكرها جلياً وصريحاً ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع، حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١١ ق جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٨٩ ص ١٠١٢ وما بعدها؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٨ فبراير ١٩٩٤ في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٥ قضائية س ١٥ ص ١٨٥ وما بعدها؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في ٣٠ مايو ١٩٩٢ في الطعن رقم ٥ لسنة ١٤ قضائية س ١٤ ع ١ ص ٣٥٥ وما بعدها؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق الإشارة مبدأ ١٩ ص ٣٣؛ حيث قررت محكمة تمييز دبي في المبدأ السابق أنه "لما كان التحكيم هو اتفاق على منح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلاً من المحكمة المختصة بنظره، فإن هذه الطبيعة الاتفاقية التي يتسم بها التحكيم وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام فيجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، ولما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدها أقامت دعواها قبل الطاعنين للتصريح لها بإحالة موضوع النزاع إلى التحكيم، ودفعها الطاعن الثاني المالك (=)

(=) للطاعة الأولى يطلب رفضها، وهو ما ينطوي ضمناً على عدم موافقته على التحكيم إعمالاً للشرط الوارد في المقابلة، وبذلك تكون إرادة الطاعنين قد تلاقت مع إرادة المطعون ضدها التي قامت بتعديل الطلبات بإلزام الطاعنين برصيد الحساب محل النزاع، مما يعد تنازلاً من الطاعنين عن التمسك بشرط التحكيم، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بهذا التنازل، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، تمييز دبي، الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٠/١١/١٩٩١ العدد ٢ ص ٤٨٦؛ الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٩١ جلسة ٧/٣/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٢٥٧؛ الطعن رقم ١٢٩ و ١٧٠ لسنة ٩٤ جلسة ٨/١/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٤٧؛ الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٩٤ جلسة ٧/٥/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٣٩٦، كما استقر قضاء محكمة تمييز دبي على أنه "يجب التمسك بشرط التحكيم في الجلسة الأولى التي يحضر فيها المتمسك بالدفع أو وكيله حتى ينتج أثره في منع القضاء من نظر الدعوى"، وفي تفصيل ذلك قررت المحكمة "يدل نص المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية على ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة على أنه يجب على الطرف الذي يتمسك بشرط التحكيم أن يتخذ موقفاً إيجابياً بأن يعترض في الجلسة الأولى على لجوء خصمه إلى القضاء للمطالبة بما يدعيه من حق رغم الاتفاق على الشرط، فإن لم يحصل منه اعتراض في تلك الجلسة، جاز نظر الدعوى والمقصود من عبارة (جاز للمحكمة) أن نظر الدعوى يصبح صحيحاً ولازماً ويصبح شرط التحكيم لاغياً، أما إذا تم الاعتراض في تلك الجلسة فيتعين على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، إعمالاً لاتفاق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات بينهم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة، وبناء على ذلك فقد كان يتعين على المدعي عليه أن يدفع بوجود شرط التحكيم في الجلسة التي يحضرها وكيله يوم ١٩٩٥/١/٢، بيد أنه لم يفعل؛ ولذلك فإن هذا الشرط يعتبر لاغياً وتستمر المحكمة في نظر الدعوى، ولا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون ضده الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب عن الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار شرط التحكيم لاغياً أو غير لاغ هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة، بصرف النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء إلى الأحكام الخاصة بالدفع الواردة في (=)

الدفع بوجود اتفاق التحكيم بالنظام العام^(٢٠٧)، ويسقط هذا الدفع إذا لم يبده الخصم قبل الكلام في الموضوع^(٢٠٨).

(=) الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم جليا وصريحا ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع، الطعن رقم ٣٣٢٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٤/٧/١٩٩٦ العدد ٧ ص ٤٠٤؛ الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٥/١٢/١٩٩٦ العدد ٧ ص ٦٠٦؛ الطعن رقم ٧٦ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٣/٤/١٩٩٦ العدد ٧ ص ٢٨٧؛ الطعن رقم ١٧ لسنة ١٩٩٥ جلسة ٢٨/١٠/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٦٦١؛ الطعن رقم ٣١٤ لسنة ١٩٩٥ جلسة ١٥/٦/١٩٩٥، العدد ٦ ص ٣٨٤؛ الطعن رقم ٦١ لسنة ١٩٩٤ جلسة ٢٣/١١/١٩٩٤، العدد ٥ ص ٨٣٣؛ الطعن رقم ٢١٨ لسنة ٩٧ جلسة ١٢/٨/١٩٩٧، أ. محمد هاني إسماعيل، قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عامًا، مرجع سابق، ص ١٦٢، ١٦٣، وأساس الدفع بشرط التحكيم هو اتفاق الطرفين على ذلك، ومن ثم فهو لا يتعلق بالنظام العام، ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا ويسقط الحق فيه بالكلام في الموضوع؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسته ٣٠ مايو ١٩٩٢ في الطعن رقم ٥ لسنة ١٤ ق س ١٤ ع ١ ص ٣٥٥ وما بعدها؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٥ قضائية بتاريخ ٨ فبراير ١٩٩٤؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١١ ق بتاريخ ٢٦ ديسمبر ١٩٨٩.

(٢٠٧) د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٦٢، ص ١٥٣ وما بعدها؛ د. محمود مصطفى يونس، حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق، العدد الحادي عشر مارس ٢٠٠٦، ص ١٥٢؛ حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٢٣ ق جلسة ٣ يونيو ٢٠٠٣ س ٢٥ ع ٣ ص ١٤٢٢، وقد قررت المحكمة في هذا الحكم "أن المقرر أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم من الدفوع الشكلية التي لا تتصل بالنظام العام ويجب إيدأه قبل التعرض للموضوع وإلا سقط الحق في الإدلاء به عملاً بالمادة ٨٤ من قانون الإجراءات المدنية..."، نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٢.

(٢٠٨) نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٢، الطعن (=)

٥٠- وأساس ذلك أن اتفاق التحكيم عمل إرادي ينعقد نتيجة تلاقى إرادات الأطراف، فإذا ما أبرم بين الأطراف وتمسك الخصم به قبل الكلام في الموضوع وفقاً لقانون التحكيم المصري أو في الجلسة الأولى وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، كان على المحكمة أن تحكم بإحالة النزاع للتحكيم ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان *manifestement nulle* وفقاً لنص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي^(٢٠٩).

فلا يجوز للمحكمة القضاء بوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها، بل يتعين تمسك الخصم به ورفع النزاع أمام هيئة التحكيم وإلا عد الخصم متنازلاً

(=) رقم ١٦٧ سنة ٣١ جلسة ١٩٦٦/٥/٢٤ ص ١٧ ص ١٢٢٣، الطعن رقم ٩ سنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٦/١٦ ص ٢٧ ص ١٣٨. نقض مدني مصري بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٧٢، مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ٢٣ ص ١٦٨، وفي القضاء الإماراتي يتعين إبداء الدفع في الجلسة الأولى، المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٥ لسنة ١٤ ق س ١٤ ص ٣٥٥ بتاريخ ٣٠ مايو ١٩٩٢، تمييز دبي، الطعن رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠ يونيو ٢٠٠٤ مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز ص ١٣٥٥، تمييز دبي، الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢ يونيو ٢٠٠٢ مجموعة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز ص ٤٨٦، وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه بالتعرض للموضوع، المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٥ لسنة ١٤ ق جلسة ٣٠ مايو ١٩٩٢ مجموعة الأحكام ص ١٤ ص ٣٥٥ وما بعدها.

(209) Pierre JULLIEN, Natali FRICERO «Droit Judiciaire Privé», op. cit., n° 719, p. 413., Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1664, p. 1118 et s. Cour d'Appel de Paris 1 Ch. Civ., 29 avril 2003, Rev. D'Arbitrage 2003, n° 4, p. 1296 et s; note, Charles JARROSSOS, Cour D'Appel de Paris, 1er Ch. Urg, 1^{er} décembre 1993, Rev. Arb. 1994, p. 695 et s; note, Daniel COHEN, Rev. Arb. 1994, p. 697 et s.

ضمنياً عن اتفاق التحكيم؛ إذ يرجع أساس اتفاق التحكيم لإجازة المشرع للخصوم الاتفاق على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، وسلطة الخصوم في إبرام اتفاق التحكيم ليست مطلقة، بل إنها سلطة محصورة فقط في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام^(٢١٠).

(٢١٠) حكم المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٩٧ في الطعن رقم ٢٧٩ س ١٩ ع ٢ ص ٨١٨؛ حيث قررت المحكمة في هذا الحكم أنه "إذا كان من المقرر قانوناً أن اتفاق أطراف النزاع على تسويته خارج الدولة عن طريق محكمين في الخارج ليس فيه ما يخالف النظام العام، بل أن المشرع بدولة الإمارات أجاز بنص المادة ٢١٢/٤-٦ من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ الذي نظرت دعوى المطعون ضده بالمصادقة على حكم التحكيم في ظلة، والتي نصت على أنه "يجب أن يصدر حكم المحكم في دولة الإمارات العربية المتحدة وإلا اتبعت في شأنه القواعد المقررة لأحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، وعلى أن يحزر الحكم باللغة العربية ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك، وعندئذ يتعين أن ترفق به عند إيداعه ترجمة رسمية، وكان الحكم المطعون فيه قد رد على ما يعني به الطاعن من أن الثابت من الأوراق أن محكمة أول درجة ناقشت في أسباب حكمها وقائع الدعوى الأصلية وتوصلت إلى عدم جواز قبول دعوى تسجيل مشاركة التحكيم وبإحالة أي نزاع إلى التحكيم داخل الدولة لوجود اتفاق بين طرفي الدعوى تضمنه البند السابع من الاتفاق المبرم بينهما المؤرخ ١٥/٦/١٩٨٩ بإحالة أي نزاع بينهم للتحكيم ببروكسل وأن يتم تسويته وفقاً لقواعد المصالحة والتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، وأن وجود مثل هذا الاتفاق يمنع أي من الطرفين بإرادته المنفردة الرجوع عنه وتجاوز مرحلة التحكيم المتفق عليها وأن محكمة الاستئناف تؤيدها فيما انتهت إليه، كما أن الطاعن كان قد استجاب لإعمال شرط التحكيم المذكور كما هو متفق عليه؛ حيث مثل أمام هيئة التحكيم الدولية في باريس واستمر في مباشرة دعوى التحكيم وقدم دعوى متقابلة أمامها اعتبرت مسحوبة تطبيقاً للبند ٢٥ من النظام الداخلي لمحكمة التحكيم الدولية لعدم سداده مقدم النفقات المقررة عليه، وأنه استمر بعد ذلك في مباشرة الدعوى عن طريق وكيله حتى صدور الحكم فيها بما يعني موافقته على اختصاصها بنظر ذات النزاع ومن ثم فلا يجوز له العودة للنعي على هيئة التحكيم الدولية بعدم الاختصاص".

٥١- وفي هذا الصدد يتعين التمييز بين عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام وعدم مخالفة موضوع اتفاق التحكيم للنظام العام؛ إذ يترتب على عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام جواز نزول الخصوم عنه صراحةً أو ضمناً وعدم جواز قضاء المحكمة بعدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها، أما بالنسبة لمخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام فيترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم وبطلان حكم المحكمين الصادر بناءً عليه.

ويقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع، وأن المشرع أجاز للأطراف الاتفاق بصدد لالتجاء للتحكيم وعدم اللجوء للقضاء، وأن هذا الاتفاق يتعلق بإرادات الأطراف ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التحكيم بشأن النزاع على تبني طفل أو نسبه أو الطلاق أو الزواج أو حقوق الإرث أو الأهلية أو الحالة أو الجنسية أو في تحديد المسؤولية الجنائية في جريمة من الجرائم التي ينص عليها القانون، غير أن ذلك لا يمنع من التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم^(٢١١).

جدير بالذكر، أن النفقة من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم بشأنها في معظم القوانين العربية، ولا تعارض بشأنها مع النظام العام؛ إذ هي من الحقوق التي تقوم بمال ويمكن تقديرها بمبلغ من النقود وتتعلق بالصالح الخاص للفرد، والأمر الذي يجيز التصالح عليها، والمبدأ في القانون المقارن، أن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح، إلى جانب ذلك فقد نصت بعض التشريعات صراحةً على إجازة التحكيم بشأنها، حيث نصت المادة ٧٤٠ من

(٢١١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤١ وما بعدها.

قانون المرافعات اللببي على أن "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أن يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديرًا لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

غير أن بعض التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام، مثال المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائي والتي نصت على أن "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم...".

٥٢- ويترتب على عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام وتعلقه بإرادات الأطراف، أنه لا يجوز للمحكمة القضاء بوجود اتفاق التحكيم من تلقاء نفسها وجواز تنازل الأطراف عن اتفاق التحكيم وتحللهم منه صراحة أو ضمناً، وفي هذا النطاق فقد ترك المشرع للأطراف قدر كبير من الحرية في تحديد ما يروونه من تعبيرات أو طرق للتعبير الصريح للتنازل عن اتفاق التحكيم دون قيد أو شرط، كما تجوز الوكالة في التنازل عن اتفاق التحكيم، ولا تشترط الوكالة الخاصة في حالة التنازل عن شرط التحكيم^(٢١٢)، أما بالنسبة للنزول الضمني

(٢١٢) حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٢ والطعن رقم ١٧١ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ١٨/٥/٢٠٠٢؛ حيث قررت المحكمة أن "النص في المادة ٢/٥٨ من (=)

عن اتفاق التحكيم فيتم بأية وسيلة تعبر عن ذلك ضمناً، فقد اعتبر المشرع المصري أن الدفع المتعلق بوجود اتفاق التحكيم من الدفوع المتعلقة بعدم القبول الشكلي التي تسقط بالكلام في الموضوع؛ إذ أوجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى بشرط إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، حيث نصت المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ 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"، أما المشرع الإماراتي فقد رتب على عدم اعتراض الخصم في الجلسة إلغاء شرط التحكيم، حيث نصت المادة ٥/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه "وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز رفع الدعوى به أمام القضاء ومع ذلك إذا لجأ أحد الطرفين إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى وجب نظر الدعوى واعتبر شرط التحكيم لاغياً".

(=) قانون الإجراءات المدنية يدل على أن موافقة وكيل الخصم على التحكيم يعني التنازل عن رفع الدعوى إلى المحاكم رغم ما يكفله القضاء من ضمانات للخصوم والالتجاء إلى طريق استثنائي لحسم النزاع، ولم يستلزم النص توكيلاً أو تفويضاً خاصاً للتنازل عن شرط التحكيم، لأن ما يترتب على هذا التنازل هو العودة للأصل وهو التقاضي أمام الجهة القضائية المختصة، ومن ثم لا تستوي الموافقة على التحكيم مع التنازل عن شرط التحكيم من وجوب وجود تفويض خاص بذلك من الموكل، ولا محل لتطبيق المادة ٨٢٩ من قانون المعاملات المدنية والتي نصت على أن "كل عمل ليس من أعمال الإدارة والحفظ يستوجب توكيلاً خاصاً محددًا لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات"، طالما أن المشرع قد أفرد نصاً خاصاً للتفويض بالتحكيم قصر فيه لزوم التفويض الخاص للوكيل على حالة الاتفاق على التحكيم فحسب".

٥٣ - الواقع أن الحكم الوارد في نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أساسه أن اتفاق التحكيم عبارة عن عقد أو اتفاق وأن المقرر شرعاً أن السكوت في معرض الحاجة بيان، وأن الدفع بوجود اتفاق التحكيم من الدفع المتعلقة بعدم القبول الشكلي التي تسقط بالكلام في الموضوع، والتكليف السابق للدفع بالتحكيم ربما يؤثر العديد من التساؤلات في ظل الانقسام الفقهي حول طبيعة الحكم الصادر في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وهل هو الحكم بعدم قبول الدعوى أم أنه حكم بعدم الاختصاص؟ الأمر الذي يترتب عليه وجود تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم في هذه الحالة.

ويعتبر أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي أن هذا ليس نزولاً ضمناً عن اتفاق التحكيم بالمعنى الصحيح، وأن الصحيح أنه يعتبر سقوطاً للحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم^(٢١٣).

ومع وجهة ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي بسقوط الحق في الدفع بوجود اتفاق التحكيم، فالنتيجة المترتبة بالنسبة لاتفاق التحكيم على هذا السقوط هي النزول الضمني من المدعي عليه عن هذا الاتفاق.

وفي اعتقادي أن القول بأن ذلك يعتبر سقوطاً للدفع بوجود اتفاق التحكيم لا يتفق مع تكليف الحكم الصادر في هذا الدفع على أنه حكم بعدم القبول، ولا يكون ذلك إلا في حالة اعتباره حكماً بعدم القبول الإجرائي^(٢١٤).

(٢١٣) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٩، ص ٨٨ وما بعدها.

(٢١٤) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق الإشارة، بند ٤٦١، ص ٩٤٤.

٥٤- أما عدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام فهو أمر يتعلق بالموضوع الذي يتضمنه أو ينصب عليه اتفاق التحكيم؛ إذ التحكيم لا يكون إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا تتعلق بالنظام العام، وقد خلا القانون المصري من تحديد للمقصود بالنظام العام؛ إذ اقتصر النص على النص على عدم جواز تنفيذ حكم المحكمين إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية (مادة ٥٨/ب)، أو النص على حق المحكمة التي تنظر دعوى البطلان في القضاء من تلقاء نفسها ببطلان حكم المحكمين إذا تضمن ما يخالف النظام العام الداخلي في جمهورية مصر العربية، بينما نصت المادة ٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على تعريف النظام العام بأنه "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بنظم الحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من الأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية"، ويقصد بالنظام العام مجموعة المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها المجتمع وتمس نسيجه السياسي والاقتصادي والاجتماعي ويحل بقيمه العقائدية والدينية^(٢١٥)، ومن المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية ومحكمة تمييز دبي، أن "الاتفاق على التحكيم في الخارج ليس فيه ما يخالف

(٢١٥) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤١؛ د. محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، السنة ١٣، ع ٢٤، يوليو ٢٠٠٥، ص ٢ وما بعدها، ١٩٨٩ العدد ١، ص ١٨٦؛ الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ١٩٩١ جلسة ١٠/١١/١٩٩١، العدد ٢ ص ٤٨٦؛ الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٩٠ جلسة ٧/٤/١٩٩١ العدد ٢ ص ٢٨٥؛ نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٢٦/٤/١٩٨٢.

النظام العام^(٢١٦).

(٢١٦) نقض مدني مصري الطعن رقم ٢٤٥ سنة ٥٠ ق جلسة ١/٢١/١٩٨٥، منشور في ملحق قضاء النقض البحري للدكتور أحمد حسني، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية ص ٨٨، وقد جاء في هذا الحكم أن "المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإن يرجع في تقرير صحة الشرط وترتيبه لآثاره إلى القانون الإنجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، بشرط ألا يكون في قواعد ذلك القانون ما يخالف قواعد النظام العام في مصر"، نقض مدني مصري الطعن رقم ٧١٤ سنة ٤٧ ق جلسة ٤/٢٦/١٩٨٢، وقد جاء في هذا الحكم "أن الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج لا يمس النظام العام"، نقض مدني مصري الطعن رقم ١٢٨٨ سنة ٤٨ ق جلسة ١/٢/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٣٧٥؛ الطعن رقم ١٩٦٥ س ٥٠ ق جلسة ١٢/٢/١٩٨٥ س ٣٦ ص ٢٥٣، وقد جاء في هذا الحكم "أن المشرع لم يأت في نصوص قانون المرافعات بما يمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين، إلا أن حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحص إرادتهما واتفاقهما تفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء وفي أن يقضوا بينهما أو مسحوا النزاع بحكم أو صلح يقبلان شروطه، فضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم، وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد فإنه يجوز لهما تفويض غيرهما في إجراء هذا الصلح أو في الحكم في النزاع، يستوي في ذلك أن يكون المحكمون في مصر وأن يجري التحكيم فيها أو أن يكونوا موجودين في الخارج، ويصدر حكمهم هناك بإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم كطريق استثنائي لفض المنازعات، وقد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج دون أن يمس ذلك النظام العام"، نقض مدني مصري الطعن رقم ٣٦٩ س ٢٢ ق جلسة ١٢/٤/١٩٥٦ س ٧ ص ٥٢٢؛ الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ٥/٣/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٥٣٥، حكم المحكمة الاتحادية العليا بتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٩٧ في الطعن رقم ٢٧٩ س ١٩ ع ٢ ص ٨١٨، وقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على إجازة الاتفاق على التحكيم في الخارج، بقولها "تسري أحكام هذا القانون... إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه للأحكام هذا القانون..."، كما نظمت (=)

٥٥- ويترتب على عدم الدفع بوجود اتفاق التحكيم في الجلسة الأولى في القانون الإماراتي سقوط حق الخصم في الدفع بالتحكيم، ويعتبر ذلك تنازلاً ضمنياً عن التمسك باتفاق التحكيم، والمقصود بالجلسة الأولى هي الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه أو وكيله لأول مرة أمام المحكمة^(٢١٧)، أما في قانون التحكيم المصري فلا يسقط حق الخصم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم إلا بعد الكلام في الموضوع، ولا يعتبر طلب المدعي تأجيل الدعوى لإعادة إعلان المدعي عليه مسقطاً لحق المدعي عليه في هذا الدفع طالما لم يحضر المدعي عليه أو وكيله، كما لا يعتبر تأجيل الدعوى أكثر من مرة لضم دعوى أخرى أو تقديم مذكرة بالدفاع مسقطاً لحق الخصم في التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم^(٢١٨)، وقد قررت المحكمة الاتحادية العليا لدولة الإمارات العربية المتحدة "أنه لا يؤثر في ذلك أن يكون وكيل المطعون ضده الأول قد طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب على الدعوى، ذلك أن المعول عليه في اعتبار

(=) المادة المحكمة المختصة بحكم المحكمين في هذه الحالة بقولها "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"، الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٢/٤/١٩٥٦ س ٧ ص ٥٢٢ وما بعدها، الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٥ س ٢٦ ص ٥٣٥ وما بعدها.

(٢١٧) تمييز دبي، الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ١٩٩٤ جلسة ١٩٩٥/٥/٧ العدد ٦ ص ٣٩٦ وما بعدها، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٩٩٦ جلسة ١٩٩٦/١٢/١٥ العدد ٧ ص ٦٠٦ وما بعدها.

(٢١٨) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ٤٨، ص ٦٥.

شرط التحكيم لاغياً هو حصول الاعتراض أو عدم حصوله في الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة بصرف النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له، باعتبار أن نص المادة السالفة الذكر نص خاص بإجراءات التحكيم، مما لا يجوز معه الالتجاء للأحكام الخاصة بالدفع الواردة في الفصل الأول من الباب السادس من قانون الإجراءات المدنية، وقد جاء نص المادة ٢٠٣ المتقدم ذكرها جلياً وصريحاً ولا محل معه للخروج عليه وتأويله والبحث عن قصد المشرع^(٢١٩)، ولا تشترط الوكالة الخاصة للتنازل عن اتفاق التحكيم^(٢٢٠).

(٢١٩) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ١١ ق جلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٨٩، ص ١٠١٢ وما بعدها.

(٢٢٠) تمييز دبي، الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٢ و ١٧١ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ١٨ مايو ٢٠٠٢، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن ... أقامت الدعوى رقم ٢٠٠٠/٢١٦ مدني كلي أمام المحكمة الابتدائية على ... طالبة الحكم أولاً: بإثبات صورية العقدين المؤرخين ١٩٨٧/٢/١٧، ١٩٩٤/٦/٣٠ المبرمين بينهما بخصوص مدرسة ... الثانوية ومحو شهرهما في السجل التجاري ودائرة التنمية الاقتصادية وغرفة التجارة، ثانياً بفسخ عقد الكفالة الخاص بالمدرسة المذكورة المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٨ وإعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وقالت في بيان دعواها أنها تعمل في حقل التعليم بالدولة منذ ما يزيد عن أربعين سنة وأنها أسست مدرسة ... الثانوية من مالها الخاص وأبرمت مع المدعي عليها باعتبارها مواطنة في ١٩٨٥/١٢/١٨ عقدا تكفل بموجبه رخصة تلك المدرسة وتقديم ما يلزمها من خدمات بمختلف الدوائر الحكومية مقابل مبلغ مقطوع، ونص في العقد على أنه إذا أصبح لزاماً على الطرفين أثناء سريان مدة الكفالة - ١٥ سنة - وفقاً لمتطلبات أي قانون أو لائحة سارية المفعول بالدولة أن يعيد الطرفان ترتيب الاتفاقية للتمشي مع أي متطلبات لاستمرار عمل المدرسة واستمرار الترخيص وأنه حفاظاً على حقوق والتزامات كل من الطرفين المقررة في عقد الكفالة، يجوز لهما إبرام أي اتفاقات أخرى بينهما تمثيلاً مع اللوائح والقرارات السارية، مع بقاء سريان أحكام اتفاقية (=)

(=) كفالة الرخصة المبرمة بينهما كما هي خلال مدة الاتفاقية، وقد استجد بعد ذلك من الظروف ما استدعى إبرام الطرفين لعقدين صوريين تحايلاً على القوانين السارية لاستمرار ترخيص المدرسة أولهما بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٧ اتفقا بموجبه صورياً على تأسيس شركة بينهما محلها المدرسة المذكورة ونسبة مساهمتها في رأسمالها ٤٩% ونسبة مساهمة المدعي عليه ٥١%، وثانيهما بتاريخ ١٩٩٤/٦/٣٠ اتفقا بموجبه على تأسيس شركة أعمال محلها ذات المدرسة، إلا أن عقد الكفالة هو الذي ظل نافذاً بينهما حتى تاريخ ١٩٩٧/٦/١٥ حيثما قامت المدعي عليها بإلغاء التوكيل الصادر منها للمدعية والذي يبيح لها التعامل والتوقيع عن المدرسة، كما رفضت التوقيع على مستندات معاملات المدرسة مع الدوائر الحكومية كما امتنعت عن تجديد رخصتها وتدخلت في إدارتها رغم أنه لا يحق لها ذلك مما نتجت عنه أضرار جسيمة حاققت بالمدرسة وطلابها والعاملين بها وأعاققت تشغيلها وتسببت في تكبدها غرامات وتعرضها لجزاءات وتحرير محاضر مخالفات ضدها بسبب عدم تجديد الرخصة والأوراق المطلوبة من وزارة العمل ودائرة الهجرة والإقامة ووزارة التربية والتعليم، كما لم تتمكن من تنظيم المقبولين الجدد وإصدار شهادات النقل للطلاب الذين غادروا المدرسة، كما تعذر توظيف العدد الكافي من العاملين اللازمين للتدريس مما أصاب المدرسة في سمعتها فضلاً عن الأضرار المادية تفاقمت المدرسة والأدبية التي أصابت المدعية، وإذ تفاقمت المشاكل المترتبة على تعنت المدعي عليها، فقد قامت دائرة التنمية الاقتصادية بدعوة الطرفين في ١٩٩٧/١٢/٢٢ لحل النزاع بينهما ومثل المدعي عليها فيه ابنها الذي أقر بأن والدته ليس إلا كفيلة رخصة للمدرسة وأنها لم تساهم أو تشارك في رأسمالها، وتعهد نيابة عنها بالقيام بتوقيع كافة الأوراق الخاصة بمعاملات المدرسة مع الدوائر الحكومية تلافياً للأضرار التي تلحق الطلاب وأولياء أمورهم والعاملين بالمدرسة، وظل الأمر على نحو سنتين ونصف تقريباً، ومع ذلك لم تحرك المدعي عليها ساكناً مما حدا بوزارة التربية والتعليم لى إصدار قرار بتفويض مدير إدارة التعليم الخاص بالوزارة بالتوقيع على الأوراق والمستندات اللازمة لتسيير شئون المدرسة بدلا من المدعي عليها بالتزاماتها في عقد الكفالة على النحو السالف بيانه فقد أقامت الدعوى للحكم لها بطلباتها فيها،، دفعت المدعي عليها بعدم سماع الدعوى لوجود شرط التحكيم في عقد الكفالة المؤرخ في ١٩٨٥/١٢/١٨، وبتاريخ ٢٠٠١/٢/٢٥ قضت المحكمة برفض الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وبصورية عقدي الشركة المبرمين في ١٩٨٧/٢/١٧، (=)

(=) ١٩٩٤/٦/٣٠، ورفضت طلب فسخ عقد الوكالة المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٨ لانقضاء مدته المتفق عليها، استأنفت المدعي عليها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠١/٦٠١ كما استأنفته المدعية بالاستئناف ٢٠٠١/٦٠٤ وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافي قصت في جلسة ٢٠٠٢/٢/١٧ التي لم يحضرها الخصمان برفض الاستئنافين وبتأييد الحكم المستأنف، طغنت المدعي عليها بالتمييز رقم ٢٠٠٢/١٤٤ بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ٢٠٠٢/٤/١٠ طلبت فيها نقضه، وأودع محامي المطعون ضدها في الميعاد مذكرة بدفاعها طلبت فيها رفض الطعن، كما طغنت المدعية في ١٠/٤/٢٠٠٢ بالحكم بالتمييز رقم ٢٠٠٢/١٧١ بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ٢٠٠٢/٤/٢٤ طلبت فيها نقضه، وأودع محامي المطعون ضدها - في الميعاد - مذكرة بدفاعها دفعت فيها بعدم قبوله للتوقيع على صحيفة الطعن بتوقيع مقروء لا يعرف منه الموقع عليه كما طلب أيضاً رفض الطعن ...، وحيث إن الطعن رقم ٢٠٠٢/١٤٤ أقيم على خمسة أسباب تنعي الطاعنة على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق والقصور في التسيب والخطأ في الإسناد إذ قضى برفض الدفع بعدم سماع الدعوى لوجود شرط التحكيم بمقولة أن وكيلها قد رفض بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٢٨ اللجوء للتحكيم حال أنه - وفقاً للمادة ٩٢٩ من قانون المعاملات المدنية والمادة ٥٨ من قانون الإجراءات المدنية لا يصح التفويض بالتحكيم أو بعدم اللجوء للتحكيم بدون توكيل خاص، ولم يكن لدى وكيلها وهو ابنها توكيلاً خاصاً في قبول أو رفض التحكيم، كما أن الطاعنة لم تخطر بالرغبة التي أبدتها المطعون ضدها في الالتجاء للتحكيم إذ وجهت إخطارها إلى جهة التعليم الحكومية والتي لا ترتبط بها الطاعنة بأي صلة وقد جاء هذا الإخطار مبهماً وغامضاً إذ لم يحدد فيه أي من العقود المطلوب اللجوء للتحكيم بالنسبة له، وقد أوردت بالإخطار موضوع الخلاف بين الطرفين حول مزاعم عدم توقيع معاملات المدرسة محل النزاع وعن بلاغات لدى النيابة العامة بينما أقيمت الدعوى بطلبات مغايرة طلبت فيها المطعون ضدها فسخ أحد العقود وتقرير صورية العقدين الآخرين ولم يوجه الإخطار إلى موطن الطاعنة بالشارقة، ومع ذلك فقد اعتدت المحكمة بالإخطار المؤرخ ٢٠٠٠/٥/٢٨ والصادر من وكيلها إلى المطعون ضدها رغم أنه لم يتضمن رفضاً للالتجاء إلى التحكيم بل أشار بحسب إلى خلو عقد الشركة المؤرخ ١٩٩٤/٦/٣٠ من شرط التحكيم وهو قول غير صحيح بالنسبة لهذا العقد وهو آخر العقود المبرمة بين الطرفين ولم يتضمن أي شرط بشأن التحكيم، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى أن الطاعنة قد تنازلت عن (=)

الفرع الثالث

عدم تجزئة اتفاق التحكيم

٥٦- يتسم اتفاق التحكيم من حيث موضوعه أو محله بأنه اتفاق غير

(=) شرط التحكيم لهذا السبب فإنه يكون معيياً بما يستوجب نقضه..، وحيث أن هذا النعي غير سديد ذلك أن النص في المادة ٢/٥٨ من قانون الإجراءات المدنية يدل على أن موافقة وكيل الخصم على التحكيم يعني التنازل عن رفع الدعوى إلى المحاكم رغم ما يكفله القضاء من ضمانات للخصوم والالتجاء إلى طريق استثنائي لحسم النزاع، ولم يستلزم النص توكيلاً أو تفويضاً خاصاً للتنازل عن شرط التحكيم؛ لأن ما يترتب على هذا التنازل هو العودة إلى الأصل وهو التقاضي أمام الجهة القضائية المختصة، ومن ثم لا تستوي الموافقة على التحكيم مع التنازل عن شرط التحكيم من وجوب وجود تفويض خاص بذلك من الموكل، ولا محل لتطبيق المادو ٨٢٩ من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أن "كل عمل ليس من أعمال الإدارة والحفظ يستوجب توكيلاً خاصاً محددًا لنوع العمل وما تستلزمه الوكالة فيه من تصرفات"، طالما أن المشرع أفرد نصاً خاصاً للتفويض بالتحكيم قصر فيه لزوم التفويض الخاص للوكيل على حالة الاتفاق على التحكيم فحسب"، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد الحكم الابتدائي بتنازل الخصوم عن شرط التحكيم معللاً قضاءه في هذا الخصوص بقوله "الثابت من الإخطار والإنذار المقدم من المستأنفة في الاستئناف رقم ٢٠٠١/٦٠٤ (المطعون ضدها) عن طريق كاتب العدل أنه مقدم إلى كل من المستأنف ضدها ... (الطاعنة) والدكتور ... ابنها ووكيلها منذ تاريخ عقد الكفالة المؤرخ ١٩٨٥/١٢/١٨ وأنه يتضمن في حالة انقضاء مدة الأسبوع المحدد دون تعيين محكم يمثلها وإخطار المستأنفة به يعتبر إسقاطاً وتنازلاً ونهائياً وصريحاً عن شرط التحكيم الوارد على كفالة الرخصة بما يحق معه بعد ذلك اتخاذ جميع الإجراءات القانونية اللازمة للمحافظة على حقوق المستأنفة، وإذ انقضت المدة دون أن ترد المستأنفة على الإخطار ورد وكيلها عليه في ٢٠٠٠/٥/٢٨ برفض ما ذهبت إليه المخطرة ... (المطعون ضدها) بالالتجاء للتحكيم، الأمر الذي تستخلص منه المحكمة أن ذلك يعد تنازلاً من الطرفين وكون الحكم صائباً إذا انتهى إلى أن شرط التحكيم قد سقط وعدل عنه باتفاق الطرفين".

قابل للتجزئة Indivisible؛ إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أن "النص في المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية يدل على أنه وإن كان الأصل أنه لا يجوز الطعن في الحكم الذي يصدر بتعيين أو استبدال من يلزم من المحكمين بالكيفية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة إلا أن هذا النص - كاستثناء من القواعد العامة التي تجيز الطعن في الأحكام بطرق الطعن المقررة قانوناً - لا يجوز التوسع فيه أو مخالفته ما اتفق عليه في شرط التحكيم في كيفية تعيين المحكمين وعددهم إذ تقضي طبيعة التحكيم التعاقدية أن يؤخذ شرط التحكيم ككل لا يتجزأ، فإذا ما قضت المحكمة المختصة بتعيين محكمين أكثر أو أقل عددًا مما هو متفق عليه في شرط التحكيم، فإن ولايتها لا تمتد إلى تعديل ما اتفق عليه الخصوم في هذا الخصوص بشأن عدد وكيفية اختيار المحكمين، ومن ثم فإنه يجوز الطعن في هذا الحكم، لأن الطعن عليه لا يتعلق بأشخاص المحكمين وإنما يتعلق بما انطوى عليه من مسألة موضوعية تتعلق بمخالفة شرط التحكيم بإحالة النزاع إلى التحكيم لمن لا يحق له الفصل فيه" (٢٢١).

(٢٢١) حكم محكمة تمييز دبي في ١٧ أبريل ٢٠٠٤ الطعن رقم ٤٧١ لسنة ٢٠٠٣ المبدأ ١٢١ ص ٨٢٧ وما بعدها، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن المطعون ضدهم أقاموا الدعوى رقم ٢٠٠٢/٨٤٨ تجاري كلي أمام محكمة دبي الابتدائية على الطاعنين طالبين الحكم - حسبما استقرت عليه طلباتهم الختامية - بإلزامهما بأن يدفعوا إليهم مبلغ ٢١.٧٦٨.٦٦٤ درهماً وفائدته بواقع ١٢% من تاريخ المطالبة وحتى تمام السداد مع تقرير حقوقهم الفكرية على دليل الإمارات التجاري () وحققهم في العلامة التجارية () والاحتفاظ بكل بيانات أعمال النشر لهذا الدليل التجاري () وحققهم في تملك واستعمال كل الأصول العائدة للمؤسسة () للنشر والإعلان عجمان - دبي - أبو ظبي - جبل على وبطلان شركة هوك للنشر والإعلان ومنع المدعى عليهما من الإعلان في الصحف بأنهما بصدد نشر دليل الإمارات التجاري () والدليل () مع نشر الحكم في إحدى الصحف (=)

(=) اليومية المحلية على نفقة المدعي عليهما ومنعهما من استعمال العلامة التجارية المشار إليها وإيقافهم عن نشر أي دليل في المستقبل وعلى سبيل الاحتياط بتعيين محكم من قبل المحكمة، وقال المدعون في بيان دعواهم أنهم من رجال الأعمال وخبراء في مجال الإعلانات والنشر والأنشطة الإعلامية وأن المؤسسة المدعي عليها الأولى المملوكة للمدعي عليه الثاني تعمل في مجال النشر والتصاميم وإنتاج الإعلان، وبموجب اتفاق مؤرخ ١٩٩٤/٧/٧ أصبح المدعون استشاريين لإدارة المشاريع المشتركة بينهم، وبموجب الاتفاقية المرقمة بالملحق (١) (أ) تقسم الأرباح بنسبة ٦٧% للمدعين و ٣٣% للمدعي عليهما، وفيما بعد تم تحويل المدعي عليها الأولى إلى شركة ذات مسؤولية محدودة للمدعين فيها نسبة ٤٩% وبتاريخ ٢٤/٤/٢٠٠١ اشترى المدعون المؤسسة المدعي عليها بكل فروعها واستلم المدعي عليه الأول مقابل ذلك، إلا أنه طالبهم دون وجه حق بنسبة ٨% من جملة مبيعات المؤسسة، كما طالب منهم إيقاف نشاطهم وإيقاف أعمال المؤسسة، وقام بنشر إعلان في الصحف يحذر فيه الكافة من التعامل مع المدعين، مما حدا بهم لإقامة هذه الدعوى، دفع المدعي عليهم بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم في الاتفاقية المبرمة بين الطرفين، وبتاريخ ١٣/١٢/٢٠٠٢ حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، ثم تقدم المدعون للمحكمة الابتدائية طالبين الفصل في طلبهم الاحتياطي الذي أغفلته المحكمة بشأن تعيين محكم في الدعوى، وبتاريخ ١٧/٣/٢٠٠٣ حكمت المحكمة بتعيين الخبير الحسابي صاحب الدور بالجدول محكما في الدعوى لفض النزاع القائم بين الطرفين وفقاً لأحكام الاتفاقية المبرمة بين الطرفين في ٧/٧/١٩٩٤ وملاحقها المعدلة على أن ينتهي التحكيم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى، استأنف المدعي عليهما هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢١/٤/٢٠٠٣ وبتاريخ ١٥/٦/٢٠٠٣ قضت المحكمة - في غيبة الخصوم - بعدم جواز استئناف الحكم الابتدائي الذي قضى بتعيين المحكم، طعن المدعي عليهما في هذا الحكم بطريق التمييز بموجب صحيفة أودعت بقلم كتاب هذه المحكمة في ٢٩/٧/٢٠٠٣ قالا فيها أنهما قد بلغا بالحكم المطعون فيه في ٢٦/٧/٢٠٠٣ وطلبا نقضه وأودع محامي المطعون ضدهم - في الميعاد - مذكرة بدفاعهم طلبوا فيها رفض الطعن. وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعي بهما الطاعنان على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ومخالفة الثابت في الأوراق؛ إذ أيد قضاء الحكم الابتدائي الصادر في ١٧/٣/٢٠٠٣ بتعيين محكم فرد لنظر النزاع القائم بين الطرفين (=)

(=) على سند من القول بعدم جواز الطعن في ذلك الحكم على الرغم من أن المحكمة ملزمة بموجب المادة ٢٠٤ (١) من قانون الإجراءات المدنية بتعيين عدد من المحكمين مساويا للعدد المتفق عليه بين الخصوم، وكان شرط التحكيم بين الطرفين قد نص على لجنة تحكيم وليس محكما فردا، حسبما قضى الحكم الابتدائي المستأنف، بحيث كان ينبغي أن يعين كل طرف محكما وللمحكمن حق تعيين المحكم الثالث طبقاً لما تم الاتفاق عليه، وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى عدم جواز الطعن في الحكم الصادر من محكمة أول درجة بتعيين محكم واحد فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن النص في المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية على أنه: "١- إذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته، ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم، عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى، ويجب أن يكون عدد من تعيينهم المحكمة مساويا للعدد المتفق عليه أو مكمل له. ٢- ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر بذلك بأي طريق من طرق الطعن"، يدل على أنه وإن كان الأصل أنه لا يجوز الطعن الذي يصدر بتعيين أو استبدال من يلزم من المحكمين بالكيفية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة، إلا أن هذا النص - كاستثناء من القواعد العامة التي تجيز الطعن في الأحكام بطرق الطعن المقررة قانوناً - لا يجوز التوسع فيه أو مخالفته ما اتفق عليه في شرط التحكيم في كيفية تعيين المحكمين وعددهم؛ إذ تقتضي طبيعة التحكيم التعاقدية أن يؤخذ شرط التحكيم ككل لا يتجزأ، فإذا ما قضت المحكمة المختصة بتعيين محكمين أكثر أو أقل عددا مما هو متفق عليه في اتفاق التحكيم، فإن ولايتها لا تمتد إلى تعديل ما اتفق عليه الخصوم في هذا الخصوص بشأن عدد وكيفية اختيار المحكمين، ومن ثم فإنه يجوز الطعن على هذا الحكم؛ لأن الطعن عليه لا يتعلق بأشخاص المحكمين وإنما يتعلق بما انطوى عليه من مسألة موضوعية تتعلق بمخالفة شرط التحكيم بإحالة النزاع للتحكيم لمن لا يحق له الفصل فيه، لما كان ذلك وكان الطاعنان قد دفعا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الصادر في ١٧/٣/٢٠٠٢ بتعيين محكم واحد للفصل في النزاع القائم بينهما ومن المطعون ضدهم ومن المطعون ضدهم مخالف لشرط التحكيم بين الطرفين، والذي ينص على لجنة تحكيم وليس محكما فردا، ولما كان الثابت أن شرط التحكيم قد جرى على (=)

(=) أنه: لسوى أي نزاعات تنشأ عن هذه الاتفاقية أو تفسيرها بصورة ودية فيما بين الطرفين، وفي حالة الفشل في ذلك تحال إلى لجنة تحكيم تتكون من محكمين يعين كل من الطرفين محكما واحدا منهما، ويجوز للمحكمين تعيين فيصلاً، وإذ قضى الحكم الابتدائي الصادر في ٢٠٠٣/٣/١٧ بتعيين محكم واحد للفصل في النزاع، فإنه يكون قد تعدى حدود ولايته التي يستمدها من شرط التحكيم المذكور مخالفاً ما ورد به صراحة بشأن عدد وكيفية تعيين المحكمين، وبالتالي فإنه يجوز الطعن فيه بطريق الاستئناف، استناداً إلى ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة ٢٠٤ من القانون السالف ذكره، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، ولا يغير من ذلك قوله بأن المدعين وشأتهما في طلب تعيين محكم آخر مع المحكم الذي عينته محكمة أول درجة، ذلك أن الحكم الابتدائي قضى بتعيين محكم واحد للفصل في موضوع النزاع، وهو ما يخالف ما نص عليه صراحة في شرط التحكيم على النحو السالف بيانه، وحيث إنه ولما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه"، ومن الأحكام في هذا الشأن حكم محكمة تمييز دبي في ٦ مارس ٢٠٠٤ الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٢٠٠٣ ص ٣٥٩ وما بعدها، وتتخلص وقائع هذا الحكم في أن الشركة الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٢٠٠١/٩٠٢ تجاري كلي أمام محكمة دبي الابتدائية على الشركة المطعون ضدها، طالبة الحكم بإلزامها بإتباع إجراءات التحكيم وإحالة النزاع القائم بينهما للتحكيم وتكليف الطرفين بتعيين كل طرف منهما محكماً لتعيين المحكم الثالث، وتكليف هيئة التحكيم بفض النزاع القائم بينهما وإصدار قرار بشأنه خلال المدة القانونية التي تحددها المحكمة والتصديق على الحكم وتنفيذه بعد وروده والحكم بصحة ونفاذ الحجز التحفظي رقم ٢٠٠١/٣٢٤٨ وتشبيته وتحويله إلى حجز تنفيذي، وقالت في شرح دعواها أنها قد أبرما عقداً بتاريخ ٢٠٠١/١/١٦ أسندت بموجبه المدعية للمدعى عليها مقاوله فرعية من الباطن لتنفيذ بعض الأعمال في بناء في مدينة الرياض بالمملكة العربية السعودية، الذي عهد للمدعية ببنائه، وذلك نظير مبلغ ٥٥٧٤١٦٤ درهماً ورغم حصول المدعى عليها على مبلغ ٤٩٦٠٠٤٨.٦٢٢ درهماً إلا أنها لم تنفذ سوى ٣٥% من العمل المتعاقد عليه وتأخرت في تنفيذ باقي التزاماتها رغم التنبيه عليها أكثر من مرة وهو ما عرض المدعية للمساءلة من مالك المشروع والمهندس الاستشاري، وقد طلبت المدعية من المدعى عليها التفاوض والمصالحة ولرفض المدعى عليها لجأت المدعية للمحكمة واستصدرت من محكمة دبي أمراً بالحجز التحفظي رقم ٢٠٠١/٣٢٤٨ على أموال وموجودات المدعى عليها وإعمالاً (=)

(=) لينود العقد المبرم بين الطرفين الذي نص فيه على إحالة النزاع إلى التحكيم ولفشلها في الاتفاق على التحكيم مع المدعى عليها، فقد أقامت هذه الدعوى، وبعد أن ضمت المحكمة ملف الحجز التحفظي رقم ٢٠٠١/٣٢٤٨ إلى ملف الدعوى، دفعت المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم المانع من سماعها، وبتاريخ ٢٠٠٢/١٠/٢٩ حكمت المحكمة برفض الدعوى لعدم قبول الدعوى لعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم وبتعيين السيد ... محكمًا عن المدعية (الطاعنة) وتعيين الخبير الحسابي صاحب الدور في الجدول محكمًا عن المدعي عليها (المطعون ضدها) وكلفت المحكمين المذكورين باختيار محكم ثالث مرجح لرئاسة هيئة التحكيم وذلك لفض النزاع بين الطرفين وفقًا لعقد الاتفاق المبرم بينهما ولأحكام القانون على أن ينتهوا من مهمتهم خلال ستة أشهر من تاريخ جلسة التحكيم الأولى وإيداع الحكم مع أصل وثيقة التحكيم والمحاضر والمستندات قلم كتاب المحكمة خلال الخمس عشر يومًا التالية لصدور الحكم على أن تحدد أتعاب المحكمين مصاريف التحكيم لتقديرهم في الحكم ورفضت طلب تثبيت الحجز التحفظي، استأنفت الشركة المدعي عليها هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٠٢/١٣٤١ ودفعت الشركة المستأنف ضدها بعدم جواز الاستئناف عملاً بالمادة ٢/٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية، وبتاريخ ٢٠٠٣/٥/٣١ حكمت المحكمة برفض الدفع بعدم جواز الاستئناف وفي الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء مجددًا بعدم قبول الدعوى لوجود شرط اتفاقي بتعيين محكمين بين الطرفين، طعنت المدعية في هذا الحكم بطريق التمييز بموجب صحيفة أودعت بقلم كتاب هذه المحكمة في ٢٠٠٣/٦/٢٩ طلبت فيها نقضه، وأودعت محامية المطعون ضدها - بعد الميعاد - مذكرة بدفاعها طلبت فيها رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعي به الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب ومخالفة الثابت في الأوراق والإخلال بحق الدفاع إذ قضى برفض الدعوى لوجود شرط التحكيم حال أنها قد طلبت تعيين محكمين في النزاع الذي ثار بينها وبين المطعون ضدها عملاً بأحكام المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية، وذلك لامتناع الأخيرة عن تسمية محكمها، وقد اتفق الطرفان في تاريخ لاحق على عقد المقابلة على أن يكون مقر التحكيم في دبي وذلك بناء على إجابة المطعون ضدها بإبداء رغبتها بنقل محل التحكيم إلى دبي، والذي وجد قبولاً من الطاعنة وتحديدها لتاريخ ٢٠٠١/٩/٢٢ كموعدها نهائي لإبداء رأيها بالنسبة (=)

(=) لمقترحات التسوية الودية وبالعدم يكون للطاعة الحق في اختيار بدائل أخرى، وبانقضاء هذا الأجل اختارت الطاعة طريق التحكيم تنفيذاً لشرط التحكيم، على أن يكون محل التحكيم دبي، ولم تنكر المطعون ضدها صورة الرسالة الفاكسية التي عدلت بموجبها محل التحكيم ليكون في دبي ولا يعول على إنكارها لها في مرحلة متقدمة من مراحل التقاضي طالما لم تنكرها منذ الوهلة الأولى لمطالعتها لها، كما طلبت الطاعة أمام محكمة الاستئناف إحالة الدعوى للتحقيق لتثبيت حجية هذه الرسالة، وأن المطعون ضدها ... وحيث إن نص المادة ... من قانون الإجراءات المدنية على أنه "إذ وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على الحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو حكم برده أو قام مانع من مباشرته له ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم عينت المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين، وذلك بناء على طلب أحد الخصوم بالإجراءات المعتادة برفع الدعوى" يدل على أنه في حالة عدم تسمية المحكمين فإن انعقاد الاختصاص للمحكمة المختصة أصلاً ينظر النزاع بتعيينهم بناء على طلب أحد الخصوم لفض النزاع القائم بينهم هو خلو الاتفاق المتضمن شرط التحكيم من نص يحدد كيفية تعيين المحكمين وبيان الجهة المنوط بها القيام بذلك، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن سلطة المحكمة في فهم الواقع في الدعوى وتقدير أدلتها هي مما تستقل به محكمة الموضوع دون معقب عليها في ذلك، طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة، ولا إلزام عليها إحالة الدعوى للتحقيق متى وجدت في الأوراق ما يغنيها عن ذلك أو أن التحقيق غير منتج في الدعوى، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضى بعدم قبول الدعوى المرفوعة من الطاعة لوجود شرط اتفاقي بين الطرفين بكيفية تعيين المحكمين وذلك تأسيساً على ما أورده بأسبابه من أن "الثابت من مطالعة البند ٣٥ من اتفاق الطرفين والمتعلق بالتحكيم بينهما والذي أحال إليه البند رقم ٢٤ من وثائق العقد الرسمي والذي حدد الخطوات وطريقة تعيين واختيار المحكمين ونص صراحة على اختيار كل طرف لمحكم ويختار المحكمان طرف ثالث يترأس هيئة التحكيم، وأنه إذا فشل الطرفان في تعيين المحكم الثالث أو إذا فشل أحد الطرفين في اختيار محكمه فيتم تعيين المحكمين من قبل السكرتير العام لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي بناء على طلب أحد الطرفين أو الطرفين معاً، وبالتالي فقد حدد اتفاق الطرفين صراحة كيفية تعيين المحكمين، وهذا الاتفاق هو الواجب الإعمال ولا يغير من ذلك ما أثارته المستأنف(=)

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أنه "إذا اشتمل اتفاق التحكيم على بعض المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ومن ثم لا تقبل التحكيم، فإنه يكون - كما هو الشأن في سائر العقود - صحيحاً بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد"^(٢٢٢).

ويرتبط بعدم تجزئة اتفاق التحكيم عدم تجزئة بطلان حكم التحكيم؛ حيث إن بطلان الحكم قد يرجع لتجزئة اتفاق التحكيم.

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أن بطلان شق من حكم المحكم يبطل الأجزاء المرتبطة به ارتباطاً لا يقبل التجزئة"^(٢٢٣)، وأن "بطلان

(=) عليها (الطاعنة) بمذكرة دفاعها المقدمة بجلسة ٢٠٠٣/٢/٢٢ وتمسكها بدلالة صورة الرسالة الفاكسية المقول بورودها من المستأنفة (المطعون ضدها) بتاريخ ٢٠٠١/٩/١٥ بكيفية تسوية النزاع بين الطرفين وتعيين المحكمين وانعقاد التحكيم بدبي إذ أن ذلك - وأياً ما كان وجه الرأي في حجية هذه الرسالة - لا يفيد تنازل الطرفين عن شرط التحكيم وتعيين المحكمين وفق الوارد بالبندين ٣٥ و ٣٦ من اتفاقهما" وإذا كانت هذه الأسباب سائغة ولها أصلها الثابت في الأوراق في الأوراق وكافية لحمل قضاء الحكم، وكان وجود الاتفاق اللاحق المدعى به بين الطرفين بإجراء التحكيم في دبي لا يفيد تعديل الشروط المتعلقة بكيفية تعيين المحكمين، ومن ثم فلا جدوى من إجراء تحقيق في هذا الشأن وبالتالي فإن النعي بما سلف يكون على غير أساس.

(٢٢٢) تمييز دبي، الطعن رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٨ الحكم الصادر بجلسة ١٩٩٨/١١/١٥.
(٢٢٣) تمييز دبي، الطعن رقم ١٠ لسنة ١٩٩٥ بجلسة ١٩٩٥/١٠/٨ العدد ٦ ص ٥٦٨، وقد جاء في هذا الحكم، أنه "من المقرر أن بطلان حكم المحكم لخروجه بصدد منازعة فصل فيها عن حدود وثيقة التحكيم يقتضي حتماً بطلان شقه الآخر المتعلق بالمنازعات الأخرى التي ترتبط بالأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة ومن المقرر أن الارتباط لعدم التجزئة هو من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع".

شق من حكم المحكم لخروجه بصدد منازعة فصل فيها عن حدود وثيقة التحكيم يقتضي حتماً بطلان شقه الآخر المتعلق بالمنازعات الأخرى التي ترتبط بالأولى ارتباطاً لا يقبل التجزئة، وأن الارتباط لعدم التجزئة هو من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع^(٢٢٤)، كما قررت في حكم آخر أن قضاء المحكم بما لم يطلبه الخصوم أو القضاء لأحدهم بأكثر مما طلبه، يترتب عليه بطلان الحكم في هذا الشق ما لم يكن الحكم برمته مرتبطاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فيبطل الحكم كلية^(٢٢٥).

(٢٢٤) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٠ لسنة ٩٥ جلسة ١٠/٨/١٩٩٥ العدد ٦ ص ٥٦٨.

(٢٢٥) تمييز دبي، الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٢، مجموعة الأحكام ص ٨٣٩، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أنه الشركة المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ٢٠٠١/٨٥٧/٢٠٠١ مدني كلي أمام محكمة دبي الابتدائية على الطاعن طالبة الحكم بالتصديق على حكم المحكم الوارد في تقريره المؤرخ ٣١/١٠/٢٠٠٠ في النزاع موضوع الدعوى والقائم بينها وبين المدعي عليه، وبيانا لدعواها قالت أنها كانت قد أقامت الدعوى رقم ٣٩٨ لسنة ٩٨ على المدعي عليه بطلب الحكم بتعيين محكم هندسي للفصل في النزاع الذي شجر بينهما بخصوص تنفيذ عقد مقاوله مؤرخ ٦/٥/١٩٩٠ وقد أجابتها المحكمة إلى طلبها بموجب الحكم الصادر بجلسته ٧/٢/١٩٩٩، وقد انتهى المحكم إلى القرار التالي: ١- على المدعي عليه الطاعن أن يدفع للمدعية (المطعون ضدها) مبلغ ١٢٦٠٠٨٧ درهماً وهو يمثل مستحققاتها لقاء أعمال البناء التي قامت بها لصالح المدعي عليه بموجب العقد المبرم بينهما وطبقاً للتفاصيل الواردة به. ٢- بأن يدفع المدعي عليه للمدعية الفوائد القانونية للمبلغ المحكوم به من تاريخ الاستحقاق في ٩/٨/١٩٩٥ وحتى تمام السداد. ٣- وبأن يتحمل المدعي عليه رسوم ومصاريف الدعوى. ٤- أن يتحمل كل طرف ما سددته من أتعاب، وبتاريخ ٢٧/٢/٢٠٠٢ حكمت المحكمة بالتصديق على حكم المحكم المؤرخ ٣١/١٠/٢٠٠٠، استأنف المدعي عليه هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٠٢ لسنة ٢٠٠٢ وبتاريخ ٢٦/٥/٢٠٠٢ حكمت المحكمة برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف، (=)

(=) طعن المدعى عليه في هذا الحكم بطريق التمييز بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ٢٣/٦/٢٠٠٢ طلب بها نقضه وأودع محامي الشركة المطعون ضدها - في الميعاد القانوني - مذكرة بدفاعها طلبت فيها رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على سببين يعني بهما الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبب والفساد في الاستدلال إذ قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بالمصادقة على حكم المحكم رغم بطلانه في شقه المتعلق بالفائدة لقضائه بأكثر مما طلبته الشركة المدعية المطعون ضدها مخالفاً بذلك أحكام المادتين ١٧٣ / ١ (و) و ١/٢١٦ (ج) من قانون الإجراءات المدنية إذ اقتصر طلبات المطعون ضدها على الحكم بإلزام الطاعن بأن يدفع إليها مبلغ ٤٣٠٩٨٢ درهما والفائدة من تاريخ رفع الدعوى وحتى السداد التام بمعدل ١٢% ولكن المحكم قضى لها بالفائدة من تاريخ الاستحقاق في ٨/٩/١٩٩٥ وليس من تاريخ رفع الدعوى في ٨/٦/١٩٩٩ أي قضى لها بفائدة أكثر مما طلبته، وقد تمسك الطاعن ببطلان الحكم في هذا الخصوص، ولكن الحكم المطعون فيه خلص إلى أن طلبات المطعون ضدها تتسع للحكم لها بالفائدة من تاريخ الاستحقاق مستنداً في ذلك إلى أسباب غير صحيحة ومخالفاً ما هو ثابت في الأوراق بمقولة إن طلبات المطعون ضدها قد تضمنت المطالبة بالتعويض عن التأخير حال أن المحكم قد رفض طلبات المدعية المطعون ضدها المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد أغفل حكم المحكم تحديد مقدار وسعر الفائدة التي قضى بها للمطعون ضدها، ولم تعد له محكمة أول درجة الدعوى ليفصل فيما أغفله في هذا الخصوص وقام الحكم المطعون فيه بتفسير ذلك الحكم بما لا تحتمله عبارته بمقولة أن مقدار الفائدة يمكن احتسابه من التاريخ الذي حدده المحكم، هذا في حين أنه يمتنع على قاضي التنفيذ الفصل في تحديد مقدار الفائدة الواجبة السداد للمحكوم له، مما كان لزامه إعادة الحكم إلى المحكم لتوضيحه في هذا الخصوص وفقاً لنص المادة ٢١٤ من قانون الإجراءات المدنية. وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أن النص في المادة ١/٢١٩ من قانون الإجراءات المدنية على أنه "يجوز للخصوم طلب بطلان حكم المحكمين عندما تنظر المحكمة في المصادقة عليه، وذلك في الأحوال الآتية: (أ) ... (ب) ... (ج) إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم" يدل على أن المحكمة تراقب حكم المحكم للتأكد من عدم وقوع بطلان فيه بالتأكد من صدوره في حدود النزاع المطروح عليه وفي حدود طلبات الخصوم، فإذا قضى بما (=)

٥٧- ومن ثم لا يجوز تجزئة اتفاق التحكيم إذا كان موضوع اتفاق التحكيم غير قابل للتجزئة أو الانقسام بطبيعته، فإذا كان اتفاق التحكيم يتضمن عدة موضوعات غير قابلة للتجزئة فلا يجوز الاقتصار في الالتجاء للتحكيم على جانب دون الجانب الآخر، كما لو اقتصر البعض على المطالبة بالتعويض

(=) لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه فإنه حكمه يكون باطلاً في هذا الخصوص بإبطاله في شقه المحكوم فيه بما لم يطلبه الخصوم أو بأزيد مما هو مطلوب ما لم يكن الحكم برمته مرتبطاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فيقضي ببطلانه كله، ولما كان ما تقدم وكان النعي على حكم المحكم في شقه المتعلق بإلزام الطاعن بالفائدة عن المبلغ المحكوم به، وكان البين من مذكرة الطلبات التي قدمت بها المطعون ضدها للمحكمة في ٣٠/١٠/٢٠٠٠ أنها قد طلبت الحكم لها بإلزام المدعي عليه الطاعن بأن يدفع مبلغ ٤٣٠.٨٩٢ درهماً والفائدة منذ رفع القضية وحتى السداد التام مع إلزامه بكافة المصروفات وأتعاب المحاماة وكان المحكم قد قضى لها بالفائدة القانونية للمبلغ المحكوم به من تاريخ الاستحقاق الحاصل في ٩/٨/١٩٩٥ فإنه يكون قد قضى لها بأكثر مما طلبته بما كان يوجب إبطاله في هذا الشق من الحكم - أي في شقه المتعلق بالفائدة دون المساس بقضائه بالمبلغ المحكوم به، وإذ قضى الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم الابتدائي المستأنف بالتصديق على حكم المحكم بما اشتمل عليه من فائدة من تاريخ الاستحقاق الحاصل في ٩/٨/١٩٩٥ بمقولة أن طلبات المطعون ضدها قد اشتملت على طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن التأخير بمبلغ ٢١٩.٠٢٣ درهماً فضلاً عن فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية فإن طلباتها تتسع للحكم لها بالفائدة من تاريخ الاستحقاق، كما أضاف الحكم أن ما قضى به المحكم لا تتوافر فيه حالة من حالات البطلان التي عناها المشرع وحددها في المادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية، وإذا كان هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه بشأن الفائدة المقضي بها مخالفاً للقانون، فضلاً عن مخالفته للثابت في الأوراق، ذلك أن المحكم وضح في أسباب حكمه أنه يرفض الحكم بالتعويض المطالب به عن الأضرار الناتجة عن التأخير، ومن ثم يتعين نقض الحكم في خصوص هذا الشق ويضحى النعي عليه في شقه المتعلق بتحديد سعر الفائدة غير منتج طالما انتهت المحكمة إلى نقضه في هذا خصوص ما قضى به المحكم من فائدة".

عن الإخلال بتنفيذ العقد دون البحث في صحة أو بطلان العقد، أو اقتصر على البحث في صحة أو بطلان العقد دون النظر في التعويضات المستحقة؛ إذ لا يجوز تجزئة اتفاق التحكيم إذا كان موضوعه أو محله غير قابل للتجزئة، ويقصد بعدم تجزئة اتفاق التحكيم ضرورة تقييد هيئة التحكيم بالمسائل موضوع اتفاق التحكيم؛ إذ اتفاق التحكيم ينصب على محل أو موضوع معين، يتمثل هذا المحل أو الموضوع في مجموعة من المسائل المتنازل عليها، فإذا ما اتفق الخصوم على تحديد هذه المسائل واتفقا على الالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، فإنه يتعين على أطراف اتفاق التحكيم الالتزام بموضوع الاتفاق على التحكيم، ولا يجوز لهيئة التحكيم تجاوز هذا الموضوع وتعدى حدوده المادية، كما يتعين عليها أيضاً عدم التعرض لمسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، فإذا تضمن الحكم التحكيمي الفصل في مسائل تتعدى نطاق التحكيم أو لا يشملها هذا الاتفاق كان الحكم باطلاً، إلا إذا كان من الممكن فصل الأجزاء الخاضعة للتحكيم عن تلك التي لا يشملها أو يجاوزها اتفاق التحكيم، ويبطل حكم المحكمين بالنسبة للمسائل التي لم يشملها الاتفاق أو تجاوزها حكم المحكمين.

٥٨- تطبيقاً لذلك نصت المادة ١/٥٣/و من قانون التحكيم المصري على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم المحكمين إلا في الأحوال الآتية ... (و) إذا فصل حكم التحكيم في مسألة لا يشملها الاتفاق على التحكيم أو جاوز حدود اتفاق التحكيم، وإلا وقع حكم التحكيم الصادر في تلك المسألة باطلاً، واستثناءً من ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها (المادة ٥٣/و من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤).

وأساس بطلان حكم المحكمين في هذه الحالة هو تجاوز هيئة التحكيم

لإرادة أطراف الاتفاق؛ إذ التحكيم قائم على أساس إجازة المشرع للأفراد الاتفاق على التحكيم، والأصل هو بطلان الحكم كلية ما لم يمكن فصل أجزاء حكم المحكمين، فيقتصر البطلان على الأجزاء التي لم يشملها اتفاق التحكيم، أما الأجزاء التي شملها اتفاق التحكيم فيصح الحكم طالما كان من الممكن فصلها عن الأجزاء التي لم يشملها اتفاق التحكيم وهو ما يمكن تسميته بمبدأ البطلان الجزئي لحكم المحكمين.

يلاحظ أن الحكم السابق خاص بحالة تجاوز هيئة التحكيم للمسائل المتفق عليها في اتفاق التحكيم بفصلها في مسائل لا يشملها هذا الاتفاق أو حالة تجاوز الحكم حدود الاتفاق، وهو ما يمكن تسميته بتجاوز هيئة التحكيم موضوع اتفاق التحكيم، سواء بالفصل في مسائل لا يشملها الاتفاق، أو حالة تجاوزه لحدود اتفاق التحكيم، كما لو فصل حكم المحكمين في الفوائد دون أصل الدين أو حالة حكمه للفوائد مع أصل الدين على الرغم من الاتفاق على الفصل في أصل الدين دون الاتفاق على الفوائد المترتبة عليه، ففي كل هذه الأحوال يبطل حكم المحكمين، ما لم يمكن فصل أجزاء الحكم الخاضعة لاتفاق التحكيم عن تلك المسائل غير الخاضعة فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة له، أما بالنسبة لفصل حكم المحكمين في جانب من جوانب الاتفاق على التحكيم وإغفاله لجانب آخر، فلم يتضمن نص المادة ٥٨/و صراحة حل لهذه المسألة وهل يبطل حكم المحكمين في هذه الحالة، والتصور السابق قد تعترضه بعض العقبات التي تتمثل فيما هو مقرر قانوناً بأنه لا بطلان بغير نص.

الواقع أنه تطبيقاً للقواعد العامة أن الإغفال لا يترتب عليه بطلان، إذا كان من الممكن فصل الجانب الذي فصل فيه حكم المحكمين عن الجانب الذي تم إغفاله، فيصح الحكم فيما قضى به استثناءً وفقاً لنظرية انتقاص وتحول

العمل الإجرائي؛ إذ نصت المادة ٢/٢٤ من قانون المرافعات على ذلك بقولها "... وإذا كان الإجراء باطلاً في شق منه فإن هذا الشق وحده هو الذي يبطل ولا يترتب على بطلان الإجراء بطلان الإجراءات السابقة عليه أو الإجراءات اللاحقة إذا لم تكن مبنية عليه"، أما إذا كان الحكم برمته مرتبطاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فيبطل الحكم كلية^(٢٢٦).

وإغفال حكم التحكيم لبعض المسائل دون البعض الآخر، قد يتعلق بإغفال لبعض المسائل التي شملها اتفاق التحكيم، وقد يتعلق بإغفال بعض الطلبات التي قدمت أثناء إجراءات التحكيم وأغفلها الحكم، بالنسبة للنوع الأول فلا يترتب على هذا الإغفال بطلان حكم التحكيم طالما كان من الممكن فصل تلك الأجزاء عن الأجزاء التي فصل فيها الحكم؛ إذ يصح الحكم فيما قضى به وفقاً لمبدأ انتقاص وتحول العمل الإجرائي، أما إذا كان الحكم برمته مرتبطاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة فيبطل الحكم كلية^(٢٢٧)، أما بالنسبة لإغفال هيئة التحكيم لمسألة قدمت أثناء إجراءات التحكيم فلا أثر في ذلك على صحة حكم المحكمين؛ إذ يظل الحكم صحيحاً ويكون للأطراف التحكيم في هذه الحالة ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي، وقد نصت على هذا المادة ٥١ من قانون التحكيم المصري، بقولها "يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم، أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها

(٢٢٦) تمييز دبي، الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٢، مجموعة الأحكام ص ٨٣٩.

(٢٢٧) تمييز دبي، الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٣٠ نوفمبر ٢٠٠٢، مجموعة الأحكام ص ٨٣٩.

حكم المحكمين، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه، ٢-
وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز
لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

٥٩- ويترتب على تجاوز هيئة التحكيم لموضوع اتفاق التحكيم
وتعرضها لمسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، أو إغفالها لبعض مسائل التحكيم
حق الأطراف في الدفع بالبطلان، ويكون ميعاد هذا الدفع هو نفس ميعاد تقديم
دفاع المدعى عليه، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن التأخير كان لسبب مقبول
(م ٢/٢٢ تحكيم مصري)، وتفصل المحكمة في هذا الدفع قبل الفصل في
الموضوع، ويجوز لها ضمه للموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت المحكمة
برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم المحكمين
المنهي للخصومة (المادة ٣/٢٢)(٢٢٨).

أما بالنسبة لحالة الإغفال فيكون للخصوم إلى جانب ذلك في حالة عدم
ارتباط الحكم ارتباطاً لا يقبل التجزئة طلب من المحكمين الفصل في المسائل
التي أغفلها بحكم تحكيم إضافي وفقاً لنص المادة ٥١ من قانون التحكيم
المصري.

الواقع، أنه على الرغم من قيام حكم المادة ٣/٢/٢٢ من قانون التحكيم
المصري على العلم القانوني الكامل لأطراف اتفاق التحكيم، بهدف حث الخصوم
على إنجاز خصومة التحكيم والاقتصاد في سيرها، وأن حقيقة الدفع بالبطلان
أنه دفع موضوعي يجوز إثارته في أية حالة تكون عليها الدعوى، إلا أن
المشرع قد تدارك ما قد يترتب على سقوط هذا الدفع في الميعاد عن طريق ما

(٢٢٨) نصت المادة ١/٢٢ من قانون التحكيم المصري على أن "تفصل هيئة التحكيم في
الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم
أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

نص عليه في المادة ٥١ وإمكان طلب حكم تحكيم تكميلي، وإجازة المشرع رفع دعوى بطلان وفقاً لنص المادة ٥٣.

وتختص هيئة التحكيم في هذه الحالة وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص بالفصل في الدفع بالبطلان، غير أن المحكمة المختصة بالنزاع هي التي تختص بدعوى البطلان في حالة التحكيم الداخلي أو محكمة استئناف القاهرة أو المحكمة التي يتفق عليها الأطراف في حالة التحكيم الدولي (المادة ٩ من قانون التحكيم).

٦٠- وموضوع عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة قد يرجع إلى عدم قابلية اتفاق التحكيم نفسه للتجزئة وقد يرجع إلى عدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة *Indivisibilité du litige* ، وفي الحالة الأولى ينحصر عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة في تجاوز هيئة التحكيم للمسائل المتفق عليها في اتفاق التحكيم بتجاوز هيئة التحكيم الحدود المادية لاتفاق التحكيم، وينحصر موضوع عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة في فصل هيئة التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة - كما ذكرنا آنفاً - يبطل الحكم الصادر في هذه الحالة إلا إذا كان من الممكن فصل أجزاء الحكم المتعلقة بموضوع اتفاق التحكيم، بحيث يبطل الحكم فيما جاوز حدود الاتفاق أو في تجاوز الهيئة للمسائل المتفق عليها، ويبقى حكم المحكمين صحيحاً فيما عدا تلك المسائل التي تجاوزها أو تعداها حكم المحكمين.

أما بالنسبة لعدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة، فهو أمر يتعلق باتفاق التحكيم من ناحيتين، الأولى تتعلق بعدم تعدد أطراف النزاع أو اتفاقهم جميعاً على التحكيم، في هذه الحالة لا تثور أي مشكلة إذا اقتصر حكم المحكمين على الفصل في جانب وإغفال جانب آخر من النزاع، في هذه الحالة يبطل حكم المحكمين، طالما كان من غير الممكن فصل موضوع النزاع أو كان موضوع

النزاع غير قابل للتجزئة، أما إذا كان الموضوع قابل للتجزئة فإن الحكم يبقى صحيحاً فيما قضى به، ويكون للخصوم الالتجاء للمحكمة بطلب الفصل في الموضوع بحكم تحكيم إضافي، كما سبق لنا توضيح ذلك آنفاً، والحالة الثانية تتعلق بكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة مع تعدد أطرافه *le pluralité de défendeurs*^(٢٢٩)، وفي هذه الحالة يثور السؤال عن حكم أثر عدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة على اتفاق التحكيم نفسه إذا تعددت أطرافه وأبرم البعض اتفاق التحكيم دون البعض الآخر، فهل وجود اتفاق التحكيم يمنع غير الأطراف من الالتجاء للقضاء أو يمنع أطراف الاتفاق من الالتجاء للتحكيم، وما أثر ذلك على الحكم؟.

وفي هذه الحالة إذا كان من وقع اتفاق التحكيم يمثل باقي الأطراف، يلتزم الجميع بالالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، ويكون الحكم الصادر من هيئة المحكمين صحيحاً، مثال قيام أغلبية الملاك على الشيوع وأصحاب حق التصرف في المال الشائع ببيع المال الشائع بأكمله مع اشتراط الاتفاق على التحكيم بالنسبة للمنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً عن هذا البيع، فعندئذ يلزم اتفاق التحكيم جميع الملاك على الشيوع بما فيهم من لم يوقع على الاتفاق^(٢٣٠)، وأساس ذلك لزوم العقد لجميع الأطراف وليس فقط أصحاب حق التصرف في المال الشائع، وبالتالي يلزم شرط التحكيم جميع الأطراف من باب اللزوم، ويكون حكم المحكمين صحيحاً، ولا يختلف الحل لو كان من وقع الاتفاق على التحكيم نائباً قانونياً عن الباقيين، فيلزم اتفاق التحكيم الجميع

(229) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1644, p. 1106.

(٢٣٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة، بند ٧٨، ص ١٦٣.

بشروط وجود وكالة خاصة.

غير أن الأمر يدق - بحق - في حالة ما إذا كان الموقع على اتفاق التحكيم لا يملك السلطة في تمثيل الباقيين، فهل لعدم قابلية موضوع النزاع للتجزئة أثر على اتفاق التحكيم؟.

ذهب أغلب الفقه والقضاء الفرنسيين للقول بوجود احترام اتفاق التحكيم بالنسبة لأطرافه دون الباقيين، ومن ثم لا يجوز إجبار جميع الأطراف للتجاء لقضاء الدولة، فيسري اتفاق التحكيم بالنسبة لأطراف فقط - ولو كان النزاع غير قابل للتجزئة - احتراماً لاتفاق التحكيم^(٢٣١).

الرأي السابق لا يستقيم إلا إذا كان موضوع النزاع قابلاً للتجزئة؛ إذ لا يتصور أن يكون لاتفاق التحكيم أثر بالنسبة لطرف دون الآخر إلا إذا كان الاتفاق من حيث موضوعه قابلاً للتجزئة^{٢٣٢}، أما إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة فإن الأمر يكون بالغ الصعوبة ويتعين على الجميع الالتجاء للقضاء وعدم إعمال اتفاق التحكيم، باعتبار القضاء هو الأصل والتحكيم بديل أو استثناء منه، وعلى الأساس السابق ذهب أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي - بحق - للقول بالتمييز بين ما إذا كان موضوع النزاع قابلاً للتجزئة وبين كون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة، فإذا كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة فلا يجوز إعمال اتفاق التحكيم ويتعين على الجميع الالتجاء

(231) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1644, p. 1106. Il dit «en cas d'indivisibilité du litige et de pluralité de défendeurs dont l'un au moins n'est pas lié par une clause compromissoire, le demandeur ne peut les assigner tous devant la juridiction étatique, il doit respect la convention l'indivisibilité pour ceux qui sont liés par cette clause».

(٢٣٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٨، ص ١٦٣ وما بعدها.

للقضاء، باعتباره الأصل وأن التحكيم بديل واستثناء على هذا الأصل؛ إذ لا يجوز قانوناً نظر دعوى أمام القضاء دون اختصاص جميع الخصوم الواجب اختصاصهم عند رفع الدعوى، أما إذا كان موضوع النزاع قابلاً للتجزئة فيعمل باتفاق التحكيم بالنسبة لأطراف الاتفاق دون الباقين، وأساس ذلك أنه لا يتصور اختصاص هيئة التحكيم بالنزاع دون رضا كل الأطراف على التحكيم، والرضا على التحكيم يتصور أن يكون صريحاً أو ضمناً، ويتعين في جميع الأحوال أن يكون اتفاق تحكيم مكتوباً وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً (المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري).

وفي هذه الحالة إذا ما التجأ أحد الأطراف غير الموقعين على اتفاق التحكيم للقضاء ودفع أحد أطراف اتفاق التحكيم بوجود اتفاق التحكيم، وجب على المحكمة رفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم، ووجوب تصديها لموضوع النزاع المطروح عليها؛ إذ القضاء هو صاحب الولاية وما التحكيم إلا بديل أو استثناء عليه على اختلاف في الفقه والقضاء، ولا يختلف الحل لو التجأ للقضاء من كان من أطراف اتفاق التحكيم؛ إذ يكون ذلك تنازلاً من هذا الطرف عن اتفاق التحكيم، حتى لو دفع الطرف الآخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم.

أما إذا ما التجأ أحد أطراف اتفاق التحكيم للتحكيم، في هذه الحالة نكون أمام فرضين، الأول: قيام من لم يوقع على اتفاق التحكيم بالدفع بعدم وجود اتفاق تحكيم، الثاني: الاستمرار في طرح الموضوع على هيئة التحكيم دون اعتراض.

أما الفرض الأول فيتعين على هيئة التحكيم الفصل في الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم، وهنا يثور السؤال عن نوع الحكم، وهل هو حكم بعدم الاختصاص أم حكم بعدم القبول؟، وهل من حق هيئة التحكيم الحكم بالإحالة للمحكمة المختصة، خاصة مع اختلاف الفقه في منح القضاء الحق في الحكم بالإحالة

للتحكيم وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري؛ إذ لا يجيز الفقه للمحكمة حق الحكم بالإحالة على اعتبار التحكيم ليس جهة قضائية، يمكن للمحكمة الحكم بإحالة النزاع إليها وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري والمادة ٨٥ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^(٢٣٣)؛ إذ الإحالة Le renvoi لا تكون إلا داخل نفس الجهة القضائية أو

(٢٣٣) اختلف الفقه في تحديد سلطة المحكمة - بعد الحكم بعدم اختصاصها لوجود اتفاق التحكيم - في الحكم بالإحالة لهيئة التحكيم أو الإقتصار على الحكم بعدم الاختصاص؛ حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن الكلام عن الاختصاص يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضائية واحدة، وقضاء المحكم ليس قضاء لجهة قضائية حتى يمكن الكلام عن اختصاصه، وأن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص عن قضاء الدولة؛ إذ رغم هذا الاتفاق تظل للمحاكم الولاية العامة على الفصل في موضوع النزاع، ومن ثم فإنه لا يتصور الحكم بالإحالة في هذه الحالة لعدم امتلاك المحكمة السلطة الأصلية بالاختصاص، وأنه لا يجوز اعتبار هيئة التحكيم - ولو كان التحكيم مؤسسياً - هيئة قضائية وفقاً لنص المادة ١٦٧ من الدستور، والتي يجوز على أساسها للمحكمة الدستورية الفصل في تنازع الاختصاص؛ حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ على أن "أن ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ التي فوض بها المشرع تحديد الهيئات القضائية، وتقرير اختصاصاتها، هو أن يعهد إليه دون غيره بتنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها بما يحول دون تنازعها، ... ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق الطرفين"، (د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٩٥ ص ١٨٥)، وقد ذهب جانب آخر إلى القول بأن هيئة التحكيم الاختياري هيئة ذات اختصاص قضائي وفقاً لما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٤ أغسطس ٢٠٠١، وأن قواعد النظام القانوني المصري لا تمنع الحكم بالإحالة لهيئة التحكيم بعد الحكم بعدم الاختصاص، بعد تصديق المشرع المصري على اتفاقية نيويورك عام ١٩٨٥ المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية؛ إذ نصت المادة ٣/٢ من اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ على أن "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن (=)

إلى جهة قضائية أخرى، والتحكيم لا يمثل جهة من جهات القضاء التي نص عليها القانون^(٢٣٤)، وهنا يثور الاختلاف حول طبيعة الدفع بعدم وجود اتفاق

(=) تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم للتحكيم، ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، ونصت المادة ٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على أن: "على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى 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 أو لا يمكن تنفيذه"، وأن المشرع يأخذ بالإحالة بين الجهات القضائية في حالة مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي و النوعي والقيمي والمحلي، وأن المشرع الفرنسي قد نص على حق المحكمة في الإحالة لهيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٩٦ من قانون المرافعات الجديد، أما المشرع الإماراتي فيأخذ المشرع بالإحالة لعدم الاختصاص في حالة مخالفة قواعد الاختصاص النوعي والمحلي فقط، أما حالة مخالفة قواعد الاختصاص الولائي فيقتصر دور المحكمة على الحكم بعدم الاختصاص دون الإحالة، وقد نصت المادة ١١٠ من قانون المرافعات على المحكمة إذا قضت بعدم الاختصاص أن تأمر بإحالة الدعوى بحالتها إلى المحكمة المختصة ولو كان عدم الاختصاص متعلق بالولاية، علاوة على ذلك فقد قررت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في ٤ أغسطس ٢٠٠١ إلى تقرير أن هيئة التحكيم الاختياري هيئة ذات اختصاص قضائي من الممكن أن يثور بين الحكم الصادر منها والحكم الصادر من أي جهة قضائية تنازع (د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ص ١٦٣ وما بعدها، والواقع، أن سبب الخلاف السابق يرجع لتكييف الفقه للدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، وأن التحكيم استثناء من القضاء، وأنه لا يتعين على المحكمة إذا ما قضت بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم أن تحكم بالإحالة وفقاً لنص المادة ١١٠ من قانون المرافعات المصري والمادة ٨٥ من القانون الإماراتي.

(٢٣٤) د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦١، ص ٩٤٣؛ حيث ذهب للقول، أنه لا يجوز اعتبار هيئة التحكيم - ولو كان (=)

التحكيم في هذه الحالة، وهل هو دفع بعدم الاختصاص أم أنه دفع بعدم القبول، خاصة مع نص المشرع المصري والعماني على تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم بأنه دفع بعدم القبول في المادة ١٣/١^(٢٣٥)، والنص في المادة ٢٢ من نفس القانون على اختصاص هيئة التحكيم بالدفع المتعلقة بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شمول موضوع النزاع بعدم النص على اختصاص هيئة التحكيم بالدفع المتعلقة بعدم الاختصاص^(٢٣٦).

أما الافتراض الثاني: فيتمثل في عدم دفع الأطراف غير الموقعين بعدم الاختصاص، فهل يعتبر ذلك رضاء بالتحكيم، وهل يسقط حقه في الدفع بعد

(=) التحكيم مؤسسياً - هيئة قضائية وفقاً لنص المادة ١٦٧ من الدستور، والتي يجوز على أساسها للمحكمة الدستورية الفصل في تنازع الاختصاص؛ حيث أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر ١٧ ديسمبر ١٩٩٤ على أن "أن ما قصد إليه الدستور بنص المادة ١٦٧ التي فوض بها المشرع تحديد الهيئات القضائية، وتقرير اختصاصاتها، هو أن يعهد إليه دون غيره بتنظيم شئون العدالة من خلال توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي يعينها بما يحول دون تنازعهما، ... ولا كذلك التحكيم إذا تم باتفاق الطرفين"، وقد ذهب بعض الفقه الحديث - بحق - إلى تكييف الطبيعة القانونية لعمل هيئة التحكيم الاختياري إلى أنها هيئة قضاء استثنائية شأنها شأن محاكم أمن الدولة العليا طوارئ، وهي لا تعد هيئة قضائية خاصة أو استثنائية، وأن الصحيح أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، للمزيد: راجع تفصيلاً: د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٧٤، ٧٦، ص ٨٠ وما بعدها.

(٢٣٥) نصت المادة ١٣/١ على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

(٢٣٦) نصت المادة ٢٢/١ على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبينة على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

الكلام في الموضوع؟، وهل يجوز له الطعن في الحكم الصادر في هذه الحالة؟. الواقع أن الحل يعتمد على تحديد المقصود بالدفع المتعلقة بعدم الاختصاص الواردة في صدر المادة ٢٢، وتكييف الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم، وهل هو دفع بعدم الاختصاص أم أنه دفع بعدم القبول، وما إذا كان من المتعين على المحكمة في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص أو بعدم القبول من تلقاء نفسها، أما أنه دفع إجرائي يسقط بالكلام في الموضوع ولا يجوز للخصم التمسك به.

في الحقيقة إن نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري قد حسم كل التساؤلات، بنصه "١- تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ٢- يجب التمسك بهذه الدفع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعي عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة ٣٠ من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز - في جميع الأحوال - أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول"، ٣- تفصل هيئة التحكيم في الدفع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة ٥٣ من هذا القانون".

مقتضى نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري أن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم يتضمن الدفع المتعلقة بصحة العقد الأصلي أو

بطلانه^(٢٣٧)، والدفع الأخرى المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

ولذا؛ يكون الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام المحكمة المختصة دفع من شأنه عدم اختصاص المحكمة بنظر النظر النزاع، يترتب عليه امتناع المحكمة عن نظر النزاع لاختصاص هيئة التحكيم به، وذلك إذا ما تمسك الخصم به قبل الكلام في الموضوع، وتأكدت المحكمة التي تنظر النزاع من صحة وجود اتفاق التحكيم، ومقتضى عدم الاختصاص وليس عدم القبول هنا أن المحكمة يمكنها نظر النزاع ولو قدم الدفع في الميعاد، كما لا يجوز لها سماع الدعوى ولو توافر للمدعي مصلحة في سماعها بعد ذلك، وذلك إذ اتفق الخصوم على اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع دون المحكمة المختصة، وهو ما يعطي للتحكيم أولوية على القضاء، وأساس ذلك تعلق المنازعات محل التحكيم بحقوق الأفراد.

من ثم نرى أنه من الأجدر، في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم النظر في أساس الدور التي تضطلع به المحكمة بصدد هذا الدفع وليس النتيجة غير المباشرة المترتبة عليه من كون المحكمة مختصة أو أن الدعوى غير مقبولة، وبالنظر للإشكاليات التي تترتب على تحديد أي نوع من عدم الاختصاص، وهل هو عدم اختصاص وظيفي يتعلق بالولاية أم أنه اختصاص نوعي، وكانت العبرة بمسمى الدفع وليس بالنتيجة المترتبة عليه من عدم الاختصاص أو عدم القبول.

ولذا؛ فالمنطقي تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بالتحكيم، وهذا الدفع يسقط بالكلام في الموضوع، ولا يجوز للمحكمة القضاء به من

(٢٣٧) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم، مرجع سابق، بند ٤٦، ص ٦١.

تلقاء نفسها فهو دفع يتعلق بوجود الحق في الالتجاء للتحكيم من عدمه دون قضاء الدولة المختص أصالة بالنزاع، فلا يجوز الالتجاء للتحكيم بدون وجود اتفاق تحكيم مكتوب، وهو يرمي لإعلام المحكمة بوجود اتفاق تحكيم صحيح بالالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة، وهذا دفع شكلي يسقط بالكلام في الموضوع، ولا يجوز التمسك به في أي حالة تكون عليها الدعوى، ولا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها.

غير أن سقوط الحق في إبداء الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم بالكلام في موضوع النزاع وفقاً للمادة ٣/٢٢ من قانون التحكيم المصري، لا يمنع الخصم من التمسك به حتى بعد صدور حكم المحكمين، كل ما هنالك أن المشرع أجاز التمسك بهذا الدفع بدعوى أصلية ببطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري.

المبحث الثاني

أركان وشروط اتفاق التحكيم

٦١- تمهيد: يجري جمهور الفقه على استعمال تعبير شروط صحة اتفاق التحكيم ويقسمها إلى شروط شكلية وشروط موضوعية^(٢٣٨)، كما يميز البعض بين الشروط العامة والشروط الخاصة لاتفاق التحكيم^(٢٣٩)، دون التمييز بين أركان اتفاق التحكيم وشروط صحة هذا الاتفاق، وقد يرجع السبب في انصراف الفقه عن هذا التمييز إلى طبيعة حكم المحكمين في بعض التشريعات خاصة في قانون التحكيم المصري التي تمنح حكم المحكمين قوة الأمر المقضي بمجرد صدوره وتقرر عدم جواز الطعن في هذا الحكم بأي طرق من طرق الطعن^(٢٤٠)، مع إجازة رفع دعوى بطلان ضد حكم المحكمين، وأن دور هذه الدعوى لا يتعلق بالرقابة على حكم المحكمين من الناحية الموضوعية، بل تقتصر على رقابة الناحية الإجرائية لحكم المحكمين؛ إذ ليس للمحكمة أن تعرض لحكم المحكمين من الناحية الموضوعية ومدى تطابقه مع القانون من عدمه^(٢٤١)؛ إذ يجوز الطعن بدعوى

(٢٣٨) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٧٤ وما بعدها؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٩، ص ١٠٦ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٠، ص ٣٤ وما بعدها؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٣٦ وما بعدها؛ ولنفس المؤلف "الأثر المانع لاتفاق التحكيم"، كتاب التحكيم والقانون، مركز الدكتور عادل خير، ١٩٩٧؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٤، ص ٢٦ وما بعدها.

(239) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1635, p. 1097.

د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٧٤ وما بعدها.
(٢٤٠) د. عزمي عبد الفتاح، دعوى بطلان حكم المحكمين، كتاب التحكيم والقانون، إصدار مركز الدكتور عادل خير، ١٩٩٧، بند ٢.

(٢٤١) د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم(=)

البطلان ضد حكم المحكمين، الأمر الذي قد يتصور انه يقلل من أهمية التمييز بين أركان وشروط اتفاق التحكيم إذ يجوز رفع دعوى بطلان الحكم ضد حكم المحكمين على خلاف القواعد العامة في قانون المرافعات، والتي تمنع رفع دعوى بطلان أصلية ضد حكم، وأن المشرع قد جمع في أسباب دعوى البطلان بين حالات الإعدام والبطلان معا، الأمر الذي يمكن أن يستفاد منه عدم وجود جدوى من التمييز بين أركان وشروط اتفاق التحكيم.

٦٢- الواقع، أن التصور السابق يتناقض مع نص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري التي أجازت وفق الفقرة أ على الطعن بالبطلان في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم، وهي الحالة التي تعبر عن انتفاء أركان اتفاق التحكيم، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢١ من قواعد التجاري الدولي الاوتسيترال بصيغتها عام ١٩٧٦، والمادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري الدولي بصيغتها عام ٢٠١٠، والمادة ١٦ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٩٨٥ - عند النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها

(=) كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٠٣، س ٢٧ يوليو ٢٠٠٠، مبدأ ١١، ص ٣٩، ومن الأصول المقررة أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولا يصح تبعاً لذلك إطلاق القول في خصومة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ومن تلك الأصول أيضاً أن المحكمة عند تصديقها على حكم المحكمين ليس لها أن تعرض له من الناحية الموضوعية ومدى تطابقه مع القانون، تمييز دبي، الطعن رقم ١٦٥ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩٩٢/١١/٢٨ العدد ٣ ص ٨٢٥، الطعن رقم ١١١ لسنة ١٩٩٨ جلسة ١٩٩٨/٦/٧.

بما فيها الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

علاوة على ما نصت عليه المادة ٤/٢/٣٤ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ١٩٨٥، بجواز الطعن بالإلغاء أو البطلان في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم.

وأنه على الرغم من عدم إجازة المشرع في بعض التشريعات للطعن في حكم المحكمين خاصة قانون التحكيم المصري والعماني وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وغيرها، إلا عن طريق دعوى البطلان، وأن هذه الدعوى ليست سوى دعوى إجرائية، وأن المشرع قد جمع في أسباب دعوى البطلان بين حالات الانعدام والبطلان، إلا أنه يلاحظ أن المشرع ألزم المحاكم عند الدفع بوجود اتفاق التحكيم أن تحكم بعدم القبول كما هو الحال في نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري، أو الحكم بعدم الاختصاص كما هو الحال في نص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي، وأن الحكم بعدم القبول أو عدم الاختصاص على خلاف بين التشريعات، يقتضي تحقق المحكمة من وجود اتفاق التحكيم، ووجود اتفاق التحكيم يقتضي تلاقى الإيجاب والقبول وانصرف اتفاق التحكيم لمحل أو موضوع وسبب قانوني محدد، وهي ما تمثل أركان اتفاق التحكيم، والتي يترتب على تخلفها عدم وجود اتفاق التحكيم، وأن اتفاق التحكيم ليس إلا عقد كسائر العقود له أركان يقوم عليها وشروط لازمة لصحته^(٢٤٢)، وأن الفقه لا يميز بين شروط اتفاق التحكيم التي يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، وأركان اتفاق التحكيم التي يترتب على عدم توافرها عدم وجود اتفاق التحكيم وانعدامه، بخلاف الشروط التي يترتب عليها عدم صحة اتفاق التحكيم وبطلانه.

(٢٤٢) أ. سعد أبو السعود، الدفع بالتحكيم يجب إيدأؤه قبل سائر الدفوع، مجلة المحاماة، السنة ٤١، سنة ١٩٦١، ع ٨، ص ١٣٣٠.

توضيح ذلك، أن التحكيم يقوم على أساس رضا وإجازة المشرع لنظام التحكيم وتوافق إرادات الأطراف لتحقيق هذا الأثر^(٢٤٣)، فيمثل إجازة المشرع لنظام التحكيم في بعض المسائل دون البعض الآخر ما يمكن تسميته بركني المحل والسبب، وتمثل موافقة الأطراف على الالتجاء للتحكيم ركن الرضا في التحكيم، واتفاق التحكيم هو أول مراحل التحكيم والمفترض الأساسي لوجوده^(٢٤٤)، واتفاق التحكيم باعتباره عقد أو اتفاق من نوع خاص يقوم على مجموعة من الأركان التي تتمثل في الرضا والمحل والسبب، ركن الرضا يتمثل في تلاقي إرادات أطرافه، والمحل يتعلق بموضوع هذا الاتفاق، أما السبب فيتمثل في الأساس القانوني الذي يقوم عليه الاتفاق. وهذه الأركان يترتب على تخلف أحدها انعدام اتفاق التحكيم واعتباره كأن يكن، بخلاف شروط اتفاق التحكيم فهي لازمة لصحة وجود اتفاق التحكيم، ويترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، مثل الكتابة والأهلية وغيرها من الشروط الشكلية.

٦٣- وتزداد أهمية التمييز بين أركان وشروط اتفاق التحكيم، في أن حالات انعدام الاتفاق لا تحتاج لنص بينما يقتضي البطلان وجود نص من جانب المشرع يقرر البطلان؛ إذ أنه لا بطلان بغير نص، وأنه لا بطلان إذا تحققت الغاية من الإجراء^(٢٤٥)، كما أن المشرع أوجب على المحكمة وفقاً لنص المادة

(٢٤٣) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٦ ص ٣١؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٨، ص ٩.

(٢٤٤) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٩٦؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق الإشارة، بند ١٩، ص ٣٣.

(٢٤٥) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٢، ص ٢٢، ٢٣.

١/١٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد أن تحكم بعدم القبول وفقاً للقانون المصري أو بعدم الاختصاص وفقاً للقانون الفرنسي إذا دفع الخصم بوجود اتفاق التحكيم، وأن الحكم بعدم الاختصاص يقتضي التحقق من وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، وهو ما يستلزم التحقق من توافر أركان اتفاق التحكيم المتمثلة في الرضا والمحل والسبب.

٦٤- علاوة على ذلك، فإنه يعتد بوجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم عن طريق الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم أمام هيئة التحكيم وفقاً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري والمادة ١٤٤٦ من قانون المرافعات الفرنسي، والمادة ١٦ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الاونسيترال لعام ١٩٨٥؛ إذ يستلزم التحقق من وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده وهو ما يتعلق بأركان اتفاق التحكيم وليس بشروط اتفاق التحكيم.

في ضوء ذلك، يتعين تناول أركان وشروط اتفاق التحكيم، وهو ما يمكننا توضيحه تباعاً على النحو الآتي:

المطلب الأول

أركان اتفاق التحكيم

٦٥- اتفاق التحكيم يقوم على أركان ثلاثة هي: الرضا والمحل والسبب^(٢٤٦)، ويترتب على تخلف أي من هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، وهو ما يعد سبباً للطعن في الحكم بدعوى البطلان، وهو ما

(٢٤٦) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٩، ص ١٠٦ وما بعدها.

نتناوله على النحو الآتي:

الفرع الأول

الرضا

٦٦- يتحقق الرضا باتفاق التحكيم بتلاقي إرادات الأطراف على إبرام اتفاق التحكيم، سواء في صور شرط أو مشاركة^(٢٤٧)، ويعتبر جمهور الفقه الرضا من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم^(٢٤٨)، ويتحقق الرضا بتلاقي الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم في أي شكل أو صورة، وتدخل الشخص في خصومة التحكيم وموافقة باقي الأطراف على ذلك، كما يتحقق الرضا بالموافقة اللاحقة على حوالة الحق؛ إذ يعتبر المحال إليه طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد قبوله لحوالة الحق أو الدين، كما يعتبر من قبيل الرضا باتفاق التحكيم تدخل الشخص في خصومة التحكيم وموافقة أطراف الخصومة على تدخل الشخص في الخصومة.

ويترتب على عدم توافر الرضا في اتفاق التحكيم بطلان اتفاق التحكيم، وهو ما يعد سبباً لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم^(٢٤٩).

(٢٤٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٠٥ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٣٤؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٦، ص ٢٧.

(٢٤٨) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٧٤ وما بعدها؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٩، ص ١٠٦ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٣٤.

(٢٤٩) د. بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة ٢٠٠٧، دار الجامعة الجديدة، ص ٣٤٧ وما بعدها.

ولا يعتبر الخضوع لنظام قانوني معين وقبول التعامل في هذا النظام من قبيل الرضا بالتحكيم، وهو ما كان ينص عليه القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠١ الخاص بسوق الأوراق المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة، من خضوع جميع المتعاملين لنظام التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع المنصوص عليه في القرار المشار إليه، دون استلزام وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف^(٢٥٠)، وقد كان هذا النظام مثار العديد من الانتقاد حول شرعية هذا النظام ودستوريته^(٢٥١).

وحسناً فعل رئيس مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع عندما عدل قراره السابق رقم ١ لسنة ٢٠٠١ بموجب القرار رقم ٣٥/٢٠٠٨ في ١٠/٩/٢٠٠٨ معدلاً نص المادة ٣٠ من النظام الخاص بالوسطاء والماد ٩ من نظام السوق، والمادة ٢ من نظام التحكيم، مستبدلاً بهم النص على أن يتم الفصل في المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم في الحالات التي يتفق

(٢٥٠) راجع للمؤلف، دراسة حول طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها؛ د. مجدي قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ١ لسنة ٢٠٠١، مرجع سابق، ص ٣ وما بعدها. الجدير بالذكر أن هيئة الأوراق والسلع قد عدلت نص المادة ٢ من هذا النظام في عام ٢٠٠٨ على إثر توصية مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي في شهر مايو ٢٠٠٨، بالنص على اختيارية التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع.

(٢٥١) راجع للمؤلف، دراسة حول طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها؛ د. مجدي قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ١ لسنة ٢٠٠١، مرجع سابق ص ٣ وما بعدها.

فيها الأطراف على ذلك، على أن يجري التحكيم وفق نظام التحكيم المعمول به لدى الهيئة، الأمر الذي يعني حرية الأطراف في الاتفاق على حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم، وفي حالة اتفاقهم على ذلك يكون التحكيم وفق النظام المعمول به في الهيئة.

وعلى الرغم مما أضافه التعديل السابق لنظام التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع لدولة الإمارات، من إلغاء الإلزام على تسوية المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية، وكفالة حق المتعاملين في السوق من الاتفاق على التحكيم في حل منازعاتهم عن تداول الأوراق المالية، إلا أن اشتراط حسم هذه المنازعات بطريق التحكيم وفق نظام التحكيم المعمول به في الهيئة، ينفي عن هذا التحكيم صفة الرضائية التي يتعين توافرها في التحكيم بصفة عامة؛ إذ لا يكفي في وجهة نظرنا كفالة حق الأفراد أو المتعاملين في السوق للتحكيم لإلزامهم على الخضوع لنظام التحكيم المعمول به في المركز، بل يتعين تحرير الاتفاق على التحكيم من كل القيود بما فيها اختيار النظام الإجرائي أو الإجراءات الواجبة التطبيق على النزاع.

وفي ضوء ذلك، نرى ضرورة تعديل نص المادة الثانية من نظام التحكيم رقم ١ لسنة ٢٠٠١ والنصوص المرتبطة بها في أنظمة سوق الأوراق المالية والسلع، لينص على حق الأفراد والمتعاملين في السوق على التحكيم وفق نظام التحكيم الحر الذي يرضون الخضوع له.

علاوة على أن نص المادة ٢ بصيغتها الحالية من شأنها تطبيق المواد الخاصة بطريقة تشكيل هيئة التحكيم من عضو يختاره وزير العدل، وعضو يختاره رئيس الهيئة وعضو يختاره السوق المعني، وفي هذا التنظيم إجبار من نوع آخر للخصوم في تشكيل هيئة التحكيم بعيداً عن الرضائية التي يتعين توافرها في التحكيم بصفة عامة والتحكيم في الأوراق المالية بصفة خاصة.

وعلى هذا الأساس يكون اقتراح تعديل المادة ٢ من نظام التحكيم في منتهى الأهمية، لتوفير الرضا كركن من أركان اتفاق التحكيم، سواء من ناحية تحقيق الرضائية في اتفاق التحكيم في اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق من ناحية، أو من ناحية توافر الرضائية في تشكيل هيئة التحكيم من ناحية ثانية

٦٧- وقد تصدت محكمة نقض أبوظبي في حكم تاريخي بتاريخ ٢٥/١٢/٢٠٠٨ لبعض الأحكام الصادرة من الهيئة مقررة بعدم جواز أن يكون التحكيم إجبارياً، سواء أكان ذلك راجعاً للنظام الإجباري في الالتجاء للتحكيم أو كان ذلك راجعاً لعدم مشاركة إرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم^(٢٥٢)، وهو ما أرست المحكمة مبادئه بقولها "لما كان الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه الطرفان إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على ما خلافها، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازل عليها أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترتد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم التزامهما بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه كاملاً وفقاً لفحواه ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة، وبهذه المثابة

(٢٥٢) نقض مدني أبوظبي، الطعن رقم ٥٥٤، لسنة ٢٠٠٨ س ٢ ق أ ب جلسة ٢٥/١٢/٢٠٠٨، سلسلة مبادئ النقض، ص ١٠٦ وما بعدها.

فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضى عزل المحاكم عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها".

"ولما كان القانون قد كفل لكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون مختصاً بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستها، مهياً دون غيره للفصل فيها، وبذلك فإن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها - فإذا أرهاقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها، كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها القانون لهذا الحق وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملامحها وكان القرار الذي أصدرته السلطة التنفيذية (قرار رئيس هيئة سوق الإمارات للأوراق المالية والسلع) رقم ١ لسنة ٢٠٠١ بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع بناء على القانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٠ في شأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع التي فوضها في إصداره هو من قبيل القرارات الإدارية، ولا يجوز للقرار أن يتناول نصوص القائم بالفسخ أو التعديل أو أن يزيد عليه شيئاً - فإذا ما خرج عن نصوص القانون أصبح مفتقداً للعناصر التي تنزله منزلة التشريع ومتجرداً من الأساس القويم لمشروعيته بما يجعله معدوم الأثر قانوناً ويكون للقضاء العادي ألا يعتد به في نقام القانون القائم وكانت النصوص الواردة بالمواد ٣٠ من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بشأن النظام الخاص بالوسطاء و ٢، ٣، ١٠ من القرار رقم ١ لسنة ٢٠٠١ بشأن نظام التحكيم في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع و ٩ من القرار رقم ٣ لسنة ٢٠٠١ بشأن النظام الخاص بعمل

السوق الصادرة عن هيئة الأوراق المالية والسلع قد فرضت على المتعاملين بسوق الأوراق المالية والسلع نظاماً للتحكيم لا يلتفت الى إرادتهم ولا يعول على رضائهم، ويضع ذوي الشأن فيه لأحكامه جبراً بالنص على أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون هيئة وسوق الأوراق المالية والسلع فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره، مقوضاً بذلك أهم خصائص متمثلة في اتفاق طرفي النزاع بإرادتهما الحرة في الأنزعة التي يحددها وفق القواعد التي يرتضيانها، منتزعا بذلك ولاية القضاء مستبدلاً بها تحكيمياً قسرياً لا خيار لذي الشأن في رفض الامتثال له ومنافياً للاصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص نظام التحكيم الذي انعقد بموجب مقتضى النصوص سالفه البيان التي أدخلتها جبراً في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدماً وجوداً من الناحية القانونية ومنطوي على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء الى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي وفقاً لنص المادة ٢٥ من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على ان تختص المحاكم الاتحادية بنظر جميع المنازعات المدنية والتجارية والإدارية، والمادة الثالثة من القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٦ بشأن دائرة القضاء أبوظبي والتي تنص على أن تختص المحاكم بالفصل في المنازعات والجرائم التي ينعقد لها الاختصاص بنظرها وفقاً لأحكام التشريعات النافذة، ولما كانت المادة (١٠) من قرار رئيس هيئة الأوراق المالية والسلع رقم ١ لسنة ٢٠٠١ قد نصت على أن تشكل من رئيس المجلس لجنة أو لجان تحكيم تتولى مهمة الفصل في المنازعات الناشئة بين المتعاملين في السوق، وتكون برئاسة أحد رجال القضاء يرشحه وزير العدل - حسب الأحوال - وعضوين اثنين يرشح أحدهما مدير عام السوق المعنية بينما يرشح الآخر

رئيس المجلس وكان تشكيل لجنة التحكيم على هذا النحو يتم بعيدا عن إرادة الأطراف وتنعدم فيه إرادتهم في اختيار المحكمين بالمخالفة لما استقر عليه المشرع والقضاء على أن الأطراف هم الذين يقومون باختيار المحكمين الذين يرتضونهم لحل النزاع، أو اختيارهم من القوائم المعدة سلفا من المتخصصين في مثل تلك المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع، ولما كانت مسألة تعيين المحكمين أو اختيارهم تعتبر مخالفتها سببا لبطلان حكم التحكيم، والقاعدة أن تعيين المحكمين يتم باتفاق طرفي التحكيم، ولهما أن يحددا عددهم شريطة أن يكون وترا، فإذا لم يتفقا على اختيار المحكم الفرد أو المحكمين في حالة تعددهم أو على عددهم تولت المحكمة الاختيار وذلك كله بناء على طلب أحد الطرفين وفقا لنص المادة ٢٠٤ من قانون الإجراءات المدنية".

٦٨- وقد كان النظام القانوني المصري يتضمن العديد من الأنظمة القانونية للتحكيم الإلزامي، مثال التحكيم في المنازعات المتعلقة ببنك فيصل الإسلامي والتحكيم في سوق الأوراق المالية ونظام الجمارك ومنازعات القطاع العام وغيرها^(٢٥٣).

٦٨/١- وقد قضت المحكمة الدستورية في ١٧ ديسمبر ١٩٩٩ بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل، وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة والسادسة والسابعة المتعلقة بعمل هيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية، تأسيسا على أن "وحيث أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأختيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة مجردا من التحامل

(253) Philippe LEBOULANGER et Hadi SLIM «Chronique de Jurisprudence étrangère» Rev. De l'arbitrage 2004, n°4, p. 943 et s.

وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهه نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن إليه أحد الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك، سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، وهما يستمدان من اتفاقهما على التحكيم، التزامهما على القرار الصادر فيه وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لحواه، فإذا لم يكن القرار الصادر في نزاع معين بين طرفين منهياً للخصومة بينهما، أو كان عارياً من القوة الإلزامية أو كان نفاذه رهن وسائل غير قضائية، فإن هذا القرار لا يكون عملاً تحكيمياً، وحيث أن التحكيم بذلك يختلف عن أعمال الخبرة، ذلك أن قوامها ليس قراراً ملزماً، بل مناطها آراء يجوز إطراحها أو تجزئتها والتعديل فيه، كما يخرج التحكيم كذلك عن مهام التوفيق بين جهات نظر يعارض بعضها البعض؛ إذ هو تسوية ودية ولا تجوز التوصية الصادرة في شأنها قوة الأمر المقضي، بل يكون معلقاً إنفاذاً على قبول أطرافها، فلا تتقيد بها إلا بشروط انضمامها طواعية إليها، ومن ثم يؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية، غايتها الفصل في نزاع محدد، مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها، وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة".

وأضافت المحكمة:

"وحيث أنه وإن كان قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام الصادر بالقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ قد نظم صوراً بذاتها كان التحكيم إجبارياً، هي تلك التي تقوم بين الدولة - بتنظيماتها المختلفة - وبين وحداتها

الاقتصادية، إلا أن النزاع بين هذه الجهات لا يثور بين أشخاص اعتبارية تتناقض مصالحها أو تتعارض توجهاتها؛ إذ تعمل جميعها باعتبار أن ثمار نشاطها عادة - في منتهاتها - إلى المرافق العامة التي تقوم الدولة في تسييرها، وتكفل انتظامها وتطويرها لضمان وفائها بالأغراض التي ترمي إلى إشباعها، ولا كذلك الأمر إذا كان أحد الأشخاص الطبيعيين طرفاً في ذلك النزاع؛ إذ لا يجوز أن يدخل في هذا النوع من التحكيم - وعلى ما كان ينص عليه هذا القانون ذاته إلا بقبوله، وحيث أن الطبيعة الرضائية للتحكيم تبلور تطوراً تاريخياً ظل التحكيم على امتداده عملاً إرادياً فقد كان الأصل في التحكيم أن يكون تالياً لنزاع بين طرفين يلجأن إليه، إما لأن المحكم محل ثقتهم أو لأن السلطة التي يملكها قبلهما كانت توفر لنزاعهما حلاً ملائماً، وكان ينظر إلى المحكم التالي صديقاً موثقاً فيه أو رجلاً حكيماً أو مهيباً، بيد أن الصورة التقليدية - ومع احتفاظها بأهميتها حتى يومنا هذا - جاوزها هذا التطور الراهن في العلاقات التجارية والصناعية، لنقوم إلى جانبها صورة مختلفة عنها تستقل بذاتها، ذلك أن التحكيم اليوم - في صورة الأكثر شيوعاً - لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قاما بينهما نزاع حول موضوع محدد، ولكنها تتمثل في شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل قد يثور بينهما، ولم يعد المحكم في إطار هذا التطور مجرد شخص تم اختياره لعلاقته يرتبط بها مع الطرفين المتنازعين، وإنما إذا كان التحكيم تنظيمياً تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى رجال الصناعة والتجارة، بل أن نطاق المسائل التي يشملها التحكيم بات متبايناً ومعقداً، ولم يعد مقصوراً على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراجحاً أو مشوباً بسوء نية أو مخالفاً بأوجه أخرى - للقانون، وغير ذلك من المسائل الخلافية ذات الطبيعة القانونية البحتة، بل توخى التحكيم إلى جانبها -

وعلى نحو متزايد - إنما التجارة الدولية عن طريق مواجهة نوع من المسائل التي لا يمكن عرضها على القضاء أو التي يكون طرحها عليه غير ملائم، كتلك التي تتناول في موضوعها، ملء فراغ في عقد غير مكتمل أو تعديل أحكام تضمنها العقد أصلاً لتطويعها على ضوء الظروف الجديدة التي لا يستهيا، وإن ظل الاتفاق دائماً- وباعتباره تصرفاً قانونياً، وليد الإرادة ناشئاً عنها - منبسطاً على أعمال التحكيم، سواء في صورتها التقليدية، أو في أبعادها الجديدة ليكون مدخلاً إليها وطريقاً وحيداً لها".

وأضافت المحكمة:

"وحيث أن من المقرر أنه، سواء كان التحكيم مستمداً من اتفاق بين طرفين أبرماه بعد قيام النزاع بينهما، أم كان ترقيبهما للنزاع محتمل قد حملهما على أن يضمننا عقداً من العقود التي التزاماً بتنفيذها، شرطاً يخولهما الاعتصام به، فإن التحكيم لا يستكمل مداه بمجرد الاتفاق عليه، وإنما يتعين التمييز - في نطاق التحكيم - بين مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل، بما مؤداه تضامهما فيما بينهما، وعدم جواز فصلها عن بعضها البعض، وإلا كان التحكيم مجاوزاً إرادة الطرفين المتخاصمين متنكبا مقاصدهما، ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهي مدار وجوده وبدونها لا ينشأ أصلاً، و لا يتصور أن يتم مع تخلفها، وليس جائزاً بالتالي أن يقوم المشرع بعمل يناقض طبيعتها، بأن يفرض التحكيم قسراً على أشخاص لا يسعون إليه ويأبون الدخول فيه، وارتكاز التحكيم على الاتفاق / مؤداه اتجاه إرادة المحتكمين وانصرافها إلى ولوج هذا الطريق دون سواه، وامتناع إحلال إرادة المشرع محل هذا الاتفاق، فاتفاق التحكيم إذن هو الأصل فيه، والقاعدة التي يرتكز عليها، بين أن الاتفاق وإن أحاط بالتحكيم في مرحلته الأولى وكان مهيمناً عليها، إلا أن دور الإرادة يتضاءل ويرتد مرتجعاً في مرحلته الوسطى، وهي مرحلة التداعي التي يدخل بها

التحكيم في عداد الأعمال القضائية، والتي يبدو عمل المحكمين من خلالها مؤثراً فيها، ذلك أن بدايتها تتمثل في تكوين هيئة التحكيم عن طريق اختيار أعضائها، ثم قبول المحكمين لمهمتهم وأدائهم لها في إطار من الاستقلال والحيدة، وعلى ضوء القواعد الموضوعية والإجرائية التي يقررونها إذا أغفل الطرفان المتنازعان بيانها، لتمتد سلطتهم إلى الأمر بالتدابير الوقائية والتحفيزية التي يقتضيها النزاع، وبمراعاة أن جوهر ولايتهم يرتبط بضمان الفرص المتكافئة التي يتمكن الطرفان من خلالها من تعديل طلباتهما، وعرض أدلتها الواقعية والقانونية وإبداء دفعوهما لتصل مهمتهم إلى نهايتها بقرار يصدر عنهم يكون حكماً فاصلاً في الخصومة بتمامها، ولا يحول دونهم وتفسير ما يكون قد وقع في منطوق هذا القرار من غموض، أو تصحح ما يكون عالقاً به من الأخطاء المادية البحتة، وحيث إن إصدار هيئة التحكيم لقرارها الفاصل في النزاع على النحو المتقدم، وإن كان منهيًا لولايتها مانعاً لها من العودة إلى نظر الموضوع الذي كان معروضاً عليها، إلا أن الطرفين المتنازعين لا يبلغان ما رميا إليه من التحكيم، إلا بتنفيذ القرار الصادر فيه، وتلك مهمة لا شأن لإرادة هذين الطرفين بها، بل تتولاها أصلاً الدولة التي يقع التنفيذ في إقليمها؛ إذ تقوم محاكمها بفرض نوع من الرقابة على ذلك القرار، غايتها بوجه خاص ضمان أن يكون غير مناقض للنظام العام في بلدها، صادراً وفق اتفاق تحكيم لا مطعن علي صحته ونفاذه، وبالتطبيق للقواعد التي تضمنها وفي حدود المسائل الخلافية التي اشتمل عليها، وتلك هي المرحلة الثالثة للتحكيم التي تتمثل في اجتناء الفائدة المقصودة منها، والتي يتعلق بها الهدف من التحكيم ويدور حولها وبدونها يكون عبثاً، وحيث أن الشريعة العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - المعمول بها في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والتي

يفصح عنها كذلك ما جاء بمضبطة الجلسة الحادية والخمسين لمجلس الشعب المعقودة في ٢٠ يناير ١٩٩٤ إبان دور الإحالة في عقد ما إلى وثيقة تشتمل على وثيقة تحكيم إذا كان هذا العقد مكتوباً، وكانت الإحالة كاشفة بدلالاتها عن أن هذا الشرط جزء من العقد، وانبثق التحكيم عن الاتفاق باعتباره مصدر وجوده هو القاعدة التي تبنتها الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي (٢١ أبريل ١٩٦١) وذلك فيما نصت عليه من سريان أحكامها في شأن كل اتفاق يتغيا تسوية نزاع قائم أو محتمل يرتبط بالتجارة الدولية، ويكون مبرماً بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يقيمون على وجه الاعتياد وقت هذا الاتفاق بإحدى الدول المتعاقدة أو تتخذ مقراً لها فيها، ويقصد باتفاق التحكيم - في تطبيق أحكام هذه الاتفاقية - كل شرط بالتحكيم يكون مدرجاً في عقد وكذلك كل اتفاق قائم بذاته يلجأ الطرفان بمقتضاه إلى التحكيم، على أن يكون كلاهما موقعاً عليه منهما أو متضمناً في رسائلهما أو برقياتهما أو غير ذلك من وسائل الاتصال بينهما، وهذه القاعدة ذاتها هي التي رددتها اتفاقية نيويورك (١٠ يونيو ١٩٥٨) التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في شأن تقييد الدول كل في نطاق إقليمها وفي مجال اعترافها بقرارات المحكمين وتنفيذها .. بالاتفاق الكتابي الذي يتعهد الأطراف فيه بعرض نزاعاتهم - ما كان منها قائماً أو محتملاً - على التحكيم، وذلك كلما كان موضوعها مما يجوز التحكيم فيه، وبشرط نشوئها عن علاقتها قانونية محددة ولو لم يكن العقد مصدراً لها، وأصداء هذه القاعدة تعكسها كذلك الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية (٣٠ يناير ١٩٧٥) بإعلانها صحة كل اتفاق يتعهد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعرض نزاعاتهم الحالية - أو ما يظهر مستقبلاً منها - على محكمين، يعينون بالكيفية التي يبينها أطراف النزاع، ما لم يفوضوا في ذلك طرفاً ثالثاً، كذلك تلتزم بالأحكام السالف بيانها الاتفاقية المبرمة في شأن تسوية

منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (١٧ مارس ١٩٦٥).

وأضافت المحكمة:

وحيث أن القوانين الوطنية في عدد من الدول تقرر كذلك أن الاتفاق مصدر للتحكيم، فقد عقد قانون المرافعات المدنية الفرنسي عدة فصول ضمنها كتابه الرابع منظماً بها شرط التحكيم واتفاق التحكيم، ومحددًا القواعد التي تجمعهما، ومقررًا بموجبها أن شرط التحكيم هو كل اتفاق يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد بعرض نزاعاتهم التي يمكن أن تتولد عنه على التحكيم، ويجب أن يكون هذا الشرط مدوناً في العقد الأصلي أو في وثيقة يحيل هذا الشرط إليها وإلا كان باطلاً، ويبطل هذا الشرط كذلك إذا خلا من بيان أشخاص المحكمين أو أغفل تعيينهم بأوصافهم، ويعني بطلان شرط التحكيم أن يعتبر كما لو كان غير مدون، ويجوز باتفاق مستقل أن يحيل طرفان نزاعاً قائماً بينهما إلى محكم أو أكثر للفصل فيه، ولو كان عين النزاع منظوراً بالفعل أمام جهة قضاء، وكلما كان الفصل في النزاع موكولاً إلى محكمين وفقاً لاتفاق التحكيم، فإن عرضه على جهة قضاء يلزمها أن تقرر عدم اختصاصها بنظره، ويكون الأمر كذلك ولو كان هذا النزاع لا يزال غير معروض على المحكمين، ما لم يكن اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، وإذا عارض أحد الطرفين المتنازعين في أصل الولاية التي يباشرها المحكم أو في مداها، كان لهذا المحكم أن يفصل في صحة إسنادها إليه وكذلك في نطاقها، ... وحيث أن النصوص القانونية السالف بيانها تؤكد جميعها أن التحكيم وفقاً لأحكامها لا يكون إلا عملاً إرادياً وأن الطرفين المتنازعين إذ يبرمان فيما بينهما اتفاق تحكيم ويركنان برضاتهما إليه لحل خلافتهما، ما كان منها قائماً عند إبرام هذا الاتفاق أو ما يتولد منها بعده، إنما يتوخيان عرض موضوع محدد من قبلهما على هيئة من المحكمين تتولى - بإرادتهما - الفصل فيه بما يكفل إنهاء نزاعهم بطريقة ميسرة في

إجراءاتها وتكلفتها وزمنها، ليكون التحكيم بذلك نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان، يؤيد ذلك أن الآثار التي يترتبها اتفاق التحكيم من نوعين، آثار إيجابية قوامها إنفاذ هذا الاتفاق من خلال عرض المسائل التي يشتمل عليها على محكمين، وأن يبذل الطرفان المتنازعين جهدهما من أجل تعيينهم وتسهيل أدائهم لواجباتهم والامتناع عن عرقلتها، وآثار سلبية جوهرها أن اتفاق التحكيم يعزل جهة القضاء ويمنها عن الفصل في المسائل التي أحييت إلى المحكمين، بل إن الاتجاه السائد اليوم يخولهم عند إنكار ولايتهم، تقرير الاختصاص بما يدخل في نطاقها *la compétence de leur compétence* وإن كان ذلك لا يحول بين جهة القضاء وبين أن تفرض رقابتها - في الحدود التي بينها القانون - على قراراتهم التي تنتهي بها الخصومة كلها، سواء في مجال الفصل في إدعاء بطلانها أو بمناسبة عرضها عليها لضمان التقيد بها، وحيث أنه لا ينال مما تقدم، ما ذهب إليه المدعي عليه الأول من أن النص فيه ليس تحكيمياً إجبارياً، بل تحكيم من طبيعة قضائية تولى المشرع تنظيمه عملاً بالسلطة التي يباشرها بمقتضى المادة ١٦٧ من الدستور التي عهدت إليه توزيع الولاية القضائية بين الهيئات التي اختصها بمباشرتها دون عزل بعض المنازعات عنها، وبغير إخلال بالقواعد التي أتى بها الباب الثالث من الكتاب الثالث إذا نظرنا إليه من زاوية شكلية لا تتقيد بمضمون القواعد التي فصلها، إنما يكون الاعتبار الأول فيها عائداً أولاً إلى تدوينها، وثانياً إلى صدورها عن الجهة التي انعقد لها زمام تأسيسها والتي تعلقو - بحكم موقعها من السلطتين التشريعية والتنفيذية - عليهما مها إذ هما من خلقها وينبثقان بالتالي عنها، ويلتزمان دوماً بالقيود التي فرضتها، وبمراعاة أن القواعد التي صاغتها هذه الجهة - وأفرغتها في الوثيقة الدستورية - لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا وفق الأشكال والأنماط الإجرائية التي حددتها، بشرط أن تكون في مجموعها

أكثر تعقيداً من تلك التي تنزل عليها السلطة التشريعية إذا عَنَّ لها تعديل أو إلغاء القوانين التي أقرتها، ودون ذلك تفقد الوثيقة الدستورية أولويتها التي تمنحها على الإطلاق الموقع الأسمى والتي لا تنفصم الشرعية الدستورية عنها في مختلف تطبيقاتها، باعتبار أن التدرج في القواعد القانونية يعكس دوماً ترتيباً تصاعدياً فيما بين الهيئات التي أقرتها أو أصدرتها، وحيث أن الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، مخولاً إياه بذلك، أن يسعى بدعواه إلى قاضٍ يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستهان بها، مهيباً دون غيره الفصل فيها، وكان الأصل هو اختصاص جهة القضاء العام بنظر المنازعات جميعها إلا ما استثني بنص خاص، وكان المقرر أن انتفاء اختصاص المحاكم بالفصل في المسائل التي تناولها اتفاق التحكيم مرده أن هذا الاتفاق يمنعها من نظرها، فلا يكون لها ولاية بشأنها بعد أن حجبها عنها هذا الاتفاق، وكان النص التشريعي المطعون عليه - بالتحديد السالف بيانه - يفرض التحكيم قسراً في العلاقة القانونية القائمة بين طرفين، لا يعدو أن يكون أحدهما مصرفاً يقوم - وفقاً لقانون إنشائه - بجميع الأعمال المصرفية والمالية والتجارية وأعمال الاستثمار، وثانيهما من يتعاملون معه من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين، وكان التحكيم منافياً للأصل فيه، باعتبار التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يتصور إجراؤه تسلطاً أو إكراهاً، فإن شأن التحكيم المقرر بالنص التشريعي المطعون فيه شأن كل تحكيم أقيم دون اتفاق، أو بناء على اتفاق لا يستنهض ولاية التحكيم؛ إذ لا يعدو التحكيم - في هذه الصور جميعاً - أن يكون حملاً عليه، منعماً وجوداً من زاوية دستورية، فلا تتعلق به بالتالي ولاية الأنزعة أياً كان موضوعها، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم التي أحدثتها النص المطعون عليه بنظر المنازعات التي أدخلها جبراً في ولايتها،

يكون منتحلاً، ومنطوياً بالضرورة على حرمان المتداعيين من اللجوء - في واقعة النزاع المائل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيتها الطبيعي، فيقع من ثم مخالفاً لنص المادة ٦٨ من الدستور^(٢٥٤).

(٢٥٤) حكم المحكمة الدستورية العليا في الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق بتاريخ ١٧/١٢/١٩٩٤، مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا الجزء السادس ص ٤١٤، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن شركة ... للمقاولات والتجارة والتي يرأس المدعي مجلس إدارتها قد أقامت ضد البنك المدعي عليه الدعوى رقم ٤٦٠ لسنة ١٩٩٣ مدني كلي الإسكندرية، طالبة استرداد أمانة التحكيم التي سبق أن دفعتها للبنك، وبجلسة ٦ مارس سنة ١٩٩٣ تدخل المدعي بصفته الشخصية منضماً إلى الشركة، ودفع بعدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ بإنشاء بنك فيصل الإسلامي المعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٨١ في شأن تسوية أوضاع البنوك العاملة في مصر، فقررت محكمة الموضوع تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة ١٠ أبريل سنة ١٩٩٣، وذلك ليقدم المدعي ما يفيد الطعن بعدم دستورية المادة المشار إليها فأقام دعواه المائلة، وحيث إن قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ينص في المادة ٣٠ منه على أنه "يجب أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا أو صحيفة الدعوى المرفوعة إليها وفقاً لحكم المادة السابقة، بيان النص التشريعي بعدم دستوريته والنص الدستوري المدعي بمخالفته وأوجه المخالفة، وحيث إن المدعي عليه الأول دفع بعدم قبول الدعوى المائلة بمقولة إغفال صحيفتها بيان أوجه مخالفة النص التشريعي المطعون عليه للدستور، وإخلالها بالتالي بنص المادة ٣٠ المشار إليها، وحيث إن هذا الدفع مردود بأن التعارض بين نصين في دائرة بذاتها قد يكون منبئاً - من خلال مقابلتهما ببعض - عن نطاق تصادمهما، ودالاً بالتالي على مضمون المخالفة الدستورية التي يكفي لتحديدها وفقاً لقانون المحكمة الدستورية العليا، أن يكون تعيينهما ممكناً متى كان ذلك، وكان المدعي قد نعى على النص المطعون فيه مخالفته للمادة ٦٨ من الدستور التي تكفل لكل إنسان حق التقاضي من خلال عرض دعواه على قاضيتها الطبيعي، وكان النص محل الطعن إذ حجب عن هذا القاضي ولاية نظر المسائل محل التحكيم وعهد بها قسراً إلى محكمين يتولون الفصل فيها بعد أن أقصاه عنها، فإنه بذلك يكون محددًا (=)

(=) للدائرة التي يناقض فيها حكم المادة ٦٨ من الدستور وكاشفاً بالتالي عن وجه المخالفة الدستورية التي قيل بإغفال تعيينها، وحيث إن كلا من هيئة قضايا الدولة والمدعي عليه الأول قد نفيًا توافر المصلحة الشخصية المباشرة للمدعي في الطعن بعدم دستورية نص المادة ١٨ المشار إليها، ذلك أن شركة ... للمقاولات والتجارة تقيم نزاعها الموضوعي على أن انقضاء التحكيم تبعًا لفوات المدة المحددة للفصل في المسائل التي اشتمل عليها، يخولها الحق في استرداد الأمانة التي كانت قد دفعتها، ولا كذلك النص المطعون فيه؛ إذ لا يتعلق بالأحوال التي يكون فيها التحكيم منقضيًا، إنما اختط التحكيم طريقًا لفض المنازعات التي قد تثور بين بنك فيصل الإسلامي وعملائه، هذا فضلًا عن أن المدعي ليس مخاطبًا بالنص المطعون فيه ولم ينله ضرر خاص من جراء تطبيقه..، وحيث إن المادة ١٨ المطعون عليها تنص على أن "يفصل مجلس الإدارة بأغلبية أعضائه بصفته محكمًا ارتضاه الطرفان في كل نزاع ينشأ بين كل مساهم في البنك وبين مساهم آخر، سواء كان شخصًا طبيعيًا أو اعتباريًا، وذلك بشرط أن يكون النزاع ناشئًا عن صفته كمساهم في البنك، ولا ينتقد مجلس الإدارة في هذا الشأن بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية عدا ما يتعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي"، وفي هذه الحالة تشكل هيئة التحكيم من محكم يختاره كل طرف من طرفي النزاع وذلك خلال ثلاثين يومًا من تاريخ استلام أحد طرفي النزاع طلب إحالة المنازعة إلى التحكيم من الطرف الآخر، ثم يختار الحكمان حكمًا مرجحًا خلال الخمسة عشر يومًا التالية لتعيين آخرهما، ويختار الثلاثة أحدهم لرئاسة هيئة التحكيم خلال الأسبوع التالي لاختيار المحكم المرجح، ويعتبر اختيار كل طرف لمحكمه قبولًا لحكم المحكمين واعتباره نهائيًا، وفي حالة نكول أحد الطرفين عن اختيار محكمه أو في حالة عدم الاتفاق على اختيار المحكم المرجح أو رئيس هيئة التحكيم في المدد المحددة في الفقرة السابقة، يعرض الأمر على هيئة الرقابة الشرعية لاختيار المحكم أو الحكم المرجح أو الرئيس حسب الأحوال، وتجتمع هيئة المحكمة في مقر البنك الرئيسي وتضع نظام الإجراءات التي تتبعها لنظر النزاع وفي إصدار قرارها، ويجب أن يتضمن هذا القرار بيان طريقة تنفيذه وتحديد الطرف الذي يتحمل بمصاريف التحكيم ويودع قرار هيئة التحكيم الأمانة العامة لمجلس إدارة البنك، وحيث إن البين من نص المادة ١٨ المشار إليه أن فقرتها الأولى تخول مجلس إدارة البنك - باعتباره محكمًا - الفصل فيما يثور بين المساهمين فيه من نزاع، وبصفتهم هذه وذلك خلافًا لفقرتها الثانية التي يدور الطعن (=)

٢/٦٨ - وقضت المحكمة الدستورية في حكم آخر بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٩ بعدم دستورية المادة ٥٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وبسقوط المادة ٥٨ من هذا القانون وبسقوط قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصحة الجمارك، تأسيساً على أن "الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل وقاطعاً لداير الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه إنفاذاً لقاعدة قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك، سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه ترد

(=) حولها لتوسلها بالتحكيم أسلوباً وحيداً لنقض ما يثور بين البنك وعماله، وذلك، سواء أكانوا من المستثمرين أو من الجهات الحكومية - أو شركات القطاع العام أو الخاص أو الأفراد، متى كان ذلك وكان لا شأن للمدعي بالفقرة الأولى من المادة (١٨) فإن مصلحته الشخصية والمباشرة تنحصر في الطعن بعدم دستورية فقرتها الثانية دون غيرها، ... وحيث إن البين من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه أن فقراتها الثلاث والرابعة والخامسة وكذلك ورد بفقرتها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية - المطعون عليها - تكون في مجموعها وحدة لا تقبل التجزئة؛ إذ يستحيل عزل بعضها عن بعض، ولا يتصور أن يكون لها وجود إذا حكم بعدم دستورية الفقرة الثانية المطعون عليها، فإن ذلك الحكم يكون مستتباً لزوماً سقوط الفقرات المشار إليها جميعها، ولهذه الأسباب حكمت المحكمة بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٧ إنشاء بنك فيصل الإسلامي وبسقوط فقراتها الثالثة والرابعة والخامسة، وكذلك ما ورد في فقرتها السادسة والسابعة متعلقاً بهيئة التحكيم المنصوص عليها في الفقرة الثانية".

السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيها وتنفيذه كاملاً وفقاً لفحواه، ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة".

وأضافت المحكمة:

"وحيث أن نظام التحكيم الإلجباري الذل فرضته النصوص الطعينة - ومؤداه خضوع ذوي الشأن لأحكامه قهراً - قوض أهم خصائص التحكيم ممثلة في اتفاق طرفي النزاع بإرادتهما الحرة في الأنزعة التي يحددها وفق القواعد التي يرتضيانها، وليكون لأي منهما حق التمسك بانعدامه أو بطلانه أو بسقوطه بحسب الأحوال طبقاً للقانون مما أدى إلى عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها منتزعا ولايتها مستبدلاً بها تحكيمياً قسرياً لا خيار لذي الشأن في رفض الامتثال له، وإلا صار قرار الإدارة الجمركية نهائياً، فإذا نزل على إرادتها وعين محكماً يمثله في لجنة التحكيم الابتدائية آل أمر الفصل في النزاع عند اختلاف الحكمين إلى لجنة التحكيم العالية لتصدر في غيبته قرار نهائياً واجب التنفيذ.، وحيث أن الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق اللاتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخلولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لابستها مهياً دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق وإنكار لحقائق

العدل في جوهر ملامحها، وحيث إن النصوص الطعينة - بالتحديد السالف بيانه - قد فرضت التحكيم قسراً على أصحاب البضاعة، وخلعت قوة تنفيذية على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الجمارك حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وكان هذا النوع من التحكيم - على ما تقدم - منافياً للأصل فيه، باعتبار أن التحكيم لا يتولد إلا عن الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص جهات التحكيم التي أنشأتها النصوص الطعينة بنظر المنازعات التي أدخلتها جبراً في ولايتها يكون منتحلاً ومنعدماً وجوداً من زاوية دستورية، ومنطويماً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء - في واقعة النزاع الموضوعي المائل - إلى محاكم القانون العام بوصفها قاضيها الطبيعي بالمخالفة للمادة ٦٨ من الدستور (٢٥٥).

(٢٥٥) حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٣ يوليو ١٩٩٩ في الدعوى المقيدة برقم ١٠٤ لسنة ٢٠ ق دستورية، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن "المدعي كان قد أقام الدعوى رقم ٧٩٦٣ لسنة ١٩٩٣ مدني أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية مختصماً فيها المدعى عليهما الرابع والخامس ابتغاء الحكم أولاً: بخضوع خيوط البوليستر المحلولة غير المتضخمة للبند ١/٥١ فقرة (ب) من قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٠٥ لسنة ١٩٨٩ بتعديل التعريفات الجمركية وتحصيل الرسوم المقررة طبقاً له، ثانياً: بإلزام جمارك الإسكندرية والمنطقة الغربية برد قيمة ١٤% المدفوعة على سبيل الأمانة خصماً من خطاب الضمان الصادر من البنك التجاري الدولي البالغ قيمته ٣٦٣١٩٤.٦٦ جنيه، وقال شرحاً لدعواه أن شركة ... للصناعة والتجارة التي يمثلها كانت قد استوردت رسائل من تلك الخيوط، وعند تسلمها من ميناء الإسكندرية ثار خلاف بينهما وبين مصلحة الجمارك حول الرسوم الجمركية المستحقة عليها، فتمسكت الشركة بإدراجها تحت البند ١/٥١ فقرة (ب) من التعريفات الجمركية الصادر بها قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٥١ لسنة ١٩٨٦ المعدل بالقانون رقم ٣٠٤ و ٣٠٥ لسنة ١٩٨٩، بينما ارتأت مصلحة الجمارك إخضاع (=)

(=) تلك الرسائل للبند ١/٥١ فقرة (أ) من هذه التعريف، وحتى تتمكن الشركة من تسلم بضاعتها قامت بسداد الرسوم الجمركية وفق ما انتهى إليه رأي الجمارك، وإذ قضى في تلك الدعوى بعدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها بالتحكيم الجمركي على سند من المادة ٥٧ من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وقرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ المنفذ لأحكامهما، فقد طعن المدعي في هذا الحكم بالاستئناف رقم ٩٧٤٣ لسنة ١١٤ قضائية، وأثناء نظره دفع بعدم دستورية المادة الخامسة من قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب البضائع ومصحة الجمارك، وبعد أن قدرت المحكمة جديّة الدفع صرحت للمدعي برفع الدعوى الدستورية فأقام الدعوى الماثلة، وحيث إن هيئة قضايا الدولة دفعت بعدم قبول الدعوى تأسيساً على أنها لم تتصل بالدعوى الدستورية العليا طبقاً للأوضاع المقررة قانوناً، قولاً منها بأن المحكمة التي قدرت جديّة الدفع بعدم الدستورية وصرحت برفع الدعوى الدستورية غير مختصة بنظر النزاع الموضوعي بعد أن تم حسمه نهائياً بقرار صدر عن لجنة التحكيم المنصوص عليها في المادة الخامسة من قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ تطبيقاً للمادة ٥٧ من قانون الجمارك رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ وتأييد ذلك بقضاء المحكمة الابتدائية وبالتالي فإن الدعوى الدستورية الماثلة تكون غير مرتبطة بطلبات موضوعية قائمة ومطروحة على محكمة الموضوع، وحيث إن هذا الدفع مردود أولاً: بما جرى عليه قضاء هذه المحكمة من أن لكل من الدعيين الموضوعية والدستورية ذاتيتها ومقوماتها، ذلك أنهما لا تختلطان ببعضهما ولا تتحدان في شرائط قبولهما، بل تستقل كل منهما عن الأخرى في موضوعها، وكذلك في مضمون الشروط التي يتطلبها القانون لجواز رفعها، وليس من بين المهام التي ناطها المشرع بالمحكمة الدستورية العليا، الفصل في شروط اتصال الدعوى الموضوعية بمحكمة الموضوع وفقاً للأوضاع المقررة أمامها، وإنما تنحصر ولايتها فيما يعرض عليها من المسائل الدستورية لتقرير صحة النصوص المطعون عليها أو بطلانها، ثانياً: أن محكمة الاستئناف كانت بصدد إعمال رقابتها على قضاء المحكمة الابتدائية المطعون فيه أمامها، وكان الدفع بعدم الدستورية متعلقاً بالنصوص القانونية التي اتخذها هذا القضاء سنداً له، ثالثاً: أن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية العليا بمراقبة التقيد بها، غايتها ضمان أن تكون النصوص القانونية مطابقة لأحكام الدستور، وتتبوأ هذه الشرعية من البنيان القانوني للدولة (=)

(=) ذراه، وهي كذلك فرع من خضوعها للقانون، بما مؤداه امتناع قيام أي محكمة أو هيئة ذات اختصاص قضائي بتطبيق نص قانوني يكون لازماً للفصل في ولايتها، أو في موضوع النزاع المعروض عليها؛ إذ بدا لها - من وجهة نظر مبدئية - مصادماً للدستور - ذلك أن وجود هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها، من خلال عرضها على المحكمة الدستورية العليا التي عقد لها الدستور دون غيرها ولاية الفصل في المسائل الدستورية،، وحيث إن البين من قانون الجمارك الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ أنه عقد للتحكيم فصلاً مستقلاً هو الفصل الرابع من الباب الثالث منه، متضمناً المادتين رقم ٧٥ و ٥٨ إذ تنص أولهما على أنه "إذا قام نزاع بين الجمارك وصاحب البضاعة حول نوعها أو منشئها أو قيمتها، أثبت هذا النزاع في محضر يحال إلى حكمين يعين الجمرک أحدهما ويعين الآخر صاحب البضاعة أو من يمثله، وإذا امتنع ذو الشأن عن تعيين الحكم الذي يختاره خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر اعتبر رأي الجمارك نهائياً، وفي حالة الاتفاق يكون قرارهما نهائياً، فإذا اختلفا رفع النزاع إلى لجنة مؤلفة من مفوض دائم يعينه وزير الخزانة ومن عضوين أحدهما يمثل الجمارك يختاره المدير العام للجمارك والآخر يمثل غرفة التجارة يختاره رئيس الغرفة، وتصدر اللجنة قرارها بعد أن تستمع إلى الحكمين ومن ترى الاستعانة به من الفنيين، ويكون القرار الصادر من اللجنة واجب التنفيذ ويشتمل على بيان ممن يتحمل نفقات التحكيم، ويحدد وزير الخزانة عدد اللجان ومراكزها ودوائر اختصاصها والإجراءات التي تتبع أمامها والمكافآت التي تصرف لأعضائها ونفقات التحكيم"، أما المادة ٥٨ فقد نصت على أنه "لا يجوز التحكيم المشار إليه في المادة السابقة إلا بالنسبة للبضائع التي لا تزال تحت رقابة الجمارك" وإنفاذاً لحكم المادة ٥٧ المشار إليها صدر قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ بشأن نظام التحكيم في المنازعات بين أصحاب ومصالح الجمارك، ناصاً في مادته الخامسة على أن "تنظر في المنازعات المشار إليها في هذا القرار لجان تحكيم تشكل في المجمعات والقطاعات الجمركية على النحو التالي: أولاً: لجان تحكيم ابتدائية وتشكل لجنة أو أكثر في كل مجمع جمركي بقرار من رئيس مصلحة الجمارك من حكمين: أحدهما يعينه رئيس مصلحة الجمارك على أن يكون غير موظف الجمرک الذي نشأ معه النزاع، والآخر يختاره صاحب البضاعة أو من يمثله قانوناً على أن يخطر مدير المجمع باسم هذا الحكم خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر المشار إليه في المادة الرابعة، وذلك بكتاب موصى عليه بإخطار كتابي يسلم بإيصال (=)

(=) إلى الجمرک المختص، ويعتبر عدم تعيين المحکم خلال هذه المادة امتناعاً من صاحب البضاعة أو من يمثله قانوناً عن تعيينه ويعتبر رأي الجمارک نهائياً، ثانياً: لجان تحکيم عليا: يرفع إليها المنازعات في حالة اختلاف الحكيم في المنازعات التي تنظرها لجان التحکيم الابتدائية، وتشکل لجنة أو أكثر في كل قطاع جمركي بقرار من وزير المالية على النحو التالي:- مفوض دائم يعينه وزير المالية لمدة سنة قابلة للتجديد، - عضو يمثّل الجمارک ويختاره رئيس مصلحة الجمارک من بين العاملين بالقطاع الجمركي المختص على أن يكون غير موظف الجمرک الذي نشأ معه النزاع أو حکم في اللجنة الابتدائية، - عضو يمثّل غرفة التجارة يختاره رئيس الغرفة التجارية من الشعبة المختصة التي تقع في دائرتها اللجنة، وللجنة أن تستعين بمن تراه لازماً من الفنيين دون أن يكون لهم رأي معدود في إصدار القرار، وحيث إن الرقابة القضائية التي تباشرها هذه المحكمة في شأن دستورية النصوص القانونية المطعون فيها، لا تحول بينها ورد هذه النصوص إلى الأصول التي أنبتتها كلما آل إلى زوال ما تفرع عنها واتصل بها اتصال قرار إذا كان ذلك، وكان النص المطعون فيه قد صدر تنفيذاً للمادة ٥٧ من قانون الجمارک مستمداً قواعده وأحكامه منها، فإنه يغدو مرتبباً عضواً بهذه المادة، وبالتالي لا يجوز قصر نطاق الدعوى الدستورية الماثلة على النص المطعون عليه وحده، بل يكون نطاقها مشتملاً بالضرورة على أصل هذه القاعدة التي تفرع هذا النص عنها متمثلاً في المادة ٥٧ المشار إليها، وحيث إن المدعي ينعي على النصوص القانونية الطعينة - محددة نطاقاً على ما تقدم - أنها جعلت اللجوء للتحکيم إجبارياً - على خلاف الأصل فيه وما استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا من أن التحکيم مكنة اختيارية يمارسها ذوو الشأن باتفاقهم عليه بإرادتهم الحرة، فلا يفرض عليهم قسراً، وأنها إذ حالت دون خضوع القرارات الصادرة من لجان التحکيم لرقابة القضاء، فإنها تكون قد أخلت بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، وحيث إن البين من النصوص الطعينة - على ضوء التطور التشريعي الذي مرت به- أن المشرع قد أنشأ بها نظاماً للتحکيم الإجباري كوسيلة لإنهاء المنازعات التي تقوم بين أصحاب البضائع ومصلحة الجمارک حول نوع البضاعة أو منشئها أو قيمتها، وذلك بدلاً من اللجوء في شأنها للقضاء، مواصلاً بذلك سياسة تشريعية سبق وإن اختطها وصار عليها زمناً طويلاً قبل إقراره لتلك النصوص، فقد كان المرسوم الصادر في الرابع عشر من فبراير سنة ١٩٣٠ بوضع تعريفه جديدة للرسوم الجمركية - ينص في مادته السابعة على أنه "إذا قام (=)

٢٠٠٢ - ٣/٦٨ - وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢ بعدم دستورية المادة ٥٢ من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ بشأن التحكيم في هيئة سوق المال، تأسيساً على "مؤدى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه لا يجوز أن يكون التحكيم إجبارياً يذعن له أطرافه أو بعضهم إنفاذاً لقاعدة

(=) نزاع بشأن نوع البضاعة أو صنفها أو مصدرها يحزر الجمرک محضراً يدون فيه تفصيلات الخلاف ويحال بعد ذلك لغرض المعاينة إلى خبيرين يعين أحدهما الجمرک والآخر المقرر عن البضاعة، وإذا امتنع المقرر عن تعيين الخبير الذي ينوب عنه في خلال ثمانية أيام من تاريخ المحضر يعتبر رأي الجمارک نهائياً، فإذا اتفق الخبيران اعتبرت قراراتهما نهائية أما في حالة الخلاف فيرفع النزاع إلى قوميسير تعينه الحكومة، يصدر القوميسير قراره بعده بعد سماع الخبيرين وبعد الإطلاع على الملاحظات الكتابية والمستندات التي تقدم له، وللقوميسير إذا رأى ضرورة لذلك أن يأمر بتحليل البضائع التي هي موضوع النزاع، وأن يسترشد في حل الخلاف بأراء الفنيين الإخصائيين في ذلك من غير أن يرتبط بأرائهم، ولا تكون قرارات القوميسير قابلة لأي طعن، ولا يجوز للمحاكم بأية حال من الأحوال أن تنظر في المنازعات التي تحدث بين الجمرک وبين المقررين عن البضائع فيما يختص بنوع هذه البضاعة أو صنفها أو مصدرها الأصلي ولا في القرارات التي تصدر في هذا الشأن"، وبعد ذلك صدر قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ المشار إليه، ودلت مذكرته الإيضاحية على أن اللائحة الجمركية الصادرة في ١٢ أبريل ١٨٨٤ والتشريعات المكملة لها كانت مصدراً تشريعياً للأحكام التي تضمنها قانون الجمارک، وأنه بعد أن كان الخلاف بين الجمارک وأصحاب البضائع حول قيمة البضاعة لا يتناول النظام القانوني السابق أضحي وفقاً للمادة ٥٧ من قانون الجمارک داخلاً في إطارها، وأن التحكيم عملاً بحكم المادة ٥٧ المشار إليه قد استبدل بالقوميسير وبات يجري على درجتين، وحيث إنه لما كانت المادة ٥٧ من قانون الجمارک الصادر بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٣ هي الأساس التشريعي الذي يقوم عليه قرار وزير المالية رقم ٢٢٨ لسنة ١٩٨٥ المشار إليه، وإذا كانت المادة ٥٨ من قانون الجمارک ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادة ٥٧ منه، فإن هذه النصوص جميعاً تسقط لزوماً تبعاً للحكم بعدم دستورية المادة ٥٧ المشار إليها إذ لا يتصور بدونها وجود تلك النصوص.

قانونية أمره لا يجوز الاتفاق على خلافها، ذلك أن القاعدة التي تتأسس عليها مشروعية التحكيم، كأسلوب لفض المنازعات يغير طريق التقاضي العادي هي قاعدة اتفاقية تنبني إرادة الأطراف فيها على أصولها وأحكامها، سواء توجهت هذه الإرادة الحرة إلى اختيار التحكيم سبيلاً لفض نزاع قائم بينهم أو لفض ما عساه أن يقع مستقبلاً من خلافات بينهم تنشأ عن علاقاتهم التعاقدية ومن هذه القاعدة الاتفاقية تتبع سلطة المحكمين الذين يلتزمون حدود وأحكام ما اتفق عليه أطراف التحكيم ومن ثم فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء فلا يجتمعان لأن مقتضى الاتفاق عليه أن تعزل المحاكم عن نظر المسائل عن نظر المسائل التي أنصب عليها التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها".

وأضافت المحكمة:

"وعلى ذلك فإنه إذا ما قام المشرع بفرض التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمره دون خيار في اللجوء إلى القضاء فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور لكل مواطن بنص مادته الثامنة والستين التي أكدت أن اللجوء إلى القضاء للحصول على الترضية القضائية دون قيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها هو أحد الحقوق الجوهرية التي تبنى عليها دولة القانون ويتحقق بها سيادته، وحيث أن البين من النصين المطعون عليهما - بالتحديد السالف بيانه - أن المشرع أنشأ بموجبهما نظاماً للتحكيم الإجمالي كجهة بديلة عن القضاء لفض المنازعات بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية وأسبغ على القرارات التي تصدرها هيئة التحكيم في هذا الشأن قوة تنفيذية، في حين أن المقرر أن التحكيم لا ينزع عن القضاء ولايته في الفصل في كافة المنازعات ابتداءً إلا إذا كان متولداً عن الإرادة الحرة لأطرافه، بما مؤداه أن اختصاص هيئة التحكيم المنشأة بموجب النصين السالفين بالفصل في المنازعات التي أدخلت جبراً عن ولايتها يكون منطوياً بالضرورة على إخلال

بحق التقاضي بحرمان ذوي الشأن من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي بغير طريق الاتفاق الإرادي على ذلك وهو ما يخالف المادة ٦٨ من الدستور، وحيث أن المواد ٥٣ إلى ٦٢ من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ والتي تتناول تنظيم إجراءات التحكيم ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادة ٥٢ منه، كما أن تلك المادة هي الأساس التشريعي الذي تقوم عليه المادتين المادتان (٢١٠ و ٢١٢) من قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم ٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال فإن هذه النصوص جميعها تسقط حتماً كأثر للحكم بعدم دستورية المادة ٥٢ المشار إليهما^(٢٥٦).

(٢٥٦) حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية المقيدة برقم ٥٥ لسنة ٢٣ قضائية دستورية بجلسة ١٣ يناير ٢٠٠٢، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الشركتين المستأنف ضدّهما تقدّمتا إلى مجلس إدارة الهيئة العامة لسوق المال باعترض على القرارات الصادرة بتاريخ ١٢/١/١٩٩٩ من الجمعية العمومية للشركة المستأنفة التي يساهمان فيها انتهيا فيه إلى طلب وقف تلك القرارات، وبعد أن أجابتهما الهيئة إلى طلبهما استصدرا من هيئة التحكيم - المشكلة طبقاً لقانون سوق رأس المال - الحكم رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والذي قضى ببطلان القرارات السبعة الأولى للجمعية العامة السالف الإشارة إليها، طعنّت الشركة المستأنفة في هذا الحكم بالاستئناف رقم ٥٠ لسنة ١١٧ ق، تحكيم تجاري استئناف القاهرة كما أقامت أمام تلك المحكمة الدعوى رقم ٨٧ لسنة ١١٧ ق، تحكيم تجاري استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم السالف، وبعد أن ضمت المحكمة الدعويين قضت بوقفهما وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية المادتين (١٠، ٥٢) من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وحيث إن المادة ١٠ من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ تنص على أن "لمجلس إدارة الهيئة بناء على أسباب جدية يبيدها عدد من المساهمين الذين يملكون (٥%) على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبيت ووقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم أو جلب نفع خاص لأعضاء (=)

(=) مجلس الإدارة أو غيره، وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار، فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر قرار الوقف كأن لم يكن"، كما نصت المادة ٥٢ من ذلك القانون على أن "يتم الفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية عن طريق التحكيم دون غيره، وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل طرف من أطراف النزاع، وإذا تعدد أحد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد، وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها"، وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط قبول الدعوى الدستورية - مناطها توافر ارتباط مباشر بينها وبين المصلحة القائمة في النزاع الموضوعي، وذلك بأن يكون الفصل في المسائل الدستورية المطعون عليها لازماً للفصل فيما يرتبط بها من الطلبات في الدعوى الموضوعية، وإذا كان جوهر النزاع الموضوعي هو عدم صحة حكم التحكيم وطلب إلغاءه فإن نطاق المصلحة في الخصومة الدستورية الماتلة ينحصر فيما تضمنه النصاب المطعون عليهما من أحكام تتصل مباشرة بنظام التحكيم كجهة لفصل المنازعات المشار إليها في النصين تأسيساً على أن الفصل في الطلبات المطروحة على محكمة الموضوع، وعلى ذلك فإن نص الفقرة الأولى من المادة العاشرة المطعون عليها لا يندرج في هذا النطاق حيث اقتصر حكمها على تقرير اختصاص مجلس إدارة سوق المال بوقف قرارات الجمعية العامة بالشروط والأوضاع التي قررها النص، وحيث إن حكم الإحالة ينعي على النصين المطعون عليهما - المحددين نطاقاً على النحو المتقدم - أنهما جعلاً للجوء إلى التحكيم طريقاً إجبارياً للتقاضي على خلاف الأصل من أنه وسيلة اختيارية لفصل المنازعات لا تنشأ إلا عن طريق الإرادة الحرة لأطرافه، فحالاً بذلك دون اللجوء إلى القضاء ابتداء بما يخل بحق التقاضي المنصوص عليه في المادة ٦٨ من الدستور، وحيث إن هذا النعي صحيح، ... ، ولهذا الأسباب حكمت المحكمة، أولاً: بعدم دستورية نص الفقرة الثانية من المادة (١٠) والمادة (٥٢) من قانون سوق المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، ثانياً: سقوط نصوص المواد (٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١ و ٦٢) من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المشار إليه و المادتين (٢١٠، ٢١١) من قرار وزير الاقتصاد (=)

٤/٦٨ - وفي نطاق التحكيم التجاري الدولي اعتبر أستاذنا الدكتور محسن شفيق الاعتياد على عمل معين في منشأتين من قبل العرف المعبر عن الرضا باتفاق التحكيم^(٢٥٧).

ولا يترتب على مجرد الرضا أو تقابل الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم انعقاد اتفاق التحكيم^(٢٥٨)، بل يتعين أن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً وإلا كان الاتفاق باطلاً^(٢٥٩).

(=) والتجارة الخارجية رقم ١٣٥ لسنة ١٩٩٣ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المشار إليه.

(٢٥٧) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٣، ص ١٧٤، ١٥٥، د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٠٥ هامش (١)، وقد أشار لحكم محكمة استئناف باريس في ١٤/٢/١٩٧٠، والتي اعتدت بالعرف الجاري بين شركتين للوصول للإرادة الضمنية في الاتفاق على التحكيم، الجدير بالذكر أن الرأي السابق كان في ظل نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري الملغاة ونصوص قانون المرافعات الفرنسي القديم، والتي كانت تنص على الكتابة كشرط لإثبات اتفاق التحكيم وليس كشرط لصحة اتفاق التحكيم كما هو الحال في نص المادة ١٢ من قانون التحكيم الحالي، الأمر الذي يثير التساؤل عن صحة اتفاق التحكيم في هذه الحالة، والراجح بحق عدم الاعتداد بالعرف لصحة وجود اتفاق التحكيم؛ إذ يتعين بصفة عامة وبعبداً عن أعراف التجارة الدولية الاتفاق على التحكيم كتابةً وإلا كان الاتفاق باطلاً (المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري و ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي).

(٢٥٨) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٠٥ وما بعدها.

(٢٥٩) حكم محكمة استئناف القاهرة في ٢٩/١١/٢٠٠٤، الدائرة ٩١ تجاري الصادر في الدعوى رقم ٥٩ لسنة ١٢١ق، مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٠٥؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٨.

وجود الرضا أو تلاقي الإيجاب والقبول يتحقق بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول وهو يتميز عن صحة الرضا^(٢٦٠)؛ إذ يتعين أن يكون هذا الرضا خالياً من عيوب الرضا وفقاً للقواعد العامة في العقود مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الغبن^(٢٦١)، ووفقاً للقواعد العامة يكون التعبير عن الإرادة صراحةً أو ضمناً، كما يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق الإشارة، ويقصد بالتعبير الصريح التعبير الذي لا يشوبه لبس أو غموض ويأتي قاطع الدلالة في انصراف ما تتجه إليه الإرادة من آثار، أما التعبير الضمني فهو التعبير المستخلص من ظروف الحال أو الاتفاق^(٢٦٢)، وفي جميع الأحوال يتعين أن يكون التعبير عن الإرادة كتابةً وإلا كان اتفاق التحكيم باطلاً، فلا يقصد بالتعبير عن الإرادة مجرد التعبير اللفظي أو الإشارة اليدوية، بل يتعين أن يكون التعبير الصريح عن اتفاق التحكيم كتابةً، كما يقصد بالتعبير الضمني أو بالإشارة التعبير عن اتفاق التحكيم ضمناً عن اتفاق مكتوب، أو الإشارة للاتفاق على التحكيم في اتفاق مكتوب أو وثيقة مكتوبة، فلا يصلح مجرد التعبير اللفظي للاتفاق على التحكيم، لأن الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم، وفي جميع الأحوال يكفي لتوافر اتفاق التحكيم توافق الإرادتين وفقاً لنص المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري على الالتجاء للتحكيم دون حاجة للنص صراحةً على عدم الالتجاء لمحاكم الدولة أو النص على تخويل المحكمين سلطة

(٢٦٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٦٩، ص ١٧٠، ١٧١، ولنفس المؤلف، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، المجلد الأول، القسم الأول، ص ٨٤.

(٢٦١) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٦، ص ٢٧.

(٢٦٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٨، ص ١٠٥؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٦، ص ٢٧.

الفصل في النزاع^(٢٦٣).

٥/٦٨ - ويتعين في جميع الأحوال، أن يكون التعبير عن الإرادة دالاً دلالة واضحة على رغبة الأطراف في الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء القضاء، دون حاجة للنص على النزول عن الالتجاء للقضاء أو استبعاد اختصاص المحاكم^(٢٦٤)، ولا يكفي في هذا الصدد مجرد الاتفاق على عدم الالتجاء للقضاء^(٢٦٥).

وتتقيد المحكمة في تفسير اتفاق التحكيم بالقواعد العامة في تفسير العقود التي نصت عليها المادة ١٥٠، ١٥١ من القانون المدني المصري^(٢٦٦)؛ إذ يتعين على المحكمة وفقاً لنص ١٥٠ التقيد بعبارات اتفاق التحكيم إذا كانت عبارة الاتفاق واضحة، وفي حالة عدم وضوح الاتفاق يتعين الارتكان للإرادة المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، وأن الشك يفسر لمصلحة المدين، مع ضرورة

(٢٦٣) د. فحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٣٦، ص ٨٤.

(٢٦٤) وقد ذكر البعض أن عدم تعبير الأطراف عن النزول الصريح للالتجاء للقضاء، د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق الإشارة، بند ٢٦، ص ٢٨، الواقع أن التعبير السابق محل نظر، لأن اتفاق التحكيم لا ينزع اختصاص محاكم الدولة بنظر النزاع ولا يترتب عليه استبعاد اختصاصها، ولا يعتبر نزولاً عن الالتجاء للقضاء، للمزيد لاحقاً بند ١٢٢.

(٢٦٥) د. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٥٢، ص ٦٢.

(٢٦٦) د. فحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٤، ص ١٥٥ وما بعدها.

الأخذ في الاعتبار عدم تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان للإضرار
بالطرف المدعى^(٢٦٧).

الفرع الثاني

محل اتفاق التحكيم

٦٩- لأي التزام محل يجب أن ينصب عليه ويقصد بمحل الالتزام الشيء
الذي يلتزم المدين القيام به^(٢٦٨)، ومحل اتفاق التحكيم هو موضوع المنازعة أو
المنازعات التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم^(٢٦٩)، وقد أجاز
القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) للدول اختيار
التشريعات لتحديد المنازعات التي تصبح محلاً لاتفاق التحكيم^(٢٧٠)، وقد نصت
المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على عدم جواز التحكيم إلا في المسائل
التي يجوز فيها الصلح، وقد عرفت المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري
الصلح على أنه "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً
محتملاً وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

(٢٦٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند
٧٤، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٢٦٨) د. عبد الرازق السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق بند
٢١٣ ص ٣٧٥ وما بعدها، ولنفس المؤلف، نظرية الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق
المجلد الأول ج ٣ ص ٦.

(٢٦٩) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة
التحكيم الدولية، مرجع سابق بند ٤٨ (٣) ص ٧٩ وما بعدها.

(270) Kazuhiko YA MAMOTO «La nouvelle loi Japonaise sur
l'arbitrage», Rev. D'arbitrage, 2004, n° 4 ; p. 835.

إذ يتعين أن ينصرف التزام الأطراف في اتفاق التحكيم إلى التحكيم في منازعة يجوز فيها الصلح، ويجري الفقه على التعبير عن محل اتفاق التحكيم بأنه المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم أو التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم^(٢٧١)، وهو يتعلق بما يجيزه المشرع للأفراد في الاتفاق على التحكيم، وقد ميز بعض الفقه بين هذا المحل ومحل العقد الذي يتعلق به اتفاق التحكيم، معتبراً محل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أما محل العقد فهو أمر مختلف حسب نوع العقد نفسه^(٢٧٢).

الواقع، أن المنازعة موضوع اتفاق التحكيم هي المحل الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم، وأن موضوع اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، وهذا المحل يتميز عن موضوع التزام الأطراف في اتفاق التحكيم، إذ يتعين أن يتعلق اتفاق التحكيم من حيث

(٢٧١) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق بند ١١٨ ص ١٨١ ؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق بند ٤٤ ص ٩٥؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق بند ٢٧/٣ ص ٤١ ؛ د. ناريمن عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق ص ٢٤٠؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق بند ٣٤٤ ص ٥٠٦ ؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق بند ٢٨ ص ٣٢ ؛ ناريمن عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ص ٢٤٠.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1636, p. 1097 et s .

(٢٧٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق بند ٤٤ ص ٩٥.

محله بنزاع يجوز فيه الصلح ولا يتعارض مع النظام العام، فيكفي لوجود محل اتفاق التحكيم وقيام اتفاق الأطراف على التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، ويعبر موضوع اتفاق التحكيم عن محل اتفاق التحكيم بالنسبة لشروط التحكيم العامة في العقود والتي لا تحدد المنازعة محل اتفاق التحكيم بشكل تفصيلي، إذ يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ دون الدخول في التفاصيل، وفي هذه الحالة يعبر موضوع اتفاق التحكيم المتمثل في التزام الأطراف بالالتجاء للقضاء دون قضاء الدولة عن محل اتفاق التحكيم، والتي يترتب على وجوده وجود الاتفاق^(٢٧٣).

٧٠- واتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود يتعين أن ينصب على محل معين وإلا كان غير موجود، وبالتالي ينتفي ركن من أركان اتفاق التحكيم مما

(٢٧٣) الجدير بالذكر أن التزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة يمثل موضوع اتفاق التحكيم، وأن هذا الموضوع يمثل في نفس الوقت الالتزام الذي يلتزم به الأطراف، وهو ما يمثل وفق المعنى المتعارف عليه محل الالتزام، إذ هو الشيء الذي يلزم بأدائه الأطراف، غير أن هذا المحل أو الموضوع يتعين أن يتعلق بمنازعة يجوز فيها التحكيم، وهكذا أعطى الفقه أهمية للمنازعة التي يتم التحكيم يصددها كمحل لاتفاق التحكيم عن موضوع اتفاق التحكيم نفسه، ولعل أهم ما يترتب على التمييز في اعتبار موضوع اتفاق التحكيم بأنها تمثل محله هو كفاية اتفاق الأطراف على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ للتدليل على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، بخلاف اعتبار المنازعة كمحل لاتفاق التحكيم؛ إذ لا يستوي القول بأن المنازعة هي محل اتفاق التحكيم مع الاعتراف بوجود اتفاق التحكيم أو شرطه في الحالات التي لا يحدد فيها الأطراف المنازعة محل الشرط؛ إذ يترتب على عدم تحديد المنازعة محل الاتفاق استلزام التسليم بعدم وجود اتفاق التحكيم، ولتلافي النتائج غير الايجابية لهذا التمييز يتعين التسليم بأن موضوع اتفاق التحكيم يمثل المحل في اتفاق التحكيم في الحالات التي لا يحدد فيها الأطراف المنازعة محل التحكيم.

يجعله باطلاً، ويعتبر في حكم عدم المحل كونه مستحيلًا في ذاته، وأنه إذا لم يكن محله معينًا بذاته، وجب تعيينه بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، ويكفي أن يكون معينًا بنوعه فقط إذا تضمن ما يستطاع به تعيين مقداره، وفي كل الأحوال يتعين ألا يخالف محل اتفاق النظام العام أو الآداب العامة للمجتمع.

وقد نصت على ذلك المادة ١٣١ من القانون المدني المصري على أن "١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، ونصت المادة ١٣٢ على أن "إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته كان العقد باطلاً"، والمادة ١٣٣ نصت على أن "١- إذا لم يكن محل الالتزام معينًا بذاته وجب أن يكون معينًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢- ويكفي أن يكون المحل معينًا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط"، والمادة ١٣٤ نصت على أن "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر"، والمادة ١٣٥ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، وقد نص قانون المعاملات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على نفس الأحكام^(٢٧٤).

ولعل أهم هذه النصوص ما نصت عليه المادة ٢٠٥، بأن "١- يشترط

(٢٧٤) انظر المواد رقم ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد، ٢- فإن منع القانون التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً.

وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس ICC في نزاع بين شركة فرنسية وشركة مصرية، بشأن اتفاق الشركة المصرية بتنفيذ مشروع يتعلق بتصنيع الأسمنت في مصر بشرط قيام الشرط الفرنسية ببعض الإجراءات خلال مدة معينة، وقد انقضت المدة دون القيام بتلك الإجراءات، بانفساخ اتفاق التحكيم من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه عملاً^(٢٧٥).

وتجري أحكام القضاء ويسلم الفقه على أنه يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ دون الدخول في التفاصيل^(٢٧٦)، وهو ما يكفي لتوافر أركان اتفاق التحكيم.

مجمل القول، أن محل اتفاق التحكيم يتعين أن يكون موجوداً أو ممكنًا وألا يكون مستحيلًا من الناحية العملية^(٢٧٧)، وفقاً لما نصت عليه المواد من

(٢٧٥) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، بند ص ٢٤٣، ص ٢٢٠ وما بعدها، ويلاحظ أن هذا الحكم قد خلط بين استحالة موضوع اتفاق التحكيم وبين استحالة تنفيذ العقد، وفقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا أثر لاستحالة تنفيذ العقد على شرط التحكيم؛ إذ إعمال اتفاق التحكيم ممكن في هذه الحالة لترتيب آثار العقد الأصلي.

(٢٧٦) تمييز دبي، الطعن رقم ٩١ لسنة ٩٢ جلسة ١١/٢١/١٩٩٢ العدد ٣ ص ٧٧٨؛ د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة العدد ١٠٣ س ٢٧ يوليو، ٢٠٠٠، مبدأ ٣، ص ٢٧.

(٢٧٧) للمزيد عن محل العقد، راجع: د. عبد الرزاق السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١ بند ٢١٥، ص ٣٧٦ وما بعدها، مصادر الحق في الفقه (=)

١٣١ من القانون المدني المصري والمواد من ١٩٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، وقد نصت المادة ١/٨ من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة عام ١٩٨٥ على أن "١- على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ و عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

الفرع الثالث

سبب اتفاق التحكيم

٧١- اتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود والاتفاقات يتعين أن يكون له سبب مشروع، والسبب المشروع هو السبب الذي لا ينطوي على غش أو احتيال، كما لو كان التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العلانية و ضمانات التقاضي الأساسية أمام القضاء، أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات والتصرفات، أو التحايل على إجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقررة بشأنها^(٢٧٨).

وقد اختلف فقهاء القانون المدني منذ القدم في تحديد مفهوم سبب الالتزام،

(=) الإسلامي، المجلد الأول، ص ٧ وما بعدها.

(٢٧٨) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق بند ٥٣-٤، ص ٨٦ وما بعدها ؛ د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، مرجع سابق ص ٢١ وما بعدها،

وقد نصت المادة ١١٣١ من القانون المدني الفرنسي على أن "الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب *sans cause* أو كان مبنياً على سبب غير صحيح *cause fausse* أو على سبب غير مشروع *cause illicite*".

ونصت المادة ١١٣٢ على أن "الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر له سبب"، ونصت المادة ١١٣٣ على أن "السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفاً للنظام العام والآداب".

وقد لخص القانون المدني القديم هذه النصوص في نصين هما نصي المادتين ١٤٨/٩٤ من القانون المدني القديم، واللذين نصتا على أن "يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً".

وقد عرفت المادة ٢٠٧ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، سبب العقد، بأن "١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد، ٢- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب".

وقد ذهب المغفور له أستاذنا الدكتور الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري أن الأصل الفرنسي لهذا النص أدق من النص العربي *P'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite*؛ إذ النص الفرنسي ينص على أن الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق ومشروع، فجعل السبب شرطاً في وجود الالتزام لا شرطاً لصحته فحسب^(٢٧٩).

وعلى الأساس السابق ذهب أنصار النظرية التقليدية إلى أن سبب الالتزام قد يكون إنشائي ودافع وقصدي، ويقصد بالسبب الإنشائي مصدر

(٢٧٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مرجع سابق، بند ٢٦٢، ص ٤٣٧.

الالتزام، وهذا المصدر يتمثل في العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون، يقصد بالسبب الدافع بأنه الدفع الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يترتب في ذمته الالتزام، والسبب القصدي وهو الذي تقف عنده النظرية التقليدية والذي يلخص السبب في الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وأن السبب يتميز عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم، بينما الباعث فغاية غير مباشرة تتحقق بعد تحقق السبب^(٢٨٠).

٧٢- ووفقاً للنظرية التقليدية يتعين ذكر سبب رغبة الأطراف في اتفاق التحكيم في الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة وإلا كان الاتفاق غير موجود، وهو أمر يخالف المؤلف في اتفاق التحكيم؛ إذ يكفي من حيث المبدأ اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة.

وقد لاقت النظرية التقليدية انتقاداً في الفقه والقضاء، حيث تبين للقضاء ضيق نطاق السبب وعدم تلبيةه لكافة المتطلبات العملية، فتوسع القضاء وتبعه جانب كبير في الفقه الحديث في مفهوم السبب، وقد ذهب أنصار النظرية الحديثة في السبب إلى أن السبب هو الباعث الدافع على التعاقد وليس مجرد الغاية المباشرة من الالتزام، وأن تطبيق ذلك من شأنه الخلط بين المحل والسبب، وهو ما يقتضي استبعاد النظرية التقليدية، والاعتداد بفكرة السبب كفكرة مجردة؛ إذ يعتد بالباعث الدافع للتعاقد باعتبارها الإرادة الظاهرة المجردة من عيوب الإرادة كما تتجرد من السبب الذي حرك هذه الإرادة^(٢٨١)،

(٢٨٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١ مرجع سابق بند ٢٦٢ ص ٤٣٧.

(٢٨١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مرجع سابق، بند ٢٧٧، ص ٤٥١ وما بعدها.

وقد نصت المادة ١٣٦ من القانون المدني المصري على أن "إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، كان العقد باطلا"، ونصت المادة ١٣٧ على أن "١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن سببه مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

٧٣- وفي قانون المرافعات اختلف الفقه في تحديد المقصود بسبب الطلب القضائي *La cause de demande en justice*، حيث أثارت فكرة السبب خلافاً حاداً في الفقه^(٢٨٢)، فذهب جانب إلى أنه يقصد بالسبب الواقعة القانونية التي يقوم عليها الطلب، وقد ميز BRUCHON بين سبب الدعوى وهو الواقعة القانونية التي على أساسها التجاء الشخص للقضاء وبين مصدر التزام المدعي عليه^(٢٨٣)، وهو ما يطلق عليه السبب المصدري وفقاً لتصور أنصار النظرية التقليدية في سبب الالتزام المدني، وذهب جانب آخر بأن سبب الطلب القضائي *La cause de demande en justice* هو أساس الادعاء *La base de la prétention* أو هو القاعدة القانونية المثارة من قبل

(٢٨٢) د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ١٩٧١، بند ٤٤، ص ٧٩ وما بعدها، ولنفس المؤلف، الوسيط في شرح قانون المرافعات مرجع سابق، بند ٢٦٩، ص ٤٥٢.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 519, p. 450 et s.

(283) Yves BRUCHON «La notion de cause juridique dans les actions en responsabilité civile» thèse Lille, 1933, p. 25.

مشار إليه في رسالة أستاذنا الدكتور أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، مرجع سابق، بند ٤٤، ص ٧٩.

المدعي^(٢٨٤)، وذهب جمهور الفقه إلى أنه يقصد بالسبب الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب وليس الواقعة القانونية^(٢٨٥).

٧٤- الجدير بالذكر، أن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ قد أخذ بمذهب وسط بين النظرية التقليدية والنظرية الحديثة في السبب^(٢٨٦)، حيث نصت المادة ٢٠٧ من قانون المعاملات المدنية على أن "١- السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد، ٢- يجب أن يكون موجوداً وصحياً ومباحاً وغير مخالف للنظام العام أو الآداب"، ونصت المادة ٢٠٨ على أن "١- لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة للمتعاقدين، ٢- ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقر الدليل على غير ذلك".

٧٥- وعلى كل الأحوال، وأياً كانت النتيجة المترتبة على الرأيين السابقين، فإن فكرة السبب في اتفاق التحكيم لا تتعلق بسبب الطلب القضائي، وأنها تتعلق بالسبب كمحل للالتزام أو الاتفاق وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فاتفاق التحكيم هو اتفاق أو التزام مدني من طبيعة خاصة، مضمونه الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة، وهذا الالتزام يقوم على سبب قانوني

(284) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 519, p. 450 et s, IL visé à beaucoup de ouvrages, comme, Kornprobst «la notion de partie et le recours pour excès de pouvoirs» Paris. 1959.

(٢٨٥) للمزيد: د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، مرجع سابق، بند ٤٣، ص ٧٩، وما بعدها، وبند ١٥٧، ص ٢٢٥ وما بعدها، ولنفس المؤلف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٦٩، ص ٤٥٢ وما بعدها. (٢٨٦) د. منصور مصطفى منصور، السبب في الالتزامات الإرادية، خلاصة دروس في المقرر الخاص لطلاب الدراسات العليا بدبي، ١٩٩٨، ١٩٩٩، ص ١، ص ١٦٥ وما بعدها.

يتمثل وفقاً لما ذهب إليه أنصار النظرية الحديثة في السبب في الباعث الدافع على التعاقد وليس مجرد الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب القضائي؛ لأن اتفاق التحكيم هو اتفاق ذو طبيعة خاصة وليس مجرد طلب قضائي، ويقصد بسبب اتفاق التحكيم - بحق - هو رغبة الأطراف في إقصاء منازعتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التحكيم، أو هو على حد تعبير أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي تعهد الأطراف بعدم اللجوء لقضاء الدولة بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين^(٢٨٧)، والفرص أن سبب اتفاق التحكيم موجوداً وصحيحاً حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، كما يتعين ألا يكون ذلك مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

٧٦- تطبيقاً لهذا، يكفي مجرد الاتفاق على التحكيم للتدليل على الإرادة الظاهرة لأطراف اتفاق التحكيم وخلوه من عيوب الإرادة الباطنة إلى أن يثبت عكس ذلك بالدليل الفعلي، وهو ما يطلق عليه بالتصرف المجرد من سبب الالتزام^(٢٨٨)، ويعد سبب اتفاق التحكيم غير مشروع إذا كان القصد منه التحايل على القواعد والأنظمة المتعلقة بالنظام العام في المجتمع، كما لو كان الاتفاق بقصد التهرب من تطبيق قاعدة أمرة أو كان بقصد الغش أو التحايل على القانون^(٢٨٩)، وأنه من المقرر في قضاء محكمة استئناف القاهرة أن شهر

(٢٨٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٤٤ ص ٩٥.

(٢٨٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، مرجع سابق، بند ٢٨٥، ص ٤٦٣ وما بعدها.

(٢٨٩) د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، مرجع سابق، ص ١٧ وما بعدها؛ حيث أورد العديد من أحكام الدائرة ٩١ تجاري بمحكمة استئناف القاهرة والتي أكدت فيها المحكمة على بطلان اتفاق التحكيم بشأن صحة ونفاذ عقد بيع عقار لعدم مشروعية سببه لانطوائه على إحدى حالات الغش (=)

صحيفة دعوى صحة ونفاذ بيع عقار يتعلق بالنظام العام؛ إذ قصد به منع التحايل على ما أوجبه القانون من شهر التصرفات عن طريق دعوى صحة ونفاذ العقد^(٢٩٠).

تجدر الإشارة، أنه يتعين التمييز بين وجود السبب وما يترتب عليه من انعدام وجود اتفاق التحكيم وعدم مشروعية السبب والتي يترتب عليها البطلان، وضابط التمييز بين الأمرين في إمكانية الطعن في التصرف المنعقد والتصرف الباطل؛ إذ القاعدة في قانون المرافعات أنه لا دعاوى بطلان ضد الأحكام، وأن تصحيح البطلان يكون بطرق الطعن التي حددها القانون، وأن اعتبارات الحجية تعلق على النظام العام.

المطلب الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم

٧٧- ميز البعض بين الشروط العامة والشروط الخاصة لاتفاق

(=) نحو القانون، كما لو كان اللجوء للتحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون الآمرة فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العالنية وضمانات إعلان الخصوم التي تفرها إجراءات التقاضي أمام المحاكم أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات أو التصرف فيها بطريق التواطؤ بغية الاعتداء على ملكية الغير خفيه أو ابتزازه أو التحايل على إجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقررة لذلك، الجدير بالذكر أن القضاء السابق لا يتعارض مع إجازة الاتفاق على التحكيم في عقود بيع العقار بصفة عامة، طالما أن القصد من التحكيم هو حسم النزاع بعيدا عند القضاء، وليس مجرد التحايل على نصوص القانون المتعلقة بشهر الصحيفة أو إيداع الرسم النسبي.

(٢٩٠) د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، مرجع سابق ص ١٨ وما بعدها.

التحكيم^(٢٩١)، وشروط صحة اتفاق التحكيم قد تتعلق بشكل اتفاق التحكيم وقد تتعلق بموضوع اتفاق الأطراف على التحكيم، ومن ثم تنقسم إلى شروط شكلية وشروط موضوعية، على النحو الآتي:

الفرع الأول

الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

٧٨- يتطلب قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمقارن لصحة اتفاق التحكيم أن يتضمن مجموعة من الشروط الشكلية، والتي تتمثل في أن يكون مكتوباً وأن يكون صادراً ممن له أهلية التصرف في الحق محل اتفاق التحكيم، وهو ما نتناوله تباغاً على النحو الآتي:

أولاً: يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق على التحكيم بين الأطراف مكتوباً.

٧٩- يقصد بكتابة اتفاق التحكيم أن يرد هذا الاتفاق في محرر مكتوب، وتعتبر كتابة اتفاق التحكيم شرط لصحة لاتفاق التحكيم^(٢٩٢)، ولم يشترط

(291) Jean Vincent et Serge GUINCHARD «procédure civile» op.cit, n°1635, p. 1097.

د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٧٤ وما بعدها.
(٢٩٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٦٤، ص ١٣٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣١، ص ٤٧.

Piero BERNARDINI « l'arbitrage en Italie après la réforme », Rev. De l'arbitrage 199-n° 3, p. 485 et s

وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٣ من قانون التحكيم الياباني المعمول به ابتداء من أول مارس ٢٠٠٤، للمزيد:

Kazuhiko YA MAMOTO «la nouvelle loi Japonaise sur l'arbitrage» Rev. D'arbitrage 2004_n° 4; p. 831

المشرع شكلية محددة لكتابة اتفاق التحكيم، فيجوز إبراد اتفاق التحكيم في أي شكل أو صورة، العبرة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا وإلا كان الاتفاق باطلاً، وقد نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري على أن "يجب أن يكون مكتوبًا وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوبًا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، وقد نصت المادة ١/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية لعام ١٩٨٥، على ضرورة الاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن "يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات، ونصت المادة ٢/٧ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) على أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، بنصها "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، ويعتبر الاتفاق مكتوبًا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو توكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبًا، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءًا من العقد".

٨٠ - والكتابة شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم وليس مجرد شرط لإثبات اتفاق التحكيم^(٢٩٣)، وقد نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري

(٢٩٣) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق بند ٦٤ ص ١٣٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة (=)

والعماني على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

وقد كان القانون الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٨١-٥٠٠ بتاريخ ٣ مايو ١٩٨١ والمرسوم رقم ٨٠-٣٥٤ في عام ١٩٨٠ يميز بين شرط ومشاركة التحكيم، حيث كان يعتبر شرط لصحة الشرط وإثبات المشاركة، حيث كانت المادة ١٤٤٦ تنص على بطلان شرط التحكيم المشهور غير المكتوب، *la clause Lorsqu'elle est nulle, compromissoire est réputée non écrite*^(٢٩٤)، وقد عدل المشرع

(=) التحكيم الدولية، مرجع سابق بند ٣١ ص ٤٧، وقد كان نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري الملغاة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ تعتبر الكتابة شرط لإثبات اتفاق التحكيم، للمزيد: د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق بند ١٢٤ ص ١٩٠ و ١٩١، الجدير بالذكر أن بعض الفقه يعتبر الكتابة ركن من الأركان الإلزامية لانعقاد اتفاق التحكيم؛ د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق ص ٣٦ وما بعدها، الواقع أن التعبير السليم أن الكتابة شرط لصحة انعقاد اتفاق التحكيم وليس ركن من أركانه، إذ تخلف الركن يترتب عليه انعدام اتفاق التحكيم كلية أما تخلف الشرط فيترتب عليه بطلان الاتفاق.

(294) Art 1443 NCPC «La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère»; Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, «Droit judiciaire privé» op. cit., n° 719, p. 413 ; Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, « Procédure Civile», op. cit., n° 1643, p. 1104, 1105, Bernard FILLION-DUFOULEUR et Philippe LÉBOULANGER, « Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage», Rev. Arb., 1994, n° 17, p. 672.

تجدر الإشارة أن المادة ١٠٠٥ من قانون المرافعات الفرنسي الملغى كانت تنص على ضرورة إفراغ اتفاق التحكيم في محرر سواء كان رسمي أو عرفي الأمر الذي أثار التساؤل عن (=)

الفرنسي من هذا التمييز بين الشرط والمشاركة من ناحية شرط الكتابة، حيث عدل المشرع ذلك بموجب المرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ الصادر في ١٣ يناير ٢٠١١ مشترطاً الكتابة لصحة شرط ومشاركة التحكيم في المادة ١٤٤٣^(٢٩٥)، وفي التحكيم الدولي المتعلق بالتجارة العالمية نصت المادة ١٥٠٧ من قانون المرافعات الجديد، على عدم خضوع الاتفاق على التحكيم لأي شرط متعلق بالشكل^(٢٩٦).

وقد نصت المادة ٢/٨٠٧ من قانون التحكيم الايطالي على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وهو ما نصت عليه اتفاقية جنيف ١٩٦١ وقوانين العديد من الدول سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي^(٢٩٧).

وقد نصت المادة ١٥ من قانون التحكيم اليمني الصادر بالقرار الجمهوري رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ على أنه "لا يجوز اتفاق على التحكيم إلا بالكتابة سواء قبل قيام الخلاف أو النزاع أو بعد ذلك وحتى ولو كان طرفاً

(=) اشتراط الكتابة وهل هي وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم أم هي شرط من شروط صحته ، حيث استقر القضاء على اعتبار الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليس من شروط صحته وهو نفس ما كانت تنص عليه المواد الملغاة من قانون المرافعات المصري، للمزيد: د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق بند ١٢٣ ص ١٨٩ وما بعدها. (٢٩٥) للمزيد، راجع: د . أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، ٢٠١٢ ص ٢٢ وما بعدها.

للمزيد:

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD « Procédure Civile », op. cit., n° 1643, p. 1104.

(296) Art. 1507. - La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.

(297) Piero BERNARDINI, « L'arbitrage en Italie après la reforme » Rev. de l'arbitrage 199 - n° 3, p. 485 et s

التحكيم قد أقاما الدعوى أمام المحكمة ويكون الاتفاق باطلاً إذا لم يكن مكتوباً، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنته وثيقة تحكيم أو شرط تحكيم أو برقيات أو خطابات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة".

ونصت المادة ١٠ من قانون التحكيم الأردني على أنه " أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة والتي تعد بمثابة سجل الاتفاق، ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد، ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

وقد استلزمت المادة ٣٠٧ من قانون المسطرة المدنية الجديد المغربي الصادر بتاريخ ٢٨ أيلول ١٩٧٤ أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة.

٨١- يلاحظ أن بعض التشريعات قد خلطت بين الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، وبين الكتابة كوسيلة لإثبات اتفاق التحكيم^(٢٩٨)، والتمييز بين المعنيين في منتهى الأهمية؛ إذ يترتب على اعتبار الكتابة من شروط صحة اتفاق التحكيم، أنه يترتب على تخلف الكتابة بطلان شرط التحكيم، وهو ما

(٢٩٨) د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ٢٣ وما بعدها؛ حيث عرض لموقف التشريعات والقضاء في اعتبار الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم أو ركن من أركانه، والواقع أن التشريعات قد اختلفت في اعتبار الكتابة شرط صحة لاتفاق التحكيم أو كوسيلة لإثباته.

يجعل من اتفاق التحكيم من نوع الاتفاقيات الشكلية، أما إذا كانت الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم فلا يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، والواقع بحق أن الكتابة من شروط صحة اتفاق التحكيم؛ إذ يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، مع ملاحظة الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم وعدم اشتراط تحريره في شكل محدد كما هو الحال في عقد الهبة والرهن الرسمي؛ إذ يجوز تحرير اتفاق التحكيم كما سبق وذكرنا في أي صورة من الصور^(٢٩٩)، وقد نصت على هذا صراحة المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري والعماني والمادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي والمادة ١٥ من قانون التحكيم اليمني والمادة ٣٠٧ من المسطرة المدنية بالمغرب، والمادة ٨٠٧ و ٨٠٨ من قانون المرافعات الايطالي^(٣٠٠).

غير أن بعض التشريعات العربية نصت على اعتبار الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم وليس كشرط من شروط صحته، مثال المادة ١٩٠ من قانون المرافعات القطري، والتي نصت على أن "ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابة"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة^(٣٠١)، والمادة ٧٤٢ من قانون المرافعات الليبي، والمادة ٧٦٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني^(٣٠٢)،

(٢٩٩) راجع: ما سبق بند ٥٤، ص ١٦٣ وما بعدها.

(٣٠٠) د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١٢٤، ص ١٩١.
(٣٠١) الجدير بالذكر أن المادة ١٢ من مشروع قانون التحكيم الإماراتي المقدم من وزارة العدل في أواخر ٢٠٠٦ قد اعتمد نهج المشرع المصري في اعتبار الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس كشرط لإثباته.

(٣٠٢) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٣٥ وما بعدها.

والمادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة ٢٥٢ من قانون المرافعات العراقي، والمادة ٦ من قانون التحكيم التونسي الصادر بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٩٣ الصادر في ٢٦ أبريل ١٩٩٣، والمادة ٥٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري، والمادة ٤٤٣ من قانون المرافعات الجزائري، التي نصت على أن "يحصل الاتفاق على التحكيم أمام المحكمين ... ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقد رسمي أو عرفي"، والمادة ٢/٢٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لمملكة البحرين الصادر بالمرسوم بقانون ١٢ لسنة ١٩٧١ والتي نصت على أن "ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابة. ويجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمون مفوضون بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً"^(٣٠٣).

٨٢- وقد ذهب أستاذنا الدكتور محسن شفيق في ظل نص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات الملغاة بقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والتي كانت تنص على الكتابة لإثبات اتفاق التحكيم، للقول بالاعتداد بشروط التحكيم التي تمثل عادة بين التجار، وأن محكمة النقض الفرنسية قد قضت ١٧ أكتوبر ١٩٦١ في نزاع دولي نشأ عن اتفاق شفوي بين بائع فرنسي ومشتري انجليزي، بإتباع شروط عقد بيع نموذجي يتضمن شرطاً على التحكيم في دولة المشتري ولم يعترض البائع، وقد أيدت محكمة النقض الحكم معتبرة عدم اعتراض البائع موافقة على شرط التحكيم^(٣٠٤)، وقد أثار أستاذنا الدكتور فتحي

(٣٠٣) رغم وضوح النص باعتبار الكتابة وسيلة لإثبات اتفاق التحكيم، إلا أن صياغته قد توحى بترتب البطلان على تخلف الكتابة، الواقع أن البطلان المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية في البحرين عانداً على استلزام تحديد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء المرافعة وليس عانداً لإثبات اتفاق التحكيم.

(٣٠٤) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٣، ص ١٧٥ وما بعدها.

اسماعيل والي التساؤل عن حكم تواتر العمل على إدراج شرط التحكيم، على أساس أنه قد يتواتر التعامل بين الطرفين على إبرام عقود متتالية من نوع واحد، مثال عقود النقل والتوريد مع احتواء هذه العقود على شرط التحكيم، لكن بعد تواتر شرط التحكيم ببرما عقود لا تتضمن اتفاقا على التحكيم، ويحدث ذلك عملاً باقتصار الناقل والمستورد بعد تتابع التعاملات على إرسال فاكسات أو رسائل يطلب فيها حجز مكان في السفينة لشحن بضاعة جديدة أو توريد عدد من البضائع، فيقوم الطرف الآخر بالتنفيذ دون أن يضمن الرسائل الفاكس أو الرسالة شرط التحكيم، ذكرا أن القضاء الفرنسي يجري على سريان شرط التحكيم على هذا التعامل على أساس أن الطرفين يعتبران شرط التحكيم عنصرا من تعاملاتهما حسبما جرى التعامل فيما بينهما، إلا إذا تبين من الظروف أن الطرفين قد قصدا بعدم ذكر اتفاق التحكيم في التعامل أو التعاقد الجديد رغبتهما في إغفاله^(٣٠٥).

٨٣- الواقع - بحق - أن الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس لإثبات اتفاق التحكيم، وأن حكم محكمة النقض المشار إليه أعلاه كان في ظل قانون المرافعات الفرنسي الذي كان يعتبر الكتابة شرط لإثبات اتفاق التحكيم، كما كان الحال في المادة ٥٠١ من قانون المرافعات المصري الحالي والملغاة بقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بخلاف الحال في المادة ١٤٤٣ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والمادة ١٢ من قانون التحكيم المصري، واللذان اعتبرا الكتابة شرط لصحة اتفاق التحكيم، وترجع الحكمة من استلزام هذا الشرط ليس لمجرد اعتبار التحكيم من الاتفاقات الشكلية، إنما ترجع الحكمة من ذلك لما يترتب على اتفاق التحكيم من أهمية خاصة تتمثل في

(٣٠٥) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٥، ص ١٦٩.

إعطاء المشرع اتفاق التحكيم أولوية خاصة على قواعد الاختصاص الولائي والنوعي المقررة لمحاكم الدولة، إلى جانب حرص المشرع على تأكيد الجانب الإرادي لاتفاق التحكيم فلا يصح إلا إذا كان مكتوباً من الأطراف، فلا يجوز الاعتداد بالعادات العرفية للتدليل على صحة اتفاق التحكيم؛ إذ لا يستقيم ذلك إلا مع القول بأن الكتابة شرط إثبات لاتفاق التحكيم وليس كشرط صحة وانعقاد، وفي جميع الأحوال البطلان المقرر على عدم توافر الكتابة في اتفاق التحكيم، هو بطلان مقرر لمصلحة الأطراف فلا يجوز القضاء به من تلقاء نفس المحكمة، فإذا ما سلم الأطراف باعتمادهم أو تواتر التعامل فيما بينهم على اشتراط التحكيم دون منازعهم، اعتبر ذلك اتفاقاً على التحكيم ونزولاً عن التمسك بالبطلان.

والمحرر المكتوب قد يكون مكتوب كتابة رسمية وقد تكون الكتابة عرفية، المحرر مكتوب كتابة رسمية هو الذين يتعين أن يكون صادراً من موظف عام مختص بالعمل، بخلاف المحرر المكتوب كتابة عرفية فلا يشترط صدوره من موظف مختص، إنما يتصور صدوره من أي شخص^(٣٠٦)؛ إذ يجوز الاتفاق على التحكيم وكتابته بأي كانت طريقة كتابة اتفاق التحكيم، ولا يشترط نوع معين من الكتابة فقد تكون الكتابة يدوية أو بالطباعة أو الكمبيوتر طالما كان الاتفاق موقع من أطرافه، أو كان في صورة رسائل أو برقيات فاكسات متبادلة بين الأطراف، طالما كانت تلك الرسائل أو البرقيات أو الفاكسات يمكن نسبتها للأطراف.

٨٤ - السؤال، هل يصح اتفاق التحكيم الالكتروني وفقاً لنظم ومعاملات

(٣٠٦) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢٤٤ وما بعدها.

التجارة الإلكترونية^(٣٠٧).

فرضت التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت واقعاً جديداً على الساحة الدولية، وأصبح من الممكن إجراء البيع والشراء عن طريق العروض على شبكة الانترنت؛ إذ يتم الشراء والتعاقد عن طريق موافقة العميل على الشرط موقعاً على قبول السلعة أو الخدمة، وموقعاً على الاتفاق أو عقد الشراء^(٣٠٨)، وهذه العقود غالباً ما تتضمن الاتفاق على التحكيم، في حالة وجود نزاع بشأن ما تعلق بعملية الشراء أو البيع، فهل يعد اتفاق التحكيم الإلكتروني صحيحاً في هذه الحالة.

(٣٠٧) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣١ مكرر، ص ٤٨؛ د. أحمد صدقي، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها؛ د. سامي عبد الباقي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، بند ٣٨، ص ٨٧، وبند ٤٠، ص ٨٨ وما بعدها، الجدير بالذكر أن الاتجاه الآن يتجه نحو قصر التعامل عبر شبكة الانترنت على التجارة الإلكترونية ومن ثم التحكيم التجاري الإلكتروني، في الواقع أن التعامل عبر شبكة الانترنت لا يقتصر على المسائل التجارية وحدها؛ إذ لا يتعدى الأمر أن المسائل التجارية كانت الأسبق من غيرها في التعامل عبر شبكة الانترنت، ونتوقع في الأجل القريب دخول كافة المعاملات، سواء المدنية أو التجارية أو الإدارية عبر شبكة الانترنت، وليس ذلك ببعيد فنسمع في حالة اليوم عن بوابات الحكومات الإلكترونية وكيفية الحصول على المستندات والوثائق عبر الانترنت، وسداد الفواتير والمخالفات، كما يستخدم شبكة الانترنت في عرض كثير من المنتجات والسلع، ويتقبل الفقه وفق قانون التحكيم الياباني أن يكون الاتفاق إلكترونياً.

**Kazuhiko YA MAMOTO «la nouvelle loi Japonaise sur l'arbitrage»
Rev. D'arbitrage 2004_n°4; p: 831:**

(٣٠٨) للمزيد عن البيع عبر شبكة الانترنت وأركان عقد البيع وشروط صحته، راجع: د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٤ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨، بند ٥٩، ص ١١٥ وما بعدها.

في بداية الأمر قد أثار اتفاق التحكيم الإلكتروني التخوف من قبول المحررات الإلكترونية بسبب تحديد كيفية التوقيع على هذا الاتفاق، فاشتراط أستاذنا الدكتور أحمد السيد صاوي وجوب وجود توقيع إلكتروني موثوق به للاعتداد بشرط التحكيم على نحو ما ورد في قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال، وقد نصت المادة ١/٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة ١٣ يولييه ٢٠٠١ على أنه "حيثما يشترط القانون توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع الكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله البيانات في ضوء الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة" وأن المشرع الفرنسي قد ساوى بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية، بنصه في المادة ١٣١٦ من القانون المدني على أن تكون الكتابة الإلكترونية كالكتابة المكتوبة على دعامة ورقية بشرط تحديد الشخص الذي أصدرها أو أن يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم في ظروف ذات طبيعة تضمن تكاملها"^(٣٠٩).

الواقع، أنه لم يعد هناك خشية من قبول المحررات الإلكترونية في ظل الانتشار الواسع للتجارة الإلكترونية، سواء من حجة المحرر أو من حيث حجة التوقيع عليه، فقد نصت معظم التشريعات على اعتماد التوقيع

(٣٠٩) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣١ مكرر، ص ٤٨ وما بعدها.

Art 6-1 Uncitral Model Law on electronic signatures 2001 "where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if an electronic signature is used that is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement".

الإلكتروني^(٣١٠)، ونعتقد أن تعبير "وغيرها من وسائل الاتصال المكتوبة" الواردة في المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري والعماني تشمل اتفاقات التحكيم الإلكترونية، وأن عقد الشراء أو البيع أو الاشتراك لسلعة أو لخدمة عبر شبكة الانترنت، هو عقد مكتوب من جانب طرف واحد مضمونه عرض سلعة أو خدمة مقابل مبلغ من المال، وأن هذا العقد يتضمن في الغالب شرطاً للتحكيم مطبوعاً ومعداً مسبقاً من قبل الشركة صاحبة العرض، وأنه لا إرادة للمشتري في وجود شرط التحكيم، لأن التقاعد عبر الانترنت يعتبر من عقود الإذعان^(٣١١)، غير أن توقيع الشخص على قبول السلعة أو الخدمة يتضمن ضمناً الموافقة على شرط التحكيم المطبوع المعد من قبل الشركة، وتوقيع الشخص على قبول شراء السلعة أو الخدمة يتضمن الموافقة على شرط التحكيم، وفي هذه الحالة لا مناص من صحة اتفاق التحكيم الإلكتروني لاعتبارات التجارة الإلكترونية وما تقتضيه من احتمال وجود منازعات بشأنها، مع مراعاة ألا يتعارض ذلك مع ما نصت عليه المادة ١٠٢٨ من قانون

(٣١٠) د. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦، ص ٢٨٢ وما بعدها؛ د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٣ وما بعدها؛ د. ممدوح محمد على مبروك، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، بند ١٤، ص ٥٨ وما بعدها؛ د. سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٤، ص ١٥ وما بعدها.

(٣١١) اختلف الفقه في اعتبار البيع عبر الانترنت من عقود الإذعان؛ حيث ذهب البعض لنفي وصف الإذعان عن عقود البيع عبر الانترنت، بينما ذهب بحق جانب آخر لثبوت هذا الوصف عليه، د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٤ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، بند ٧٤، ص ١٤٩ وما بعدها؛ حيث وصف قبول المتعاقد بالقبول المذعن إذا ما أراد إبرام العقد.

المعاملات المدنية الإماراتي والمادة ٧٥٠ من القانون المدني المصري بالنسبة لعقود التأمين^(٣١٢)، ومراعاة تعلق بطلان الاتفاق بمصلحة المتعاقد أو العميل وحده، فلا يكون للشركة المقدمة للعرض عبر شركة الانترنت التمسك بهذا البطلان.

٨٥- وقد صدر قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي في ١٣ مارس ٢٠٠٠ برقم ٢٣٠/٢٠٠٠^(٣١٣)، وبعد العمل بقانون التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال عام ٢٠٠١، سارعت العديد من الدول من تعديل تشريعاتها بما يتناسب مع واقع التجارة الإلكترونية، فقد صدر قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤، وقد اعتمد المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بالقانون رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل قانون الإثبات المدنية والتجارية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢، حيث نصت المادة ١٧ مكرر على أن "١- يعتبر توقيعًا إلكترونيًا كل أحرف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو صور أو أصوات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره على النحو الوارد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، ٢- يعتبر محرر إلكترونيًا كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها تجري من خلال وسيلة تقنية معلومات، ٣- للتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للتوقيعات المشار إليها في هذا القانون إذا روعي فيه الأحكام المقررة في قانون المعاملات الإلكترونية، ٤- للكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية والسجلات والمستندات الإلكترونية ذات

(٣١٢) راجع ما سبق، بند ٥٤، ص ١٦٣ وما بعدها

(٣١٣) د. أيمن سعد سليم، التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٣ وما بعدها.

الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون متى استوفيت الشروط والأحكام المقررة في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية"، كما نص على نفس الحجية للتوقيع الإلكتروني قانون إمارة دبي للتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢، وقانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في ١٤ سبتمبر ٢٠٠٤، والقانون التونسي رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

تجدر الإشارة أن تعبير "وغيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية" الوارد في المادة ١٢ من قانون التحكيم المصري وما يقابلها في التشريعات المقارنة تكفي في وجهة نظرنا للاحتجاج باتفاق التحكيم الإلكتروني دون حاجة للنص على حجية التوقيع الإلكتروني.

٨٦- واتفاق التحكيم الإلكتروني شأن اتفاق التحكيم العادي قد يتم قبل قيام النزاع كشرط في عقد من العقود، وقد يتم بعد قيام النزاع في اتفاق لاحق أو مشاركة تحكيم إلكترونية، وهو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي شأن اتفاق التحكيم العادي، وهو تعبير عن إرادتين متطابقتين لاختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع الذي نشأ أو سينشأ في المستقبل بسبب العلاقة العقدية أو غير العقدية، وأن المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية غالباً ما يفضلون النص في العقود الإلكترونية التي يوقعونها أو اتفاقات لاحقة على شرط التحكيم الإلكتروني، وأن الفقه الأمريكي يفضل تعميم شرط التحكيم الإلكتروني في كل العقود الإلكترونية^(٣١٤).

(٣١٤) د. سامي عبد الباقي، التحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، بند ٤٠، ص ٨٨ وما بعدها.

ومن وجهة نظرنا فإن اتفاق التحكيم الإلكتروني يأخذ حكم اتفاق أو شرط التحكيم المطبوع إذا ورد كشرط في عقد من عقود التأمين دون اختيار من جانب المؤمن له، وفي هذه الحالة يتعين إعمال نص المادة ٧٥٠ من القانون المدني المصري والمادة ١٠٢٨ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥، المتعلقين ببطان شرط التحكيم في عقود التأمين المطبوعة ما لم يرد كاتفاق خاص ومنفصل عن الشروط المطبوعة في عقود التأمين.

وبصفة عامة لا بطلان لشرط التحكيم الإلكتروني إذا ورد في أي عقد من العقود بخلاف عقد التأمين؛ إذ لا يشترط القانون طريقة محددة لتدوين اتفاق التحكيم^(٣١٥).

٨٧- السؤال، ما نوع البطلان المقرر في هذه الحالة وهل يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها؟.

الواقع أن اشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم، والنص على بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكتوباً، قد يثير التساؤل عن نوع هذا البطلان وهل هو متعلق بالصالح العام للمجتمع، بحيث يتعين على المحكمة القضاء به من تلقاء نفسها أم أنه بطلان يتعلق بالصالح الخاص لمن يتمسك في مواجهته باتفاق التحكيم.

الأجدر في رأينا أن هذا البطلان يتعلق بالصالح الخاص للأفراد، لأن اتفاق التحكيم في حد ذاته لا يتعلق بالنظام العام، وما لا يثبت للأصل لا يثبت للفرع، وأن الكتابة في اتفاق التحكيم شرط لحماية أطراف اتفاق التحكيم ولا تتعلق بالصالح العام للمجتمع.

(٣١٥) راجع ما سبق، بند ٥٤، ص ١٦٣ وما بعدها.

ثانيًا: يشترط أن يكون اتفاق التحكيم صادرًا من الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه.

٨٨- اشتراط التصرف في الحق موضوع النزاع أو ما يعرف بأهلية التصرف من شروط صحة اتفاق التحكيم، وأهلية التصرف هي القدرة أو الصلاحية على إبرام التصرف القانوني^(٣١٦)، وقد نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري والمادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على استلزام أهلية التصرف في الحق محل النزاع، وارتباطاً بهذا النص اعتبر المشرع توقيع اتفاق التحكيم من ناقص الأهلية من حالات الطعن بالبطلان في الحكم في المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢١٦ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والأهلية من شروط صحة اتفاق التحكيم، ويترتب على تخلفها بطلان الاتفاق^(٣١٧).

ويشترط فيمن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم أن يكون لديه أهلية التصرف في الحق موضوع الاتفاق^(٣١٨)، وهي أهلية الأداء التي تثبت للشخص باكتمال واحد وعشرون عاماً ميلادية، فيكون الشخص بالغاً راشداً متمتعاً بالأهلية القانونية للتصرف ما لم يعترضه عارض من عوارض الأهلية كالجنون أو السفه أو العته^(٣١٩).

(٣١٦) د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٣، بند ٢٩٠، ص ٥٧٢؛ د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

(٣١٧) عكس ذلك، د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٤، ص ١٧٧ وما بعدها؛ حيث يعتبر الأهلية من الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم. (318) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 1638, p. 1099 et s.

(٣١٩) د. أحمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ١٣٢ وما بعدها.

واشترط أهلية التصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم، أساسه ما قد يترتب على اتفاق التحكيم من الحكم على شخص أو لصالحه، ومراعاة لاحتمالية أن ينصرف التحكيم إلى الحكم ضد الشخص مما قد يعتبر تصرفاً في أمواله^(٣٢٠)، وهو من الأعمال الضارة ضرراً محضاً والتي تستلزم توافر أهلية الأداء، وحماية لصالح الشخص الذي قد يضار من اتفاق التحكيم وما قد يترتب عليه من آثار، فقد اشترط المشرع لصحة اتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق صادراً ممن هو أهل للتصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم^(٣٢١)، فلا يكفي مجرد أهلية الوجوب، كما لا يكفي أهلية التقاضي *la capacité d'ester en justice* لإبرام اتفاق التحكيم^(٣٢٢).

(٣٢٠) عكس ذلك، د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٧، ص ٣٩؛ حيث ذهب إلى أن اشتراط أهلية التصرف لإبرام اتفاق التحكيم يرجع لأهمية اتفاق التحكيم وما قد يترتب عليه من التنازل عن الالتجاء للقضاء، الواقع أنه مع اتفقنا مع أستاذنا الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي في أهمية اتفاق التحكيم وما يقتضيه ذلك من اشتراط أهلية التصرف في الحق موضوع اتفاق التحكيم، إلا أن اشتراط أهلية التصرف ليس مرجعه التنازل عن حق الالتجاء للقضاء لأن اتفاق التحكيم لا يعد نزولاً عن الالتجاء للقضاء، ولو كان الأمر يتعلق بالتنازل عن حق الالتجاء للقضاء لكان يكفي أهلية التقاضي وليس أهلية التصرف في الحق.

(٣٢١) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ١٢ يونيو ٢٠٠٤، تمييز دبي، الطعن رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٨ مايو ٢٠٠٥، تمييز دبي الطعن ١٦٤ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ١٢/١٠/٢٠٠٨.

(٣٢٢) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٤- (٢) ص ٧٣ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٧، ص ٣٩.

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 1638, p. 1099.

ومن المقرر فقهاً وقضاءً أن الأهلية من شروط صحة الخصومة وليس من شروط قبول الدعوى أو الطلب القضائي أمام القضاء^(٣٢٣) - وأن المقرر وفق نص المادة ٢٢٥ من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة عدم جواز الصلح والتحكيم على القاصر إلا بإذن من المحكمة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة نقض أبوظبي في ٢٦/٦/٢٠٠٨ بأن الوصي على القاصر لا يجوز له إبرام اتفاق تحكيم إلا بإذن من المحكمة^(٣٢٤).

ويشترط لإبرام اتفاق التحكيم بالنيابة وجود وكالة خاصة^(٣٢٥)، ولا يعني عن ذلك تفويض الأصيل للوكيل بالقيام ببعض الأعمال^(٣٢٦)، ولا تكفي الوكالة العامة لإبرام اتفاق التحكيم، كما لا تصلح الوكالة بالخصومة للسماح للوكيل في إبرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن موكله^(٣٢٧).

(323) Par exemple, Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «droit judiciaire prive» L.G.D.J. op. cit., n °57, p. 28, VINCENT et GUINCHARD « procédure civile » DALLOZ, 1999, n° 483, p. 423, Gérard COUCHEZ «Procédure Civile» éditions Sirey, n° 151. 91.

د. فتحي إسماعيل والي، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٣٨، ص ٧٣؛ د. وجدى راغب، مبادئ قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٩٤، ص ١٨٧؛ د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، ج ١، بند ١٤٧، ص ٤٥٦؛ للمزيد: راجع رسالتنا، النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، مرجع سابق، بند ١٩٢، ص ٢٣٢ وما بعدها.

(٣٢٤) حكم محكمة نقض أبوظبي الطعن رقم ١١٦ لسنة ٢٠٠٨ س ٢ ق أ جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٦، سلسلة مبادئ النقض، ص ٧٩ وما بعدها.

(٣٢٥) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٢ و ١٧١ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ١٨ مايو ٢٠٠٢، تمييز دبي، الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٢٠٠٦، جلسة ٥ مارس ٢٠٠٧.

(٣٢٦) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٤/٦/١٢.

(٣٢٧) د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٤ ص ١٧٨.

وتكفي الوكالة العامة للنزول عن اتفاق التحكيم، لأن النزول عن اتفاق التحكيم هو عودة للأصل بالالتجاء للقضاء، الجدير بالذكر أن الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه الوكيل متجاوزاً حدود الوكالة بطلان نسبي لمصلحة الموكل^(٣٢٨).

وتثبت الأهلية للأشخاص الاعتبارية للممثل القانوني للشخص الاعتباري، فلا يجوز لغير الممثل القانوني للشخص الاعتباري العام أو الخاص إبرام اتفاق التحكيم باسم الشخص الاعتباري، ويعتبر مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة هو صاحب الأهلية الكاملة في إدارتها وله أهلية التصرف في الحقوق المتعلقة بنشاطها بما في ذلك إبرام اتفاق التحكيم في العقود بينها وبين الغير، ما لم يحدد عقد التأسيس حرمانه من تصرفات بعينها أو منعه من اتفاق التحكيم^(٣٢٩).

إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أن "الأهلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم - وعلى ما تفيد المادة ٢١٦ ب من قانون الإجراءات المدنية - هي أهلية التصرف في الحقوق، وليست أهلية الالتجاء للقضاء، وأن لمدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وعلى ما تفيد المادتان ٢٣٥ و ٢٣٧ من قانون الشركات التجارية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - السلطة الكاملة في إدارتها وكان يدخل في هذه الإدارة أهليته في الاتفاق على التحكيم نيابة عنها ولا يغير من ذلك ما تقضي به المادة ٢/٢٨ من قانون الإجراءات المدنية - من أنه - (لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعي به أو التنازل عنه أو الصلح أو التحكيم ...) إذ أن حكم هذا النص ينصرف فحسب إلى

(٣٢٨) حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٢ يناير ٢٠٠٦،

تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ٢٠٠٤، جلسة ٢٠ مارس ٢٠٠٥.

(٣٢٩) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٦٤ لسنة ٢٠٠٨ جلسة ١٠/١٢/٢٠٠٨.

الوكيل بالخصومة أمام القضاء - ولا ينصرف إلى سلطة مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة في إدارتها وأهليته في الاتفاق على التحكيم - واستخلاص الأهلية اللازمة للاتفاق على التحكيم - من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاؤها في ذلك على ما يسوغه وبحملة من واقع المستندات...".

ويعد مدير المؤسسة وكلياً عن صاحب المؤسسة في القيام بجميع الأعمال اللازمة للإدارة وبالتصرفات التي تدخل في نشاط المؤسسة، إلا أنه ليس له أن يتصرف في حقوق المؤسسة بغير تفويض من مالكيها بذلك أو إجازته لهذا التصرف باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود^(٣٣٠).

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

٨٩- ذهب جمهور الفقه إلى اعتبار الرضا والأهلية والمحل من الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم^(٣٣١)، الواقع أن هذا الرأي محل نظر؛ إذ يمثل الرضا والمحل ركنا اتفاق التحكيم، وتمثل الأهلية شرطاً من الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم، أما الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم فتتمثل في تعلق اتفاق التحكيم بموضوع يجوز فيه الصلح، وعدم تعارض محل اتفاق التحكيم مع النظام العام، وأن يكون ممكناً وألا يكون مستحيلًا، وهو ما نوضحه على النحو الآتي:

(٣٣٠) حكم محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ٢٨ مايو ٢٠٠٥.

(٣٣١) د. محسن شفيق، قانون التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ١١٢، ص

١٧٤ وما بعدها.

أولاً: عدم تعلق اتفاق التحكيم بموضوع لا يجوز فيه الصلح ولا يخالف النظام العام.

٩٠- والقاعدة أن اتفاق التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح؛ إذ الأصل في التحكيم هو القابلية للتحكيم وأن الاستثناء أن التحكيم غير جائز في ما لا يجوز فيه الصلح، حيث نصت معظم القوانين المعاصرة على مبدأ عام هو أن التحكيم لا يجوز فيما لا يجوز فيه الصلح، وقد نصت المادة ٥٥١ من القانون المدني المصري على أن "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام"، وقد أجازت المادة ٨٠٨ من قانون التحكيم الإيطالي الصادر في ٥ يناير ١٩٩٤ التحكيم في جميع المنازعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات المنصوص العمالية المنصوص عليها في المواد من ٤٠٩ إلى ٤٤٢ من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وتلك المتعلقة بالانفصال الجسماني^(٣٣٢)، وقد حددت المواد ٢٠٥٩ و ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ١٩٧٢/٦٢٦ على الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة ٢٠٥٩ على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها **Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition** المادة ٢٠٦٠، ونصت المادة ٢٠٦٠ على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية

(332) Art 806 du Droit ITALIEN, Loi du 5 Janvier 1994 «les parties peuvent soumettre à la décision des arbitres les litiges nés entre elles; à l'exception de ceux visés aux articles 409 et 442 de ceux qui concernent des questions d'état des personnes et de séparation entre conjoint ainsi que de ceux qui ne peuvent pas faire l'objet d'un transaction», Rev. Arb. 1994, n° 3: p. 582, note, les arts 409 et 442 sont relatifs au droit de travail.

ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام^(٣٣٣).

٩١- جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد أكد على صلاحية شرط التحكيم في النطاق الدولي وأنه بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يكن معروفاً سوى التحكيم في العقود التجارية، وفي ١٥ مارس ٢٠٠١ قد عدل المشرع الفرنسي المادة ٢٠٦١ بموجب المادة ١٢٦ من القانون رقم ٢٠٠١ - ٤٢٠ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠٠١ مجيزاً التحكيم في جميع العقود التي تتضمن نشاطاً وظيفياً، حيث نص على أنه باستثناء الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون يكون شرط التحكيم صالحاً في التصرفات التجارية والعلاقات بين الجمعيات والشركات التجارية، ومن الآن فصاعداً يكون شرط التحكيم صالحاً في العقود المتعلقة بالأنشطة الفنية والزراعية، مع بقاءه ممنوعاً في عقود المستهلك وعقود العمل، وبذلك التعديل يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على المستوى الداخلي والخارجي فيما عدا عقود الاستهلاك وعقود العمل^(٣٣٤)، وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني

(333) Art 2060 CCF «On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public», Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 1637, p. 1098 et s.; Jean-Hubert MONTRY» arbitrage international et droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA, Rev. D'arbitrage, 1989, p. 3 et s.

(334) Philippe FOUCHARD «la laborieuse réforme de la clause compromissoire par loi 15 Mai 2001» Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, p. 397.

جدير بالذكر أن الاستثناء السابق لعقود المستهلك وعقود العمل من استنتاج الفقه؛ إذ استعمل المشرع تعبير *les contacts conclus à raison d'une activité professionnelle*؛ حيث أجاز المشرع صلاحية شرط التحكيم في جميع العقود ذات (=)

المصري الحالي على أن "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"، وقد نص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على نفس الأحكام^(٣٣٥).

٩٢- وقد نصت المادة ١/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، على هذا المبدأ بقولها "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"، فإذا تضمن اتفاق التحكيم بعض الأجزاء التي يجوز فيها الصلح وبعض الأجزاء لا يجوز فيها الصلح، فإن اتفاق التحكيم شأن سائر العقود يبطل في حدود الجزء الذي لا يقبل الصلح، إلا إذا كان هذا الشق لا ينفصل جملة عن الشق الآخر؛ إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أنه "إذا اشتمل اتفاق التحكيم على بعض المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح ومن ثم لا تقبل التحكيم، فإنه يكون - كما هو الشأن في سائر العقود - صحيحاً بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد ..."^(٣٣٦).

(=) الطبيعة الوظيفية بقوله:

Art 2061 CCF «sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est Valade dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle».

(٣٣٥) انظر المواد رقم ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

(٣٣٦) تمييز دبي، الطعن رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٨ جلسة ١٥/١١/١٩٩٨.

٩٣- يشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون الاتفاق من حيث موضوعه غير مخالف للنظام العام^(٣٣٧)، النظام العام فكرة نسبية تختلف من نظام لآخر كما تختلف في المجتمع الواحد في فترة زمنية عن فترة زمنية أخرى ومن مكان لمكان آخر داخل المجتمع؛ إذ يتصور اتفاق موضوع التحكيم مع الأعراف الدولية وتعارضه مع النظام العام الداخلي^(٣٣٨)، وقد اكتفى بعض الفقه الفرنسي على بيان أمثلة للنظام العام الواردة في بعض أحكام القضاء دون الاهتمام بتعريف محدد للنظام العام^(٣٣٩)، وقد ذهب البعض لتعريف النظام العام في إطار التجارة الدولية بأنه مجموعة المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها مجتمع التجار الدولي، بينما عرفه البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد المعيارية التي تمثل الحد الأدنى أو المقياس الذي يفرضه المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان^(٣٤٠).

٩٤- الواضح من التعريفات السابقة أنها تنصرف لتعريف النظام العام الدولي في مجال التجارة الدولية، وهذه المبادئ والأسس قد تتفق مع النظام العام الداخلي للدول وقد تختلف عنه، وقد تتفق مع بعضها وقد تختلف مع

(٣٣٧) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٢٩ وما بعدها؛ د. محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مرجع سابق، بند ٧، ص ١٤١.

(٣٣٨) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٣، ١٢٤؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٣ وما بعدها.

(339) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit., n° 1637, p. 1098.

(٣٤٠) في عرض هذه التعريفات، راجع: د. محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مرجع سابق، بند ٥٥، ص ١٣٩، ١٤٠.

البعض الآخر، فالنظام العام يختلف من نظام قانوني لنظام قانوني آخر، فالنظام العام في الدول الإسلامية والعربية يختلف عن النظام العام في الدول غير الإسلامية، والنظام العام في نطاق الدول الأنجلو أمريكية يختلف عن دول الشرائع اللاتينية والجرمانية وغيرها من النظم، وأياً كان الخلاف بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي، فإن تنفيذ حكم التحكيم في داخل الدولة يتعين أن يتعلق بموضوع لا يتعارض مع النظام العام الداخلي، والنظام العام الداخلي هو مجموعة الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع وتمس نسيجه الاجتماعي والاقتصادي والسياسي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية^(٣٤١)، وهذه المبادئ والأسس قد يتعلق بعضها بنظم التقاضي في المجتمع وما يتعلق منها بمصلحة المجتمع، وقد يتعلق بعضها بحالة الأشخاص أو جنسيتهم أو نظام الأسرة، وقد يتعلق بعضها بالمبادئ الدستورية العامة، وقد يتعلق بعضها بأمن وسلامة المجتمع، وقد نصت المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن "يعتبر من النظام العام الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والميراث والنسب والأحكام المتعلقة بالحكم وحرية التجارة وتداول الثروات وقواعد الملكية الفردية وغيرها من القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية".

٩٥ - ويقصد بعدم مخالفة اتفاق التحكيم للنظام العام أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعه بمسائل يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع القيم والأسس التي يقوم عليها المجتمع^(٣٤٢)، وأن المشرع أجاز للأطراف الاتفاق

(٣٤١) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٣.

(٣٤٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٣٨، ص ٧٣؛ (=)

بصددها للالتجاء للتحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، وأن هذا الاتفاق يتعلق بإرادات الأطراف ولا يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التحكيم بشأن النزاع على تبني طفل أو نسبه أو الطلاق أو الزواج أو حقوق الإرث أو الأهلية أو الحالة أو الجنسية أو في تحديد المسؤولية الجنائية في جريمة من الجرائم التي ينص عليها القانون، ويمتد الحظر ليشمل كل ما يمس النظام العام مثال التحكيم بشأن علاقة غير مشروعة أو عقد مقامرة أو قرض بفوائد ربوية أو بشأن تحديد أسعار سلع تخضع للتسعير الجبري، أو قيمة إيجار على نحو يخالف النصوص الآمرة لامتداد القانوني لعقد الإيجار أو بشأن المسائل المنظمة بنصوص آمرة في قانون العمل أو بشأن حقوق الملكية الصناعية أو براءة الاختراع^(٣٤٣)، ولا يشمل ذلك الحقوق الأدبية للمؤلف وفقاً لقوانين الملكية الفكرية، وبصفة عامة لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل الجنائية^(٣٤٤)، غير أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم^(٣٤٥).

(=) د. وجدي راغب، مبادئ قانون القضاء المدني، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مرجع سابق، بند ٩٤.

(٣٤٣) د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٣٨، ٣٩، ولنفس المؤلف، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣٤٤) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٢٢٩، ص ٧٥ وما بعدها؛ د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق بند ٥١، ص ١٤٥ وما بعدها، وبند ٢/٥١ ص ١٤٧ وما بعدها؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٣ وما بعدها.

(٣٤٥) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة (=)

٩٦- والعبرة في جميع الحالات بكون المسألة التي يجوز فيها التحكيم مما يجوز التصالح عليها، وتغلب فيها مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع، وعدم تنظيمها بقاعدة من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وأن المعول عليه في هذه الحالة بكون المسألة يجوز التصالح عليها من عدمه، لا بمجرد تنظيمها بنص قانوني أمر أو بتنظيمها بقاعدة قانونية اتفاقية، فلا يعني كون النزاع يتصل بالنظام العام لتناوله اتفاق أو عملية من بعض الوجوه لتنظيم له طابع النظام العام أن النزاع محل اتفاق التحكيم غير قابل للتحكيم^(٣٤٦)؛ إذ العبرة بطبيعة المسألة وكونها تقبل الصلح أو لا تقبل الصلح، وأن اتفاق التحكيم يمكن إبطاله قبل صدور حكم المحكمين لمخالفته للنظام العام^(٣٤٧).

وفي جميع الحالات لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي يوجب القانون فيها اختصاص النيابة العامة^(٣٤٨)، سواء باعتبارها طرف أصلي

(=) التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤١ وما بعدها؛ د. مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٣٨، ٣٩، ولنفس المؤلف، الأثر المانع لاتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٣٤٦) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٣٠، ٣١، وقد قسم سيادته المنازعات إلى منازعات يوجد بشأنها نص خاص لتعلقها بالنظام العام ومنازعات لا يوجد بصدها نص خاص ومنازعات تتعلق مباشرة بالنظام دون حاجة للنص.

(٣٤٧) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٣٠، ٣١.

(٣٤٨) د. محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٢/٥١، ص ١٤٨؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٥.

كما هو الحال في الدعاوى الجنائية التي تباشرها النيابة العامة أو يباشرها الأفراد نيابة عنها في حالة الادعاء المباشر، أو باعتبارها كطرف منضم في بعض دعاوى الأحوال الشخصية^(٣٤٩).

٩٧- وقد أثار إجازة المشرع للصلح في بعض المسائل الجنائية، مثال القانون المصري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وتشريعات بعض البلاد العربية مثل القانون القطري والإماراتي^(٣٥٠)، التساؤل عن مدى جواز الاتفاق

(٣٤٩) تجدر الإشارة أن النيابة العامة لا تعتبر طرف في الخصومة التي تتدخل فيها، د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٧٣، ص ١٧٠.

(٣٥٠) أجاز قانون العقوبات القطري بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ الصلح في المسائل الجنائية، بنصه في المادة ٣٥٩ على أن "للمجني عليه - المستفيد - ولو كيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣٥٧) من هذا القانون أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال في أي حالة كانت عليها الدعوى، إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، وتأمّر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ١٨ مكرر والمادة ١/١٨ من القانون المصري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانون العقوبات، كما أجاز المشرع الإماراتي في المادة ٢٠ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية والمضافة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦ الصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية؛ حيث نصت على أن "للمجني عليه أو وكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد أرقام ٣٣٩، ٣٩٤، ٣٩٥، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥ من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية"، ونصت المادة ٨٣ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون ٥٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ على حق النيابة العامة في تنفيذ العقوبة الجنائية متى تنازل المجني عليه أو تصالح في الجرح المنصوص عليها في المواد ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣٩، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٩٤، ٣٩٥ (=)

على التحكيم في الجرائم التي يجوز فيها الصلح، وهل يترتب على اتفاق التحكيم منع الالتجاء للقضاء الجنائي؟.

ذهب أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي للقول بعدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية، سواء بالنسبة للجرائم التي لا يجوز فيها الصلح أو تلك التي لا يجوز فيها الصلح^(٣٥١).

الواقع - بحق - أن إجازة المشرع للصلح في بعض الجرائم مثل جرائم التهرب الجمركي وجرائم التهرب الضريبي وجرائم الضرب وإصدار شيك بدون رصيد والمخالفات والجنح التي لا تتجاوز العقوبة المقررة لها حد معين والجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٤١، ٢٤٢، ٢٦٥، ٣٢١ من قانون العقوبات المصري لا يجعل من الأفعال المكونة لتلك الأفعال الإجرامية محلاً لاتفاق التحكيم؛ إذ الصلح في هذه الحالة يعد سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية، غير أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المدنية المتعلقة بتلك الجرائم، ويترتب على اتفاق التحكيم في تلك المسائل قضاء المحكمة الجنائية بعدم اختصاصها بنظر الشق المدني دون أي تأثير على الشق الجنائي، والذي لا ينقضي إلا بتصالح المضرور عن الجريمة وليس بمجرد إبرام اتفاق تحكيم، واتفاق التحكيم بالنسبة للشق الجنائي غير جائز لمخالفته للنظام العام، لكن إذا تصالح المضرور من الجريمة فلا يجوز له التمسك بالطريق الجنائي، فإذا ما التجأ للنيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية أو عن طريق الادعاء المباشر كان للخصم الآخر الدفع باتقضاء الدعوى الجنائية بالصلح.

(=) ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥ وفي السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة منها إذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو كان أحد أصوله أو فروعهم.

(٣٥١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٦.

وأساس ذلك أن الدعوى الجنائية هي ملك المجتمع والنيابة العامة هي التي تباشرها نيابة عن المجتمع، والتصالح لا يعد تنازلاً عن الدعوى العمومية وأنه سبب لانقضاء الدعوى الجنائية، ومن ثم لا يتصور الاتفاق مسبقاً على التحكيم بشأن تلك الجرائم، وبطلان كل اتفاق يخالف ذلك لمخالفته للنظام العام. غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المالية المتعلقة بتلك الجرائم، واتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يغلق الطريق الجنائي وإنما يلزم الأطراف بعدم الالتجاء للطريق المدني.

تجدر الإشارة أن الأطراف في الصلح في الجرائم التي يجوز فيها الصلح لا يتنازلون عن الدعوى الجنائية، لأن الأطراف لا يملكون الدعوى الجنائية حتى يمكن الكلام عن التنازل أو عدم التنازل عنها وأنها ملك النيابة العامة، وأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون إثبات للصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية.

ويترتب على اتفاق التحكيم غير المتضمن للصلح في هذه الحالة عدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الشق المدني، ولا يترتب عليه منع المحكمة الجنائية من نظر الدعوى الجنائية أو الاستمرار في نظرها، ويترتب على التصالح في جرائم الضرب وجرائم الشيك وانقضاء الدعوى الجنائية حق الأطراف في الاتفاق على التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم.

ومنع الاتفاق على التحكيم في المسائل الجنائية لا يمنع من الاتفاق على التحكيم في الأوراق التجارية مثل الشيك أو الكمبيالة أو السند الإذني؛ إذ يجوز الاتفاق على التحكيم في الشيك إذا كان الشيك قد تم إصداره تنفيذاً لالتزام وارد في عقد يتضمن شرط التحكيم لكل ما ينشأ من العقد أو متعلقاً به أو مرتبطاً به

أو ما يثور من منازعات حول تنفيذ العقد، وعندئذ يمتد شرط التحكيم إلى ما يثور من نزاع حول ما يثور من نزاع حول الشيك، الذي هو أداة تنفيذ العقد^(٣٥٢).

ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام استقر القضاء الإماراتي على بطلان شرط التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الوكالة التجارية بين الوكيل والموكل، حيث أنط المشرع الاختصاص بالفصل فيها لمحاكم الدولة وبطلان كل شرط يخالف ذلك، بما في ذلك شرط التحكيم، إلا أن تكون الوكالة غير مقيدة بسجل الوكلاء التجاريين، فلا يجوز عندئذ رفع دعوى بشأنها أمام المحاكم للاتفاق على التحكيم^(٣٥٣).

وتتواتر أقوال الفقهاء بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل الإفلاس لتعلقه بالنظام العام^(٣٥٤)، وأساس ذلك أن المشرع نظم مسائل الإفلاس على أساس ضمان المساواة بين الدائنين، وحماية مصالح جماعة الدائنين من تصرفات المدين، وأن اختصاص القضاء المصري بتلك المسائل هدفه المحافظة على النظام العام^(٣٥٥)، كما لا يتصور الحكم بالإفلاس من قبل هيئة التحكيم،

د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٦.

(٣٥٣) حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٠ السنة ٢٢، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٣٥٤) أنظر على سبيل المثال: د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٢٤، ص ٦٦؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٤؛ د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٤٠، ٤١؛ د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ص ٢٥٤.

(٣٥٥) للمزيد: د. مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٤٠، ٤١.

غير أن ذلك لا يمنع من امتداد شرط التحكيم السابق للحكم بالإفلاس وفترة الريبة إلى السنديك باعتباره الممثل القانوني للقانوني للخلف الخاص للمدين^(٣٥٦).

٩٨- السؤال، عن مدى جواز أو إمكانية الاتفاق على التحكيم على استقلال في المسائل المستعجلة والوقائية؟.

بداية تجدر الإشارة إلى أنه يتعين التمييز هنا بجواز الاتفاق على استقلال على التحكيم في المسائل الوقتية والمستعجلة، والاختصاص بنظر المسائل الوقتية والمستعجلة في حالة الاتفاق على التحكيم، ففي الحالة الأولى الأمر يتعلق بمدى جواز الاتفاق على استقلال على التحكيم في هذه المسائل، وفي الحالة الثانية الأمر يتعلق بشمول اتفاق التحكيم عليها، والمسألة الأخيرة تختلف من تشريع لآخر، والقاعدة وفقاً لقانون التحكيم المصري والعماني رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ أنها من اختصاص القضاء ما لم يتفق على غير ذلك.

أما بالنسبة لجواز الاتفاق على استقلال في المسائل الوقتية والمستعجلة فقد ذهب أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي للقول بأن التحكيم نظام شرع لحسم المنازعات، وأنه لا يصح أن يكون محلاً للتحكيم مجرد إصدار حكم مستعجل بإجراء وقتي^(٣٥٧)، وقد قضت تمييز دبي في ٩ مارس ١٩٩٦ بأنه "لا يجوز التحكيم بصدد إجراءات الحجز والتنفيذ ولا الدعاوى اللازمة لصحتها، إلا إذا اتفق على اختصاص جهة التحكيم بها، فإذا تطلب القانون بصدد إجراءات

(٣٥٦) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٦٦، ٦٧.

(٣٥٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٥.

الحجز رفع دعوى معينة فلا يجوز أن ترفع إلا إلى المحكمة المختصة دون جهة التحكيم ما لم يتفق على خلاف ذلك" (٣٥٨).

(٣٥٨) محكمة تمييز دبي، جلسة ٩ مارس ١٩٩٦ الطعن رقم ١٩٤ لسنة ١٩٩٥ ص ١٤١ وما بعدها، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن "الطاعنة يونانية الجنسية - أقامت الدعوى رقم ١٩٩٤/١٩٧ على المطعون ضدهما - وموطنهما إمارة دبي- بطلب الحكم بإبقاء هذه الدعوى مفتوحة لحين صدور قرار التحكيم في النزاع الموضوعي وتقديمه للمحكمة للتصديق عليه والقضاء بصحة الحجز التحفظي رقم ١٩٩٤/٤٣٧٩ واحتياطياً في حالة عدم تعيين المطعون ضدهما لمحكهما السير في الإجراءات والحكم بالزامهما بأن يؤديا لها مبلغ ٢٧١٤٥٠٧ درهماً والفوائد القانونية مع تثبيت الحجز التحفظي - وقالت شرحاً لدعواها أنها تمتلك السفينة ... وبموجب عقد إيجار مؤرخ في ١٩٩٣/٩/٢٣ محرر بينهما وبين المطعون ضدها الأولى أجرت لها السفينة المذكورة نظير إيجار يومي قدره ٤٦٠٠ دولار ولمدة ١٢٠ يوماً يصبح ٢٤٠٠ دولار يومياً عن المدة التالية به ثم عدل هذا العقد وحلت المطعون ضدها الثانية محل المطعون ضدها الأولى، واتفق على بقاء الأخيرة مسنولة عن حسن تنفيذ الاتفاق، ونظراً لإخلال المطعون ضدهما بالتزامهما إذ لم يدفعاً إلا جزءاً من الإيجار، فقد استصدرت أمر الحجز التحفظي رقم ١٩٩٤/٤٣٧٩ على أموالهما لدى بنكي القاهرة والمشرق بدبي، وأضافت بأن عقد إيجار السفينة يتضمن شرط تحكيم ينفذ في إنجلترا، وقد باشرت بالفعل إجراءاته هناك، دفع المطعون ضدهما الدعوى بعدم قبولها لأنها موضوع التحكيم في إنجلترا، وفي ٢٥ يناير ١٩٩٥ حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى، فاستأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٩٩٥/١٨٤ وفي ١٩٩٥/٦/١٢ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، فطعن على هذا الحكم بالتمييز المائل بموجب صحيفة أودعت قلم كتاب هذه المحكمة في ١٩٩٥/٧/١٢ بطلب الحكم بنقض الحكم المطعون فيه ووقف الدعوى حتى صدور الحكم في موضوع التحكيم واحتياطياً تثبيت الحجز التحفظي، تقدم محام المطعون ضدهما بمذكرة طلب فيها رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعي به الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون بمقولة أنها رفعت دعوى الموضوع إلى هيئة التحكيم بإنجلترا طبقاً لما هو منصوص عليه في عقد إيجار السفينة، ثم تحصلت من محكمة دبي على أمر بالحجز (=)

(=) التحفظي على أموال المطعون ضدهما بنكي القاهرة والمشرق دبي، وهو ما تجيزه المادة ٢٢ من قانون الاجراءات المدنية حتى ولو لم تكن المحكمة مختصة بدعوى الموضوع، ثم أقامت دعواها المعروضة بشأن تثبيت الحجز - خلال ثمانية أيام من تاريخ توقيع الحجز عملاً بالمادة ٢٥٥ من القانون السالف الذكر، وطلبت إبقائها موقوفة عملاً بالمادة ١٠٢ من قانون الاجراءات المدنية - لحين صدور حكم هيئة التحكيم في موضوع النزاع، وأنها بذلك تكون قد التزمت أحكام القانون في رفعها تلك الدعوى إلى القضاء في المواعيد منعاً من صيرورة الحجز كأن لم يكن، إلا أن الحكم قضى بعدم قبول الدعوى على غير أساس من القانون، وحيث إن هذا النعي في محله ذلك أنه لما كانت المادة ٢٢ من قانون الإجراءات المدنية تنص على أن المحاكم تختص بالأمر بالإجراءات المستعجلة والتحفظية التي تنفذ في الدولة ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية - وكان من المقرر - وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز التحكيم بصدد إجراءات الحجز والتنفيذ ولا الدعاوى اللازمة لصحتها - إلا إذا اتفق على اختصاص جهة التحكيم بها، فإذا تطلب القانون بصدد إجراءات الحجز رفع دعوى معينة فلا يجوز أن ترفع إلا إلى المحكمة المختصة دون جهة التحكيم ما لم يتفق على خلاف ذلك - وإذا كان النزاع الموضوعي - في الدعوى المعروضة - قد رفع إلى جهة التحكيم باتجلترا - وخلا عقد الإيجار المؤرخ ١٩٩٣/٣/٢٣ - بما تضمن من النص على اللجوء إلى التحكيم عند المنازعة في تنفيذ شروط العقد - من الاتفاق على اختصاص تلك الجهة بالإجراءات التحفظية وما يستتبع ذلك من دعاوى لصحتها - فإن طلب توقيع الحجز التحفظي على أموال المطعون ضدها في دبي وطلب تثبيته يكون من اختصاص محاكهما، فإن الحكم المطعن فيه إذ خالف هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى على أساس أن لا محل لطلب الحكم بصحة الحجز مستقلاً أمام المحاكم عملاً بالفقرة الثالثة من المادة ٢٥٥ من القانون سالف الذكر واستمرار الدعوى أمام المحكمة لحين صدور قرار التحكيم وتقديمه للتصديق عليه بطرق الطعن - حال أن تلك المادة التي توجب على الحاجز من خلال ثمانية أيام على الأكثر من توقيع الحجز أن يرفع أمام المحكمة المختصة الدعوى بثبوت الحق وصحة الحجز، وذلك في الأحوال التي يكون فيها الحجز بأمر من قاضي الأمور المستعجلة وإلا اعتبر الحجز كأن لم يكن، وإذا كانت الدعوى بالحق مرفوعة من قبل قدمت دعوى صحة الحجز إلى ذات المحكمة لتتظرهما معاً - إنما تتناول حالة ما إذا كانت المحاكم مختصة (=)

ومع تسليمنا بما ذهب إليه أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والتي بأن التحكيم نظام شرع لحسم المنازعات، علاوة على أن المسائل المستعجلة لا تحوز حجية الأمر المقضي، وهي مسائل يخشى عليها من فوات الوقت، وأن أحكام المحكمين تحوز قوة الأمر المقضي بمجرد صدورها، وأن بعض المسائل المستعجلة لا يتصور التحكيم بشأنها، وأنه لا جدوى من التحكيم بشأن البعض الآخر، غير أن المنازعات لا تقف عند مجرد المنازعات الموضوعية؛ إذ المنازعة قد تكون موضوعية وقد تكون منازعة مستعجلة، والمنازعة المستعجلة منازعة بمعناها القانوني والفني، ويجيز القانون الالتجاء للقضاء لحسمها على استقلال دون وجود منازعة موضوعية، وأن مفهوم التحكيم الاتفاق على اختيار شخص أو مجموعة أشخاص لحسم النزاع بحكم ملزم، لا ينصرف فقط على الأحكام الموضوعية دون المستعجلة، الأمر الذي يتصور معه إمكانية الالتجاء للتحكيم لحسم المسائل المستعجلة، ولا يتعارض ذلك مع القول بأن المسائل المستعجلة أو الوقتية من المسائل التي يختص بها القاضي المستعجل وأن هذا الاختصاص يتعلق بالنظام العام؛ إذ يرد على ذلك بأن المشرع أجاز للأفراد الاتفاق على التحكيم في المسائل المدنية والتجارية على الرغم من اختصاص قضاء الدولة ولائياً ونوعياً وقيماً بنظر تلك المسائل التي يتعلق الاختصاص بها بالنظام العام، علاوة على أنه لا يجوز للنيابة العامة

(=) بنظر الموضوع فإنها تختص بنظر دعوى صحة الحجز وتثبيته - أما إذا لم تكن مختصة بنظر الموضوع - فإن للمدعي الحق في إقامة دعواه بصحة الحجز وتثبيته مستقلة عن دعوى الموضوع، فالأصل هو الإباحة إلى أن يوجد القيد، والقيد الوارد في المادة السابقة استثناء لا يجوز القياس عليه - وحتى لا يكون هناك بالتالي تسليط لجهة التحكيم على ما تتخذه المحاكم من إجراءات تحفظية أو نستعجلة في حدود اختصاصها فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون مما يتعين نقضه مع الإحالة".

التدخل في الدعاوى المستعجلة^(٣٥٩)، وأنه يتصور الصلح في تلك المسائل، ألا يتصور أن يتفق أو يتصالح الأطراف بشأن تعيين حارس أو عدم تعيينه أو بشأن سماع شهادة أو عدم سماعه، أيعتبر تعيين حارس أو سماع شاهد من النظام العام!، ألا يتصور أن يتنازل الصادر لصالحه الحكم القضائي عن تنفيذ حكم قضائي، سواء أكان ذلك بالاتفاق الصريح أو الضمني بعدم الالتجاء للقضاء لتنفيذه^(٣٦٠)!.

ومن ثم، نرى إجازة الاتفاق على التحكيم على استقلال لحسم المنازعات المستعجلة أو الوقتية، لجواز الصلح في تلك المسائل وعدم تعارض ذلك مع النظام العام، علاوة على أن تنفيذ حكم المحكمين في هذه الحالة معلق على الحصول على أمر تنفيذ من القضاء.

٩٩ - جدير بالذكر، أن النفقة من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم بشأنها في معظم القوانين العربية، ولا تعارض بشأنها مع النظام العام؛ إذ هي من الحقوق التي تقوم بمال ويمكن تقديرها بمبلغ من النقود وتتعلق بالصالح الخاص للفرد، والأمر الذي يجيز التصالح عليها، والمبدأ في القانون المقارن، أن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح، إلى جانب ذلك فقد نصت بعض التشريعات صراحة على إجازة التحكيم بشأنها، حيث نصت المادة ٧٤٠ من قانون المرافعات الليبي على أن "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام

(٣٥٩) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ٧٢، ص ١٧٠.

(٣٦٠) الجدير بالذكر، أن المادة ٣/٢٢٥ من قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة نصت على سقوط الحق في تنفيذ السندات التنفيذية بقولها "ولا تنفذ السندات التنفيذية إذا تركت مدة خمسة عشر عاما على تاريخ آخر معاملة تنفيذية أو إذا تركت لذات المدة منذ صدورها دون تنفيذ".

العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أن يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

غير أن بعض التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام، مثال المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائري والتي نصت على أن "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم...".

ويترتب على الاتفاق على التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح بطلان اتفاق التحكيم، وهذا البطلان يجوز التمسك به أمام المحكمة المدفوع أمامها بوجود اتفاق التحكيم، كما يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد المدعى عليه على الدعوى وفقاً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري وإلا سقط الحق في التمسك به، كما يجوز في هذه الحالة التمسك ببطلان الاتفاق التحكيم عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري.

ويعتبر من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وتتعارض مع النظام ولا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم، الاتفاق على تحديد المسؤولية الجنائية للمتهمين، والاتفاق على التحكيم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو

الجنسية أو الحالة، غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المالية المتعلقة بتلك المسائل^(٣٦١).

ثانيًا: أن يكون موضوع اتفاق التحكيم قابلاً للتحكيم أو ممكناً وألا يكون مستحيلًا أو ظاهر عدم القابلية للتطبيق

١٠٠- يتعين أن يكون موضوع المنازعة محل اتفاق التحكيم قابلاً للتحكيم أو ممكناً وألا يكون مستحيلًا، وكما سبق وذكرنا آنفًا أن القابلية للتحكيم هي الأصل وأن الاستثناء هو أن التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح؛ إذ يتعين أن يكون محل اتفاق التحكيم حق من الحقوق المالية، سواء أكان حق شخصي أو حق عيني، واردة على عقار أم واردة على منقول، وأن يتعلق التحكيم بعلاقة قانونية قائمة، فلا يجوز التحكيم بشأن علاقة قانونية لم تنشأ بعد^(٣٦٢).

وقد نصت المادة ١/٨ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام ١٩٨٥، على أنه "على المحكمة التي يرفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين للتحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول بموضوع النزاع، ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل ولاغ وعديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه".

وقد نصت المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد وفقًا لأحدث تعديلاته بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١٣ يناير

(٣٦١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٣ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقًا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٧، ٢٨، ٢٩، ص ٤٢ وما بعدها.

(٣٦٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق للإشارة، بند ٥٧، ص ١٢١.

٢٠١١ على جواز قضاء المحكمة بعدم الاختصاص إذا ما أثير أمامها نزاع به اتفاق تحكيم، وكان هذا النزاع لم يطرح بعد على هيئة التحكيم ما لم ترى المحكمة أن هذا الاتفاق ظاهر البطلان *manifestement nulle* أو غير قابل للتطبيق *manifestement inapplicable* (٣٦٣).

وقد خلا قانون التحكيم المصري من النص على هذا الشرط، الأمر الذي قد يثير التساؤل عن سلطة المحكمة للحكم بعدم القبول من عدمه في هذه الحالة، وهل تملك المحكمة كما هو الحال في القانون الفرنسي من التثبت من وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم، وهل أنها مخولة في البحث في سلامته ومدى إمكان تطبيقه من عدمه؟.

الواقع أنه على الرغم مما يمارس عملياً من مجرد التحقق الظاهري من وجود شرط التحكيم من عدمه، دون بحث الأوجه الأخرى لعدم الوجود ككون المسألة تخرج عن نطاق هذا الاتفاق أو سقوط الاتفاق أو مخالفته للنظام العام، وهو مسائل بديهية يختص بها القضاء من الوهلة الأولى، إلا أن ذلك قد يثير بعض المشاكل من الناحية العملية ككون هذه المسائل من أسباب الطعن على حكم التحكيم بالبطلان وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري مما يتعين معه الحكم بعدم قبولها والانتظار حتى صدور حكم التحكيم والطعن فيه، الأمر الذي يعني الاستخفاف بوقت الناس ومالهم، وهو ما يحتاج لتأكيد تشريعي لسلطة المحكمة للبحث في وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم

(363) Article 1448 NCPC "Art. 1448 - Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

«La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence».
Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite.

وشموله للنزاع من عدمه، وهو ما يحتاج تدخل تشريعي لإعادة صياغة نص المادة ١٣ من قانون التحكيم المصري، فإن القواعد العامة في القانون المدني تجيز اشتراط ذلك في محل اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة ١٣١ من القانون المدني المصري على أن "١- لا يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في شركة إنسان على قيد الحياة باطلاً، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون"، ونصت المادة ١٣٢ على أن "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً"، ونصت المادة ١٣٣ على أن "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط"، ونصت المادة ١٣٤ على أن "إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر".

ويترتب على عدم إمكان تنفيذ شرط التحكيم أو عدم قابليته للتطبيق أن تقضي المحكمة بعدم الاختصاص في القانون الفرنسي إذا كان الاتفاق ظاهر عدم إمكان التطبيق، وهو نفس ما يمكن تطبيقه في القانون المصري تطبيقاً للقواعد العامة.

المبحث الثالث

نطاق اتفاق التحكيم

١٠١- تمهيد: اتفاق التحكيم هو المحور أو المفترض لعملية التحكيم^(٣٦٤)، أو هو بتعبير آخر مصدر سلطة المحكمين^(٣٦٥)، ويمثل المرحلة الأولى والأساسية من مراحل التحكيم الثلاث؛ إذ التحكيم - كما ذكرنا آنفاً على لسان عميد فقه القانون التجاري أستاذنا الدكتور محسن شفيق - أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم^(٣٦٦).

وعلى أساس اتفاق التحكيم يتحدد نطاق التحكيم، لذا؛ فإن اتفاق التحكيم بين الأطراف له نطاقين أحدهما شخصي والآخر موضوعي، وهو ما نجله على النحو الآتي:

المطلب الأول

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

١٠٢- ودراسة النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم تقتضي بين نسبية اتفاق التحكيم، ومدى جواز امتداده للخلف العام والخاص، والحالات الخاصة التي يمتد فيها اتفاق التحكيم، ومدى إمكانية ضم التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي، ومدى إمكانية ضم إجراءات التحكيم لخصومة قضائية مطروحة أمام القضاء والعكس، ودراسة مدى إمكانية التدخل والإدخال في خصومة التحكيم، وهو ما نعرضه تباعاً على النحو الآتي:

(٣٦٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم، مرجع سابق، بند ١٩، ص ٣١.

(٣٦٥) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٤، ص ١٥٥.

(٣٦٦) للمزيد: د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٧٧، ص ٩٥.

الفرع الأول

مبدأ نسبية اتفاق التحكيم

أولاً : القاعدة وفقاً لمبدأ نسبية اتفاق أثر اتفاق التحكيم أن الاتفاق لا يلزم إلا عاقديه :

١٠٣- يقصد بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، تحديد الأشخاص الذين يلزمهم اتفاق التحكيم، والمستقر عليه فقهاً وقضاءً وتشريعاً أن اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة - شأن أي اتفاق - لا يلزم إلا أطرافه^(٣٦٧)، فالمبدأ في تحديد النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم هو نسبية اتفاق التحكيم، فلا يلزم الاتفاق من حيث الأصل إلا أطرافه ولا يمتد إلى الغير^(٣٦٨). فلا يحتج به إلا في مواجهة الشخص الذي اتجهت إرادته إليه أو ارتضاه، فاتفاق التحكيم لا يلزم من لم تتجه إرادته إليه أو لم يكن طرفاً في الاتفاق^(٣٦٩).

(367) Jean Vincent et Serge GUINCHARD «procédure civile» op. cit.; n°1644, p.1105, Jean-Louis GOUTAL «L'arbitrage et les tiers» le droit des contrats, Rev. Arb. 1988, p. 440 et s., Cass. Com. 15 nov. 1979, D. 1979, I.R. 130; Cass.com. 4 Juin 1985, J.C.P. 1985. IV. 283., Cass. Com. 20 Juin 1995, Rev. Arbitrage 1995, p. 622.

تميز دبي، الطعن رقم ٣٩٣ لسنة ٩٨ جلسة ١٩/١٢/١٩٩٨، وقد جاء في هذا الحكم، "أن الاتفاق على التحكيم، سواء كان في صيغة شرط في العقد الأصلي أو في صيغة مشاركة مستقلة لا يلزم إلا أطرافه".

(٣٦٨) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ١٦١ وما بعدها؛ الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٤٦٢، ص ٩٤٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٦ مكرر، ص ٥٥؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ٦، ص ٦ وما بعدها.

(٣٦٩) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ١٦١.

١٠٤- ويقصد بالطرف في اتفاق التحكيم كل من أبرم اتفاق التحكيم بنفسه أو عن طريق من يمثله^(٣٧٠)، فاتفاق التحكيم لا ينصرف إلى المتعاقدين أو الموقعين على اتفاق التحكيم فحسب، بل ينصرف معنى أطراف اتفاق التحكيم إلى كل من ينصرف إليه أبرم أو توقع اتفاق التحكيم، سواء أبرم أو وقع الاتفاق أصالة أو بالإنيابة^(٣٧١)، كما ينصرف معنى الطرف لكل من يرتبط بموضوع اتفاق التحكيم أو يحتج به عليه^(٣٧٢)، أو كل من ارتضى أو ارتضى له المتعاقدون انصراف أثر الالتزام إليه، وقبل هذه الإرادة من الغير^(٣٧٣)، كما هو الحال في الاشتراط لمصلحة الغير.

من ناحية لا يقتصر مدلول الطرف على مجرد المتعاقدين على الاتفاق فقط، بل يمتد أثر اتفاق التحكيم للشخص حتى ولو كان الاتفاق موقعا ممن يمثله^(٣٧٤)، ولا تصح الإنابة العامة في هذه الحالة؛ إذ يتعين توافر وكالة خاصة للاتفاق على التحكيم^(٣٧٥)، وفقاً لنص المادة ٧٦ من قانون المرافعات

(٣٧٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ١٦١.

(٣٧١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٦، ص ١٦١.

(٣٧٢) د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٣، ١١٤.

(٣٧٣) د. هدى مجدي عبد الرحمن، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣٧٤) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٧، ص ٥٥؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٣، ١١٤.

(٣٧٥) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٢٠٠٢ و ١٧١ لسنة ٢٠٠٢ بتاريخ ١٨ مايو ٢٠٠٢.

المصري والتي نصت على أنه "لا يجوز بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التنازل عنه ولا الصلح ولا التحكيم فيه ولا قبول اليمين ولا توجيهها ولا ردها ولا ترك الخصومة ولا التنازل عن الحكم أو عن طريق من طرق الطعن فيه أو رفع الحجز ولا ترك التأمينات مع بقاء الدين ولا الادعاء بالتزوير ولا رد القاضي ولا مخاصمته ولا رد الخبير ولا العرض الفعلي ولا قبوله ولا أي تصرف آخر يوجب فيه القانون تفويضًا خاصًا"، وهو نفس ما نصت عليه صراحة المادة ٢/٥٨ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ والتي نصت على أنه "ولا يصح بغير توكيل خاص الإقرار بالحق المدعى به أو التنازل عنه أو الصلح أو التحكيم فيه أو قبول اليمين وتوجيهها أو ردها أو ترك الخصومة أو التنازل عن الحكم كلياً أو جزئياً أو عن طريق من طرق الطعن فيه أو رفع الحجز أو ترك التأمينات مع بقاء الدين أو الادعاء بالتزوير أو رد القاضي أو الخبير أو العرض الحقيقي أو قبوله أو أي تصرف آخر يوجب القانون فيه تفويضًا خاصًا".

ولا يقتصر تعبير الطرف في اتفاق التحكيم على الشخص الطبيعي، بل يشمل الشخص الاعتباري المعترف له بالشخصية المعنوية^(٣٧٦)، ولا يعتبر توقيع الوزير المسئول باعتماد العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم اعتبار الدولة طرفاً في هذا الاتفاق^(٣٧٧)، ويعتبر من الغير في اتفاق التحكيم كل

(٣٧٦) للمزيد: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٠١، ص ٤٤٠ وما بعدها، وبند ٣٠٨، ص ٤٥١ وما بعدها.

(٣٧٧) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٤٠، ص ٥٩ وما بعدها؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٠٧ (=)

شخص ليس من الأطراف sont tiers tous ceux qui ne sont pas parties^(٣٧٨).

١٠٥- وأطراف اتفاق التحكيم يتعين أن تتوافر فيهم أهلية التصرف في الحق محل الاتفاق^(٣٧٩)، فإذا لم تتوافر تلك الأهلية فلا يعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً بالنسبة للأطراف الأصلية في اتفاق التحكيم، وقد نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم العماني، على أن "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه" كما نصت المادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية بدولة الإمارات العربية المتحدة، على أن "... ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية

(=) ص ٤٥٠، وقد أثير هذا الأمر في قضية هضبة الأهرام المصرية، والتي أقيمت ضد الحومة المصرية بسبب اعتماد وزير السياحة للعقد المبرم بين الجانب المصري والجانب الأجنبي، وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس لصالح الشركة الأجنبية على الرغم من دفع الحكومة المصرية باعتبارها ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، وقد ألغت محكمة استئناف الحكم استناداً لدفاع الحكومة المصرية، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة الاستئناف.

(378) Jean-Louis GOUTAL «L'arbitrage et les tiers», Revue d'arbitrage 1988, p. 440.

(٣٧٩) ... فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٠، ص ١٠٩ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٣، ص ٣٧، الأهلية هي القدرة على اكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وأهلية التصرف في القانون المصري والإماراتي تكون لمن بلغ واحد وعشرون عاماً ميلادياً، وتمتد هذه الأهلية لمن بلغ ثمانية عشر عاماً إذا كان مأدوئاً بالتجارة، وفي هذه الحالة يتعين إذن المحكمة على شرط التحكيم، وقد نصت المادة ٢٢٥ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ على عدم جواز قيام الوصي بالصلح أو التحكيم في أموال القاصر إلا بإذن المحكمة.

التصرف في الحق محل النزاع^(٣٨٠)، فلا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر إبرام اتفاق التحكيم إلا إذا كان مأذوناً له بالتجارة، وفي هذه الحالة يتعين الحصول على إذن خاص من المحكمة لإبرام اتفاق التحكيم، ولا يجوز للقاصر المأذون له بالإدارة إبرام اتفاق التحكيم^(٣٨١)، فلا يصلح إذن المحكمة بالإدارة السماح للشخص إبرام اتفاق التحكيم؛ إذ لا يتضمن الإذن بالإدارة حق المأذون له في التصرف في المال المأذون له بإدارته؛ إذ الأهلية المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف في الحق وليس مجرد أهلية الإدارة، ويجوز للولي الطبيعي

(٣٨٠) نصت المادة ٥٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أن "لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه...". ونصت المادة ٦ من قانون التحكيم اليمني على أن "يشترط لصحة التحكيم أولاً: أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنسوب إلا بإذن المحكمة"، وقد نص الفصل ٨ من قانون التحكيم التونسي على أن "يجب أن تتوفر في أطراف اتفاقية التحكيم أهلية التصرف في حقوقهم". ونصت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي على أن "لا يصح التحكيم... إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه...".

(٣٨١) الجدير بالذكر أن جمهور الفقه قد ذهب للاكتفاء بالإذن بالإدارة بالنسبة للقاصر فأجاز الاتفاق على التحكيم للقاصر المأذون بالإدارة، وذلك على الرغم من استلزامه أهلية التصرف في الحق محل التحكيم، د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٠، ص ١٠٩ وما بعدها؛ د. عكاشة عبد العال و د. مصطفى الجمال، "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٢٨٠، ص ٤١٣؛ د. أحمد شرف الدين، قواعد التحكيم، ٢٠٠٧، ص ٢٩، ٣٠، الواقع أن الرأي السابق يخالف صريح نص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي؛ إذ اشترطت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري والمادة ٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي أهلية التصرف في الحقوق محل اتفاق التحكيم، والاشتراط السابق من المشرع منطقي إذ قد يترتب على الاتفاق على التحكيم والالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة وجود الحق أو زواله.

إبرام اتفاق التحكيم بشأن أموال القاصر، دون أي إخلال بالقيود التي فرضها القانون على سلطة الولي في هذه الحالة^(٣٨٢)، كما لا يجوز للوصي على القاصر إبرام اتفاق التحكيم إلا بإذن من المحكمة^(٣٨٣).

وأهلية التصرف في الحقوق هي قدرة الشخص على القيام بالتصرفات القانونية لحساب نفسه^(٣٨٤)، وأهلية التصرف هي أهلية الأداء وهي لا تثبت إلا ببلوغ الشخص إحدى وعشرون عامًا ميلادياً، وقد نصت على هذا المادة ٤٤ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أن " (١) كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، (٢) وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة"، وقد نص على نفس الحكم بالنسبة للأهلية التجارية، حيث نصت المادة ٢/١٠ - أ من قانون التجاري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن "يعتبر تاجرًا: من بلغت سنه إحدى وعشرين سنة كاملة..."، وقد نصت المادة ٨٥ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ على أن "١- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين المتفرعة عنه، ٢ - ويبلغ الشخص سن الرشد إذا أتم إحدى وعشرون سنة قمرية"، وقد اشترط قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم

(٣٨٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٠، ص ١٠٩ وما بعدها،

(٣٨٣) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٣، ص ٣٧.

(٣٨٤) د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١، ص ٢٣٧ وما بعدها.

١٨ لسنة ١٩٩٣ لتبوت الأهلية التجارية والتي يترتب عليها اكتساب الشخص لصفة التاجر بلوغه إحدى وعشرون سنة ميلادية^(٣٨٥).

ولا تقتصر الأهلية على الشخص الطبيعي إنما تكون أيضًا للشخص الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، والشخص الاعتباري العام أو الخاص لا يكون له إلا أهلية أداء، فيكون للشخص الاعتباري أو من يمثله إبرام اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على أن "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه" بينما لا يفرق المشرع الإماراتي بين الشخص الطبيعي والاعتباري، حيث استعمل المشرع في قانون الإجراءات المدنية تعبير ممن له

(٣٨٥) د. ناجي عبد المؤمن، الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٠٨ وما بعدها؛ د. مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٣٠ وما بعدها، يلاحظ هنا الاختلاف في أهلية التصرف في المعاملات المدنية عن الأهلية اللازمة لمباشرة الأعمال التجارية واكتساب الشخص صفة التاجر في قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات، الأمر الذي يعني أن يكون الشخص كامل الأهلية في المسائل التجارية وإبرام اتفاق التحكيم ولا يكون كذلك في المسائل المدنية، وهو ما يتعين معه ضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة ٨٥ من قانون المعاملات المدنية أو تعديل نص المادة ١/١٨ من قانون المعاملات التجارية، باعتماد أي التقويمين الميلادي أو الهجري في تحديد أهلية التصرف، الجدير بالذكر أن المشرع الإماراتي قد اعتمد على التقويم القمري في حساب المدد بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية، كحساب العدة وما في حكمها والأهلية ما لم ينص صراحة على اعتماده التقويم الشمسي (م ٣ من قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥)، وفي الإجراءات المدنية قد اعتمد المشرع التقويم الميلادي في حساب المواعيد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (م ٦/١١ من قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة ١٩٩٢)، والأجدر في رأينا اعتماد التقويم الهجري أو القمري في احتساب سن الرشد والأهلية.

أهلية التصرف، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وهو ما نصت عليه المادة ٢٠٣/٤ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، بقولها "... ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع"^(٣٨٦).

والشخص الاعتباري قد يكون شخص اعتباري عام أو خاص، والأشخاص الاعتبارية العامة هي الدولة والمحافظات والوزارات والهيئات والمؤسسات العامة، وهذه تكتسب أهلية التصرف بمجرد وجودها على مسرح الحياة القانونية^(٣٨٧)؛ إذ القاعدة وفقاً لقاعدة تخصص الشخص المعنوي أن الشخص المعنوي ليس له من الحقوق إلا ما يتفق مع غرضه^(٣٨٨)، ويجوز للأشخاص المعنوية العامة بصريح نص المادة رقم (١) من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بعد تعديلها بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ أن تكون طرفاً في اتفاق التحكيم أيا كانت طبيعة العلاقة التي يدور حولها النزاع

(٣٨٦) نصت المادة ٥٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أن "لا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه..."، ونصت المادة ٦ من قانون التحكيم اليمني على أن "يشترط لصحة التحكيم أولاً: أن يكون المحتكم أهلاً للتصرف في الحق موضوع التحكيم على أن لا يقبل التحكيم من الولي أو الوصي إلا لمصلحة أو من المنسوب إلا بإذن المحكمة"، وقد نص الفصل ٨ من قانون التحكيم التونسي على أن "يجب أن تتوفر في أطراف اتفاقية التحكيم أهلية التصرف في حقوقهم"، ونصت المادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي على أن "لا يصح التحكيم ... إلا ممن له أهلية التصرف في حقوقه..."

(٣٨٧) د. مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٥١، والأصل أن الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قررها القانون (م ١/٩٣ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي).

(٣٨٨) د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، مرجع سابق، بند ٢٦٣، ص ٢٧٣.

إذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج، وفي المنازعات الإدارية يكون التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة دون تفويض في ذلك^(٣٨٩)، وفي القانون الإماراتي لا يجوز التحكيم في المنازعات الإدارية إلا بعد موافقة مجلس الوزراء^(٣٩٠)، ونفس الأمر في نظام التحكيم السعودي الذي ولا يجيز التحكيم للأشخاص الاعتبارية العامة إلا بموافقة مجلس الوزراء^(٣٩١).

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة مثال الشركات الخاصة فلا تكتسب الأهلية إلا بعد أن تكتسب الشخصية المعنوية، وهذه لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بالقيد في السجل التجاري^(٣٩٢)، حيث نصت المادة ١٢ من قانون

(٣٨٩) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٣٩.

(٣٩٠) قرار مجلس الوزراء رقم ٢/٤٠٦ لسنة ٢٠٠٣ الصادر بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٣ بالجلسة رقم ١٧، والذي نص صراحة على اشتراط الحصول على موافقة مجلس الوزراء مسبقًا على العقود الحكومية التي تبرمها الجهات الحكومية والمتضمنة لشرط التحكيم، على أن تكون متضمنة للمبادئ القانونية للعقود الإدارية، على أن يتم مراجعة هذه العقود في هذه الحالة من قبل وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف بالتنسيق مع وزارة المالية والصناعة.

(٣٩١) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، الكتاب الأول، ص ٩٨.

(٣٩٢) الجدير بالذكر أن القانون الفرنسي الصادر في ٢٤ تموز ١٩٦٦ يجعل القيد في السجل التجاري شرطًا عامًا لاكتساب الشركات الشخصية المعنوية، وأن القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ يجعل القيد في السجل التجاري شرطًا لاكتساب شركة المساهمة والتوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية المحدودة للشخصية المعنوية، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الدار الجامعية، ١٩٨٦، بند ٢٥٣، ص ٢٦٧ وما بعدها، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي، ص ٢٩٩ وما بعدها؛ د. ناجي عبد المؤمن، (=)

الشركات التجارية الإماراتي رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ على ضرورة القيد في السجل التجاري لاكتساب الشركة للشخصية المعنوية؛ إذ القيد في السجل التجاري هو أهم مراحل وجود الشركة في الحياة القانونية بعد اتخاذ إجراءات التأسيس، وقد قضت محكمة تمييز دبي بأن المنشأة الفردية لها أهلية الاتفاق على التحكيم^(٣٩٣).

ثانياً: جواز امتداد اتفاق التحكيم للخلف العام أو الخاص:

١٠٦- اتفاق التحكيم لا ينقضي بانتهاء العقد الأصلي، ولا ينتهي بوفاء أحد أطرافه^(٣٩٤)، ولا ينتهي بتصرف أحد أطراف العقد الأصلي في الحقوق محل هذا العقد، فيمتد اتفاق التحكيم الى الخلف العام والخلف الخاص، ومن ثم ينصرف تعبير الطرف أو المتعاقد أيضاً للخلف العام والخلف الخاص^(٣٩٥)، أي

(=) الوجيه في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق، ص ٢٣٥، ٢٣٦؛ د. مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، مرجع سابق ص ٢٧١، ٢٨٩.

(٣٩٣) تمييز دبي، الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٢٠٠٣، ٤٣٥ لسنة ٢٠٠٣ الصادر بجلسة ١٣ مارس ٢٠٠٤، مجموعة الأحكام، ص ٤٢٣ وما بعدها، وقد جاء في هذا الحكم "... أياً كان وجه الرأي بشأن ما يدعيه الطاعن بأن المطعون ضدها ليست شركة ذات مسؤولية محدودة وأنها منشأة فردية مملوكة لغير مواطن، فإن ذلك لا يفقدها أهلية الاتفاق على التحكيم أو الصفة في الخصومة المقامة منها أو عليها في خصومة التحكيم؛ لأن حق التقاضي مكفول للكافة بصرف النظر عن كون المتقاضي مواطناً أو أجنبياً، سواء أكان فرداً أو منشأة فردية أو شركة محدودة المسؤولية".

(٣٩٤) د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ١٥٥ وما بعدها.

(٣٩٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١ بند ٣٤٤، ص ٥٤٠؛ د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، (=)

أن يعتبر الخلف العام *ayant cause à titre universel* والخلف الخاص *ayant cause à titre particulier* من أطراف الاتفاق على التحكيم.

ويقصد بالخلف العام كل من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصي له بجزء من التركة^(٣٩٦)، وقد نصت على ذلك المادة ٧٥٠ من قانون المرافعات الليبي بقولها "لا ينقضي التحكيم بموت أحد الخصوم إذا كان ورثته جميعاً راشدين وإنما يمد الميعاد المضروب لحكم المحكمين ثلاثين يوماً"، كما نصت المادة ١٢ من قانون التحكيم اليمني على أن "لا ينقضي التحكيم بوفاة أحد الخصوم وإذا كان في الورثة ناقص أهلية فإن التحكيم ينقضي إلا إذا استمر فيه وليه أو وصيه أو أذنت فيه المحكمة للمنصوب عنه بالاستمرار فيه ويتبع ما تقدم إذا فقد المحكم أهليته قبل صدور حكم التحكيم"، كما نص في عجز المادة ٤٧٧ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري على أن "وفاة أحد أطراف العقد لا ينهي التحكيم إذا كان ورثته راشدين وإنما يوقف ميعاد التحكيم والحكم فيه المدة اللازمة لجرد التركة واتخاذ قرار بشأنها عند الاقتضاء".

ويعتبر من الخلف العام في اتفاق التحكيم الشركة الدامجة للشركة المندمجة، فيمتد أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة للشركة

(=) مرجع سابق، بند ٤٦٢، ص ٩٤٥، ولنفس المؤلف، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٩، ص ١٦٤؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣١٩، ص ٤٦٦ وما بعدها؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٢٤.

(٣٩٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١ بند ٣٤٤، ص ٥٤١؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٩، ص ١٦٤؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ١٢، ص ١٧.

الجديدة بعد الاندماج^(٣٩٧).

تجدر الإشارة إلى أن امتداد العقد أو الاتفاق للخلف العام ليس مطلقاً، فيستثنى من ذلك حالات ثلاث نصت عليها المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري^(٣٩٨) والمادة ٢٥٠ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بقولها "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام"، وفي هذه الحالات لا ينصرف اتفاق التحكيم للخلف العام مع بقائه خلفاً؛ إذ يجوز للمتعاقدین الاتفاق على عدم امتداد أثر الاتفاق للخلف العام، أو أن طبيعة التعامل تفرض عدم امتداده أو نص القانون، في هذه الحالات الثلاث لا يمتد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام"^(٣٩٩).

١٠٧- أما الخلف الخاص *ayant cause à titre particulier* فهو كل من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها^(٤٠٠)،

(٣٩٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٩، ص ١٦٤؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١٢٣.

(٣٩٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٤٧، ص ٥٤٣.

(٣٩٩) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٢١، ص ٤٦٩.

(٤٠٠) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٤٤، ص ٥٤١؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٢٢، ص ٤٧١ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ١٤، ص ١٩.

وهؤلاء الخلف يلتزموا باتفاق التحكيم وينصرف إليهم الاتفاق على التحكيم انصراف عقديته^(٤٠١)، وينظم امتداد اتفاق التحكيم للخلف الخاص القواعد العامة في القانون المدني، حيث نصت المادة ١٤٦ من القانون المدني على أن "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

ويشترط لانصراف أثر اتفاق التحكيم للخلف الخاص أن يكون الاتفاق سابق على انتقال الشيء المستخلف فيه، وكانت الحقوق من مستلزمات الشيء المستخلف فيه، وأن يكون الخلف عالماً بها وقت انتقال الشيء المستخلف فيه إليه^(٤٠٢)، وامتداد شرط التحكيم للخلف الخاص أساسه تعلقها بالشيء المنتقل للخلف الخاص باعتباره من مستلزمات هذا الشيء، وهو ما نصت عليه المادة ١٤٦ من القانون المدني المصري والمادة ٢٥١ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، من أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

(٤٠١) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٢٢، ص ٤٧٢؛ حيث اعتبر الخلف الخاص من حيث الأصل من الغير، غير أنهم يعتبرون استثناء بقوة القانون من أطراف العقد إذا توافرت شروط معينة.

(٤٠٢) للمزيد: د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ١٤، ص ١٩، ٢٠.

ويعتبر من الخلف الخاص المتصرف إليه بجزء من الحق محل اتفاق التحكيم والمحال إليه الحق^(٤٠٣)، سواء أكانت حوالة دين أو حوالة عقد أو كان الأمر يتعلق بحلول شخصي محل الدائن^(٤٠٤)، ويشترط لامتداد أثر اتفاق التحكيم للخلف الخاص علمه باتفاق التحكيم، وقبول المحال إليه للحق المحال إليه متضمناً اتفاق التحكيم^(٤٠٥).

١٠٨ - ويعتبر من الخلف الخاص المتنازل إليه عن تنفيذ الالتزام محل

(٤٠٣) راجع: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٢٢، ص ٤٧١ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ١٤، ص ١٩.

(٤٠٤) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨١، ص ١٧٧، وفي هذا الصدد يتعين التمييز بين حوالة الدين وحوالة العقد والحلول الشخصي، وفي حوالة الدين إذا تمت الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه، وفي هذه الحالة ينتقل شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي للمحال عليه، ما لم يتضمن الاتفاق على الحوالة ما ينص على خلاف ذلك، فإذا لم يكن شرط التحكيم وارد في العقد الأصلي أو مشار إليه فيه فلا يلزم المحال عليه إلا إذا وافق عليه، أما إذا تمت الحوالة بين المدين والمحال عليه فلا يلتزم الدائن بشرط التحكيم إلا إذا وافق عليه، سواء ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي أو كان مشار إليه فيه، وفي حوالة العقد وكان يتضمن شرط تحكيم أو في اتفاق مستقل، فإن المحال عليه العقد يلتزم بشرط التحكيم الوارد في العقد أو في اتفاق مستقل بشرط نفاذ الحوالة في حقه، وفي الحلول الشخصي محل الدائن يتقيد الشخص الذي حل محل الدائن بشرط التحكيم الذي يتضمنه العقد الأصلي، للمزيد: د. فتحي إسماعيل والي "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" مرجع سابق بند ٨١، ٨٢، ص ١٦٧، ١٦٨.

Pascal ANCEL «ARBITRAGE et NOVATION» Rev. Arbitrage 2002, n°1, p. 3 et s.

(٤٠٥) للمزيد: د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٢٥، وفي الفقه الفرنسي، راجع تفصيلاً:

Pascal ANCEL «ARBITRAGE ET NOVATION» Rev. Arbitrage 2002, n°1, p. 3 et s

العقد، كما هو الحال في العقود المتتابعة التي ترد على محل واحد^(٤٠٦)، مثال قيام المشتري ببيع المال لمشتري ثان، وقيام المورد والمستأجر والمقاول في عقود التوريد أو الإيجار أو التشييد بالتنازل عن التوريد أو الإيجار أو المقاول من الباطن.

وقد ذهب الفقه والقضاء لفروض بعيدة في هذه المسألة^(٤٠٧)، وفي تقديري فإن الأمر لا يخرج عن كونهم خلفاء للأطراف الأصليين في تلك العقود، وأن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي في تلك العقود يمتد للخلف الخاص، طالما قبلوا التزامهم الوارد بها، وفي جميع الحالات لا يسرى شرط التحكيم إلا بعلم الخلف الخاص ما لم يتفق على خلاف ذلك.

ولا يجوز في هذه الحالة التذرع بعدم امتداد شرط التحكيم للخلف الخاص استناداً على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي^(٤٠٨)؛ إذ مقصود استقلال

(٤٠٦) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٤٠، ص ٤٩٧، الجدير بالذكر أن العقود المتتابعة التي ترد على محل واحد تختلف عن مجموع الشركات التي ترتبط فيما بينها بروابط اقتصادية وقانونية، وقد أطلق عليها بعض الفقه بمجموعة العقود مقررًا تمييزها عن مجموعة الشركات في أنه في مجموعة الشركات تتعدد الأطراف في عقد واحد أما مجموعة العقود فتتعدد العقود بين نفس الأشخاص، وأن مجموعة العقود تنهض على وحدة المحل أو السبب، وأن وحدة المحل أو السبب هي التي تربط بين العقود المتعددة لتشكل منها - على حد قوله - وحدة اقتصادية واحدة، د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ٣١، ص ٥٣.

(٤٠٧) راجع: د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٣٩ وما بعدها،

(٤٠٨) عكس ذلك، د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩١، ص ١٧٦.

شرط التحكيم عن العقد الأصلي، هو الاستقلال من حيث كينونته، بحيث لا يتوقف وجود أو صحة شرط التحكيم على وجود أو صحة العقد الأصلي أو استمراره، وهذا الاستقلال لا ينفي الارتباط بينهما ارتباط مصدره محل شرط التحكيم هو المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي^(٤٠٩)، وهو ما يكفي لامتناد شرط التحكيم للخلف الخاص.

غير أن المسألة تدق في حالة العقود المشتركة التي تستهدف غرض ومحل واحد^(٤١٠)، ففي هذه العقود لا تصلح نظرية الخلافة بين أشخاص هذه العقود في القول بامتداد شرط التحكيم للمتصرف إليه أو الخلف الخاص؛ إذ قد يكون الشخص غير متصرف إليه، كما هو الحال في البنك الممول وشركة التأمين والمقاولون من الباطن بعقود مختلفة، وبالتالي يستقل كل عقد بنظامه القانوني ولا يمتد اتفاق التحكيم لغير من وقع على هذا الاتفاق إلا بموافقتهم على هذا الاتفاق.

ثالثاً: مدى جواز امتداد شرط التحكيم للمرسل في سند الشحن البحري:

١٠٩- وقد ثار الخلاف حول امتداد شرط التحكيم الوارد في سند الشحن البحري للمرسل إليه^(٤١١)، فذهب رأي لاعتبار المرسل إليه من الغير في عقد النقل ولا يمتد شرط التحكيم الوارد فيه إليه، لأنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة

(٤٠٩) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٤٤، ص ٥٠٦.

(٤١٠) يقصد بالعقود المشتركة العقود التي تستهدف غرض واحد أو تنفيذ عملية اقتصادية معينة، د. على سيد قاسم، نسبة اتفاق التحكيم، مرجع سابق، بند ٣٤، ص ٥٥ وما بعدها.

(٤١١) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٤٤، ص ٥٠٥؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٤.

بالنقل وتلك الناشئة عنه ولا يعتبر شرط التحكيم من بينها^(٤١٢)، بينما ذهب رأي ثان باعتبار المرسل إليه من أطراف العقد باعتباره طرف منضم لسند الشحن اعتماداً على فكرة الإرادة الضمنية للأطراف الأصليين^(٤١٣)، وقد رجح أستاذنا الدكتور محمود مصطفى ما ذهب إليه الرأي الثاني بامتداد شرط التحكيم في سند الشحن إلى المرسل إليه بصفته طرفاً وليس بصفته موكلاً قام الشاحن بوضع الشرط نيابة عنه، أما إذا خلا سند الشحن من شرط التحكيم فلا يحتج به قبل المرسل إليه، وأن الإحالة المجهلة في مشاركة الإيجار لا تكفي لاعتداد بشرط التحكيم^(٤١٤).

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٦ مايو ١٩٩٢، إلى عدم اعتبار المرسل إليه طرفاً في سند الشحن، وعدم امتداد شرط التحكيم الوارد في سند الشحن إليه، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية القضاء السابق في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو ١٩٩٥^(٤١٥)، وقد لاقى هذا القضاء معارضة بعض الفقه الذي ينظر لسند الشحن على أنه عقد ثلاثي الأطراف،

(٤١٢) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، بند ١٦٢، ص ١٧٧ وما بعدها؛ د. رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، العدد ٦، ص ١٩٥، مشار إليه في د. محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ٦٠ وما بعدها؛ د. عباس المصري، المركز القانوني للمرسل إليه ١٩٩٨، ص ١١٣ وما بعدها.

(٤١٣) د. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص ٥٧٧ وما بعدها؛ د. محمد كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، ص ٣٤٨؛ مشار إليه في، د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٤.

(٤١٤) د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٥.

(٤١٥) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال"التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية" مرجع سابق بند ٣٤٤ ص ٥٠٧.

يعتبر المرسل إليه من أطرافه^(٤١٦)، وعلى عكس قضاء محكمة النقض الفرنسية السابق فقد اتجه قضاء محكمة النقض المصرية في أكثر من حكم إلى اعتبار المرسل إليه طرفاً في سند الشحن وامتداد شرط التحكيم الوارد في سند الشحن للمرسل إليه^(٤١٧)، كما تلتزم بشرط التحكيم شركة التأمين التي يحيل إليها المرسل إليه حقوقه ودعواه قبل الناقل، تأسيساً على أن شركة التأمين ترجع على الناقل بناء على حوالة حق، ومن المقرر أن الحق ينتقل إلى المحال إليه بما له من ضمانات ومثقالاً بدفوعه طبقاً لما نصت عليه المادة ١٣٢ من القانون المدني المصري^(٤١٨).

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي أنه متى كان شرط التحكيم الوارد في سند الشحن غير مقروء ومطبوع بخط دقيق بطريقة تعجز الشخص العادي عن قراءته، فإنه يتعين إبطاله وعدم الالتزام به، ولا يغير من ذلك كون المتعاقدتان شركتين تعملان في مجال النقل البحري، وأنه يفترض علمهما بوجود بشرط التحكيم بحكم تعاملهما في سندات الشحن^(٤١٩).

الواقع - بحق - أن تحديد امتداد شرط التحكيم في سند الشحن للمرسل

(416) Jean Louis GOUTAL, note, sur Cass. Com., 20 Juin 1995, Revue d'arbitrage, 1995, n° 4, p. 624 et s.

(٤١٧) نقض مدني مصر بتاريخ ١٩٧٣/٤/٣ س ٢٤ ص ٥٥٩، نقض مدني بتاريخ ١٩٧٠/٤/١٤ س ٢١ ص ٥٩٨، جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ س ١٦ ص ٧٧٨، ٧٨٧، جلسة ١٩٦٥/٢/٢٥ س ١٦ ص ٢٢، استئناف إسكندرية الدائرة ٦ تجاري الاستئناف رقم ١٠٢٠ س ٣٥ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٥، نقض مدني الطعن رقم ٤٥٠ جلسة ١٩٧٥/٣/٥ س ٢٦ ج ١ ص ٥٣٥، الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ ق س ٣٢ ص ٤٤٥.
(٤١٨) استئناف إسكندرية الدائرة ٦ تجاري الاستئناف رقم ١٠٢٠ س ٣٥ ق جلسة ١٩٨١/١/٢٥، حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية القضية رقم ٣٧٤٧ سنة ١٩٧٩ تجاري كلي بتاريخ ١٩٨٠/١٢/٢٤.
(٤١٩) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٣، جلسة ١٠ مايو ٢٠٠٣، العدد الرابع عشر، ج ١، ص ٥٦٧.

إليه يعتمد على تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في سند الشحن، وهل هو من أطرافه أم لا، وقد عرفت المادة ٢٠٨ من القانون التجاري المصري عقد النقل بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه الناقل بأن يقوم بوسائله الخاصة بنقل شخص أو شيء إلى مكان معين مقابل أجره، وأن أطراف هذا العقد تتمثل في شخصين هما المرسل والناقل فقط^(٤٢٠)، وعقد النقل البحري أو ما يعرف بسند الشحن بالنسبة للبضائع هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه مجهز السفينة بنقل البضاعة عن طريق البحر لحساب شخص آخر يسمى الشاحن أو بنقل الشخص نفسه بالنسبة لنقل الأشخاص لقاء أجر معين، وهو من العقود الرضائية التي استلزم المشرع إثباتها كتابة^(٤٢١)، وقد حددت المادة ٢٥٦ من القانون التجاري البحري لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٢٦ لسنة ١٩٨١ أطراف سند الشحن البحري في الناقل والشاحن فقط.

ومن ثم نرى عدم اعتبار المرسل إليه في سند الشحن البحري طرفاً في هذا السند، وعدم امتداد شرط التحكيم الوارد في سند الشحن إليه إلا بموافقتة على الانضمام، وعدم جواز اعتباره طرفاً منضماً للأطراف الأصليين، كما لا يجوز اعتباره طرفاً وكّل الأطراف في إبرام سند الشحن؛ إذ أطراف سند الشحن يوقعونه باعتبارهم الأطراف الأصليين وليسوا باعتبارهم وكلاء عن المرسل إليه، والأجدر في رأينا عدم اعتبار المرسل إليه طرفاً في عقد النقل الجوي للبضائع^(٤٢٢)، وعدم امتداد شرط التحكيم الوارد بسند الشحن الجوي إلى

(٤٢٠) د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، بند ١٤٠، ص ١٠٧ وما بعدها.

(٤٢١) د. فايز رضوان، القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥، بند ٢٣١، ٢٣٢، ص ٢٥٦.

(٤٢٢) د. فايز رضوان، قانون الطيران المدني طبقاً للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٠، (=)

المرسل إليه.

رابعاً: اتفاق التحكيم في حالتي الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير:

١١٠- واستثناء من قاعدة نسبية أثر اتفاق التحكيم وعدم لزوم اتفاق التحكيم سوى أطرافه أو خلفهم العام أو الخاص، وعدم امتداد أثر اتفاق التحكيم للغير، يمتد أثر اتفاق التحكيم للغير في حالتين، الأولى: حالة الاشتراط لمصلحة الغير، والثانية: حالة التعهد عن الغير:

من ناحية أولى يمتد أثر اتفاق التحكيم للغير في حالة الاشتراط لمصلحة الغير إذا ما قبل الغير الشرط أو انضم للعقد الذي يتضمنه؛ إذ يعتبر بذلك طرفاً في العقد^(٤٢٣)، مع ضرورة التمييز بين اتفاق التحكيم السابق على القبول واللاحق عليه، فلا يلزم اتفاق التحكيم اللاحق على القبول الغير إلا إذا وافق وأعلن قبوله له^(٤٢٤).

وتحديد المقصود بالاشتراط لمصلحة الغير يستلزم الرجوع للقانون المدني، وقد نصت المادة ١٥٤ من القانون المدني المصري على الاشتراط لمصلحة الغير *stipulation pour autrui* بقولها "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو معنوية، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم

(=) أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦، بند ١٦١، ص ١٨٥، وبند ١٧٨، ص ٢٠٩. (٤٢٣) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٣٣، ص ٤٨٦، ٤٨٧؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٢٤، ٢٥. (٤٢٤) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٣٣، ص ٤٨٧.

يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد، ٣ - ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك، ونصت المادة ١٥٥ على أن "١ - يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد، ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة" (٢٥).

وفي ضوء ذلك، فإن الاشتراط لمصلحة الغير عقد يرتب حقوقاً لمصلحة شخص من الغير، وأن الاشتراط لمصلحة الغير يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، ويستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد، ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك، ويجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد، ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك (٢٦)، وللمشتري إحلال منتفع آخر محل

(٢٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٦٥، ص ٥٦٢ وما بعدها، وقد نصت على نفس أحكام الاشتراط لمصلحة الغير المواد أرقام ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
(٢٦) د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٣٣، ص ٤٨٧.

المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة، وفي جميع الحالات لا يفرض الاشتراط على الغير أي التزامات^(٤٢٧)، وأن شرط التحكيم لا ينشئ التزامات على عاتق المشتري لصالحه وإنما يقتصر على تقرير حقوق لصالحه^(٤٢٨)، وللمستفيد من الاشتراط أن يعلن قبوله لاتفاق التحكيم أو الانضمام للعقد الذي يتضمن شرط التحكيم حتى يعتبر طرفاً فيه^(٤٢٩).

ومن ثم، فإن أثر اتفاق التحكيم في الاشتراط لمصلحة الغير يتوقف على قبول الغير للشرط أو الانضمام للعقد الذي يتضمن الاتفاق على التحكيم وقبوله الشرط صراحة.

من ناحية ثانية، ينصرف أثر اتفاق التحكيم للغير في حالة التعهد عن الغير *Promesse de porte-fort*، إذا ما قبل الغير لهذا التعاقد^(٤٣٠)، وتحديد المقصود بالتعهد عن الغير يستلزم الرجوع لأحكام لقانون المدني^(٤٣١)، وقد نصت ١٥٣ من القانون المدني المصري والمادة ٢٥٣ من قانون

(٤٢٧) د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٢٥، وقد نصت المادة ٢٥٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن "لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

(428) Cass. Civ. 20 Octobre 1987, Revue d'arbitrage 1988, n° 3, p. 359.

(٤٢٩) للمزيد: د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٢٤، ٢٥.

(٤٣٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٧، ص ١٧١ وما بعدها؛ د. أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢٢، ص ٢٥.

(٤٣١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٥٧، ص ٥٥٦.

المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على أن" ١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، ٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد".

وفي ضوء ذلك، فإن التعهد عن الغير عبارة عن عقد يجريه المتعهد باسمه مع من تعاقد معه بهدف حمل الغير على قبول التعهد، والغير يكون له رفض أو قبول التعهد، وقبول التعهد عن الغير قد يكون صراحة أو ضمناً، أما في حالة قبوله فإن أثر العقد يمتد إليه من وقت القبول، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً خلاف ذلك^(٤٣٢)، وفي هذه الحالة لا يمتد أثر اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلا بعلم المستفيد وموافقة صراحة أو ضمناً على ذلك.

الفرع الثاني

امتداد اتفاق التحكيم لغير عاقديه

أولاً: امتداد شرط التحكيم لفروع الشركة لإمر:

١١١- القاعدة أن شرط التحكيم وفقاً لمبدأ نسبية أثر العقد لا يلزم إلا عاقديه، ويعتبر فروع الشركة إدارات تابعة الشركة ولا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة ومن ثم يمتد اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الأم لفروع

(٤٣٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ج ١، بند ٣٦٠، ص ٥٥٩.

هذه الشركة، فيعتبر الفرع طرفاً في اتفاق التحكيم الذي على أساسه يمكنه الالتجاء للتحكيم أو الالتزام به.^(٤٣٣)

ويمتد شرط التحكيم في العقود التي يبرمها الفرع في مواجهة الشركة الأم، طالما أن الشركة الأم قد أسهمت في إبرام العقد أو تنفيذه، ولأن الفرع لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة الأم^(٤٣٤).

وقد قضت محكمة استئناف باريس في ٢١ أكتوبر ١٩٨٣ بلزوم شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض شركات المجموعة الشركات الأخرى التي لعبت دوراً في إبرام وتنفيذ وفسخ العقود التي تتضمن هذا الشرط، وذلك لتوافر الإرادة المشتركة لجميع الخصوم كما لو كانت أطرافاً حقيقية في هذه العقود باعتبارها العقل المفكر فيها^(٤٣٥).

وقد أكدت محكمة استئناف Pau في ٢١ نوفمبر ١٩٨٦ القضاء السابق بانصراف شرط التحكيم التي ارتضته صراحة الشركة الوليدة إلى الشركة الأم التي لعبت دوراً مهماً في إبرام العقد وتنفيذه^(٤٣٦)، وقد استلزمت

(٤٣٣) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، بند ١٨٦، ص ٤٣٢؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ١٧٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٩، ص ٥٨، ٥٩.

(٤٣٤) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ١٧٥؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق بند .

(435) Cour d'appel de Paris, 21 Octobre 1983, Revue d'arbitrage 1984, p. 98.

(436) Cour d'appel Pau, 20 nov. 1986; Rev. 1988; p.153; note Chapelle.

محكمة النقض المصرية لامتداد شرط التحكيم الذي يبرمه فرع الشركة للشركة الأم أن تكون الشركة الأم قد لعبت دورا في إبرام العقد أو تنفيذه^(٤٣٧)، كذلك الحال في الشركات القابضة والشركات التابعة لها، فلا يمتد اتفاق التحكيم الذي تجريه كل منهما في مواجهة الأخرى بسبب الاستقلال القانوني والمالي لكل منهما.^(٤٣٨)

ثانياً: مدى جواز امتداد شرط التحكيم للكفلاء:

١١٢- وفي امتداد شرط التحكيم الوارد في العقد للكفلاء، يذهب أستاذنا الدكتور فتحي والى إلى أنه يعتبر من الغير في اتفاق التحكيم الكفيل للالتزام بين الدائن والمدين، طالما أن الكفالة غير واردة في عقد المديونية المتضمن شرط التحكيم^(٤٣٩)، فإذا كانت الكفالة واردة في العقد بين الدائن والمدين، فإن الكفيل لا يعتبر في هذه الحالة من الغير في اتفاق التحكيم ويمتد اتفاق التحكيم للكفيل تطبيقاً لفكرة، ولا يغير من ذلك جواز الاحتجاج بالحكم الصادر في

(٤٣٧) حكم محكمة النقض في الطعين رقم ٤٧٢٩، ٤٧٣٠، لسنة ٧٢ ق جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤، مشار إليه لدى أستاذنا الدكتور/ أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم في ضوء أحكام محكمة النقض، ٢٠٠٧، ص ٢٩ وما بعدها، وقد أكد سيادته على ضرورة موافقة المدين المتضامن على شرط التحكيم الذي يبرمه المدين الآخر لامتداد شرط التحكيم إليه على أساس أن التضامن يكون فيما ينفع لا فيما يضر وفقاً لنص المادة ٢٩٦ من القانون المدني.

(٤٣٨) د. فتحي إسماعيل والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٩٠، ص ١٧٥.

(٤٣٩) د. فتحي إسماعيل والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٨، ص ١٧٢؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند ٣١٥، ص ٤٦٢، ٤٦٣؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١٢١.

النزاع بين الدائن والمدين في مواجهة الكفيل، على أنه يلاحظ أن قيام الكفيل بسداد الدين للدائن يجعله يحل حلولاً شخصياً محل الدائن في العقد بين الدائن والمدين، فإذا كان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم فإنه يحل محل الدائن في اتفاق التحكيم ويكون له التمسك به في مواجهة المدين^(٤٤٠)، ويسري نفس الحكم بالنسبة للبنك في خطاب الضمان الذي يقدمه البنك للعميل، فلا يسري شرط التحكيم الوارد في العقد بين العميل والجهة المستفيدة من خطاب الضمان بالنسبة للعلاقة بين البنك والعميل باعتباره مجرد ضامن للعملية ولا يعتبر طرفاً فيها^(٤٤١).

والواقع - بحق - أنه مع رجحان الرأي السابق إلا أنه في وجهة نظري محل نظر من ناحية الكفالات اللاحقة للعقود، فيمتد اتفاق أو شرط التحكيم للكفيل في غير حالة وروده في نفس العقد المتضمن لشرط التحكيم، على أساس أن الكفيل لالتزام بين الدائن والمدين يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، سواء كانت الكفالة واردة في نفس العقد بين الدائن والمدين والمتضمن شرط تحكيم أو كانت الكفالة خارج هذا العقد في اتفاق مستقل لاحق عليه، لأن الكفيل في الحالة الأولى موافق فعلياً على شرط التحكيم، وهو ما يعتبر على حد تعبير البعض إجازة لشرط التحكيم الوارد في العقد^(٤٤٢)، وفي الحالة الثانية يكون

(٤٤٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٨، ص ١٧٢.

(٤٤١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٨، ص ١٧٢؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند ٣١٨، ص ٤٦٥ وما بعدها؛ د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٢ وما بعدها.

(٤٤٢) د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥١ وما بعدها.

مرتضيًا للاتفاق بين الدائن والمدين وقابلًا لشرط التحكيم الوارد به، وإلا كان له إجراء الكفالة متحفظًا على شرط التحكيم، دون أي إجبار على قبوله، وفي الحالة الأخيرة لا يمتد اتفاق أو شرط التحكيم الوارد في العقد إليه، طالما أنه تحفظ على سريان شرط التحكيم عليه، علاوة على أن الكفالة قد تشير صراحة للعقد بين الدائن والمدين المتضمن لشرط التحكيم، فيعتبر اتفاق التحكيم في هذه الحالة بالإحالة أو الإشارة ويمتد شرط التحكيم للكفيل.

ونفس التصور بالنسبة للبنك في خطاب الضمان، حيث أن البنك لا يوافق على بياض على منح المستفيد خطاب الضمان، وإنما يوافق على عقد به شرط تحكيم، وأنه في إمكان البنك التحفظ على شرط التحكيم.^(٤٤٣)

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا حالة كون الكفالة سابقة على العقود فهل من الممكن امتداد شرط التحكيم الوارد في تلك العقود اللاحقة لعقد الكفالة، وهل الإشارة السابقة لعقد لاحق تصلح لامتناد شرط التحكيم الوارد في تلك العقود لتلك الكفالات؟.

والإجابة على هذا السؤال تتوقف على صياغة عقد الكفالة والعقود معًا، فقد تتضمن صياغة عقد الكفالة نفسها النص على التحكيم أو الموافقة على كافة ما يرد في العقود اللاحقة بما فيها شروط التحكيم، فهل يسري عقد التحكيم الوارد في العقود اللاحقة على عقد الكفالة، وفي هذه الحالة ترى امتداد شرط التحكيم الوارد في العقود اللاحقة على عقد الكفالة، بل أنه لو ولم

(٤٤٣) عكس هذا: انظر تفصيلًا د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٨، ص ١٧٢؛ د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بند ٣١٨، ص ٤٦٥ وما بعدها؛ د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٥٢ وما بعدها.

تنص العقود اللاحقة على شرط التحكيم فإن عقد الكفالة في حد ذاته يخضع لشرط التحكيم الوارد به، وفي هذه الحالة لا يجوز القول بسريان شرط التحكيم الوارد في عقد الكفالة على العقود اللاحقة لأنه شيء مستقبلي، ولا يصح التعاقد على العدم، وهو اتفاق باطل لأنه لا يرد على محل محدد وقت العقد، وبالتالي لا يصح القول بامتداد شرط التحكيم الوارد في عقد الكفالة على العقود اللاحقة عليها.

أما في حالة عدم النص على الموافقة على التحكيم في عقد الكفالة المشار إليه في الحالة الأولى فلا يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد بين الدائن والمدين للكفيل في هذه الحالة، ويتوقف الأمر على صياغة العقود اللاحقة، وأنه في جميع الأحوال يجوز للكفلاء الاستفادة من شرط التحكيم الوارد في هذه العقود إذا ارتضوا ذلك وأثبتوا وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين موضوع العقود محل شرط التحكيم وموضوع الكفالات.

أما من ناحية صياغة العقود اللاحقة على الكفالة، فإذا تضمنت هذه العقود الإبراء من تلك الكفالة، فإن الكفلاء يستفيدون من شرط التحكيم الوارد في العقد لارتباط الكفالة بموضوع العقد، فيكون لهم الدخول في التحكيم، وتبرير ذلك أن العقود بين الدائن والمدين قد ترتبط في تنفيذها في هذه الحالة بالكفالات، فإذا ما رفعت دعوى على الكفلاء للمطالبة بقيمة الحق، وكانت العقود اللاحقة تتضمن الإبراء من هذا العقد، وكانت تتضمن شرطاً تحكيمياً، فإن الكفلاء لهم التمسك بشرط التحكيم في هذه الحالة، فإذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، فلا يكون أمام الكفلاء لإبراء ذمتهم في هذه الحالة سوى التدخل في التحكيم.

أما في حالة عدم تضمن العقود اللاحقة الإبراء من الكفالة، فلا يكون للكفلاء الاستفادة من شرط التحكيم الوارد في تلك العقود، وعليهم في هذه

الحالة الالتجاء للقضاء بطلب براءة الذمة، إلا إذا اثبتوا ارتباط الكفالة بالعقود، يجوز للكفلاء الاستفادة من شرط التحكيم الوارد في هذه العقود إذا ما ارتضوا ذلك وأثبتوا وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين موضوع العقود اللاحقة المتضمنة شرط التحكيم وموضوع الكفالات.

ثالثاً: مدى جواز امتداد شرط أو اتفاق التحكيم في حالة التضامن بين المدينين والدائنين أو الدائنين أو الشركاء:

١١٣ - الواقع أن تحديد أثر اتفاق التحكيم في حالة تضامن المدينين والدائنين يستلزم الرجوع لقواعد التضامن في القانون المدني، والقاعدة العامة في القانون المدني أن التضامن بين الدائنين أو المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون (المادة ٢٧٩ مدني مصري)، علاوة على أن التضامن يكون فيما ينفع لا فيما يضر (م ٢٦٩)، وأن المقصود من تضامن الدائنين هو إمكانية الوفاء لأي منهم، وأن التضامن لا يحول دون انقسام الدين بين ورثة المدينين ما لم يكن الدين غير قابل للانقسام (المادة ٢/٢٨٠ مدني مصري)، وأن براءة ذمة أحد المدينين قبل أحد الدائنين بغير الوفاء لا يبرأ ذمته قبل الآخرين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة المدين قبله، وأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (المادة ٢/٢٨٢ مدني مصري)، ونصت المادة ٢/٢٨١ على أن "ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذه الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، لكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع بهذا الدائن وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً"، ونصت المادة ٢/٢٨٥ على أن "ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً".

وعلى عكس ذلك فإن التضامن مفترض في المسائل التجارية^(٤٤)، وقد نصت المادة ٧٢ من قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ على أنه "إذا التزم شخصان أو أكثر بدين تجاري فإنهم يكونون متضامنين في أداء هذا الدين ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك"، ونصت المادة ٢/٥٦٢ على مسؤولية الأشخاص الملتمزمون بالكفيل بالتضامن قبل حاملها.

ومن ثم لا تصلح الوكالة المفترضة أو الضمنية لامتداد أثر اتفاق التحكيم غير من وقع عليه^(٤٥)، إلا إذا تعلق الأمر بمسألة تجارية إذ التضامن مفترض في المسائل التجارية.

وعليه، فقد ذهب - بحق - أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي إلى أنه في حالة وجود تضامن بين المدنيين وأبرم أحدهم اتفاق التحكيم مع الدائن، أو كان هناك تضامن بين الدائنين وأبرم أحدهم اتفاق على التحكيم مع المدين، إلى أن التضامن بين الدائنين والمدنيين يحدث أثره فيما يفيد لا فيما يضر، فلا يلزم اتفاق التحكيم الذي أبرمه المدين المتضامن مع المدين المتضامن الآخر إلا إذا تمسك المدين الآخر باتفاق التحكيم وكان يمثل مصلحة له، ونفس

(٤٤) د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص ١١٢ وما بعدها؛ د. ناجي عبد المؤمن، الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٦٣ وما بعدها؛ د. مصطفى البنداري، مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥، ص ٥٠ وما بعدها؛ د. محمد السيد الفقي، القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ٤٩ وما بعدها.

(٤٥) عكس ذلك، د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٧، ص ٥٦؛ د. أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٢٤.

الوضع بالنسبة للدائنين المتضامنين فلا يلزم اتفاق أحدهم على التحكيم الدائن الآخر إلا برضاه وكان يمثل مصلحة له، أما في حالة الشركاء المتضامنين فإن اتفاق أحدهم يلزم بقية الشركاء المتضامنين، أما بالنسبة للشركاء الموصيين فإن اتفاق التحكيم الذي يبرمه الشريك الموصي في الشركة لا يلزم الشركة أو الشركاء المتضامنين.^(٤٤٦)

رابعاً: مدى جواز امتداد شرط التحكيم في مجموع الشركات (الكونسورتيوم)
Joint Venture أو Consortium.

١١٤- وفي مجموع الشركات **Groupe de Sociétés** التي تشترك في تنفيذ المشاريع الاقتصادية العملاقة في نشاط اقتصادي واحد أسفر عن وجود اتحاد فعلي لمباشرة هذا النشاط يطلق عليه كونسورتيوم **Joint Venture أو Consortium**، وتشترك هذه الشركات في التزام واحد هو تنفيذ عقد معين، والمقصود بذلك قيام كل منها بعمل يتعلق بتنفيذ العقد محل المشروع، كما لو قامت إحداها بعمل التجهيزات الكهربائية والأخرى لأعمال التشغيل والتجهيزات والأساسات والثالثة لأعمال الديكور والرابعة للنوافذ والأبواب، وهذه الشركات ترتبط مع الشركة صاحبة المناقصة باتفاق معين غير أنها تتواجد فيما بينها من الناحية الواقعية دون أي ارتباط قانوني يشكل اتحاد أو كونسورتيوم، وهي من الصور الحديثة للشركات التي تنتمي لجنسيات مختلفة ويجمعها غرض تجاري واحد، تشكل فيما بينها كيان اقتصادي لا قانوني يمثل مجموع الشركات، فهل يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة الشركات الأخرى^(٤٤٧)، وهذه

(٤٤٦) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٧، ص ١٦٢.

(٤٤٧) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، (=)

الشركات تتميز عن الشركات الوليدة وعلاقتها بالشركة الأم، أو ما يسمى عملاً
بشركات المجموعة الواحدة أو الشركات القابضة^(٤٤٨).

(=) بند ٨٩، ص ١٧٣؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤
وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٨ مكرر، ص ٥٨؛ د. مصطفى الجمال و د.
عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، بند ٣٣٩،
ص ٤٩٤ وما بعدها؛ د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي،
مرجع سابق، بند ١٣٢، ص ٤٥٩.

(٤٤٨) عكس هذا، د. على سيد قاسم، نسبة اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء
وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٣٨، ٣٩، "شرط التحكيم ومجموع
الشركات" بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الامارات في التحكيم التجاري الدولي الذي
عقد في أبوظبي مايو ٢٠٠٨، وقد ذهب للقول بوحدة المصلحة الاقتصادية التي تجمع
الشركة الأم بالشركات الوليدة، والخضوع لسلطة توجيه واحدة يجعلان من مجموع
الشركات على حد تعبيره كيان اقتصادي واحد، وأنه يتعين عند تحديد المقصود بمجموع
الشركات الأخذ في الاعتبار بخضوع شركات المجموعة لاستراتيجية اقتصادية واحدة تتبع
من سلطة مشتركة بصرف النظر عن الاستقلال الشكلي المرتبط بتعدد الأشخاص الاعتبارية
المميز لكل شركة، الواقع ومع جداره ما ذهب إليه الرأي السابق إلا أنه يتعين التوصل
لتحديد مفهوم المقصود بمجموع الشركات والتي تختلف تماما عن شركات المجموعة
الواحدة التي تخضع لنظام قانوني واحد لكنها تقوم بمشاريع وأنشطة مختلفة أو فروع
الشركات والتي تقوم بأنشطة متفرعة عن الشركة الأم، أما مجموع الشركات فهو اصطلاح
ينصرف لعدد من الشركات التي يقع التزام كل منها على محل واحد أو جزء من هذا المحل،
دون أن ترتبط فيما بينها بنشاط اقتصادي واحد أو علاقة قانونية تربط بينها وبين الشركة
الأم، الأمر الذي تنتفي معه وجود استراتيجية اقتصادية واحدة أو خضوعها لتوجيه إداري
أو سلطة مشتركة؛ إذ القول بوجود إستراتيجية اقتصادية يفترض وجود نظام قانوني يربط
بين هذه الشركات، كما أن القول بوجود سلطة مشتركة يفترض وجود تنظيم قانوني
ويجعلها بمثابة الفروع لشركة أم؛ إذ يلاحظ أن الحكم الصادر من غرفة التجارة الدولية
بياريس في القضية رقم ٤١٣١ لسنة ١٩٨٢ لا يتعلق بمجموع شركات إنما يتعلق (=)

١١٤/١ - أثارت هذه المسألة الخلاف في الفقه والقضاء على مستوى مراكز وهيئات التحكيم المختلفة^(٤٩)، وقد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢١ أكتوبر ١٩٨٣، إلى سريان الاتفاق في مواجهة الشركات الأخرى، استناداً للإرادة المشتركة لهذه الشركات في الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها إحدى هذه الشركات ولو لم توقعها الشركات الأخرى^(٥٠)، وقد قضت في حكمها في ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨، بأن شرط التحكيم

(=) بمدى إلزام اتفاق التحكيم الذي ارتضته صراحة شركتان وليدتان "داو كيميكال أوروبا" و"داو كيميكال سويسرا" الشركة الأم "داو كيميكال الدولية" وشركة أخرى وليده "او كيميكال فرنسا" اللتين لم توقعوا على الاتفاق؛ إذ يلاحظ أن الأمر يتعلق بعلاقة الشركة الأم بالشركات الوليدة التي ترتبط بكيان قانوني واحد وليس الأمر متعلق بمجموع شركات، أما مجموع الشركات فإن الأمر يتعلق في غايته باشتراك مجموعة من الشركات في محل واحد دون أن تخضع لنظام قانوني معروف أو سلطة مشتركة.

(٤٤٩) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٣.

(450) Cour d'appel de Paris, 21 Octobre 1983, Revue d'arbitrage 1984, p. 98.

الجدير بالذكر أن هذا الحكم قد استشهد به بعض الفقه للتدليل على انصراف اتفاق التحكيم في مجموع الشركات للشركات التي لم توقع على هذا الاتفاق استناداً للإرادة المشتركة لهذه الشركات في هذا المجموع، (د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٣؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢٨، ص ٤٣، ٤٤) الواقع بحق أن الحكم السابق لا يمكن الاحتجاج به في انصراف اتفاق التحكيم في مجموعات الشركات للشركات التي لم توقع عليه، وإنما يتعلق بامتداد اتفاق التحكيم بين الشركة الأم وفروعها وهو ما يفترض وجود قانوني واحد لهما وهو ما يمكن تسميته بشركات المجموعة الواحدة وليس بمجموعات الشركات.، وقد أكدت محكمة استئناف Pau في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٦ على انصراف أثر شرط التحكيم الذي ارتضته الشركة الوليدة للشركة الأم التي لعبت دوراً (=)

يمتد لبقية الشركات التي شاركت في تنفيذ العقد المحتوى على هذا الشرط وفي المنازعات المتعلقة بهذا العقد والتي تعبر عن قبول الشركة لشرط التحكيم^(٤٥١)، وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس في النزاع بين شركة فرنسية والحكومة اليمنية برفض الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة في حكمها الصادر بتاريخ ١٦ سبتمبر ١٩٨٣^(٤٥٢)، ويكاد تطرد أحكام القضاء الفرنسي للأخذ بالقضاء السابق^(٤٥٣)، وقد قضى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في ١١/٣/١٩٩٩ باعتبار اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك، إذا أبرم هذا الفرع عقداً تضمن شرط التحكيم، وأن شرط التحكيم الذي يرد في عقد من العقود يلزم الشركات الأخرى من أعضاء مجموعة واحدة^(٤٥٤).

(=) مهما في إبرام العقد وتنفيذه إذ هي الروح المحركة والعقل المفكر لأحد المتعاقدين، للمزيد: د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢٨، ص ٤٥.

(٤٥١) استئناف باريس ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨، مشار إليه لدى: د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٣.

(٤٥٢) مشار إليه في د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، الكتاب الأول، بند ١٨٥، ص ٣٣٨ وما بعدها.

(٤٥٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٢، ص ٤٦٠ وما بعدها؛ د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٣٨، ٣٩، "شرط التحكيم ومجموع الشركات"، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي، مايو ٢٠٠٨، ص ٧٢ وما بعدها.

(٤٥٤) التحكيم رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨، مركز القاهرة الإقليمي لجلسة ١١/٣/١٩٩٩ مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني ص ٢٢٤، مشار إليه في، د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٣، حكم محكمة استئناف (=)

٢/١١٤ - وقد استحسن بعض الفقه امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات لبقية الشركات غير الموقعة على اتفاق التحكيم^(٤٥٥)، غير أن الفقيه الفرنسي رويبر ذهب للقول أنه يتعين لامتداد شرط التحكيم لبقية الشركات المشتركة في مجموع اقتصادي واحد وجود وقائع تتعلق بمركزهم ونشاطهم المشترك مما يحتم علم الشركة بشرط التحكيم وقبولها له^(٤٥٦)، وقد عارض بعض الفقه المصري التوسع في امتداد اتفاق التحكيم لمجموع الشركات، خاصة في الحالات التي يظهر فيه أن الشركة تقصر الاتفاق عليها وحدها^(٤٥٧)، وقد قضت بعض مراكز التحكيم بعدم امتداد شرط التحكيم للشركات الأخرى، وأن حق الالتجاء للتحكيم يكون قاصر على كل شركة على حدة، بسبب عدم

(=) القاهرة في ٢٩/٤/٢٠٠٣ الصادر في الدعوى ١٢٠/١ ق الدائرة ٩١ تجاري؛ حيث سلمت محكمة استئناف القاهرة بامتداد شرط التحكيم لإحدى الشركات التي تشترك في مجموع الشركات مع صاحب العمل؛ حيث أقرت محكمة الاستئناف اختصاص هيئة التحكيم بالنزاع وتأييد حكمها برد المحكمين والقضاء بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل الأوان وباختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع.

(455) I. FADLALLAH « Clause de arbitrage et groupe de sociétés »
Trav. Com. Fr. Dr. Int. Privé 1 984, 1985, p. 105 et s.

مشار إليه في د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٢، ص ٤٦٢؛ ولدى: د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، بند ٢٥٦، ص ٢٣٤ وما بعدها.

(٤٥٦) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٤؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٨ مكرر، ص ٥٨؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١١٩.

(٤٥٧) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٣، ص ٤٦٢.

وجود كيان قانوني مستقل لمجموع هذه الشركات وعدم تمتعها بالشخصية المعنوية^(٤٥٨)، وقد قضت هيئة التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي إلى عدم امتداد شرط التحكيم الذي تجريه الشركة في مواجهة الشركات الأخرى، وهو ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في ٥ / ٨ / ٢٠٠٢^(٤٥٩).

٣ / ١١٤ - الواقع - بحق - أن اشتراك مجموع الشركات في تنفيذ محل واحد أو التزام واحد لا يجعل منها كياناً قانونياً يرقى لأن تمثل إحداها الشركات الأخرى، كما أنه من ناحية أخرى لا يتصور التضامن بين جميع الشركات إذ التضامن لا يفترض، علاوة على ضرورة التمييز بين علاقة الشركات الوليدة بالشركة الأم وما اصطلح على تسميته بمجموع الشركات التي تتمتع باستقلال قانوني ومالي وإداري عن الشركات الأخرى، وأن أحكام القضاء الفرنسي المستشهد بها على النحو السابق تتعلق بمجموع شركات الرابطة الواحدة وهو ما يعرف بالشركات الوليدة عن الشركة الأم وليس بمجموع الشركات أو ما يعرف Consortium أو Joint Venture، وقد أكد - بحق - بعض الفقه على خطورة القول بامتداد شرط التحكيم الذي توقعه إحدى الشركات في مجموع الشركات Consortium أو Joint Venture للشركات التي لم توقع على هذا الاتفاق، على أساس نهوض التحكيم التجاري على رضاء الأطراف، وأن إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق والإجراءات التي يتم تطبيقها

(٤٥٨) د. أحمد السيد صاوي، "التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٨ مكرر، ص ٥٨.

(٤٥٩) حكم محكمة استئناف القاهرة دائرة ٦٢ تجاري جلسة ٢٠٠٢/٨/٥، مشار إليه لدى، د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٨٩، ص ١٧٤.

في خصومة التحكيم، علاوة على تعارض القول بانصراف شرط التحكيم في مجموع الشركات للشركات التي لم توقع عليه مع الطبيعة التعاقدية للتحكيم؛ إذ القول بغير ذلك من شأنه إحداث رد فعل دفاعي رافض لنظام التحكيم في مجال التجارة الدولية، وأنه يتعين في هذه الحالة البحث عن الإرادة الحقيقية لأطراف التحكيم^(٤٦٠).

ومن ثم نرى عدم جواز امتداد شرط التحكيم الوارد في العقد الذي تبرمه إحدى الشركات في مواجهة الشركات الأخرى في مجموع الشركات إلا بموافقة الشركة الأخرى بهذا الاتفاق وإعلان رغبتها صراحة على قبول اتفاق التحكيم، وأنه في جميع الحالات يتعين النظر لكل حالة على حدة، لمعرفة ما إذا كانت الشركة الموقعة تمثل قانوناً مجموع الشركات من عدمه، فإذا انتفى تمثيلها للشركات الأخرى فلا يمتد شرط التحكيم في مواجهة الشركات الأخرى في هذه الحالة، أما إذا ثبت تمثيلها لمجموع الشركات أو قبلت الشركات الأخرى اعتبارها طرف في تلك العقود، فإنه يحتج بشرط التحكيم الذي تتضمنه تلك العقود في مواجهة بقية الشركات، وقد أكد بعض الفقه المصري على أن فكرة الحقيقة الاقتصادية الواحدة لمجموع الشركات لا تبرر امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة في مواجهة الشركات الأخرى، وأن يتعين توافر الإرادة الحقيقية والصريحة لأطراف مجموع الشركات للارتباط باتفاق التحكيم^(٤٦١).

ويراعى في جميع الأحوال أن أطراف اتفاق التحكيم ليسوا هم بضرورة أطراف خصومة التحكيم تحديداً؛ إذ قد تقتضي خصومة التحكيم إدخال بعض

(٤٦٠) د. على سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٧ وما بعدها.

(٤٦١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، مرجع سابق، بند ١٣٣، ص ٤٦٣.

الأشخاص الذين قد يرتبطون بطريق غير مباشر باتفاق التحكيم، وهؤلاء يعتبرون من أطراف اتفاق التحكيم إذا ما قبلوا التدخل في خصومة التحكيم، على أنه يتعين في كل الظروف عدم التوسع في خصومة التحكيم بالتدخل أو الإدخال إلا استثناء^(٤٦٢).

خامساً: مدى جواز امتداد شرط التحكيم في عقود المقاوله من الباطن:

١١٥- وهنا يثور السؤال عن حكم امتداد شرط التحكيم في الوارد في عقود المقاوله الأصلية لعقود المقاوله من الباطن، أو بمعنى آخر مدى جواز امتداد شرط التحكيم في عقود المقاوله الأصلية لعقود المقاوله من الباطن؟.

والإجابة على هذا السؤال تتوقف على صياغة عقود المقاوله من الباطن وما إذا كان تتضمن الإشارة للعقود الأصلية من عدمه أو كانت عقود المقاوله من الباطن لم تشر لعقود المقاوله من الباطن، وفي الحالة الأولى يمتد شرط التحكيم الوارد في عقود المقاوله الأصلية لعقود المقاوله من الباطن في حالة الإشارة فيها للعقود الأصلية^(٤٦٣).

ومن ثم يكون لمقاولي الباطن الاستفادة من شرط التحكيم الوارد في العقود الأصلية بالتدخل في الخصومة القائمة بين المقاول الأصلي والجهة المتعاقد معها، في حالة تعلق نزاعه بالنزاع بين المقاول الأصلي والجهة المتعاقد.

أما في حالة عدم الإشارة في عقد المقاوله من الباطن للعقد الأصلي

(٤٦٢) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٨، ص ٥٧.

(٤٦٣) للمزيد، انظر: د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٩٨ وما بعدها.

المتضمن شرط التحكيم فلا يمتد شرط التحكيم لعقد المقاولة من الباطن، مع الإشارة لإمكان امتداد شرط التحكيم في هذه الحالة على أساس الارتباط.

الفرع الثالث

مدى إمكان ضم التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي

١١٦- وهنا، يثور التساؤل حول إمكان ضم التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي؟

وصورة هذا الافتراض أن تتعدد العقود أو العلاقات التي تتضمن صراحة الاتفاق على التحكيم^(٤٦٤)، كما لو أبرم شخص واحد عقد بين مع المالكين لشركة مسؤولة محدودة، فوقع أولاً اتفاقية بيع مع من يملكون ٤٩ % من رأس مال الشركة، ووقع عقد آخر مع من يملك ٥١ % من رأس مال الشركة، وكان مقابل البيع الإغفاء عن التسهيلات البنكية التي كانت للمشتري في مواجهة الشركة المملوكة للآخرين، فهل من الممكن في حالة بدء التحكيم بين المشتري والبائع لنسبة ٥١ % التدخل في هذه الدعوى لمن كان يملك نسبة ٤٩ %؟، وهل يجوز للكفلاء في هذه الحالة التدخل لإبراء ذمتهم من الدين في حالة قضاء المحكمة في الدعوى المرفوعة من المشتري ضد الشركة والبائعين والكفلاء للمطالبة بقيمة التسهيلات البنكية؟.

بداية فإن الكفلاء يخضعون لما سبق ذكره بشأن امتداد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي للكفلاء^(٤٦٥)، في حالة الإشارة في الكفالة لعقد الأصلي

(٤٦٤) د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة

العربية ٢٠٠٦ ص ٥٩ وما بعدها.

(٤٦٥) راجع : ما سبق بند ١١٠

أو في حالة ارتباط موضوع الكفالة بالعقد الأصلي ارتباط لا يقبل التجزئة.

وفي كل الأحوال فإن الكفالة اللاحقة للعقد تفترض رضاء الكفيل بشرط التحكيم ما لم يتحفظ عليه عند الكفالة، ويعني عن كل ذلك رضاء الكفلاء لاحقاً بشرط التحكيم وطلبهم التدخل في النزاع المعروض على التحكيم.

أما بالنسبة لحالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي، وهي صورة حديثة أفرزها الواقع العملي نتيجة تشابك وتعدد العلاقات الاقتصادية، وصورتها أن تعدد العقود بين نفس الأشخاص المرتبطة فيما بينها من الناحية الموضوعية، كما لو كانت بين المشتري والبائعين لحصصهم في شركة المسؤولية المحدودة، كما يمكن تصور حالة التعدد بتعدد الأشخاص والموضوعات مع وجود شرط تحكيم في كل منها^(٤٦٦).

وقد نصت المادة ١٠٤٦ من قانون المرافعات الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١ على جواز ضم إجراءات التحكيم، على النحو الآتي "١- إذا رفع أمام محكمة تحكيمية منعقدة في هولندا نزاع موضوعه مرتبط بنزاع عالق أمام محكمة تحكيمية أخرى منعقدة في هولندا، يمكن للطرف الأكثر عجلة أن يطلب من رئيس محكمة الدرجة الأولى في أمستردام أن يأمر بضم هاتين القضيتين وذلك ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف. ٢- يمكن للرئيس أن يقبل أو أن يرفض هذا الطلب كلياً أو جزئياً بعد أن يعطي للأطراف وللمحكمن الفرصة في عرض آرائهم، ويبلغ قراره خطياً إلى كافة الأطراف وإلى كل من المحاكم التحكيمية المعنية. ٣- إذا قرار الرئيس الضم الكامل، يتفاوض الأطراف لتعيين محكم أو عدد وتري من المحكمن وتحديد قواعد الإجراءات التي ستطبق على التحكيم المشترك، وإذا لم يتمكن الأطراف، في

(٤٦٦) في هذا المعنى، راجع: د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٩٨ وما بعدها.

خلال المهلة المحددة من الرئيس، من التوصل الى اتفاق في هذا الصدد يعين الرئيس، بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة، المحكم أو المحكمين ويحدد قواعد الإجراءات التي ستطبق على التحكيم المشترك إذا كان ضرورياً، ويحدد الرئيس أتعاب المحكم أو المحكمين، نظراً للأعمال التي قاموا بها، والتي انتهت مهمتهم بسبب الضم الكامل. ٤- إذا قرر الرئيس الضم الجزئي، يحدد النزاعات المشمولة بالضم، وإذا لم يتوصل الأطراف إلى اتفاق في المهلة التي يحددها الرئيس، فيمكن للرئيس بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة أن يعين المحكم أو المحكمين، ويحدد قواعد الإجراءات المطبقة على التحكيم المشترك، في هذه الحالة تعلق المحاكم التحكيمية العالقة أمامها النزاعات المشمولة بالضم الجزئي الإجراءات التحكيمية، ويرسل الحكم الصادر في التحكيم المشترك إلى المحاكم التحكيمية المعنية، وبعد استلامه تستعيد هذه المحاكم التحكيمية الإجراءات العالقة أمامها وتبت بها وفقاً للحكم التحكيمي الصادر في التحكيم المشترك^(٤٦٧).

(467) Article 1046 - Consolidation of Arbitral Proceedings "1- If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral tribunal in the Netherlands concerning a subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral tribunal in the NAETHERLANDS, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the president of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings, 2- the President may wholly or partially grant or refuse the request, after he has given all parties and the arbitrators an opportunity to be heard. His decision shall be communicated in writing to all parties and the arbitral tribunals involved. 3- If the president order consolidation in full, the parties shall in consultation with each other appoint one arbitrators or an uneven number of arbitrators and determine the procedural rules which (=)

وقد خلت أنظمة التحكيم الدولية والقانون المصري وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي ومعظم التشريعات المقارنة من النص على ضم إجراءات التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم.

(=) shall apply to the consolidated proceedings. If, within the period of time prescribed by the president, the parties have not reached agreement on the above, the President shall, at the request of any of the parties, appoint the arbitrator or arbitrators and, if necessary, determine the procedural rules which shall apply to the consolidated proceedings. The President shall determine the remuneration for the work already carried out by the arbitrators whose mandate is terminated by reason of the full consolidation. 4- If the President orders partial consolidation, he shall decide which disputes shall be consolidated. The President shall, if the parties fail to agree within the period of time prescribed by him, at the request of any of the parties, appoint the arbitrator or arbitrators and determine which rules shall apply to the consolidated proceedings. In this event the arbitral tribunals before which arbitrations have already been commenced shall suspend those arbitrations. The award of the arbitral tribunal appointed for the consolidated arbitration shall be communicated in writing to the other arbitral tribunals involved. Upon receipt of this award, these arbitral tribunals shall continue the arbitrations commenced before them and decide in accordance with the award rendered in the consolidated proceedings. 5- The provisions of article 1027(4) shall apply accordingly in the cases mentioned in paragraphs (3) and (4) above. 6- An award rendered under paragraphs (3) and (4) above shall be subject to appeal to a second arbitral tribunal if and to the extent that all parties involved in the consolidated proceedings have agreed upon such an appeal.

تجدر الإشارة إلى أن أستاذنا الدكتور فتحي والي قد أجاز الإحالة من هيئة تحكيم لهيئة تحكيم أخرى في حالة وجود ارتباط لا يقبل التجزئة^(٤٦٨).

وقد ذهب البعض للقول بإمكان تطبيق مبدأ الإحالة بين هيئات التحكيم من الناحية النظرية، بمراعاة الهدف من الإجراءات، وهو تحقيق الفاعلية في حسم المنازعات بتكلفة أقل وضمان تنفيذ الأحكام، وضمان صدور أحكام غير متعارضة، وبشرط قبول جميع الأطراف ويشترط البعض ضرورة موافقة جميع الأطراف في هذه الحالة لإمكانية ضم كل هذه التحكيمات في تحكيم واحد^(٤٦٩).

وتتخوف صاحبة الرأي السابق من ضم إجراءات التحكيم من الناحية العملية بسبب التكلفة الباهظة للضم، فضلاً عن احتمالية مواجهة الدفع بعدم الاختصاص من الطرف المتضرر، واحتمالية مواجهة الأحكام للبطلان لعدم وجود اتفاق تحكيم صحيح^(٤٧٠).

ورأيي الخاص في هذه الحالة أنه لا خلاف أنه إذا ورد شرط التحكيم في بعض هذه العقود ولم يرد في البعض الآخر، فإن شرط التحكيم لا ينطبق إلا على العقود الوارد بها إلا في حالة وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين هذه العقود أو اعتيادهم وتواترهم على سريان شرط التحكيم على كافة العقود، والمستقر عليه قضائياً أن تقدير الارتباط من سلطة قاضي الموضوع.

(٤٦٨) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه بند ١٩١ ص ٣٥٣.

(٤٦٩) مبررة ذلك بأنه يكون في إطار مبدأ حرية الإرادة والتركيز على خصوصية إجراءات التحكيم وما تمثله من منظومة واحدة، فلا يملك أي من الأطراف أو هيئة التحكيم تغيير نطاق الخصومة دون موافقة جميع الأطراف ؛ د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٧٦ وما بعدها.

(٤٧٠) د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ٩٨ وما بعدها.

أما بالنسبة لوجود شرط التحكيم في كافة العقود فالأصل أن كل تحكيم ينظر أمام هيئة تحكيم مستقلة يختارها الأطراف بإرادتهم الحرة، ويجوز لهيئة التحكيم التي شكلت للفصل في بعضها الجمع بين كل هذه التحكيمات أمام لجنة تحكيم واحدة، توفيراً للنفقات واقتصاداً للإجراءات لمنع تقطيع أوصل الخصومة بين الأطراف، قياساً على فكرة ضم الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات طالما أننا أمام جهة واحدة وهي التحكيم مع اتحاد الأشخاص والموضوع.

علاوة على ذلك فإنه لا يمكن تجاهل حالة الارتباط بين موضوع هذه التحكيمات، وما قد يرتبط الفصل في إحداها على الأخرى، ومدى إمكانية الاستفادة من الوحدة الموضوعية بينها، فإذا ما توافر الارتباط بين هذه العقود كان للجنة التحكيم الفصل فيها معاً، أما في حالة عدم توافر الارتباط كان للجنة الفصل في كل منها على حده.

ويمكن الرد على مخاوف الرأي السابق، بأن ضم الإجراءات يقلل من نفقات تحضير تحكيم جديد بإجراءات جديدة، علاوة على أنه الأنسب لحسن سير العدالة ومنع تقطيع أوصل القضية الواحدة، علاوة على توفير الوقت والجهد للمتقاضين، علاوة على أنه يمنع وجود أحكام متعارضة، ولا يخشى فيه من أي بطلان، لأن الخصوم جميعاً يتحاكمون بناء على شرط تحكيم موافق للقانون، وأنه إما يوجد ارتباط بين الموضوعات فيفصل فيها معاً، وإما لا يوجد ارتباط فتفصل هيئة الحكيم في كل موضوع على حده، وهو ما يحدث أمام قضاء الدولة في حالة وجود دعاوى متقابلة بين المدعيين والمدعي عليهم في نفس الدعوى المطروحة على القضاء.

وفي وجهة نظري أنه لا يخشى من عدم توافر الرضا على التحكيم في هذه الحالة، لأن كل اتفاق فيه بالفعل اتفاق بالالتجاء للتحكيم، علاوة على قيام

الأفراد أنفسهم بتشكيل واختيار هيئة التحكيم، وبالتالي يتوافر ركن الرضا الذي يقوم به التحكيم.

الفرع الرابع

مدى إمكانية ضم إجراءات خصومة قضائية لإجراءات خصومة تحكيم

١١٧- وقد اختلف الفقه في هذه المسألة حيث ذهب جمهور الفقه للقول بعدم جواز الإحالة بين القضاء والتحكيم^(٤٧١)؛ لأن الإحالة لا تكون إلا بين المحاكم القضائية التابعة للدولة، ولا إحالة بين القضاء والجهات غير القضائية^(٤٧٢)، وأن الإحالة للتحكيم تستلزم الاعتراف بوجود هيئة التحكيم

(٤٧١) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٤٥، ص ١٢٥ وما بعدها، د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ١٢٦، ص ١٥٨.

(٤٧٢) تمييز دبي، الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ جلسة ١٣ فبراير ١٩٩٤ مجموعة أحكام محكمة تمييز دبي، ص ١٧٦ وما بعدها، وتتلخص وقائع هذا الحكم في أن الطاعنين أقاما على المطعون ضدهم الدعوى رقم ٤٦٧ لسنة ١٩٩٢ أمام محكمة دبي الابتدائية بطلب الحكم أصلياً، أولاً: بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما الغرامة التأخيرية المنصوص عليها بالاتفاقية المبرمة بينهما وبين المطعون ضدهم بتاريخ ١٩٩١/٨/٢٤، ثانياً: بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما مبلغ مليوني درهم كتعويض جابر لما أحاق بهما من أضرار مادية ومعنوية من جراء تعنت وخطأ وغش المطعون ضدهم، ثالثاً: بإلزامهم بأن يؤدوا إليهما مبلغ ٨٧٧.٥٧٢.٧٥ درهماً قيمة ما هو ثابت بإذن الصرف المؤرخ ٢٨/٩/١٩٩١ الموقع منهم والصادر على بنك ... والمسلم منهم للطاعنين واحتياطياً وبصفة مستعجلة بأحقيتهما في التصرف في البضاعة المبيعة بالكيفية التي يريانها حماية لحقوقهما وخشية من تلفها وهلاكها ومنعاً لمزيد من الخسائر والنفقات بسبب طول مدة تخزينها وعدم التصرف فيها، مع حفظ كافة حقوقهما التي أديهاها سلفاً وما قد يستجد بعد ذلك من حقوق ومطالبات، وقالاً شرحاً لدعواهما إنه بموجب عقد بيع مؤرخ ١٩٩١/٧/٣٠ اشترى منهما المطعون ضدهما (=)

(=) ١٢٠٠٠٠٠ متر مربع من البلاط السيراميك الانجليزي الصنع نظير مبلغ إجمالي مقداره ١.٢٦٠.٠٠٠ درهم، ويعد معاينتهم للبضاعة سلموها شيكاً مسحوباً على بنك ... فرع دبي بقيمتها يستحق الأداء في ١٤/٨/١٩٩١، وإذا تبين وجود رصيد له اتفق الطرفان بموجب اتفاقية مؤرخة ٢٤/٨/١٩٩١ على أن يقدم لهما المطعون ضدهم ضماناً بنكيًا بقيمة هذا الشيك، وعلى أن يقوموا بنقل البلاط المبيع من مخازن الطاعنين بأبو ظبي في مدة أقصاها شهر من تاريخ تحريرها وعلى غرامة تأخيرية مقدارها ١٠٠٠ درهم يوميًا يدفعها من يتسبب في تأخير التنفيذ، وإذ تراضى المطعون ضدهم في التنفيذ وخشية إلزامهم بهذه الغرامة قدموا للطاعنين إذن صرف مؤرخ ٣٠/٩/١٩٩١ إلا أن البنك المسحوب عليه هذا الإذن امتنع بالتواطؤ مع المطعون ضدهم عن صرف قيمته لهما بحجة تزويره، كما قام المطعون ضدهم باحتجاز الضمان البنكي مدة خمسة عشر يومًا لمنع خصم قيمة الإذن من هذا الضمان، ولم يقم البنك بسداد قيمة هذا الضمان حتى بعد إعادته للطاعن الثاني، وإذ تبين عدم صحة ما ادعاه المطعون ضده الثاني من تزوير إذن الصرف، وقضى بمعاقبته جنائيًا عن جريمة البلاغ الكاذب، قام المطعون ضدهم بتوقيع الحجز التحفظي على هذا الإذن لدى البنك بقصد منع الطاعنين من الحصول على حقوقهما، وإذ نكل المطعون ضدهم عن تنفيذ التزاماتهم وهو ما ترتب عليه التزامهم بالغرامة التأخيرية المتفق عليها وإذ لحقهما أيضًا من جراء اتهامهما تزوير إذن الصرف، وما ارتكبه من الأفعال السالف بيانها أضرار مادية وأدبية تقدران التعويض عنها بمبلغ ٢.٠٠٠.٠٠٠ درهم ولم يقوموا بسداد قيمة إذن الصرف سالف البيان إليهما رغم ثبوت صحته، فقد أقاما الدعوى بطلباتها سالف البيان، وبتاريخ ١١/٣/١٩٩٣ حكمت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعوى باعتبارها سابقة لأوانها استنادًا لوجود شرط التحكيم، استأنف الطاعنان هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٨٢ لسنة ١٩٩٣، وبتاريخ ١٩/١/١٩٩٣ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعنان في هذا الحكم بطريق التمييز بموجب صحيفة أودعاها قلم كتاب هذه المحكمة في ١٨/١١/١٩٩٣، وقدم محامي المطعون ضدهم مذكرة بدفاعهم في الميعاد طلب فيها رفض الطعن، وحيث إن الطعن أقيم على سببين ينعي الطاعنان بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه؛ إذ قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط حال أن أعمال هذا الشرط لا يكون إلا برضاء طرفي النزاع، وقد أعرض المطعون ضدهم عنه لأنهم لجأوا إلى القضاء وطلبوا توقيع الحجز التحفظي على إذن الصرف (=)

(=) موضوع النزاع، ثم رفعوا الدعوى أمامه بطلب بطلب تثبيت هذا الحجز، وهنا يعتبر تنازل منهم عن شرط التحكيم، وكان يتعين على المحكمة أن تتحقق عما تم في هذه الدعوى قبل الفصل في الدعوى الماثلة، خاصة وأن المطعون ضدهم الذين أعرضوا عن حكم المحكم المقدم صورته لمحكمة الاستئناف، هذا وقد أغفلت المحكمة طلب الطاعنين إحالة دعواهما للمحكمة وضمها إلى الدعوى المقامة ضدهما من المطعون ضدهم، وحيث إن هذا النعي مردود ذلك أن اتفاق الطرفين على التحكيم يترتب عليه حرمان أطراف العقد من الالتجاء للقضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن الالتجاء للقضاء بصده، ولا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة؛ إذ يظل شرط التحكيم في هذه الحالة قائماً، ولما كان ذلك وكان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكا في الدعوى رقم ١٢٣٨ لسنة ١٩٩١ التي أقامها عليهما المطعون ضدهم بشأن منازعات تتعلق بالاتفاقية المبرمة بينهما بتاريخ ١٩٩١/٨/٢٤ بشرط التحكيم المتفق عليه بهذه الاتفاقية، فأجابتهما المحكمة إلى ذلك وأحالت الدعوى إلى التحكيم، بما مؤداه أن الطرفين لم يتفقا على الرجوع عن شرط التحكيم الذي يظل نتيجة لذلك قائماً، ولا يحول دون تمسك المطعون ضدهم بهذا الشرط في الدعوى الراهنة التي أقامها الطاعنان عليهم والدفع بعدم قبولها استناداً إلى هذا الشرط، ولا يجدي الطاعنين من بعد في هذا الصدد مجرد التحدي بسبق إقامة المطعون ضدهم الدعوى رقم ١٢٣٨/١٩٩١ سائلة البيان أمام القضاء أو إعراضهم عن التحكيم، فإن الحكم المطعون فيه إذ قبل الدفع المبدى من المطعون ضدهم بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم بالشرط سالف البيان يكون قد أصاب صحيح القانون، لما كان ذلك وكان لا يجوز الإدلاء أمام المحكمة بالدفع بالإحالة إلى المحكم لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه؛ لأن القاعدة أن هذه الحالة لا تجوز إلا بين المحاكم في نطاق الجهة القضائية الواحدة ما لم ينص القانون على ما يخالف ذلك، وإذ خلا القانون من نص يجيز الإحالة إلى المحكم فإن وقوف الحكم المطعون فيه عند حد القضاء بعدم قبول الدعوى للاتفاق على التحكيم دون إحالة الدعوى إلى المحكم لا يكون قد خالف القانون، ويكون النعي بهذا السبب برمته على غير أساس...."

كهيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي^(٤٧٣)، حتى يمكن الإحالة إليها وفقاً لنص المادة ١١٠ مرافعات؛ إذ الغالب عند نظر النزاع أمام القضاء ألا تكون هيئة التحكيم قد تشكلت بعد.

وقد ذهب بعض الفقه تويده بعض أحكام محكمة النقض المصرية للقول بتصوير الإحالة بين القضاء والتحكيم، وأساس ذلك أن نصوص القانون المصري لا تمنع من الأخذ بفكرة الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص، يستوي في ذلك أن تكون هيئة التحكيم دائمة أو خاصة، وأن هيئة التحكيم هي هيئة ذات اختصاص قضائي، يكون لها الفصل في النزاع المطروح عليها بإجازة من المشرع^(٤٧٤).

(٤٧٣) يكاد يجمع الفقه على التسليم على عدم اعتبار هيئة التحكيم من الجهات القضائية، سواء من الناحية العضوية أو من الناحية الموضوعية؛ لأن تشكيل هيئة التحكيم ليس نفس تشكيل المحاكم كما أن أحكام هيئة التحكيم على الرغم من إلزامها بمجرد صدورها كأحكام القضاء، إلا أنها لا تنفذ إلا بعد الحصول على أمر التنفيذ اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم الاختياري، أما فيما يتعلق بطبيعة هيئة التحكيم وما إذا كان من الممكن تكيفها على أنها هيئة استثنائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي أو هيئة إدارية، فقد اختلف الفقه حيث ذهب جانب لتكليف هيئة التحكيم على أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، بينما ذهب جانب آخر لتكليف هيئة التحكيم على أنها هيئة استثنائية بينما ذهب رأي ثالث إلى أنها هيئة إدارية، للمزيد: د. شمس مرغني، التحكيم في منازعات المشروع العام، مرجع سابق، ص ٥٤٣ وما بعدها؛ د. وجدي راغب، تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ٧ ع ١، مارس ١٩٨٣، ص ٩٨ وما بعدها؛ د. عادل الطبطبائي، الجوانب الدستورية والقانونية في عمليات إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ١٥ ع ١، عدد ١٩٩٣، ص ١٣٤ وما بعدها.

(٤٧٤) أ. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، طبعة ١٩٧٨ ص ٢٥٧؛ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم، مرجع سابق، رقم ٨١، ص ٢٦٩؛ د. أسامة الشناوي، المحاكم الخاصة في مصر، رسالة، جامعة القاهرة، ١٩٩٠، (=)

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في ١٩ فبراير ٢٠١٣ على أن "... التحكيم قضاء اتفاقي يعمل في إطار روابط القانون الخاص، تلك الروابط التي يمكن لأطرافها الارتضاء والخضوع لأحكام القانون، حتى ولو قامت لديهم شبهة عدم دستوريته، باعتبار أن المصلحة الخاصة للخصوم هي المهيمنة على تلك الروابط، بخلاف محاكم الدولة التي تقضي في المنازعات باعتبارها سلطة من سلطات الدولة يتعين أن يأتي عملها متوافقاً مع دستورها، لما كان ما تقدم وكانت عبارة "أية محكمة من محاكم الدولة.." الواردة في الدستور وفي قانون المحكمة، وقد جاء لفظها عاماً من دون تخصيص، مطلقاً من دون تقييد، واضح الدلالة على مراد المشرع منها، بما مؤداه انصراف معناها على سبيل الشمول والاستغراق إلى كل المحاكم الرسمية في النظام القضائي الإماراتي الاتحادي منه والمحلي، أي المحاكم التي تنشئها الدولة أو إمارتها، وتنظمها بما لها من سيادة وسلطة واختصاص، وأن لفظ "المحكمة" الوارد في سياق المادتين سالفتي البيان، لا تتسع لغيرها من الجهات التي تفصل في المنازعات، كهيئات التحكيم..."^(٤٧٥).

الواقع بحق أنه على الرغم من وضوح نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري الذي قصر على المحكمة الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون حق المحكمة في الإحالة، باعتبار نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم نص خاص والعام يظل على عمومته ما لم يرد ما يخصه، وأن نص المادة ١١٠ تتعلق بوجود الإحالة لعدم الاختصاص الولائي والنوعي والقيمي،

(=) ص ٤٢٩، ٤٣٠؛ د. أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، مرجع سابق، بند ١٧٧، ١٧٨، ص ١٦٥، ١٦٦.

(٤٧٥) حكم المحكمة الدستورية العليا، الدعوى رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ دستوري بتاريخ ١٩ من فبراير ٢٠١٣.

وكان عدم الاختصاص لوجود اتفاق التحكيم لا يتعلق بأي من هذه الأنواع من الاختصاص، وأنه يتعلق بالاختصاص الاستثنائي لهيئة التحكيم، ومع تأييدنا لتكييف للدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص وفق ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني، وكان من المتعين التسليم بالتطورات الحديثة التي طرأت على نظام التحكيم في العالم، والاعتراف بالتحكيم كجهة من الجهات المعترف لها بالفصل في النزاع، وكانت الطبيعة القضائية هي السائدة في تكييف التحكيم عن غيرها من النظريات الفقهية^(٤٧٦)، والاعتراف للمحكم بمركز مشابهه للمركز القانوني للقاضي في محاكم الدولة^(٤٧٧)، إلا أنه لا يجوز التسليم بوجود الإحالة بين القضاء وهيئات التحكيم؛ إذ قد لا تكون هيئة التحكيم معروفة بعد قبل تشكيلها، كما أن تشكيل هيئة التحكيم لا يجيز التطابق بين مركز القاضي والمحكم.

ومن ثم نرى عدم جواز الإحالة بين القضاء وهيئات التحكيم أو بين هيئات التحكيم والقضاء لعدم النص من ناحية، ولمنع تصور الإحالة من التحكيم للقضاء من ناحية أخرى أو بين هيئات التحكيم والقضاء، وأن يقتصر الأمر على الحكم في الدفع بوجود اتفاق التحكيم دون إحالة وفقاً لنص المادة ١١٠ مرافعات مصري.

(٤٧٦) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٤١ وما بعدها؛ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٢١، ص ٥٢ وما بعدها؛ محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، ص ٢٤ وما بعدها؛ د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٠ وما بعدها.

(٤٧٧) د. هدى مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، مرجع سابق، بند ٢٩، ص ٤٠ وما بعدها؛ د. سحر عبد الستار يوسف، المركز القانوني للمحكم، مرجع سابق، بند ٣٩، ص ١٠١ وما بعدها.

١١٨- وقد تساؤل البعض عن مدى إمكانية ضم إجراءات خصومة قضائية لإجراءات خصومة تحكيم منظورة أمام التحكيم أو الإحالة من القضاء للتحكيم؟.

وقد أثارت هذه المسألة في ذهن البعض مبدأ إحالة النزاع من القضاء إلى التحكيم، والمبدأ في هذه الحالة عدم تصور الإحالة من القضاء للتحكيم، لان الإحالة وفقاً لقانون المرافعات المصري أو المقارن لا تكون إلا بين محاكم الجهة الواحدة مع شرط وحدة الموضوع، فضلاً عن وحدة الأشخاص، وأن تكون الجهة القضائية واحدة^(٤٧٨)، وقد ذكرت صاحبة الرأي السابق أن القائمون بغرفة التجارة الدولية قد بذلوا جهد كبير لتنظيم التحكيم المتعددة الأطراف، بوضع قواعد لضم الإجراءات من أجل توفير النفقات وجمع عناصر النزاع.

بداية يتعين أن نوضح أن فكرة تعدد إجراءات التحكيم وما قد تفرضه من القول من ضم إجراءات التحكيم تختلف عن فكرة الإحالة من القضاء للتحكيم، فالنسبة لتعدد إجراءات التحكيم وهذه كما سبق ووضحنا في البند السابق تتعلق بارتباط عدد من الأشخاص بعدد من العقود يوجد بشأنها شرط تحكيم، وهذه مسألة بسيطة تتعلق بضم هذه التحكيم، وقد ذهبنا لإجازة الضم لمنع تقطيع أوصل الخصومة، وحسن سير العدالة قياساً على فكرة الضم في الجهة القضائية الواحدة لموضوعات ترتبط من حيث الموضوع والأشخاص، قياساً على فكرة الضم في قانون المرافعات التي تقوم على أساس أن هناك نزاعاً قضائياً يتعلق بنفس الأشخاص والموضوع في الجهة القضائية، كما لو كان هناك دعوى منع تعرض من شخص ودعوى استرداد حيازة من آخر أو كان

(٤٧٨) د. هدى مجدي، ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ٧٨ وما بعدها.

هناك استئناف من شخص واستئناف مقابل من آخر، وفي كل هذه الحالة فإنه من حسن سير العدالة يقتضي ضم كل هذه الطلبات والفصل فيها معاً، منعاً لتضارب الأحكام بين محاكم الجهة القضائية الواحدة في مسائل مرتبطة، أما حالة الإحالة بين القضاء والتحكيم فهي مسألة مختلفة تماماً، حيث يتعلق الأمر بنزاع مطروح على القضاء وليس به شرط تحكيم ونزاع مطروح على التحكيم لوجود شرط تحكيم، وبالتالي لا يتصور مطلقاً تخلي القضاء عن دوره واختصاصه الذي منحه القانون لحيل ما اختص به للتحكيم، ولا يتحقق ذلك إلا بوجود شرط تحكيم صحيح في النزاع المطروح على القضاء، مع تمسك احد الأطراف به قبل الكلام في الموضوع في القانون المصري أو قبل الجلسة الأولى في القانون الإماراتي أو بعد تشكيل هيئة التحكيم في القانون المصري، ففي هذه الحالة تحيل المحكمة النزاع عليه للتحكيم وليس إحالة النزاع المطروح على القضاء على هيئة تحكيم للنظر في موضوع آخر^(٤٧٩).

وفي هذه الحالة تسير المحاكم في الفصل في موضوعها ويسير التحكيم في الفصل في موضوعه، فإذا كانت المسألة المطروحة على القضاء مسألة أولية تعين على هيئة التحكيم بناء على طلب احد الخصوم وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في تلك المسألة، وفي هذه الحالة لا يتصور وجود فرض عكسي لأن المسائل الأولية بطبيعتها من ولاية القضاء.

غير أن الرأي السابق لا يمنع الأطراف في الاتفاق على التحكيم في أي مرحلة من مراحل التقاضي في إحالة نزاعهم فعلياً لتحكيم منظور بالفعل أمام هيئة تحكيم بعينها، وذلك بالاتفاق على حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم وترك الخصومة القضائية المنظورة، وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٠ من

(٤٧٩) للمزيد: راجع: للمؤلف، الدفع بوجود اتفاق التحكيم في قانون المرافعات القطري والمقارن، مرجع سابق الإشارة، بند ٤١، ص ١٣١ وما بعدها.

قانون التحكيم المصري بقولها "كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية"، وفي هذه الحالة تكون الإحالة بناء على طلب الأطراف باتفاقهم على تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

الفرع الخامس

مدى إمكانية ضم إجراءات التحكيم لإجراءات خصومة قضائية

١١٩ - وقد تساءل البعض عن مدى إمكانية ضم إجراءات التحكيم لإجراءات خصومة قضائية منظورة أمام القضاء أو الإحالة من التحكيم للقضاء؟^(٤٨٠).

وعلى الفرض العكسي فإنه قد يحدث ارتباط بين تحكيم أو أكثر معروض على هيئة أو مؤسسة تحكيم حسب نوع التحكيم، ونزاع مطروح أمام القضاء لا يوجد به اتفاق تحكيم ولا يشير للعقود التي بها اتفاق التحكيم المنظور النزاع المتعلق بها أمام التحكيم، ولم يتفق أطرافه وفقاً لنص المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري، فهل يجوز لهيئة التحكيم إذا ما دفع أمامها من أحد الأطراف أو من تلقاء نفسها إحالة النزاع للقضاء.

من ناحية أولى، أنه لا يتصور الإحالة من هيئة التحكيم للقضاء ولو وجد ارتباط بين موضوع المنازعتين^(٤٨١)، وأنه يتعين الإشارة أن العلم الإجرائي يقوم على مجموعة من الأصول القانونية، التي تفرض على قضاء

(٤٨٠) د. هدى مجدي "ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم" دار النهضة العربية ٢٠٠٦ صص ٨٦ وما بعدها

(٤٨١) د. فتحي إسماعيل والي "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق" مرجع سابق الإشارة إليه بند ١٩١ ص ٣٥٣ .

المحاكم وهيئات التحكيم التقيد بها، فالقاضي في الخصومة القضائية مقيد بتعيين ارتباط النزاع المعروض على التحكيم بالنزاع المعروض أمامه من حيث أشخاصه أو موضوعه، وهل الأشخاص في التحكيم يمثلون أشخاصاً جدد في الخصومة القضائية أم أنهم متدخلين لصالح أو ضد أحد الخصوم، وهل يمثل ادعائهم ادعاء أصلي أم متقابل، فليس كل نزاع مطروح على هيئة التحكيم يمكن طرحه - وليس إحالته - للقضاء.

ومن ناحية ثانية يتعين النظر في المكنات القانونية التي حولها القانون لهيئة التحكيم والأشخاص المحتكمون للتمكن من طرح تحكيمهم على القضاء بشأن النزاع المطروح عليه، فيكون لأطراف اتفاق التحكيم الاتفاق على إنهاء إجراءات التحكيم أو عدم استمراره، الأمر الذي يستلزم إنهاء التحكيم بقرار من هيئة التحكيم، الأمر الذي يترتب عليه عودة اختصاص القضاء تلقائياً بنظر النزاع، ويكون لكل طرف منهم طرح نزاعه على القضاء بالطريقة التي تناسبه.

ومن ثم لا يتصور - من حيث الأصل - الإحالة من هيئات التحكيم الى محاكم الدولة حتى لو توافر الارتباط بين المنازعتين، سواء كانت الدعوى الأخرى المرتبطة مقامة أمام هيئة تحكيم أخرى أو أمام محاكم الدولة^(٤٨٢).

تجدر الإشارة أن بعض الفقه قد ذهب الى جواز الإحالة من هيئة التحكيم للقضاء - وان كانت الدعوى قد رفعت أولاً أمام المحكمة - في حالة وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين المنازعتين، ففي هذه الحالة على هيئة التحكيم الحكم في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى - وان كانت الدعوى قد رفعت أولاً

(٤٨٢) د. فتحي إسماعيل والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " مرجع سابق الإشارة إليه بند ١٩١ ص ٣٥٣ .

أمام المحكمة^(٤٨٣) على أساس التمييز بين نوع الارتباط بين الدعويين، فإذا كان هذا الارتباط يقبل التجزئة أمكن الفصل في كل منهما على حدة، وإذا كان الارتباط لا يقبل التجزئة فعلي المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى، وهو استنتاج خطير، فلما لا يكون في حالة الارتباط لا يقبل التجزئة الاختصاص لمحاكم الدولة وليس التحكيم.

الجدير بالذكر أن قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١ - ٤٨ - قد أجاز - فيما يتعلق بالمنازعات حول تعيين المحكمين أو الأمور المتعلقة بالاعتراض على بعضهم - في المادة ١٤٦٠ الإحالة من هيئات التحكيم إلى قاضي الدعم المختص جغرافياً، سواء كان ذلك عن طريق احد الأطراف أو هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، ويتم تقديم الطلب والتحقيق فيه وإصدار حكم بشأنه وفقاً للإجراءات التي تتعلق بالقضايا المستعجلة؟^(٤٨٤).

١/١١٩ - وهنا يثور التساؤل حول إمكانية أو حق كل شخص في القيام بذلك أو التمسك به وحده أم أن الأمر يستلزم موافقة كل أطراف اتفاق التحكيم على إنهاء التحكيم أو عدم استمراره وطرح نزاعهم على القضاء بمناسبة الدعوى المطروحة عليه.

وفي تقديري، أن الدفع بالإحالة للقضاء في هذه الحالة من جانب أحد

(٤٨٣) د. فتحي إسماعيل والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق " مرجع سابق الإشارة إليه بند ١٩١ ص ٣٥٣ .

484 Article 1460 NCPC "Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. « La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé. « Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455".

الخصوم، يتوقف على وجود اتفاق تحكيم صحيح، فإذا تبين لهيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم صحيح فإنها تستمر في التحكيم وتفصل في النزاع، وفي هذه الحالة لا يكون لهيئة التحكيم تقدير ملائمة الاستمرار في التحكيم من عدمه طالما أن اتفاق التحكيم موجود وصحيح، أما إذا اتفق كل الأطراف على إلغاء اتفاق التحكيم والالتجاء للقضاء، فإن التحكيم ينتهي، ويكون لكل شخص الالتجاء للقضاء، سواء بالتدخل في الدعوى المطروحة أو رفع دعوى أصلية.

وفرق كبير بين أن تحكم هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات أو رفض التحكيم على أساس عدم أحقية المحكم في دعواه، وبين إنهاء الإجراءات بدون نظر الموضوع على أساس وجود دعوى أمام القضاء، وهو فرض نظري نادر لا يتصور حدوثه في عالم التحكيم، الذي يسعى في أغلبه للفصل في المنازعات وحسمها.

أما بالنسبة لسلطة هيئة التحكيم التلقائية في إنهاء إجراءات التحكيم لوجود نزاع أمام القضاء مرتبط بالنزاع المطروح على هيئة التحكيم، فإن الأمر يتوقف على حالة التحكيم وحالات الحكم بإنهاء إجراءات التحكيم التي نص عليها القانون، ولا يتعلق الأمر في هذه الحالة بتقرير سلطة الملائمة لهيئة التحكيم في هذا الشأن من عدمه.

وفي تقديري، أن هيئة التحكيم لا تملك ملائمة الإنهاء من تلقاء نفسها خاصة في الحالات التي يكون النزاع صالح للفصل فيه، ولا يوجد أي طلب أو إحالة من الأطراف بالالتجاء للقضاء، وحتى في الحالة الأخيرة التي يوجد فيها دفع بالإحالة للقضاء مع تمسك الطرف الآخر بالتحكيم، فإن الأمر يتوقف على وجود اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، ولا تملك هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم طالما أن الاتفاق على التحكيم موجود وصحيح، كما لا تملك هيئة التحكيم ذلك في حال عدم توافر حالات الإنهاء التي نص عليها القانون.

١١٩/٢- والسؤال هنا، ماذا لو أنهت هيئة التحكيم إجراءات التحكيم من تلقاء نفسها ودون طلب من أحد الخصوم وفي غير الحالات التي نص عليها القانون لإنهاء إجراءات التحكيم مع تمسك أحد الأطراف بالتحكيم، فهل يكون للطرف المتمسك بالتحكيم الطعن على هذا الحكم، وما هو طريق الطعن المقرر في هذه الحالة، وهل هو نفس طريق الطعن في الحكم التحكيمي الباطل الصادر بالمخالفة لحالات البطلان التي حددتها قوانين التحكيم؟.

في الواقع أننا أمام حالة في منتهى الدقة في التحكيم، حيث أن التصور العادي أن حكم التحكيم الحاسم للنزاع، يجوز الطعن فيه بالبطلان وفقاً للقانون المصري والقانون الإماراتي وبعض القوانين المقارنة، كما يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام في تشريعات بعض الدولة كالاستئناف والنقض، كما هو الحال في القانون اللبناني والتحكيم الدولي في القانون الفرنسي، وفي هذه الحالات يكون الطعن من احد الأطراف لقيام الحكم التحكيمي على سبب يخالف النظام العام أو كونه صادر بدون اتفاق تحكيم أو اتفاق باطل أو في مسألة لم يشملها اتفاق التحكيم، بمعنى أن البطلان محدد حصراً في مواجهة الحكم الحاسم للنزاع التحكيمي.

أما بالنسبة للحكم الصادر بإنهاء إجراءات التحكيم، فإن الوضع في منتهى التعقيد، حيث قد يرجع الإنهاء لأربعة حالات، الأولى: يرجع الإنهاء لكون العقد الأصلي الوارد به اتفاق التحكيم عقد باطل أو غير صحيح، وأن البطلان يمتد لاتفاق وشرط التحكيم، الثانية: أو بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى في الميعاد المحدد من هيئة التحكيم (م ٣٤ تحكيم مصري)، الثالثة: أو أن الإنهاء قد يعود لانتهاء أجل التحكيم المتفق عليه بين الأطراف أو المحدد قانوناً في القانون الواجب التطبيق (م ٤٥ / ٢ من قانون التحكيم المصري)، الرابعة: وقد يعود الإنهاء لبدء إجراءات التحكيم قبل الأوان أو قبل استيفاء

الإجراءات المتفق عليها.

وفي الحالة الأولى التي يرجع فيها الحكم بانتهاء إجراءات التحكيم لكون العقد الأصلي الوارد به اتفاق التحكيم عقد باطل أو غير صحيح، وأن البطلان يمتد لاتفاق وشرط التحكيم، فإن حكم الإنهاء يعتبر حكم ملزم وحاسم للخصومة، وهو بمثابة حكم برفض التحكيم، وهذا الحكم غير قابل للتصديق والطعن بالبطلان وفقاً للقانون المصري والمقارن، الأمر الذي يعطي حكم التحكيم أفضلية على أحكام المحاكم الصادرة بالرفض، وبالتالي لا يجوز للمتمسك بشرط التحكيم في هذه الحالة الطعن على الحكم بأي طريق من طرق الطعن.

وفي الحالة الثانية: التي يرجع فيها الحكم بانتهاء إجراءات التحكيم الى قرار هيئة التحكيم، بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى في الميعاد المحدد من قبل هيئة التحكيم (المادة ٣٤ تحكيم مصري)، فإن الحكم لا يحسم النزاع التحكيمي ولا يترتب عليه انتهاء اتفاق التحكيم، وهو حكم لا يقبل التصديق من المحاكم، ولا يقبل الطعن بالبطلان، ويكون لصاحب المصلحة البدء في إجراءات التحكيم من جديد وتقديم بيان دعواه التحكيمية مرة أخرى.

وفي الحالة الثالثة التي يرجع فيها إنهاء إجراءات التحكيم لانتهاء أجل التحكيم المتفق عليه بين الأطراف أو المحدد قانوناً في القانون الواجب التطبيق (م ٢/٤٥ من قانون التحكيم المصري)، فإن حكم إنهاء إجراءات التحكيم بسبب انتهاء أجل التحكيم يعد حكماً بسقوط اتفاق التحكيم، وهذا الحكم لا يصدق عليه أو يطعن عليه بالبطلان، ويكون لصاحب المصلحة الالتجاء للقضاء لتسوية ما ترتب على العقد من آثار، وفي هذه الحالة يكون لصاحب المصلحة رفع دعوى ببطلان العقد أمام محاكم الدولة في صورة دعوى أصلية

أو متقابلة، كما يجوز لصاحب المصلحة في التمسك بشرط أو اتفاق التحكيم رفع دعوى للمطالبة بحقوقه أمام القضاء.

أما بالنسبة للحالة الرابعة التي يعود فيها حكم إنهاء إجراءات التحكيم لبدء إجراءات التحكيم قبل الأوان أو قبل استيفاء الإجراءات المتفق عليها، وهو حكم بمثابة حكم بعدم القبول، وهو حكم غير قابل للتصديق والطعن بالبطلان، وهو حكم مؤقت بإنهاء إجراءات التحكيم، ويجوز للأطراف استعمال حقهم في اتفاق التحكيم إذا ما توافرت الإجراءات المتفق عليها، وفي هذه الحالة يجوز للتمسك بشرط التحكيم أن يعيد إجراءات التحكيم في حال توافر الشروط والإجراءات المتفق عليها أو نص عليها القانون ولا يسقط اتفاه على التحكيم، كما يجوز للطرف الآخر رفع دعوى بطلان أصلية ضد المحتكم أمام محاكم الدولة للمطالبة ببطلان العقد الأصلي.

١٢٠- ولكن ما الحل لو لجأ التمسك بشرط التحكيم أو المحتكم ضده لرفع دعوى بصحة العقد والتعويض أو البطلان، في غير الحالات التي لا يترتب على إنهاء إجراءات التحكيم حسم موضوع النزاع محل التحكيم، فهل يمكن دفع هذه الدعوى بالدفع بشرط التحكيم، وهل يجوز للطرف الآخر رفع دعوى أمام القضاء ببطلان العقد وما ترتب عليه؟.

١٢٠/١- بالنسبة للشق الأول من السؤال المتعلق بمدى جواز رفع دعوى صحة العقد أو المطالبة محل التحكيم، بعد إنهاء إجراءات التحكيم في الحالات التي لا يترتب على إنهاء التحكيم حسم موضوع النزاع محل التحكيم، كما هو الحال في إنهاء إجراءات التحكيم لرفعها قبل الأوان، وحالة إنهاء إجراءات التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى (م ٣٤ تحكيم مصري)، ومدى تصور دفع هذه الدعوى بالدفع بالتحكيم شأن الدعوى المتعلقة بالعقد.

وفي هذه الحالة لا جدال في أن المحتكم يملك البدء في إجراءات التحكيم

من جديد، كما يكون له استعمال حقه الأصلي في الالتجاء للقضاء، كما يكون للمدعي عليه في حالة التجاء المحتكم للقضاء دفع الدعوى بالتحكيم، لأن إنهاء التحكيم بسبب رفعه قبل الأوان أو عدم تقديم المدعي لبيانه، لا يعتبر نزولاً منه عنه التحكيم، ويظل شرط التحكيم قائماً طالما أنه صحيح وموجود وقابل للتطبيق، فيجوز للمحكمة القضاء به.

٢٠/٢ - وبالنسبة للشق الثاني من السؤال المتعلق بمدى جواز رفع دعوى بطلان العقد الأصلي، بعد إنهاء إجراءات التحكيم في الحالات التي لا يترتب على إنهاء التحكيم حسم النزاع موضوع التحكيم، كما هو الحال في إنهاء إجراءات التحكيم لرفعها قبل الأوان، وحالة إنهاء إجراءات التحكيم بسبب عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى (م ٣٤ تحكيم مصري)، ومدى تصور دفع هذه الدعوى بالدفع بالتحكيم شأن الدعوى المتعلقة بالعقد.

والمقرر في قضاء المحكمة الاتحادية العليا أن دعاوى بطلان العقد أو صحتها من الولاية العامة للقضاء التي لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل فيها^(٤٨٥)، وبطلان العقد أو صحته، يتعلق بتوافر أركان العقد وشروط صحته^(٤٨٦).

ويتم التمسك به عن طريق دعوى بطلان العقد، وهذه الدعوى لم يهتم الفقه كثيراً ببحث اختصاص القضاء بها من عدمه، باعتبار أن القضاء صاحب الولاية العامة وأن البطلان لا مجال فيه للصلح للقول باختصاص هيئة التحكيم بها، وقد نصت بعض أنظمة التحكيم على اختصاصها ببطلان العقود وصحتها

(٤٨٥) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٥/٠١/٢٢.

(٤٨٦) للمزيد: راجع: ما سبق بند ٦٥.

إلى جانب تصها على الاختصاص ببطلان اتفاق التحكيم وصحته، حيث نصت المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري الاونسيترال لعام ١٩٧٦ بالنص على اختصاص هيئة التحكيم ببطلان العقود وصحتها بقولها "٢) تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم ٢١، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

وقد تراجعت قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) عن هذا التوجه بنصها في المادة ٢٣ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) بصيغتها الصادرة عام ٢٠١٠ على صلاحية الهيئة في البت في اختصاصها بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته فقط، دون النص على اختصاصها بالفصل في صحة العقود التي بها شرط التحكيم أو بطلانها، كما هو الحال في نص المادة ٢١ من قواعد التحكيم الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٧٦، الأمر الذي يعد تراجعاً تشريعياً في التنظيم الدولي عن مسألة اختصاص هيئة التحكيم ببطلان العقود وصحتها مكتفياً ببطلان اتفاق التحكيم أو صحته.

وقد خلا قانون التحكيم المصري وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي من تنظيم هذه المسألة اكتفاء بالقواعد العامة في الاختصاص، الأمر الذي قد يثير خلافاً كبيراً بين من يقول باختصاص القضاء بتلك الدعاوى، ومن يقول باختصاص هيئة التحكيم بنظرها، بين القول باختصاص القضاء بدعاوى بطلان العقود وصحتها على أساس أن القضاء هو صاحب الولاية العامة في المسائل المدنية والتجارية وغيرها، وأن التحكيم هو استثناء على الأصل العام بولاية

القضاء، وأنه لا يجوز إلا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وأن بطلان العقود وصحتها من المسائل التي تتعلق بأركان العقود وشروط صحتها، وهذه مثل الرضا والمحل والسبب والأهلية تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز لهيئة التحكيم الاختصاص بها والفصل فيها، لأنها لا تتعلق بالصالح الخاص للأفراد، بينما يتصور أن يتعلق البطلان بالصالح الخاص لبعض الأطراف في بعض الحالات، الأمر الذي يعني تصور القول باختصاص القضاء ببعض دعاوى بطلان وصحة العقود التي تتعلق بالنظام العام وعدم اختصاص القضاء ببعض دعاوى بطلان العقود التي لا تتعلق بالنظام العام.

ومن ثم فإن الاختصاص بدعاوى بطلان وصحة العقود يتوقف على نوع البطلان المقرر في هذه الحالة، وهل هو متعلق بالنظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، وفي هذه الحالة تكون الدعوى المتعلقة به من الولاية العامة للقضاء، بينما تكون الدعوى المتعلقة بالبطلان من اختصاص هيئة التحكيم في حالة تعلق البطلان بالصالح الخاص للأطراف، واتفق الأطراف على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم.

والنتيجة المترتبة على اختصاص القضاء بدعاوى البطلان المتعلقة بالنظام العام وعدم اختصاصه بدعاوى البطلان غير المتعلقة بالنظام العام، أنه إذا كان البطلان متعلقاً بالنظام العام فهو لا يجوز فيه الصلح، وبالتالي لا يجوز أن يكون محلاً للتحكيم، وبالتالي لا يجوز بأي حال من الأحوال دفع هذه الدعوى عن طريق الدفع بالتحكيم.

أما إذا كان البطلان متعلقاً بالمصلحة الشخصية ولا يتعلق بالنظام العام، فهو يجوز فيه الصلح، وبالتالي يجوز أن يكون محلاً للتحكيم، وفي هذه الحالة يجوز دفع دعوى البطلان المنظورة أمام القضاء بالدفع بالتحكيم.

الفرع السادس

مدى جواز التدخل في خصومة التحكيم وسلطة هيئة التحكيم

١٢١- التدخل في الخصومة هو حق كل شخص في التدخل في خصومة قائمة لم يكن طرفاً فيها عند رفعها، ويشترط للتدخل في الخصومة توافر المصلحة التي يشترطها القانون بصفة عامة لقبول الحق الإجرائي^(٤٨٧)، وهو نفس ما يقرره البعض في الفقه الفرنسي باشتراط الصفة والمصلحة في الإداء (*P'intervention doit réunir en lui les conditions de l'action (intérêt et qualité)*^(٤٨٨))، على أنه يلزم وفقاً للمادة ١٢٦ من قانون المرافعات المصري وجود ارتباط *une connexité* بين التدخل الاختصامي وادعاءات الخصوم، بحيث لا يقبل التدخل الاختصامي في الخصومة إلا إذا كان هناك ارتباط بين طلب التدخل والحكم الصادر في

(٤٨٧) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٥٦٩؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٤٣، ص ٢٧٢.

Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., op. cit., n° 462. p. 243.

(488) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile» D. 1999, n° 1154. p. 807, Jacques JUNILLON «Les voies des recoures» Dalloz Action. Droit et pratique de la procédure civile, 1998, n° 5918, p. 1137 et s., Georges Wiederkehr et Dominique D'AMBRA «intervention» op. cit., n° 9. p. 2 et s.

وهو نفس ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في ٩ أكتوبر ١٩٩١؛ حيث قضت بأن التدخل الاختياري أمام محكمة الاستئناف يكون في أي حالة تكون عليها الدعوى بشرط توافر المصلحة بين طلب المتدخل والإدعاء الأصلي، وهو ما يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، للمزيد انظر:

Cass. Civ. 3e, 9 October 1991, Bull. civ. III, n° 236.

الدعوى^(٤٨٩)، وبتعبير آخر يجب أن يكون طلب التدخل ماساً بادعاءات الخصوم
l'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux
prétentions des parties par un lien suffisant^(٤٩٠)، وأن قضاة
الموضوع يملكون السلطة التقديرية الكاملة للقول بتوافر المصلحة
المحمية في كل حالة، وذلك حسب تقديرها لوجود ارتباط كاف من عدمه

**Les juges du fond ayant un pouvoir d'appréciation
souverain pour dire, dans chaque cas concret, s'il ya, ou
non un lien suffisant⁽⁴⁹¹⁾.**

التدخل في الخصومة هو من الطلبات العارضة والتي يدخل بها الغير في
خصومة لم يكن طرفاً فيها منضمّاً لأحد الخصوم أو مطالباً بحق ذاتي له،
ويكون التدخل وفقاً لنص المادة ١٢٦ من قانون المرافعات، بالإجراءات
المعتادة لرفع الدعوى وذلك بإيداع صحيفة قلم كتاب المحكمة قبل الجلسة بيوم
على الأقل أو بإبداء الرغبة في التدخل شفاهة بالجلسة المحددة لنظر الدعوى.
يترتب على قيام طالب التدخل بإجراءات التدخل وقبول المحكمة تدخله
اعتباره خصماً ولو لم يكن طالبه قد أدى الرسم^(٤٩٢).

(٤٨٩) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع
سابق، بند ١٤٤، ص ٢٧٣.

(490) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile» D.
1999, n° 1154. p. 807, Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit
Judiciaire Privé» L.G.D.J., op. cit., n° 461, p. 242., n° 462. p. 243.

(491) Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit Judiciaire Privé»,
L.G.D.J., op. cit., n° 461, p. 242 ; Cass. Civ. 1^{re}, 14 Jan. 1987, Bull.
Civ. II, n° 12.

(٤٩٢) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٥٧٠؛ د. أحمد السيد
صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٤٣، ص
٢٧٢، نقض مدني الطعن رقم ٢٤٥١ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٨ مجموعة (=)

ويترتب على قبول التدخل اعتبار المتدخل طرفاً في الخصومة بمجرد قبول تدخله في الخصومة، سواء أكان تدخلًا انضماميًا أم اختصاصيًا، ويكون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة له أو عليه^(٤٩٣).

(=) الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ج ١ ص ٣٩ ص ٥١٦، نقض مدني الطعن رقم ٦٧٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣ ص ٢٧، ص ٥٦٢، الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٧ ص ٣٠ ص ٨٣٩، نقض مدني الطعن رقم ٩٩٠ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ ص ٣١ ص ٨٩٤، نقض مدني الطعن رقم ٢٤٥١ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٨ مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية ص ٣٩ ص ٥١٦، وقد جاء في هذا الحكم "من المقرر طبقاً للمادة ١٢٦ من قانون المرافعات أن لكل ذي مصلحة التدخل في الدعوى إما منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى ويترتب على هذا التدخل أن يصبح المتدخل خصماً في الدعوى والقضاء بقبول التدخل، كما يكون صريحاً يكون ضمناً في مدونات الحكم، ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة بالجلسة في حضور الخصم ويثبت في محضرها، نقض مدني الطعن رقم ٢٤٥١ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٨ مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ص ٣٩ ص ٥١٦.

(٤٩٣) نقض مدني الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١/٢٦/١٩٨٢ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ص ٣٨ ص ٢٠٦، نقض مدني الطعن رقم ١٢٧٤ لسنة ٥٣ ق جلسة ١١/٢٠/١٩٨٦ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ص ٣٧ ع ٢ ص ٨٦٢، نقض مدني الطعن رقم ٢٢٠١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٦ مايو ١٩٩١ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ص ٤٢ ع ١ ص ١١٤٥؛ حيث قررت المحكمة، أن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن يترتب على التدخل، سواء كانت بالاختصاص أو بالانضمام لأحد أطراف الخصومة أن يصبح المتدخل طرفاً في الدعوى، ويكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه فمن حقه الطعن فيه بطريق الطعن المناسب كالخصوم الأصليين".

كما يترتب على اعتبار المتدخل طرفاً في الخصومة، حقه في الطعن في الحكم الصادر في النزاع حتى ولو كان متدخلاً إنضمامياً ولم يطعن المتدخل الأصلي الذي انضم إليه^(٤٩٤).

١٢٢- التدخل في الخصومة يكون اختياريًا *L'intervention volontaire* من تلقاء نفس المتدخل، سواء أكان ذلك بالانضمام *accessoire* لأحد الخصوم في الخصومة خشية من تأثر مركزه القانوني بمركز هذا الشخص في حالة صدور حكم ضده، أم كان هجوميًا أو اختصاصيًا *principale* مطالبًا فيه المتدخل بحق ذاتي ومستقل له ضد أطراف الخصومة^(٤٩٥).

ويكون التدخل إجباريًا *L'intervention forcée ou mise en cause* وبناء على طلب الخصم أو بأمر المحكمة، وذلك بهدف إدخال شخص من الغير في خصومة قائمة ولم يكن طرفاً فيها عن رفعها، وذلك على أساس حاجة الخصوم والمحكمة لاختصاص هذا الشخص لأمر يتعلق بموضوعها^(٤٩٦).

(٤٩٤) نقض مدني الطعن ٦٤٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٢ س ٤٦ ص ٩٠٧ ع ٢، نقض مدني الطعن رقم ٢٢٠١ لسنة ٥٤ جلسة ١٦ مايو ١٩٩١ مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية س ٤٢ ع ١ ص ١١٤٥؛ حيث جاء به "ومن ثم يكون للمتدخل أمام محكمة أول درجة منضماً لأحد الخصوم في الدعوى حق استئناف الحكم الصادر فيها ولو لم يستأنفه الخصم الأصلي المنظم إليه".

(495) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», op. cit., n° 1155, p. 807 et s., Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., op. cit., n° 463, p. 243 ; Jacques JUNILLON «Les voies des recoures» Dalloz Action, Droit et pratique de la procédure civile, 1998, n°5924. p. 1139, Gérard LEGIER «L'intervention forcée en appel et l'évolution du litige, art. 555 nouveau. C. Pr. Civ.» Dalloz Sirey, 1978, CHRON, n°1. p. 151.

(496) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure (=)

والتدخل الاختياري قد يكون تدخلًا انضماميًا أو تبعيًا **intervention** **accessoire** في حالة تعلق مصلحة شخص من الغير بمصلحة أحد أطراف الخصومة الأصليين، ويسمى بالتدخل الانضمامي لأنه ينضم للدفاع عن مصلحة أحد أطراف الخصومة، ويكون له نفس المركز القانوني لمن انضم إليه، كما يلتزم بنفس طلبات ودفعات من انضم إليه، وقد يكون التدخل الاختياري اختصاصيًا أو هجوميًا **intervention principale** في حالة قيام الغير بالتدخل في الخصومة مطالبًا بحق خاص به ضد أطراف الخصومة^(٤٩٧).

(=) Civile» op. cit., n° 1160. p. 809 et s. ; Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., op. cit., n° 463 et s. p. 243 et s.

(٤٩٧) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص ٥٦٩ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٤٣، ص ٢٧٢ وما بعدها، نقض مدني الطعن رقم ٢٤٥١ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٢٨ مارس ١٩٨٨، مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، س ٣٩ ص ٥١٦؛ حيث قضت المحكمة أنه: "من المقرر طبقًا للمادة ١٢٦ من قانون المرافعات يكون لكل ذي مصلحة التدخل في الدعوى، إما منضمًا لأحد الخصوم أو طالب الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى، ويترتب على هذا التدخل أن يصبح المتدخل خصمًا في الدعوى فيكون الحكم الصادر فيها حجة له أو عليه، وبحق له الطعن فيه بطرق الطعن الجائزة، والقضاء بقبول التدخل كما يكون صريحًا يكون ضمنيًا"، وقد حاول البعض التمييز بين نوعين من التدخل الانضمامي مقسمًا إياه إلى تدخل انضمامي بسيط في حالة تدخل الغير لمصلحة أحد الأطراف دون صالحه الخاص، وتدخل انضمامي مستقل في حالة تدخله مع أحد الأطراف ضد الطرف ولكن لصالحه الخاص وليس لصالح من انضم إليه، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٣٧٤، ص ٢٠٦، ٢٠٧، ص ٣٢٤ وما بعدها، وواقع الأمر أن التمييز السابق نظري محض ولا يمكن تحقيقه عملاً؛ إذ كيف ينضم لصالح أحد الأشخاص لتحقيق لصالحه الخاص أو كيف يسعى لتحقيق صالحه الخاص مع انضمامه إلى أحد الأطراف دون اختصاص حقيقي وفعلي لهذا (=)

والعبرة في تكييف نوع التدخل الاختياري وتحديد ما إذا كان انضمامياً أو اختصاصياً بحقيقة الواقع وليس بما يطلقه الخصوم^(٤٩٨).

أما بالنسبة للتدخل الإجباري *intervention forcée* ، أو ما يسمى عملاً باختصاص الغير، فإنه لا يتدخل اختياريًا في الخصومة، بل يكون بناء على رغبة أحد الخصوم أو المحكمة لتعلق عملية الفصل في موضوع الدعوى بهذا الشخص، فهو حق أو رخصة للخصم في إدخال الغير في دعوى رغمًا عنه، والقاعدة أن للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها، ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة^(٤٩٩).

وفي كل الأحوال، يجوز للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة^(٥٠٠).

(=) الشخص وهو ما ينفي وجود رابطة تضامن أو انضمام بينهما، وهو ما يؤدي عملاً للخلط بين التدخل الانضمامي والتدخل الاختصاصي أو الهجومي. الأمر الذي يستدعي عدم الاستغراق في تفرعات قد تؤدي إلى هدم التمييز الأساسي بين التدخل الانضمامي والتدخل الاختصاصي.

(٤٩٨) نقض مدني الطعن رقم ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧، س ٣٩ ص ٥٨؛ حيث قررت المحكمة بأن "العبرة في اعتبار التدخل اختصاصياً أو هجومياً بحقيقة تكييفه القانوني، وإذا كان الثابت من الواقع في الدعوى أن المطعون الأول طلب تدخله على سند من الإدعاء، بأنه مالك العقار موضوع الدعوى وطلب رفضها على هذا الأساس، فإن هذا التدخل يكون في حقيقته وبحسب مرامه تدخلاً هجومياً، ذلك أنه ولو لم يطلب الحكم لنفسه صراحة إلا أنها تعتبر مطلوبة ضمناً".

(٤٩٩) المادة ١١٧ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، د. أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير، مرجع سابق، بند ٨، ص ٢٥.

(٥٠٠) المادة ١١٨ من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، والجدير بالذكر أن نص المادة ١١٨ يمثل النص العام للتدخل الإجباري بخلاف الحال في قانون (=)

١٢٣- وقد درجت معظم التشريعات المقارنة في التحكيم على وجوب تحديد المسائل التي يشملها التحكيم في وثيقة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً، منها نص المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصري، والمادة ٣/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٤٤٥ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٠١١-٤٨ بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، فما مدى تأثير تلك الطبيعة الخاصة على أشخاص خصومة التحكيم، والقاعدة في التحكيم أن التحكيم لا يلزم إلا أطرافه وفقاً لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم، وهل من المتصور إعمال مبدأ تطور النزاع على خصومة التحكيم أم أنها خصومة ثابتة العناصر؟.

خصومة التحكيم تبدأ من تقديم طلب التحكيم من المدعي أو المحكوم، وفي هذا الطلب يحدد المدعي المدعى عليهم وفقاً لموضوع النزاع وأطرافه وأطراف اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة قد يفاجأ المدعى عليه أو المحكوم ضده باختصاص المحكم لأشخاص لا علاقة لهم بخصومة التحكيم، وقد يغفل المحكم اختصاص أشخاص في العلاقة محل التحكيم، وبالتالي يثور السؤال عن سلطة المدعى عليهم في اختصاص آخرين، وهل للغير التدخل انضماماً أو اختصاصاً في خصومة التحكيم الموجودة، وهل القاضي يملك إدخال من يرى اختصاصهم لمصلحة العدالة، وعلاقة كل هذه المسائل باتفاق التحكيم المحدد من حيث أشخاصه وموضوعه؟.

(=) المرافعات الملغى الذي كان يحدد حالات للتدخل. (للمزيد انظر: د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٤٦، ص ٢٧٦ وما بعدها، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٦٦ من قانون المرافعات الفرنسي). للمزيد انظر:

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Pocédure Civile», op. cit., n° 1160, p. 809 et s.

القاعدة في التحكيم أن التحكيم لا يلزم إلا أطرافه، واستثناء من ذلك النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم يجوز - كما سبق لنا ذكر ذلك - أن يمتد اتفاق التحكيم للخلف العام والخاص، كما يمتد اتفاق التحكيم للغير في حالة الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير، ويمتد اتفاق التحكيم لموضوعات تخرج عن هذا الاتفاق في حالة وجود ارتباط لا يقبل التجزئة بين الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم وغيرها من الموضوعات، كما يمتد شرط التحكيم للغير في حالة مجموع الشركات وغيرها من الحالات الاستثنائية التي يمتد فيها اتفاق التحكيم لغير عاقيه.

١٢٤- السؤال، هل تؤثر كل هذه الظروف في عناصر خصومة التحكيم بالتمكن من إدخال عناصر أخرى غير أطرافه الأصلية أو الاستثنائية، وهل يمكن استدعاء القواعد العامة للخصومة القضائية على خصومة التحكيم الخاصة؟.

بداية، قد تجد فكرة التدخل في خصومة الحكومة معارضة شديدة من الناحية العملية من بعض الأطراف على ضوء التشدد في تحديد مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم، وخصوصية خصومة التحكيم وتميزها عن الخصومة القضائية^(٥٠١)، والتفسير الخاطئ لمبدأ نسبية اتفاق التحكيم، وأن الاتفاق لا يلزم إلا عاقيه فقط، وقد وصل التعنت إلى مطالبة الغير بعمل تحكيم مستقل عن النزاع، على الرغم من وجود تحكيم يتعلق بنفس الموضوع بين الأطراف الأصليين في الاتفاق على التحكيم.

وذلك على الرغم من أن المبدأ في أنظمة التحكيم الدولية وبصفة خاصة

(٥٠١) د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، بند ١٦، ص ١٢٩ وما بعدها.

نص المادة ٢/١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٧٦ أن قواعد التحكيم التجاري الدولي تنظم التحكيم إلا إذا تعارض بين قاعدة فيها ونص من نصوص القانون الواجب التطبيق على التحكيم لا يجوز للطرفين مخالفته؛ إذ تكون الإرجحية عندئذ لذلك النص.

ومقتضى أعمال هذه المبدأ أنه في حالة الاتفاق على التحكيم وفقاً للقانون الوطني من الطرفين، فيتعين الالتزام بأحكام هذا القانون بشأن التدخل في الخصومة، بمعنى أن للأطراف الاتفاق على الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام هيئة التحكيم، وأن الإجراءات المنصوص عليها في تلك الأنظمة لا تسري على التحكيم ما لم يتفق الأطراف على إجراءات خاصة.

وأن أنظمة التحكيم الدولية تجيز بشكل مباشر أو غير مباشر التدخل في الخصومة، وفقاً للقواعد المقررة في قانون المرافعات وبما يتناسب مع خصومة التحكيم، فقد أجازت المادة ٥/١٧ من قواعد التحكيم التجاري الأونسيترال بصيغتها عام ٢٠١٠، إدخال الغير بالتدخل في خصومة التحكيم بناء على طلب احد الأطراف بشرط أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم^(٥٠٢)، ونصت المادة ٣/١٩ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ١٩٧٦ على أن "للمدعي عليه أن يقدم في بيان الدفاع، أو في

(٥٠٢) نصت المادة ٥/١٧ من قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠، على أنه "يجوز لهيئة التحكيم بناءً على طلب أي طرف أن تسمح بضم شخص ثالث واحد أو أكثر كطرف في عملية التحكيم، شريطة أن يكون ذلك الشخص طرفاً في اتفاق التحكيم، ما لم تر هيئة التحكيم، بعد إعطاء جميع الأطراف، بمن فيهم الشخص أو الأشخاص المراد ضمهم، فرصة لسماع أقوالهم، وأنه ينبغي عدم السماح بذلك الضم لأنه يلحق ضرراً بأي من أولئك الأطراف، ويجوز لهيئة التحكيم أن تصدر قراراً واحداً أو عدة قرارات بشأن كل الأطراف المشاركين على هذا النحو في عملية التحكيم".

مرحلة لاحقة من إجراءات التحكيم إذا قررت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر هذا التأخير، طلبات عارضة ناشئة عن نفس العقد أو أن يتمسك بحق ناشئ عن نفس العقد بقصد الدفع بالمقاصة، ونصت الفقرة ٣ من المادة ٢١ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) بصيغتها عام ٢٠١٠ على حق المدعي عليه في خصومة التحكيم في تقديم دعوى متقابلة أو أن يستند إلى دعوى مقامة لغرض الدفع بالمقاصة، شريطة أن تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك".

علاوة على ذلك فقد نصت المادة ٢٠ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الاونسيترال لعام ١٩٧٦، على حق المدعي عليه في تعديل واستكمال الطلبات والدفاع، بقولها "يجوز لكل من الطرفين خلال إجراءات التحكيم تعديل طلبات وأوجه دفاعه أو استكمالها إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن من غير المناسب إجازة التعديل لتأخر وقت تقديمه أو لما قد ينشأ عنه من ضرر من للطرف الآخر أو لأية ظروف أخرى، ومع ذلك، لا يجوز إدخال تعديلات على طلب يكون من شأنها إخراج هذا الطلب بعد تعديله من نطاق شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام ٢٠١٠ (٥٠٣).

(٥٠٣) نصت المادة ٢٢ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال) لعام ٢٠١٠ على أنه "يجوز لأي طرف أثناء إجراءات التحكيم أن يعدل أو يستكمل دعواه أو دفاعه، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن السماح بذلك التعديل أو الاستكمال ليس مناسباً بسبب التأخر في تقديمه أو ما ينشأ عنه من ضرر للأطراف الآخرين أو بسبب أي ظروف أخرى، ولكن لا يجوز تعديل أو استكمال الدعوى أو الدفاع، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة، بحيث تخرج الدعوى المعدلة أو المستكملة، أو الدفاع المعدل أو المستكمل، عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم".

ونصت المادة ١٠٤٥ من قانون المرافعات الهولندي الصادر في ١٩٨٦/١٢/١ على كفالة الإدخال والتدخل في الخصومة من طرف ثالث، على النحو الآتي "١- للمحكمة التحكيمية أن تسمح لأي شخص ثالث له أية مصلحة في الإجراءات التحكيمية بالانضمام أو بالتدخل في هذه الإجراءات بناء على طلبه، وترسل المحكمة التحكيمية في أسرع وقت نسخة من هذا الطلب إلى الأطراف، ٢- يمكن لأي طرف أن يطلب إدخال شخص ثالث كضامن وترسل نسخة من طلب إدخال الضامن في أسرع وقت إلى المحكمة التحكيمية وإلى الطرف الخصم، ٣- لا يجوز للمحكمة التحكيمية أن تسمح بالضم، الإدخال أو إدخال الضامن إلا إذا انضم الشخص الثالث إلى العقد التحكيمي بموجب اتفاق خطي مع الأطراف وذلك بعد الاستماع إلى رأي الأطراف، ٤- بعد قبول الضم، والإدخال أو إدخال الضامن يصبح الشخص الثالث طرفاً في الإجراءات التحكيمية، وتحدد المحكمة التحكيمية كيفية استكمال الإجراءات التحكيمية ما لم يكن الأطراف قد نصوا على ذلك" (٥٠٤).

(504) Article 1045 - Third parties: "1. At the written request of a third party who has an interest in the outcome of the arbitral proceedings, the arbitral tribunal may permit such party to join the proceedings, or to intervene therein. The arbitral tribunal shall send without delay a copy of the request to the parties. 2- A party who claims to be indemnified by a third party may serve a notice of joinder on such a party. A copy of the notice shall be sent without delay to the arbitral tribunal and the other party. 3- the joinder, intervention or joinder for the claim of indemnity may only be permitted by the arbitral tribunal, having heard the parties, if the third party accedes by agreement in writing between him and the parties to the arbitration agreement, 4- on the grant of a request for joinder, intervention, or joinder for the claim of indemnity, the third party becomes a party to the arbitral proceedings. Unless the parties have agreed there on the arbitral tribunal shall determine the further conduct of the proceedings".

وبنفس القدر في أنظمة التحكيم الدولية نص قانون التحكيم المصري في المادة ٢/٣٠ على حق المدعى عليه في الرد على طلب التحكيم، وحقه أن يُضمن هذا الرد أو المذكرة أية طلبات عارضة أو متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر ذلك^(٥٠٥)، كما كفل في الفقرة الأولى من نفس المادة للمدعي الحق في تقديم بيان دعواه في الميعاد المتفق عليه أو الذي تحدده هيئة التحكيم، يتضمن اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه، وشرح لوقائع النزاع وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يوجب اتفاق التحكيم ذكره.

علاوة على ذلك، فقد نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في المادة ٢٥ على حق أطراف اتفاق التحكيم في اختيار الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم وحقهم اختيار القواعد النافذة في أي منظمة أو مركز أو اتفاقية، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها^(٥٠٦).

فضلاً عما نصت عليه المادة ٣٢ والتي كفلت لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم، ما لم ترَ

(٥٠٥) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥٨، ص ٢٢٣ وما بعدها.

(٥٠٦) نصت المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري، على أنه "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة".

هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع^(٥٠٧).

ولعل أهم الأحكام التي يتضمنها قانون التحكيم المصري في هذا الخصوص المادة ٣٨ والتي نصت على انقطاع الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقاً للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة في قانون المرافعات^(٥٠٨).

ومقتضى نص المادة ٣٨ والنصوص المشار إليها في قانون التحكيم المصري، جواز تعديل طرفي الخصومة لطلباتهم في الخصومة، وحق المدعي في تقديم بيان دعواه وتحديد المسائل محل النزاع، وحق المدعى عليه في الرد والادعاء المقابل والمقاصة ما لم تر المحكمة عدم نسبة ذلك، والتزام الخصوم باختصاص الخلف العام أو الخاص والكفلاء للخصم المتوفى، وبطلان أي إجراءات يصدر خلال فترة الانقطاع قبل اختتام من يلزم اختصاصه، وهو تقرير لمبدأ الخلافة في خصومة التحكيم، وعدم انتهاء التحكيم عند حد وفاة أحد أطراف الاتفاق على التحكيم، وفي نفس الوقت فإن النص يقر مبدأ تطور النزاع وتغير الجانب الشخصي في الخصومة، الأمر الذي يستفاد منه إقرار امتداد النطاق الشخصي لخصومة التحكيم لغير أطرافها، وإمكانية تدخل الغير بناء على طلب أحد الخصوم أو المحكمة أو من تلقاء نفسه.

(٥٠٧) نصت المادة ٣٢ من قانون التحكيم المصري، على أنه "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع".

(٥٠٨) نصت المادة ٣٨ من قانون التحكيم المصري، على أنه "ينقطع سير الخصومة أمام هيئة التحكيم في الأحوال ووفقاً للشروط المقررة لذلك في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ويترتب على انقطاع سير الخصومة الآثار المقررة في القانون المذكور".

وفي تقديري، أن منطق الأمور يستلزم تطبيق النصوص المشار إليها، والتي ترسخ حق التدخل في خصومة التحكيم في أنظمة التحكيم الدولية والقانون المصري، الذي نقل عنها نفس التوجه، مع جواز استدعاء خصومة التحكيم القواعد العامة في قانون المرافعات لتحديد النطاق الشخصي لخصومة التحكيم، وذلك بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة هذه الخصومة.

وفي جميع الأحوال، التدخل في الخصومة يرتبط باتفاق التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار امتداد اتفاق التحكيم للخصم المتدخل، سواء من الناحية الشخصية في حالة امتداد اتفاق التحكيم للغير، أو من الناحية الموضوعية كارتباط موضوع الاتفاق بمسألة أخرى مع ارتباط لا يقبل التجزئة باتفاق التحكيم.

فلا يجوز اختصام من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم ما لم يكن من الغير الذي يمتد إليهم اتفاق التحكيم، سواء كان ذلك في الاختصام في بداية الخصومة أو بإدخاله في الخصومة، ويجوز إدخال من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم، في حالة اتفاق الطرفين وموافقته على ذلك، وهو فرض نظري نادراً ما يحدث وإن كان ممكناً الحدوث في حالة اتفاقهم جميعاً على ذلك، ويستوي أن تكون هذه الموافقة أو القبول بخصومة التحكيم صراحة أو ضمناً^(٥٠٩).

وفي الإجمال، يجوز لمن كان طرفاً من أطراف اتفاق التحكيم أن يتدخل لمصلحة أو منضماً لأحد الخصوم في خصومة التحكيم، على أساس أن المتدخل انضمامياً لا يطلب مصلحة لنفسه، ويجوز إدخال الغير لمن كان طرفاً في اتفاق التحكيم، وأن للغير التدخل هجومياً أو اختصامياً في خصومة التحكيم، طالما كان

(٥٠٩) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه،

بند ١٨٢، ص ٣٤١ وما بعدها.

طرفاً ومن الغير الذين يمتد إليهم اتفاق التحكيم^(٥١٠)، وأنه لا يجوز إدخال وتدخّل من لمن يكن طرفاً في اتفاق التحكيم أو لم يمتد اتفاق التحكيم إليه الا باتفاق جميع الأطراف، سواء باتفاق مسبق أو باتفاق لاحق على قيام النزاع^(٥١١).

وتطبيقاً لذلك، يجب على المحتكم اختصام الخلف العام في خصومة التحكيم في حالة وفاة مورثهم، على أن يراعي توافر الأهلية القضائية لديهم، فإن لم يكونوا ذوي أهلية تعين اختصامهم عن طريق الممثل القانوني لهم، ويجوز له اختصام الكفلاء والضامنين في خصومة التحكيم، والمشرط لصالحه والمتعهد عنه في الخصومة.

ويكون للمحتكم ضده اختصام الأطراف الأخرى في اتفاق التحكيم في حالة تعدد أطرافه، واختصام الكفلاء والضامنين، كما يكون له المطالبة باختصام أشخاص آخرين أمام هيئة التحكيم تربطهم بالنزاع ارتباط لا يقبل التجزئة.

ويكون لهيئة التحكيم استدعاء النصوص الخاصة بتحديد عناصر الدعوى من قانون المرافعات لإظهار الحقيقة وتحقيق العدالة، كما يكون لهيئة التحكيم إدخال من ترى إدخاله لإظهار الحقيقة وتحقيق العدالة بين الخصوم.

وفي جميع الأحوال فإن إدخال من يرى إدخاله في خصومة التحكيم يخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم^(٥١٢).

(٥١٠) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٨٢، ١٨٣، ص ٣٤١ وما بعدها.

(٥١١) د. أحمد هندي، المشكلات العملية في نظام المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، بند ١٦، ص ١٢٩ وما بعدها.

(٥١٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٨٢، ١٨٣ / ص ٣٤١ وما بعدها.

١٢٥- وفي قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الأمر أكثر وضوحاً في حالة عدم وجود قانون تحكيم مستقل عن قانون الإجراءات المدنية، وأن النصوص من ٢٠٣ حتى ٢٠١٨ تنظم أحكام التحكيم، وبالتالي تسري على خصومة التحكيم ما يسري على الخصومة القضائية، عملاً بأن قواعد التشريع الواحد تكمل بعضها البعض، وأنه لا يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

الجدير بالذكر أن مشروع التحكيم الإماراتي الذي أعد من وزارة العدل في عام ٢٠١٠ قد تضمن بهذا الخصوص نفس الأحكام والمواد في قانون التحكيم المصري، نقلاً عن قواعد التحكيم التجاري الدولي والأونسيترال والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥.

المطلب الثاني

النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم

١٢٦- التحكيم هو استثناء على القضاء، وأنه يترتب على اتفاق التحكيم التزام الأطراف من الناحية الايجابية بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه والتزامهم سلبياً بعدم الالتجاء لقضاء الدولة دون أن يترتب على ذلك سلب اختصاص الدولة بنظر النزاع، والقاعدة أن التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح، وقد نصت على هذه القاعدة معظم التشريعات القانونية في العالم، وأساس ذلك أن الصلح يكون لمن له أهلية التصرف في الحق، وبالتالي كل ما يتعلق بالصالح الخاص بالشخص، ومن ثم يتصور التحكيم من عدمه، ويتصل بذلك أيضاً أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام. وفي ضوء ذلك، فإن اتفاق التحكيم ينحصر نطاقه الموضوعي في كل

المنازعات التي يجوز فيها الصلح، سواء أكان ذلك في المسائل المدنية أو التجارية أو في المنازعات والعقود الإدارية، ومن ثم تخرج المنازعات الجنائية من نطاق اتفاق التحكيم؛ إذ لا يجوز الاتفاق على التحكيم لتحديد المسؤولية الجنائية للمتهم^(٥١٣)، غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم في المسائل المالية المترتبة على تلك المسؤولية، لأن المسائل المالية كمبدأ يجوز فيها الصلح^(٥١٤).

ودراسة النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، تقتضي بيان القاعدة أو المعيار الذي إذا توافر أمكن للأفراد الاتفاق على التحكيم، والحالات الأخرى التي تخرج عن نطاق هذه القاعدة، وهو ما سنتناوله على النحو الآتي:

الفرع الأول

اتفاق التحكيم لا يجوز إلا فيما يجوز فيه الصلح

١٢٧- القاعدة في قانون التحكيم المصري أن اتفاق التحكيم لا يجوز في كل ما لا يجوز فيه الصلح، إذ الأصل في التحكيم هو القابلية للتحكيم وأن الاستثناء أن التحكيم غير جائز في ما لا يجوز فيه الصلح، حيث نصت معظم القوانين المعاصرة على مبدأ عام هو أن التحكيم لا يجوز فيما لا يجوز فيه الصلح. والصلح عقد أو اتفاق يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي^(٥١٥)، أو هو يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً

(٥١٣) نقض مدني الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٩ ق ٢٠٦، ص ٩٦٨، ع ٢ س ٣٨.

(514) Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile» op. cit., n° 1636, p. 1097 et s.

(٥١٥) نقض أبوظبي الطعن رقم ٦١٩ لسنة ٢٠١٠ س ٤ ق. أ. مجموعة الاحكام (=)

محتماً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، وقد نصت المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري في تعريفها للمصالح بأنه "الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه"، ونصت المادة ٥٥٠ على اشتراط الأهلية فيمن يعقد صلحاً، بقولها "يشترط فيمن يعقد صلحاً أن يكون أهلاً للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح" ونصت المادة ٥٥١، على نطاق المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وما يجوز فيه الصلح، بقولها أنه "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 إحدى الجرائم".

(=) والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والادارية السنة القضائية الرابعة ٢٠١٠ من أول سبتمبر حتى آخر ديسمبر ج ٣ ص ١٣١٩، وقد جاء في هذا الحكم "لما كان الصلح وفقاً لنص المادة ٧٢٢ من قانون المعاملات المدنية عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي، كما أنه وفقاً لنص المادة ٧٢٨ من ذات القانون "إذا صالح شخص على بعض المدعى به أو على مقدار ما يدعيه في ذمة الآخر أسقط حق ادعائه في الباقي" مما مؤاده أن اتفاق الدائن مع المدين على تسوية المديونية أو بالتنازل عن جزء من المديونية - هو عقد صلح يتنازل بمقتضاه كل من الطرفين عن بعض ادعاءاته ويحسم النزاع حول تلك المديونية، فهو ملزم لطرفيه ومن بعدهما ورثتهما فلا يجوز لأي منهم الرجوع فيه ولا تسمع به دعوى المدعى ولو أقام البينة على ما ادعاه أو على ما سبق إقرار المنكر به، كما أن مفاد المادتين ٢٦٨ و ٢٦٩ من قانون المعاملات المدنية أن الإقالة هي اتفاق ينقضي به الالتزام الناشئ عن العقد المبرم بين طرفيه فيترتب عليها انحلال العقد وانقضاء الالتزامات التي أنشأها سواء لم يبدأ في تنفيذها فتزول دون أن تنفذ أو اذا بدأ تنفيذها ولم يكتمل فتزول أيضاً دون أن يتم تنفيذها".

وقد أجازت المادة ٨٠٨ من قانون التحكيم الإيطالي الصادر في ٥ يناير ١٩٩٤ التحكيم في جميع المنازعات الناشئة بين الأفراد باستثناء تلك المنازعات العمالية المنصوص عليها في المواد من ٤٠٩ إلى ٤٤٢ من قانون العمل والمنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وتلك المتعلقة بالانفصال الجسماني^(٥١٦)، وقد حددت المواد ٢٠٥٩ و ٢٠٦٠ من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ والمعدلة بالقانون رقم ١٩٧٢/٦٢٦ الشروط المتعلقة بمحل اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة ٢٠٥٩ على حق جميع الأشخاص في تسوية حقوقهم التي يكون لهم حرية التصرف فيها **Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition**، ونصت المادة ٢٠٦٠ على منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام^(٥١٧).

(516) Art 806 du Droit ITALIEN, Loi du 5 Janvier 1994 « Les parties peuvent soumettre à la décision des arbitres les litiges nés entre elles; à l'exception de ceux visés aux articles 409 et 442 de ceux qui concernent des questions d'état des personnes et de séparation entre conjoint ainsi que de ceux qui ne peuvent pas faire l'objet d'un transaction », Rev. arb., 1994, n° 3, p. 582, note, les arts 409 et 442 sont relatifs au droit de travail.

(517) Art 2060 CCF « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public » Jean Vincent et Serge GUINCHARD « procédure civile » op.cit, n°1637,p.1098 et s.; Jean-Hubert MONITRY « arbitrage international et droit de la concurrence de la LEX MERCATORIA ?, Rev. d'arbitrage, 1989, p. 3 et s.

جدير بالذكر أن القضاء الفرنسي قد أكد على صلاحية شرط التحكيم في النطاق الدولي وأنه بالنسبة للتحكيم الداخلي لم يكن معروفاً سوى التحكيم في العقود التجارية، وفي ١٥ مارس ٢٠٠١ قد عدل المشرع الفرنسي المادة ٢٠٦١ بموجب المادة ١٢٦ من القانون رقم ٢٠٠١-٤٢٠ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠٠١ مجيزاً التحكيم في جميع العقود التي تتضمن نشاطاً وظيفياً، حيث نص على أنه باستثناء الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون يكون شرط التحكيم صالحاً في التصرفات التجارية والعلاقات بين الجمعيات والشركات التجارية، ومن الآن فصاعداً يكون شرط التحكيم صالحاً في العقود المتعلقة بالأنشطة الفنية والزراعية، مع بقاءه ممنوعاً في عقود المستهلك وعقود العمل، وبذلك التعديل يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على المستوى الداخلي والخارجي فيما عدا عقود الاستهلاك وعقود العمل^(٥١٨).

وتجدر الإشارة إلى أن القابلية للتحكيم هي الأصل وأن عدم القابلية للتحكيم هي الاستثناء^(٥١٩)، حيث نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على عدم إجازة التحكيم في كل ما لا يجوز فيه الصلح، بمعنى جواز التحكيم

(518) Philippe FOUCHARD « La laborieuse reforme de la clause compromissoire par loi 15 Mai 2001 » Revue de l'arbitrage 2001, n° 3, p. 397

جدير بالذكر أن الاستثناء السابق لعقود الاستهلاك وعقود العمل من استنتاج الفقه، إذ استعمل المشرع تعبير *les contacts conclus à raison d'une activité professionnelle*، حيث أجاز المشرع صلاحية شرط التحكيم في جميع العقود ذات الطبيعة الوظيفية بقوله:

Art 2061 CCF « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est Valade dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »

(٥١٩) د. ناريمان عبد القادر "اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤" مرجع سابق ٢٤٣ وما بعدها.

في كل ما يجوز فيه الصلح، فكل مسألة أعطى القانون للأشخاص حق التصالح عليها يجوز فيها الاتفاق على التحكيم، وهو ما نصت عليه بقولها " ... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وقد نصت على هذا المعنى المادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي، والمادة ١١ من قانون التحكيم العماني، والمادة ١٩٠ من قانون المرافعات القطري، وقد نصت المادة ٥٥١ من القانون المدني المصري على أن "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، لكن يجوز الصلح في المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

١٢٨- وقد تباينت التشريعات في النص على هذا المبدأ؛ إذ اتجهت بعض التشريعات بالمبدأ بإطلاق بينما نصت بعضها الآخر على تقيد ذلك، حيث أطلقت معظم التشريعات نطاق موضوع اتفاق التحكيم بجوازه في كل ما يجوز فيه الصلح، حيث نصت المادة ١١ من قانون التحكيم المصري على أن "... ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، وقد نصت على هذا المعنى المادة ٤/٢٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي، والمادة ٢٥٤ من قانون المرافعات العراقي، والمادة ١١ من قانون التحكيم العماني، ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو النظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب الجرائم (م ٥٥١ مدني مصري).

١٢٩- وقد قيدت بعض التشريعات من نطاق هذه القاعدة فنصت على استبعاد الاتفاق على التحكيم في مسائل بعينها، حيث نصت المادة ٥ من قانون

التحكيم اليمني على أنه "لا يجوز التحكيم فيما يلي: ١- الحدود واللعان وفسخ عقود النكاح، ٢- رد القضاة ومخاصمتهم، ٣- المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري، ٤- سائر المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح، ٥- كل ما يتعلق بالنظام العام"، ونصت المادة ٧ من قانون التحكيم التونسي على أنه "لا يجوز التحكيم: أولاً: في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ثانياً: في المنازعات المتعلقة بالجنسية، ثالثاً: في المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الحالات المالية الناشئة عنها، رابعاً: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، خامساً: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية والجامعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقة دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية...".

ونصت المادة ١ من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم م/٤٦ بتاريخ ١٢/٧/١٤٠٣هـ، على أنه "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح كالحدود واللعان بين الزوجين وكل ما يتعلق بالنظام العام".

ونصت المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائري على أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم...".

ونصت المادة ٥٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري على أنه "... ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو بالجنسية أو بالمسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، ونص الفصل السابع من قانون التحكيم التونسي على أنه "لا يجوز التحكيم: أولاً: في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ثانياً: في النزاعات المتعلقة بالجنسية، ثالثاً: في النزاعات المتعلقة بالحالة

الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها رابعاً: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، خامساً: في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

ومن الناحية الضمنية نصت المادة ١١٠/٢ من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥ على عدم جواز التراضي على إسقاط نفقة الأولاد أو حضانتهم^(٥٢٠)، الأمر الذي يستفاد منه عدم جواز التحكيم بشأن النفقة والحضانة.

ونصت المادة ٣ من قانون التحكيم الصيني لعام ١٩٩٤ التحكيم في مسائل الزواج والتبني، والوصاية والزواج والدعم وخلافة المنازعات والمنازعات الإدارية بين أشخاص القانون العام^(٥٢١).

وأن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي "وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن لا يجوز التحكيم بصدد إجراءات التنفيذ والحجز ولا الدعاوى اللازمة لصحتها، إلا إذا اتفق على اختصاص جهة التحكيم بها، فإذا تطلب القانون بصدد إجراءات الحجز رفع دعوى معينه فلا يجوز أن ترفع إلا إلى المحكمة المختصة دون جهة التحكيم ما لم يتفق على خلاف ذلك"^(٥٢٢).

(٥٢٠) محكمة نقض أبوظبي الطعن رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٨ س ٢ ق أ جلسة ٢٠٠٨/٤/٩ أحوال شخصية.

(521) Article 3: "The following disputes shall not be submitted to arbitration: 1. Disputes over marriage, adoption, guardianship, child maintenance and inheritance; and 2. Administrative disputes falling within the jurisdiction of the relevant administrative organs according to law".

(٥٢٢) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٥ تجاري جلسة ٢ يوليو ٢٠٠٥، العدد السادس عشر ج ١ ص ١٤٥٥ وما بعدها.

يستفاد مما سبق، أن التشريعات العربية تكاد تتفق على إجازة التحكيم في كل المنازعات التي يجوز فيها الصلح ولا تتعارض مع النظام العام للمجتمع، وفي إطار ذلك يتحدد موضوع ومحل اتفاق التحكيم، وهذا الموضوع أو المحل الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم يتميز عما يرتبه هذا الاتفاق من آثار يربتها القانون ويحددها بمجرد توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم، فإذا خالف أحد الأطراف هذا الاتفاق على التحكيم والتجأ للقضاء، كان للطرف الآخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع، فيترتب على اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه من الأطراف عدم جواز التجأ الأطراف تلقائياً للقضاء، والالتزام بالالتجاء للتحكيم وقبول الحكم الصادر من هيئة التحكيم في هذه الحالة، والتمسك بوجود اتفاق التحكيم لا يترتب تلقائياً لعدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة القضاء به من تلقاء نفسها، بل يتعين على الخصم التمسك بوجوده قبل الكلام في الموضوع وإلا عد متنازلاً عن التحكيم، بخلاف موضوع ومحل اتفاق التحكيم إذ يتعين على الأطراف تحديد موضوعات اتفاق التحكيم.

ويترتب على الاتفاق على التحكيم في مسألة لا يجوز فيها الصلح بطلان اتفاق التحكيم، وهذا البطلان يجوز التمسك به أمام المحكمة المدفوع أمامها بوجود اتفاق التحكيم، كما يجوز التمسك به أمام هيئة التحكيم في ميعاد رد المدعى عليه على الدعوى وفقاً لنص المادة ٢٢ من قانون التحكيم المصري وإلا سقط الحق في التمسك به، كما يجوز في هذه الحالة التمسك ببطلان الاتفاق التحكيم عن طريق دعوى بطلان حكم المحكمين وفقاً لنص المادة ٥٣ من قانون التحكيم المصري.

أساس ذلك - كما ذكرت آنفاً - أن المسائل التي يجوز فيها الصلح تتعلق بالصالح الخاص بالأفراد ولا تتعلق بالنظام العام للمجتمع أو مصالحه

العليا، ويتمثل هذا الموضوع أو المحل في موضوع من موضوعات العقد الذي ورد شرط التحكيم كبند من بنوده، أو ما ثار النزاع بشأنه بالنسبة للاتفاق اللاحق على العقد أو ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف بعد قيام النزاع بين الأطراف، سواء أكان ذلك بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء أو قبل قيام هذا النزاع، وفي كل الأحوال يتعين أن يكون هذا الموضوع أو المحل قابلاً للصلح وغير مخالف للنظام العام^(٥٢٣).

الفرع الثاني

عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام

١٣٠- النظام العام فكرة غير محددة وتختلف من زمان لزمان ومن مجتمع لمجتمع آخر، فما يعد من النظام العام لمجتمع رأسمالي قد لا يعد كذلك في مجتمع اشتراكي، وما قد يعد من النظام العام في زمن معين قد لا يعد كذلك في زمان آخر، وبصفة عامة يمكن تعريف النظام العام بأنه ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع ويمس نسيجه الاقتصادي والسياسي ويخل بقيمه العقائدية والأخلاقية^(٥٢٤).

وقد جرت معظم القوانين على حظر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، حيث نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني المصري الحالي على أنه "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً،"

(٥٢٣) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٧، ٢٨، ٢٩، ص ٢٩ وما بعدها.

(٥٢٤) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق بند ٥٠ (ب) ص ٨١ وما بعدها.

وقد نص قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة على نفس الأحكام^(٥٢٥).

وقد نصت المادة ١/٢ من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، على هذا المبدأ بقولها "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 القاتون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم"، فإذا تضمن اتفاق التحكيم بعض الأجزاء التي يجوز فيها الصلح وبعض الأجزاء لا يجوز فيها الصلح، فإن اتفاق التحكيم شأن سائر العقود يبطل في حدود الجزء الذي لا يقبل الصلح، إلا إذا كان هذا الشق لا ينفصل جملة عن الشق الآخر، إذ المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أنه "إذا اشتمل اتفاق التحكيم على بعض المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح؛ ومن ثم لا تقبل التحكيم، فإنه يكون - كما هو الشأن في سائر العقود - صحيحاً بالنسبة إلى ما يجوز فيه التحكيم ويقتصر البطلان على الشق الباطل وحده ما لم يقم من يدعي البطلان الدليل على أن الشق الباطل أو القابل للإبطال لا ينفصل عن جملة التعاقد..."^(٥٢٦).

ونصت المادة ٧٤٠ من قانون المرافعات الليبي على أنه "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة

(٥٢٥) انظر المواد رقم ١٩٩ و ٢٠٠ و ٢٠١ و ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ و ٢٠٦ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ الصادر في ١٥/١٢/١٩٨٥.

(٥٢٦) تمييز دبي، الطعن رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٨ جلسة ١٥/١١/١٩٩٨.

والمنازعات المتعلقة أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

ونص الفصل السابع من قانون التحكيم التونسي على أنه "لا يجوز التحكيم: أولاً - في المسائل المتعلقة بالنظام العام".

١٣١ - جدير بالذكر، أن النفقة - من حيث الأصل - من الحقوق المالية التي يجوز التحكيم بشأنها في معظم القوانين العربية، ولا تعارض بشأنها مع النظام العام؛ إذ هي من الحقوق التي تقوم بمال، ويمكن تقديرها بمبلغ من النقود وتتعلق بالصالح الخاص للفرد، والأمر الذي يجيز التصالح عليها، والمبدأ في القانون المقارن، أن التحكيم جائز في كل ما يجوز فيه الصلح.

إلى جانب ذلك فقد نصت بعض التشريعات صراحة على إجازة التحكيم بشأنها، حيث نصت المادة ٧٤٠ من قانون المرافعات الليبي على أنه "لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام أو المنازعات بين العمال وأرباب العمل بشأن الأحكام الخاصة بالتأمين الاجتماعي وإصابات العمل وأمراض المهنة والمنازعات المتعلقة أو بالحالة الشخصية بما في ذلك التفريق البدني، على أنه يجوز أن يكون موضوع التحكيم تقديراً لنفقة واجبة في النظام الزوجي أو العائلي أو في خلاف على مقدار المهر أو البائنة أو دعوى مالية أخرى ناشئة عن قضايا الأحوال الشخصية، كما يجوز التحكيم بين الزوجين فيما تجيزه أحكام الشريعة الإسلامية".

غير أن بعض التشريعات المعاصرة تمنع التحكيم بالنسبة للنفقة وتعتبرها من النظام العام، مثال المادة ٤٤٢ من قانون المرافعات الجزائري،

والتي نصت على أنه "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو في حالة الأشخاص وأهليتهم...".

١٣٢- وأخيراً يثور التساؤل عن مدى جواز الاتفاق على التحكيم بالنسبة للحقوق المتعلقة ببعض القوانين التي ينص فيها المشرع على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف أحكامها؟

ورد النص في بعض القوانين على عدم جواز اتفاق الأطراف على مخالفة أحكامها مثل قوانين العمل في بعض الدول العربية، بهدف توفير الحد الأدنى من الحماية للعمال كطرف ضعيف^(٥٢٧).

حيث نصت المادة ٧ من قانون تنظيم علاقات العمل رقم ٨ لسنة ١٩٨٤ على أنه "يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على نفاذه ما لم يكن أكثر فائدة للعامل".

ونصت المادة ٥ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه يقع باطلاً كل شرط يخالف أحكام هذا القانون ولو كان سابقاً على العمل به إذا كان يتضمن انتقاصاً من حقوق العامل المقررة فيه"، وهو نفس ما نصت عليه المادة الخامسة من نظام العمل السعودي^(٥٢٨).

(٥٢٧) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، خصوصيات التقاضي في تسوية منازعات العمل الفردية، دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون تنظيم علاقات العمل الإماراتي والمقارن، قيد النشر بمجلة الشريعة والقانون.

(٥٢٨) نصت المادة الثامنة من نظام العمل السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم (م/٥١) بتاريخ ٢٣/٠٨/١٤٢٦هـ، على أنه "يبطل كل شرط يخالف أحكام هذا النظام، ويبطل كل إبراء أو مصالححة عن الحقوق الناشئة للعامل بموجب هذا النظام، أثناء سريان عقد (=)

وأن قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم الوكالات التجارية بدولة الإمارات العربية المتحدة، قد نص في المادة ٦ المعدلة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨ على اختصاص محاكم الدولة بنظر المنازعات الناشئة عن تنفيذه بين الموكل والوكيل وعدم الاعتداد بأي اتفاق يخالف ذلك^(٥٢٩).

الحظر السابق قد يثير التساؤل عن مدى تعلق الحقوق محل هذه القوانين بالصالح العام أو الصالح الخاص، وبالتالي مدى إمكان التصالح عليها من عدمه، والعلة من النص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها، وإجازة ذلك إذا تضمن نفعاً للعامل، وعدم إجازته إذا كان فيه انتقاص لحقوق العامل، وفي ضوء ذلك يلزم التمييز بين النص على عدم جواز الاتفاق مطلقاً على مخالفة أحكام هذه القوانين بصرف النظر عن كون الاتفاق فيه فائدة أكثر للعامل أو انتقاص من حقوقه، وبين النص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف هذه القوانين إلا إذا كان الاتفاق أكثر فائدة للعامل أو لم يتضمن الاتفاق على التنازل عن حق من حقوقه المنصوص عليها.

الواقع - بحق - أن الحقوق المتعلقة بهذه القوانين تتعلق من حيث الأصل بالصالح الخاص لكل من العامل وصاحب العمل، وأنه من غير المتصور تدخل الدولة في العلاقة الخاصة بالعامل وصاحب العمل لمنع تنازل عن منهما عن حقوقه في حالة عدم وجود نزاع بينهما، إلا أنه لاعتبارات تتعلق بالأمن القانوني في المجتمع، ومنع تسلط طبقة من طبقات المجتمع على طبقة أخرى،

(=) العمل ما لم يكن أكثر فائدة للعامل".

(٥٢٩) نصت المادة ٦ من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم الوكالات التجارية والمعدلة بالقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨٨، على أنه "يعتبر عقد الوكالة التجارية لمصلحة المتعاقدين المشتركة وتختص محاكم الدولة بنظر أي نزاع ينشأ عن تنفيذه بين الموكل والوكيل ولا يعتد بأي اتفاق يخالف ذلك".

ومنع وجود التفاوت الاجتماعي بين أفراد المجتمع، ومنع العمل القسري، وأن هذه الحقوق تمثل في مجملها الحد الأدنى الواجب حصول العمال عليه، فقد ارتأى المشرع النص بقاعدة أمره على عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكام هذه القوانين، وذلك على الرغم من تعلق هذه الحقوق بالصالح الخاص وإمكان التصالح عليها.

أما من ناحية النص على عدم جواز الاتفاق مطلقاً على مخالفة أحكام هذه القوانين بصرف النظر عن كون الاتفاق فيه فائدة أكثر للعامل أو انتقاص من حقوقه، وبين النص على عدم جواز الاتفاق على ما يخالف هذه القوانين إلا إذا كان الاتفاق أكثر فائدة للعامل أو لم يتضمن الاتفاق على التنازل عن حق من حقوقه المنصوص عليها، فيمكن التمييز بين الحالتين:

في الحالة الأولى، التي يتم فيها النص مطلقاً على عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكام القانون، نرى عدم جواز الاتفاق على التحكيم بشأن الحقوق التي تنظمها هذه القوانين ولو تعلق بالصالح العام، لتعلق استعمال تلك الحقوق بالأمن القانوني أو النظام العام للمجتمع.

وفي الحالة الثانية، التي يتم النص فيها على عدم جواز الاتفاق على مخالفة أحكام هذه القوانين إلا إذا كان الاتفاق أكثر فائدة للعامل أو كان الاتفاق فيه انتقاص للعامل، فيبدو الأمر أكثر حيرة، ويعتمد على تحديد أثر اتفاق التحكيم، وهل من شأنه الانتقاص من حقوق العامل، وهل التنازل عن الالتجاء للقضاء والاتفاق على الالتجاء على التحكيم يعد انتقاصاً من حقوق العامل.

وفي وجهة نظري، المسألة فيها وجهات نظر كثيرة، فقد يكون الاتفاق على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء أكثر فائدة للعامل، وقد يكون الاتفاق على التحكيم ضار بالعامل لسلب الحماية القانونية التي كفلها القانون للعامل، وأياً

ما كانت وجهات النظر، فإن المحكم يعمل وفق القوانين الموضوعية والإجرائية التي اتفق عليها الأشخاص، والاتفاق على التحكيم نفسه مقيد بعدم جواز مخالفة النظام العام للمجتمع، وأن معظم أنظمة التحكيم التي يتصور إحالة الأطراف اتفاقهم إليها، تضمن للجميع احترام الأصول العامة في التقاضي.

ومن ثم نري، وفي هذه الحالة، جواز الاتفاق على التحكيم في مثل هذه الحالة طالما أن العامل هو من يريد الالتجاء للتحكيم بدلاً من القضاء، بمعنى أن البطلان في هذه الحالة مقرر لمصلحة العامل، وأنه وحده صاحب المصلحة في التمسك به، ولا يكون لصاحب العمل التمسك به، في حالة تمسك العامل بالقواعد الآمرة المقررة في القانون لحمايته من عسف صاحب العمل، على أن يراعى في جميع الأحوال مضمون اتفاق التحكيم، وما إذا كان يتضمن شروطاً أكثر ضرراً بالعامل أم لا، ووقت الاتفاق على التحكيم، وأنه لا يعتد بشرط التحكيم الوارد في العقود، مع إمكان الاعتداد بالشروط والمشاركات اللاحقة على قيام النزاع.

الجدير بالذكر أن نظام العمل السعودي قد أجاز التحكيم في منازعات العمل الفردية، حيث نصت المادة الرابعة والعشرون بعد المائتين من نظام العمل السعودي الصادر بالأمر الملكي رقم (م/ ٥٩) على جواز التحكيم في منازعات العمل مع تطبيق نظام التحكيم المطبق في المملكة في حالة اتفاق طرفي العلاقة على ذلك، بقولها "يجوز لطرفي عقد العمل تضمينه نصاً يقضي بتسوية الخلافات بطريق التحكيم، كما يمكن لهما الاتفاق على ذلك بعد نشوء النزاع، وفي جميع الأحوال تطبق أحكام نظام التحكيم النافذ في المملكة ولائحته التنفيذية".

الفرع الثالث

مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية

١٣٣- ويتصل بشرط تعلق الاتفاق على التحكيم بالصلح أو عدم تعارضها مع النظام العام لخضوع المسألة للتحكيم، بحث مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية، ومن باب أولى المنازعات من الهيئات والمؤسسات العامة؟.

المنازعة الإدارية هي المنازعة التي تكون الدولة أحد أطرافها، وعلى هذا الأساس اعتمد مجلس الدولة المصري في تحديد اختصاصه بنظر المنازعات عملاً بنص المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥^(٥٣٠)، والمنازعة الإدارية تتعلق بخصوصية بين أحد أشخاص القانون العام، والأشخاص القانونية العامة هي الدولة والمحافظات والوزارات والمصالح العامة والهيئات والمؤسسات العامة ووحدات الإدارة المحلية^(٥٣١)، بعضهم مع بعض أو الأفراد والمؤسسات والشركات الخاصة، وهذه الخصومة قد تتعلق بعقد من العقود الإدارية بين أشخاص القانون العام والأفراد والمؤسسات العامة والخاصة، وقد تتعلق بقرار إداري صادر عن جهة الإدارة، وهذا القرار قد يكون عملاً تنظيمياً إدارياً، وقد يرتبط بعمل من أعمال الحكومة أو أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء، والنوعين الأخيرين من المنازعات الإدارية لا يتصور - في وجهة نظري - الحديث عنهما بشأن

(٥٣٠) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٦٥ وما بعدها.
(٥٣١) المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين، لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، ص ٩ وما بعدها.

التحكيم لاستحالة تصور ذلك، فأعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء ومن باب أولى للتحكيم^(٥٣٢).

والمنازعة الإدارية قد تكون من الأفراد والمؤسسات الخاصة والعامة والهيئات ضد الدولة، وقد تكون من الدولة وأشخاص القانون العام ضد الأفراد والمؤسسات الخاصة والشركات، والمنازعات الإدارية هذه قد تتعلق بعقد من العقود الإدارية بمعناه الصحيح التي تتعلق بإدارة مرفق عام من مرفق الدولة بأساليب السلطة العامة وقد تتعلق بإدارة مرفق عام اقتصادي وقد تتعلق بقرار من القرارات الإدارية^(٥٣٣).

والمنازعة الإدارية المتعلقة بالقرارات الإدارية منها ما ينصرف لإلغاء القرار الإداري، ومنها ما يتعلق بالتعويض عن القرار الإداري^(٥٣٤)، والنوع الأخير فقط هو الذي يتصور أن يكون مجالاً للتسوية والتحكيم - في وجهة نظرنا، وذلك إذا ما سلمنا لاحقاً بقابلية المنازعة الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية للتحكيم شأن المنازعات المدنية والتجارية التي يجوز فيها الصلح، في ضوء ما انتهى إليه المشرع تحديداً في مجال العقود الإدارية.

(٥٣٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٩٥ وما بعدها؛ د. محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم مرجع سابق الإشارة، بند ٢٠٤، ص ١٦٩ وما بعدها.

(٥٣٣) المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، مرجع سابق الإشارة، ص ٩ وما بعدها؛ د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٩٥.

(٥٣٤) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مدى إمكانية التحكيم في منازعات القرارات الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص ٧٠، ٧١.

ومن المقرر في قضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها ٢٠١٠/٩/١٤ في قضية مدينة مدينتي الشهيرة، "أنه قد بات من المستقر عليه قضاء وإفتاء - أن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء - فمنها ما يعد عقوداً إدارية تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد، وقد تنزل منزلة الأفراد في تعاقدهم وتبرم عقوداً مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص، ومناطق العقد الإداري أن تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام بما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح"^(٥٣٥).

والمنازعة الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية، سواء كانت من أو ضد أشخاص القانون العام كالدولة والمؤسسات والهيئات والشركات العامة، فإنها تتعلق بالتصرف أو بالتزام يتعلق بالمال العام المملوك للدولة، الأمر الذي يثير التساؤل عن جواز التصالح عليه أم لا، ومن له سلطة التصرف في هذا المال، إذا كان المقصود به تخصيصه للمنفعة العامة، حيث أدى الاعتبار الأول إلى رفض القول بالتحكيم في تشريعات بعض الدولة، في حين قام الاعتبار الثاني في تشريعات البعض الآخر لتقييد التحكيم في المنازعات الإدارية.

(٥٣٥) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي ٣٠٩٥٢ و ٣١٣١٤ لسنة ٥٦ ق عليا جلسة ٢٠١٠/٩/١٤، مشار إليه، لدى المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، مرجع سابق الإشارة، ص ١٠ وما بعدها.

١/١٣٣- تجدر الإشارة أن القانون الفرنسي كان أكثر وضوحاً من القانون المصري في هذه المسألة، حيث حظر المشرع في المادة ١٠٠٤ من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام ١٨٠٦ التحكيم في المنازعات التي أوجب القانون إبلاغها للنيابة العامة، ونصت المادة ٨٣ من نفس القانون على أن المنازعات التي يشترط القانون إبلاغها للنيابة العامة هي التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة، وبموجب قانون المرافعات الحالي تم حذف المادة ١٠٠٤، وحلت محلها المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني الصادر في ٥ يوليو ١٩٧٢ والمعدل في ٩ يوليو ١٩٧٥ والتي نصت على "منع التسوية أو التصالح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية ومسائل الطلاق والانفصال الجسماني، والمسائل المتعلقة بالجمعيات العامة والمؤسسات العامة والمسائل أو الأمور المتعلقة بالنظام العام" (٥٣٦).

وقد عاد المشرع الفرنسي وخفف من هذه القاعدة في القانون الصادر في ١٧ أبريل ١٩٠٦، حيث أجاز هذا القانون التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد التي تبرمها الدولة والمديريات والمحليات، وهو تعدد حصر لنطاق التحكيم في العقود الإدارية.

(٥٣٦) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٤٦ وما بعدها؛ د. دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي في الفترة من ٢٠-٢١ مايو ٢٠٠٨، ص ٢٧٤ وما بعدها؛ د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٢٠٨ وما بعدها.

وقد طبق المشرع الفرنسي هذا الاستثناء بقانون الأشغال العامة في المواد ١٣٢، ٢٤٧، ٣٦١، متطلباً صدور مرسوم من مجلس الوزراء مصدقاً عليه من الوزير المختص ووزير المالية بالنسبة لجواز التحكيم بالنسبة للدولة، من مجلس المديرية وموافقة الوزير المختص في حالة التحكيم الخاص بالمديريات، وموافقة المجلس البلدي واعتماد مدير المقاطعة في عقود البلديات، وأن القانون الصادر في ٢٥ يوليو ١٩٦٠ قد وسع من نطاق التحكيم مضيفاً النقابات المشتركة أو المراكز الحضرية والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية^(٥٣٧).

وفي قانون ١٩ أغسطس ١٩٨٦ أجاز المشرع الفرنسي - تحت ضغط الحاجة لإبرام عقد إداري دولي مع شركة أمريكية لإقامة مشروع على نسق ديزني لاند - للدولة والمقاطعات وللمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية، استثناء من نص المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني^(٥٣٨)، وذلك

(٥٣٧) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٤٦ وما بعدها؛ د. دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي في الفترة من ٢٠-٢١ مايو ٢٠٠٨، ص ٢٧٤ وما بعدها.

(٥٣٨) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٤١ وما بعدها؛ د. دويب حسين عبد العظيم "التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي في الفترة من ٢٠-٢١ مايو ٢٠٠٨، ص ٢٦٦ وما بعدها؛ د. شريف خاطر، التحكيم في العقود الإدارية، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي، الذي عقد في أبوظبي في مايو ٢٠٠٨، ص ٢٩٨ وما بعدها.

على إثر رفض مجلس الدولة في ٦ مارس ١٩٨٦ إدراج شرط التحكيم في العقد بين الحكومة الفرنسية والشركة الأمريكية لإنشاء مدينة على نسق ديزني لاند، وفي مرحلة لاحقة أجاز المشرع الفرنسي بقانون ٩ يوليو ١٩٧٥ للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري اللجوء للتحكيم، وفي ٨ يناير ٢٠٠٢ صدر مرسوم يجيز التحكيم للمؤسسات العامة المشار إليها في المادة ١٤٦ من قانون المناجم والمادتين الثانية والثالثة من قانون ١٨ أبريل ١٩٤٦، كما أجازت المادة ٢٥ من قانون ٣٠ ديسمبر ١٩٨٠ التحكيم الخاص بهيئة السكك الحديدية^(٥٣٩).

وقد اختلف الفقه الفرنسي في بيان أساس حظر التحكيم في العقود الإدارية، حيث ذهب البعض للتأسيس على المبادئ العامة للقانون، بينما ذهب جانب آخر لمبدأ الفصل بين السلطات، بينما ذهب جانب آخر إلى فكرة النظام العام^(٥٤٠).

وقد حاول القضاء الفرنسي التغلب على هذا الحظر محاولاً لي النصوص للتوافق مع طبيعة المنازعة الإدارية من ناحية والحظر الوارد في النصوص القانونية من ناحية أخرى، مقررًا في بعض أحكامه أن الحظر يتعلق بالنطاق الداخلي وليس الدولي، باعتبار أن الحظر الوارد في المادة ١٠٠٤ لا يتعلق بالنظام العام الدولي، وأن الدولة لا يجوز التهرب من التزاماتها الدولية عن طريق التشريع الوطني، وأن التشريع الوطني يتعين أن يعكس التزامات الدولة

(٥٣٩) د. دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث منشور في منشورات مؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات، مرجع سابق الإشارة ص ٢٧٥.
(٥٤٠) د. دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث منشور في منشورات مؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات، مرجع سابق الإشارة، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

الدولية، وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي موقفاً متشدداً في مجال التحكيم في المنازعات الإدارية، وقد عبر المجلس عن ذلك في العديد من أحكامه طوال القرن التاسع عشر، وكان أبرز أحكامه في القرن العشرين في عام ١٩٣٦ في القضية المشهورة باسم مدينة BOULLOGNE، والذي قرر فيها أن المدينة ليست لها صفة في إبرام شرط التحكيم استناداً لنص المادة ٨٣ و ١٠٠٤ من القانون المدني، وفي ٦ مارس ١٩٨٦ رفض مجلس الدولة الفرنسي ورود شرط تحكيم في الاتفاقية بين الحكومة الفرنسية والشركة الأمريكية، وفي عام ١٩٨٩ مد مجلس الدولة هذا الحظر إلى العقود الإدارية التي تبرمها أشخاص خاصة، حيث وسع المجلس من نطاق حظر التحكيم في مجال المنازعات الإدارية حتى لو كانت المنازعة من أشخاص القانون الخاص طالما أن القاضي الإداري هو من ينظر هذه المنازعة^(٥٤١).

٢/١٣٣- وفي القانون المصري نص المشرع على التحكيم في المواد من ٧٠٢ الى ٧٢٧ من قانون المرافعات المختلط الصادر عام ١٩٨٣، حيث نصت المادة ٧٠٢ على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا على وجه الإطلاق إحالة ما ينشأ من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين للحكم فيه ويجوز لهم اشتراط الإحالة المذكورة في أمر مخصوص"، ونصت المادة ٧٠٣ على أنه "ولا يصح التحكيم الا ممن له التصرف المطلق في حقه، ومشاركة التحكيم لا تصح إلا في المنازعات التي يمكن تسويتها بالصلح بين الاخصام"^(٥٤٢).

(٥٤١) للمزيد: د. دويب حسين عبد العظيم، التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث منشور في منشورات مؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات، مرجع سابق الإشارة، ص ٢٧١ وما بعدها.

(٥٤٢) د. شريف خاطر، التحكيم في العقود الإدارية، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات في التحكيم التجاري الدولي، الذي عقد في أبوظبي في مايو ٢٠٠٨، ص ٣٠٨.

وقد نص على التحكيم في المواد من المادة ٨١٨ إلى ٨٥٠ في قانون المرافعات الصادر بالقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩، حيث أجازت المادة ٨١٨ على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يشترطوا بصفة عامة عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمين، ويجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بمشارطة تحكيم خاصة"، ونصت المادة ٨١٩ على أنه "لا يصح التحكيم إلا ممن له التصرف في حقوقه ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية، ولا في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وقد نصت المادة (١) من القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، على أنه "مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨١٩ من قانون المرافعات يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة والغير عن طريق التحكيم"^(٥٤٣).

وفي مجموعة المرافعات الحالية الصادرة بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، نصت المادة ٥٠١ على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع

(٥٤٣) والغريب أن المادة ٦ من هذا القانون قد نصت على العمل به لمدة ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، وبموجب هذا النص تم تمديد العمل بالقانون لمدة ستة أشهر أخرى بموجب القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٤ في شأن مد العمل بالقانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالتحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، ولم يتم مد العمل به في قانون آخر، والأغرب ألا نجد في أحكام القضاء أو كتب الفقه ما يشير لهذا القانون بأي حال من الأحوال، والأعجب أن الحكومة أو الدولة على مدار الأربعين عامًا السابقة على قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ لم تطلب مد العمل بالقانون، وبغض النظر عن العمل به أو عدم العمل به، فإن طبيعة القانون - في وجهة نظري - موضوعية محضة ولا يتصور بأي شكل من الأشكال أن تكون مؤقتة، وأنه على الرغم من صدوره بناء على الإعلان الدستوري من مجلس قيادة الثورة آنذاك، وعلى كل الأحوال، فالقانون في حدته يعكس إمكانية التحكيم في منازعات الدولة والغير طالما وجد الأساس القانوني لذلك.

معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ... ولا يثبت التحكيم إلا كتابة^(٥٤٤)، وقد نصت المادة ١٧٢ من دستور ١٩٧١ على اختصاص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية بقوله "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى"، وقد نصت الفقرة الحادية عشر من المادة ١٠ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، على اختصاص محاكم مجلس الدولة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، ونصت الفقرة الرابعة عشر على اختصاصه بسائر العقود الإدارية، الأمر الذي أدى بالبعض للقول بعدم تصور التحكيم في العقود الإدارية وأن هذا يعتبر عدولاً من المشرع بشأن التحكيم في العقود الإدارية، وذلك على الرغم من بقاء القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، الأمر الذي يتصور معه معارضته لنص المادة ١٧٢ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١^(٥٤٥).

(٥٤٤) نصت المادة ٥٠١ من قانون المرافعات والملغاة بقانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين ... ولا يثبت التحكيم إلا كتابة".

(٥٤٥) الجدير بالذكر أن دستور ١٩٧١ قد اسقط بثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ المجيدة، وقد تم الاستفتاء على دستور جديد في ١٥ ديسمبر ٢٠١٢، وعلى الرغم من الصورة المشوهة التي صدر بها هذا الدستور، وما صاحبه من إجراءات معيبة في تشكيل الجمعية التأسيسية للدستور وسيطرة الفصيل الإسلامي عليها، وتعمد طرحه على الاستفتاء دون توافق وطني من كل القوى السياسية، ومحاولة تقويض كل سلطات الدولة بما فيها المحكمة الدستورية وحصارها من أجل إصداره وتحسين مجلس الشورى من الحل، مع تضمين نصوصه (=)

وقد زاد من تعقيد المسألة ما نصت عليه المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بقولها "لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة".

الأمر الذي أحدث خللاً شديداً في الفقه بين جواز أو عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، لدرجة أن جهة الإدارة كانت تبرم شرط التحكيم وقت إبرام العقد وتتصل منه عند النزاع، وقد دفع ذلك الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عام ١٩٨٩ لأن تجيز في فتاها التحكيم في العقود الإدارية، استناداً لنص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات من ناحية والمادة ٥٨

(=) الانتقالية للعديد من النصوص السابق الحكم بعدم دستورتها في ظل دستور ١٩٧١، وتثبيت استمرار رئيس الجمهورية والنائب العام وإعطاء التشريع لمجلس الشورى، وذلك بعد أن قام الرئيس محمد مرسى بإصدار عدد من الإعلانات الدستورية لتفويض سلطات الدولة والاعتداء على سلطاتها، ومن الأمور التي يتعين ذكرها للتاريخ أن نصوص هذا الدستور قد صوت عليها بعد انسحاب معظم القوى السياسية المدنية في حوالي ١٦ ساعة متواصلة؛ حيث تم التصويت على نصوص الدستور من أشخاص لم يشاركوا في الجمعية من قبل وحتى الساعة الثامنة صباحاً من يوم الجمعة، حتى تتمكن الجمعية التأسيسية من تسليمه للرئيس في آخر يوم من الست شهور والموافق الخميس الأخير من شهر نوفمبر، ليفاجئ الرئيس الجميع بإعلان الاستفتاء عليه في ١٥ ديسمبر ٢٠١٢، فقد نصت المادة ١٧٤ على أن "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في كافة المنازعات الإدارية ومنازعات التنفيذ المتعلقة بأحكامه، ويتولى الدعاوى والطعون التأديبية، والإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصيغة التشريعية التي تحال إليه، ومراجعة العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

من قانون مجلس الدولة من ناحية أخرى^(٥٤٦).

وعلى الرغم من ذلك وبعد فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة عام ١٩٨٩ بإجازة التحكيم في العقود الإدارية، استناداً لنص المادة ٥٨ سالف الذكر ونص المادة ٥٠١ من قانون المرافعات، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير ١٩٩٠ بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية^(٥٤٧).

٣/١٣٣ - وعند صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ثار خلاف شديد في الفقه حول ما إذا كان هذا القانون يجيز التحكيم في العقود الإدارية، خاصة في ظل ما صرح به وزير العدل آنذاك في مجلس الشعب - عندما سئل عن الحاجة للنص على جواز التحكيم في العقود الإدارية - بأن التحكيم في العقود الإدارية من الأمور التي لا خلاف عليها وأنها تخضع للقانون، وقد رفض على أساس ذلك المقترح الخاص بالنص على ذلك صراحة منعا للبس، وقد نصت المادة (١) على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون"^(٥٤٨).

(٥٤٦) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٤١ وما بعدها.
(٥٤٧) المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين، لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، ص ٥٩ وما بعدها.
(٥٤٨) د. محمد سعيد أمين، التحكيم في العقود الإدارية، دورة متخصصة في مركز التحكيم الدولي في الفترة من ٢١-٢٦/٥/٢٠٠٥.

الأمر الذي أدى بالبعض للقول بجواز التحكيم في العقود الإدارية، في حين تمسك البعض الآخر بصياغة وطبيعة هذه العقود وعدم جواز خضوعها للتحكيم، وأن مقصود المادة الثانية من قانون التحكيم هو إجازة التحكيم بين أشخاص القانون العام، الأمر الذي استوجب عرض الموضوع مرة أخرى على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بمناسبة مشروع العقد مع المجلس الأعلى للآثار وشركة جلتسير سلفر نايت الانجليزية، وفي ١٨/١٢/١٩٩٦ أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، وقد ركزت الفتوى على ضرورة توافر الأهلية اللازمة فيمن يبرم اتفاق التحكيم^(٥٤٩).

٤/١٣٣ - وفي ١٥/٥/١٩٩٧ صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ معدلاً لنص المادة (١) على النحو الآتي "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"، وذلك على إثر فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة السابقة^(٥٥٠).

(٥٤٩) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، الكتاب الأول، مرجع سابق الإشارة، ص ٤٥ وما بعدها.

(٥٥٠) المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، ص ٦١ وما بعدها.

تجدر الإشارة أن القانون الإماراتي لا يجيز التحكيم في المنازعات الإدارية إلا بعد موافقة مجلس الوزراء^(٥٥١)، ونفس الأمر في نظام التحكيم السعودي الذي لا يجيز التحكيم للأشخاص الاعتبارية العامة إلا بموافقة مجلس الوزراء^(٥٥٢).

وقد اقتصر قانون التحكيم الصيني لعام ١٩٩٤ على التحكيم بين الأشخاص في المنازعات الاقتصادية مستبعداً التحكيم بين أشخاص القانون العام من نطاق تطبيق القانون^(٥٥٣).

١٣٣/٥ - وقد أثار سعادة المستشار عليوة فتح الباب في مؤلفه "التحكيم

(٥٥١) قرار مجلس الوزراء رقم ٢/٤٠٦ لسنة ٢٠٠٣ الصادر بتاريخ ٢٣/٩/٢٠٠٣ بالجلسة رقم ١٧، والذي نص صراحة على اشتراط الحصول على موافقة مجلس الوزراء مسبقاً على العقود الحكومية التي تبرمها الجهات الحكومية والمتضمنة لشرط التحكيم، على أن تكون متضمنة للمبادئ القانونية للعقود الإدارية، على أن يتم مراجعة هذه العقود في هذه الحالة من قبل وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف بالتنسيق مع وزارة المالية والصناعة.

(٥٥٢) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول ص ٩٨.

(553) Article 1 "This Law is formulated in order to ensure that economic disputes shall be impartially and promptly arbitrated, to protect the legitimate rights and interests of the relevant parties and to guarantee the healthy development of the socialist market economy." Article 2 "Disputes over contracts and disputes over property rights and interests between citizens, legal persons and other organizations as equal subjects of law may be submitted to arbitration". Article 3 "The following disputes shall not be submitted to arbitration: 1. Disputes over marriage, adoption, guardianship, child maintenance and inheritance; and 2. Administrative disputes falling within the jurisdiction of the relevant administrative organs according to law".

كوسيلة لفض المنازعات"، التساؤل حول طبيعة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اللجوء للتحكيم، وما إذا كانت الموافقة تشكل ركناً في اتفاق التحكيم لا ينعقد اتفاق التحكيم بدونها أم أنها مجرد شرط لنفاذ اتفاق التحكيم في حق الجهة الإدارية وأثر تخلفها على اتفاق التحكيم؟.

وقد عرض سيادته لعدد من الاتجاهات التحكيمية والقضائية والفقهية في تحديد أثر موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، على بطلان أو صحة شرط التحكيم في العقود الإدارية^(٥٥٤).

الاتجاه الأول: ذهب فيه إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في القضية رقم ٦٢١ لسنة ٢٠٠٩ في حكمها بتاريخ ٢٠١٠/٥/١٧ بتعذر تصور ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير المختص على شرط التحكيم، تأسيساً على أنه لا بطلان بغير نص، وتنافي القول بالبطلان مع العدالة وحسن النية، وأن القول بالبطلان يترتب عليه زعزعة الثقة في الجهة الإدارية وعلاقتها بالغير.

وهذا الحكم لا يمثل في وجهة نظري موقف هيئات التحكيم من المسألة، وأن هناك أحكام من هيئات التحكيم قضت فيه إحدى هيئات التحكيم بحكم مخالف، حيث قضت إحدى هيئات التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في القضية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٠٠٣/٥/٢٩ بأن اشتراط القانون موافقة الوزير المختص في العقود الإدارية يترتب عليه بطلان هذا الاتفاق حال عدم توافر الصفة القانونية فيمن يوقع على هذا الاتفاق، وبالتالي تنحسر ولاية هيئة التحكيم

(٥٥٤) في عرض هذه الاتجاهات، انظر: المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات تقابله المحامين لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، ص ٦١ وما بعدها.

عن نظر النزاع ولا تكون مختصة بنظر النزاع^(٥٥٥).

الاتجاه الثاني: ذهب فيه البعض^(٥٥٦)، للقول بعدم مخالفة القانون التوفيق

في اختزال معيار جواز التحكيم في العقود الإدارية في موافقة الوزير من عدمها، وأنه كان الأولى للقانون البحث عن ضابط موضوعي لجواز التحكيم في العقود الإدارية، الأمر الذي أدى لاختلاف الرؤية بين هيئات التحكيم والقاضي في تقييم هذه الموافقة، ففي الوقت الذي تصورت فيه هيئات التحكيم أنه إجراء شكلي لا يترتب على تخلفه أي بطلان، يعتبر القاضي أن الموافقة إجراء جوهري يترتب عليه استبدال قواعد قانونية مقررة لتحقيق التوازن بين المصالح العامة والخاصة بأحكام قانونية تحكم العقود الإدارية، وليس فقط سلب اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات، مما يستلزم ضرورة التحقق من توافر موافقة الوزير المختص أو تولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وإلا كان الشرط باطلاً.

والاتجاه السابق لا يقتصر على رجال القضاء أو أحكام المحاكم فحسب، فقد قضت إحدى هيئات التحكيم في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم في القضية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٣ جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٣ بأن اشتراط القانون موافقة الوزير المختص في العقود الإدارية يترتب عليه بطلان هذا الاتفاق حال عدم توافر الصفة القانونية فيمن يوقع على هذا الاتفاق، وبالتالي تنحسر ولاية

(٥٥٥) القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٣ منشور في العدد

الخاص باليوبيل الفضي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم يناير ٢٠٠٤ ص ٧.

(٥٥٦) المستشار/ محمد أمين المهدي والمستشار/ محمود فوزي عبد الباري، الدعوى

ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع عشر، يوليو

٢٠١٠، مشار إليه لدى: المستشار/ عليوة فتح الباب، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات،

نقابة المحامين لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢، ص ٦٣ هامش ٢.

هيئة التحكيم عن نظر النزاع ولا تكون مختصة بنظر النزاع^(٥٥٧).

الاتجاه الثالث: ذهب فيه أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين إلى أن موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة لا يعتبر شرط صحة وإنما هو شرط نفاذ بدليل أن النص عندما اشترط موافقة الوزير المختص كان يتكلم عن اتفاق تحكيم قائم فعلاً بين طرفيه بحيث تأخذ موافقة الوزير شكل اعتماد هذا الاتفاق، وبالتالي يكون جزاء تخلف موافقة الوزير في هذه الحالة عدم نفاذ اتفاق التحكيم وليس بطلانه، والتمييز السابق بين اعتبار الموافقة شرط صحة وبين كونها شرط نفاذ، لا يخلو من فائدة من عدة نواحي، منها أنه لو اعتبرت موافقة الوزير شرط صحة أو انعقاد فإن تخلفها يترتب عليه بطلان الاتفاق بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الرضا، فلا يرتب الاتفاق آثاره القانونية ولا تصح إجازته، في حين أنه إذا اعتبرت شرط نفاذ فإن تخلفها لا تمنع من البداية من صحة اتفاق التحكيم وإمكان ترتيب آثاره إذا أجازته الوزير لاحقاً.

وقد أشار صاحب الرأي السابق إلى حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضت فيه "بأن تخلف موافقة الوزير المختص يترتب عليه عدم نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهة الإدارة، وهو ما أكدته محكمة النقض في إحدى القضايا، وأن القول بأن موافقة الوزير شرط انعقاد كما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ٣١/١٠/٢٠٠٩ يخالف فكرة النظام العام الدولي المستقر عليها في العلاقات الاقتصادية الدولية، التي تلزم الدول باحترام اتفاقات التحكيم، بحيث لا يجوز لها أن تتنصل منها للقيود المقررة في القانون الداخلي، فضلاً عن مخالفة مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بحسن نية الذي لا

(٥٥٧) القضية التحكيمية رقم ٢٩٢ لسنة ٢٠٠٢ جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٣ منشور في العدد

الخاص باليوبيل الفضي لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، يناير ٢٠٠٤، ص ٧.

يميز بين عقود مدنية وإدارية، علاوة على أنه يخالف المستقر عليه في التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تحلل الدولة من التزاماتها بشرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استناداً لقيود تشريعية في تشريعها الداخلي ولو كانت قيوداً حقيقية، وأنه التحكيم الداخلي وحيث لا تتقيد المحاكم أو هيئات التحكيم بالمبادئ العامة في العلاقات الاقتصادية الدولية أو غيرها، فإنه يتعين العمل بالقيود الذي أوجبه القانون - موافقة الوزير المختص - والذي تتوقف عليه صحة اتفاق التحكيم^(٥٥٨).

وفي اعتقادي أن نص الفقرة الثانية من المادة (١) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فيه قصور كبير؛ إذ كان يتعين عليه النص على البطلان في حالة تخلف موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما يحتاج لإعادة نظر، في وجهة نظرنا، وأنه لحين عمل هذا التعديل فإن الأثر الذي يترتب على ذلك هو البطلان قياساً على نص المادة ١١ من قانون التحكيم المصري الذي نص على عدم جواز التحكيم إلا من الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، وقد أجازت المادة ٥٣ الحكم بالبطلان في حالة تخلف ذلك، تأسيساً على أن توقيع شرط التحكيم بدون موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، هو توقيع ممن لا يملك الصفة أو الأهلية اللازمة للتصرف في الحقوق المتعاقد بشأنها، وبالتالي فإن موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تعتبر من شروط

(٥٥٨) راجع: تفصيلاً: د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ٢٠٠٧، ص ٦٨ وما بعدها.

صحة اتفاق التحكيم، وأنه يترتب على تخلفها بطلان هذا الاتفاق^(٥٥٩).

علاوة على أنه لا يتصور تكييف المسألة الواحدة بتكليفين مختلفين، فيكون الجزاء البطلان في العقود الإدارية الداخلية وعدم النفاذ في العقود الإدارية الدولية، ولا يغير من ذلك ما ذهب إليه أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين، بأن التنظيم الحالي للنص، باشتراط موافقة الوزير المختص أو بتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، يفترض وجود شرط تحكيم وأن الموافقة بمثابة اعتماد لشرط التحكيم الموجود في العقد، وأن القول بان موافقة الوزير المختص شرط انعقاد يترتب عليه أن تخلفها يترتب عليه بطلان الاتفاق بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن الرضا، فلا يترتب الاتفاق آثاره القانونية ولا تصح إجازته، في حين أنه إذا اعتبرت شرط نفاذ فإن تخلفها لا يمنع من البداية من صحة اتفاق التحكيم وإمكان ترتيب آثاره إذا أجازته الوزير لاحقاً، يتنافى في وجهة نظري مع التأصيل السليم للبطلان، وأنه يقبل الإجازة والتصحيح شأن عدم النفاذ، وأن البطلان لا يمنع من كون التصرف موجوداً إلا أنه شابه عيب ترتب عليه عدم مطابقته للتصرف القانوني.

١٣٣/٦ - الخلاصة، فإن شرط التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري كان مرتبطاً بمن له سلطة التصرف في المال العام، بدءاً من القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، وهو نفس المعول الذي اعتمد عليه المشرع الفرنسي لإجازة التحكيم في العقود الإدارية في بعض الحالات الخاصة وبموافقة أشخاص بعينهم حسب العقد موضوع التحكيم كما أشارت سابقاً للتعديلات التي أدخلها المشرع في ٩

(٥٥٩) حكم محكمة تمييز دبي، الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٩٩ جلسة ٢٣ ابريل ٢٠٠٠، العدد الحادي عشر، ص ٣٤٢ وما بعدها.

يوليو ١٩٧٥، وأن أعمال شرط التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري يستلزم تطبيق نص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة، والتي تنص على أنه "لا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة، وبالتالي كانت الإدارة تبرم شرط التحكيم وقت إبرام العقد وتتصل منه عند النزاع"، ونص المادة (١) من قانون التحكيم المصري التي نصت على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيمًا تجاريًا دوليًا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون، وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك"، وأن المشرع المصري منذ قانون المرافعات الأهلي الصادر عام ١٨٨٣ قد بين أهلية التصرف في الحق وبين إجازة التحكيم في العقود الإدارية، وأنه عندما حاول المشرع تقرير ذلك صراحة في القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، نص صراحة في المادة (١) من القانون رقم ٣٩٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن التحكيم في المنازعات بين الدولة والغير، على أنه "مع عدم الإخلال بحكم المادة ٨١٩ من قانون المرافعات يجوز فض المنازعات القائمة بين الدولة والغير عن طريق التحكيم، وهو نفس ما أكدت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها عام ١٩٩٦ لعدم شمول القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التحكيم في المنازعات

الإدارية، الأمر الذي دفع المشرع في القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، بتعديل المادة ١ باشتراط توقيع الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك، الأمر الذي يوضح بجلاء عدم اعتماد المشرع المصري في تقرير التحكيم في المنازعات الإدارية على جواز التصالح من عدمه، وأنه اعتمد على أهلية التصرف في الحق.

والواقع أن التبرير السابق من المشرع لا يتسق مع طبيعة التحكيم من ناحية وطبيعة التصرف في المال العام من ناحية ثانية.

من ناحية أولى: التحكيم يقوم على أساس اتفاق الأشخاص على عرض منازعتهم على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم دون قضاء الدولة، وهو ما يتضمن تنازلهم عن الالتجاء للقضاء واختيارهم الالتجاء للتحكيم لحسم منازعتهم، والحكم الصادر في هذه الحالة ملزم للجميع ولا يقبل الطعن فيه إلا عن طريق دعوى البطلان، وهذه الدعوى ليست دعوى موضوعية إنما هي دعوى إجرائية لا تراجع حكم التحكيم أو الخطأ في تقديره، ومقتضى ذلك أن يكون التحكيم في المسائل التي تتعلق بالصالح الخاص وليس بالمسائل التي تتعلق بالصالح العام، أي يكون فيما يكون لهم التنازل عنه أو التصالح عليه وليس فيما يتعلق بالنظام العام.

ومن ناحية ثانية، فإن المال العام يكون مملوكاً لكل أفراد المجتمع، وأنه بخلاف المال الخاص يخضع لضوابط قانونية في تخصيصه للنفع العام، وأن القانون وحده هو الذي حدد طرق تخصيص المال العام لخدمة المجتمع، وهذا المال لا يملك أحد التصرف فيه، إنما يتقيد كل موظف في إنفاقه وتخصيصه وفق المحدد قانوناً، ومن ثم فإنه لا توجد سلطة لها حق التصرف في المال

العام، وان الوزير أو رئيس الوزراء ليس لهم إلا استعماله فيما خصص من أجله، وبالتالي لا يكون من المقبول الاعتماد على من له سلطة التصرف في الحق لتقرير التحكيم في العقود الإدارية.

وفي كل الأحوال نتفق مع رأي الفقيه الدستوري الدكتور جابر جاد نصار بعدم كفاية توقيع الوزير المختص في كل العقود الإدارية؛ إذ قد يكفي هذا في بعض العقود دون البعض الآخر المتعلق باستغلال موارد الدولة الطبيعية أو عقود الامتياز المتعلقة بها وعقود التنمية ونقل التكنولوجيا وغيرها من العقود المرتبطة بالمصلحة العليا للدولة، والحاجة للنص على توقيع مجلس الوزراء على شرط التحكيم الوارد في هذه العقود، مع ضرورة أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قبل إبرام أي عقد به شرط تحكيم عملاً بنص المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢، مع ضرورة مراعاة التمييز بين أنواع العقود الإدارية والتميز فيها بين العقود المرتبطة بالمرافق العام والمرافق العامة القومية المتعلقة بسيادة الدولة على أرضها عند بحث خضوعها للتحكيم من عدمه^(٥٦٠).

وأخيراً، وبعد صدور دستور ١٥ ديسمبر ٢٠١٢ والنص في المادة ١٧٤ منه على اختصاص مجلس الدولة دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، الأمر الذي يدعونا للتأمل في المستقبل القريب، لبحث مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في ظل هذا النص العجيب لاختصاص مجلس الدولة، بعد أن نقل الدستور نص المادة ١٠/١١ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ لمصاف القواعد الدستورية، فهل يحق لنا كما ادعى سابقاً التذرع بعدم انتباه واضعي الدستور للقوانين السابقة؟، وماذا سيكشف لنا الواقع التطبيقي للعديد من

(٥٦٠) د. جابر جاد نصار، التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية ٢٠٠١، الكتاب الأول، ص ١٠٦ وما بعدها.

القوانين الحالية المعرضة للطعن بعدم الدستورية في الفترة المقبلة؟، وهل من المتصور في الأمد القصير تعديل هذا النص الدستوري؟، فلا يتصور في تشريع أي دولة أن تخالف القوانين الدستور، أو أنه من النص على الاختصاص الحصري لأي سلطة يأتي القانون ويخالف هذا الاختصاص.

الفرع الرابع

مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية والمسائل المالية المترتبة عليها

١٣٤- ويتحدد النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم بتعلقه بمنازعة يجوز فيها الصلح، ولا تتعارض مع النظام العام، فلا يجوز أن يمتد نطاق اتفاق التحكيم لمسألة من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح أو تتعارض مع النظام العام للمجتمع، فلا يجوز التحكيم بشأن تحديد المسؤولية الجنائية للمتهمين^(٥٦١)، كما لا يجوز التحكيم في مسائل الأحوال الشخصية أو الحالة أو الجنسية، مع إجازة التحكيم في المسائل المالية المترتبة على تلك المسائل^(٥٦٢).

وموضوع اتفاق التحكيم ونطاقه يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً^(٥٦٣)، فلا يجوز التوسع في تفسير اتفاق التحكيم وامتداده لغير ما اتفق عليه الأطراف،

(٥٦١) نقض مدني الطعن رقم ١٤٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١٩ ق ٢٠٦، ص ٩٦٨، ع ٢ س ٣٨.

(٥٦٢) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٨، ٢٩، ص ٤٣ وما بعدها.

(٥٦٣) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٧٥، ص ١٥٨ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٥٣.

وأن الاتفاق على التحكيم بشأن عقد معين لا ينصرف إلى غيره من العقود^(٥٦٤)، وأن العبرة بما انصرفت إليه إرادة أطراف اتفاق التحكيم فعلاً مع مراعاة ما قد يثور أثناء نظر النزاع من طلبات عارضة أو مسائل فرعية^(٥٦٥).

والعبرة في جميع الحالات بكون المسألة التي يجوز فيها التحكيم مما يجوز التصالح عليه، وتغلب فيها مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع، وعدم تنظيمها بقاعدة من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وأن المعول عليه في هذه الحالة بكون المسألة يجوز التصالح عليها من عدمه، لا بمجرد تنظيمها بنص قانوني أمر أو بتنظيمها بقاعدة قانونية اتفاقية، فلا يعني كون النزاع يتصل بالنظام العام لتناوله اتفاق أو عملية من بعض الوجوه لتنظيم له طابع النظام العام أن النزاع محل اتفاق التحكيم غير قابل للتحكيم^(٥٦٦)؛ إذ العبرة بطبيعة المسألة وكونها تقبل الصلح أو لا تقبل الصلح، وأن اتفاق التحكيم يمكن إبطاله قبل صدور

(٥٦٤) تمييز دبي، الطعان رقما ٤٨ ، ٧٠ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩٩٢/٥/٢٣ العدد ٣، ص ٥٠١، وقد جاء في هذا الحكم "من الأصول المقررة، أن التحكيم الاختياري - باعتباره طريقاً استثنائياً لحسم النزاع بين الطرفين - لا يفترض بل يجب الاتفاق عليه صراحة لما يترتب عليه من الخروج عن طريق التقاضي العادية بما تكفله من ضمانات للخصوم، وأن اتفاق الطرفين في عقد معين على عرض ما قد ينشأ بينهم من نزاع في تنفيذه على التحكيم لا ينصرف إلى ما قد يكون بينهم من عقود أخرى طالما لم يتم الإحالة فيها صراحة على شرط التحكيم".

(٥٦٥) د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٣٥، ص ٥٢؛ د. محمود مصطفى يونس، قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، مرجع سابق، ص ١٠٦، ١٠٧.

(٥٦٦) د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٣٠، و ٣١، وقد قسم سيادته المنازعات إلى منازعات يوجد بشأنها نص خاص لتعلقها بالنظام العام ومنازعات لا يوجد بصدها نص خاص ومنازعات تتعلق مباشرة بالنظام دون حاجة للنص.

حكم المحكمين لمخالفته للنظام العام^(٥٦٧).

ويعتبر من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح وتتعارض مع النظام ولا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم، الاتفاق على تحديد المسؤولية الجنائية للمتهمين، والاتفاق على التحكيم في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو الجنسية أو الحالة، غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المالية المتعلقة بتلك المسائل^(٥٦٨).

١٣٥- وقد أثار إجازة المشرع للصلح في بعض المسائل الجنائية، مثال القانون المصري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وتشريعات بعض البلاد العربية مثل القانون القطري والإماراتي^(٥٦٩)، التساؤل عن مدى جواز الاتفاق

د. أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٣٠، و ٣١.
د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٣ وما بعدها؛ د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، بند ٢٧، ٢٨، ٢٩، ص ٤٢ وما بعدها.
د. أجاز قانون العقوبات القطري بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٠٤ الصلح في المسائل الجنائية، بنصه في المادة ٣٥٩ على أن "لمجني عليه - المستفيد- ولوكيله الخاص في الجرائم المنصوص عليها في المادة (٣٥٧) من هذا القانون أن يطلب من النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال في أي حالة كانت عليها الدعوى، إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية، وتأمّر النيابة بوقف تنفيذ العقوبة إذا تم الصلح أثناء تنفيذها ولو بعد صيرورة الحكم باتاً"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ١٨ مكرر والمادة ١٨/ ١ من القانون المصري رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل قانون العقوبات، كما أجاز المشرع الإماراتي في المادة ٢٠ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية والمضافة بالقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠٦ الصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية؛ حيث نصت على أن "لمجني عليه أو وكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد أرقام ٣٣٩، ٣٩٤، ٣٩٥، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥ من قانون العقوبات، وفي الأحوال الأخرى التي نص عليها القانون أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم، ويترتب (=)

على التحكيم في الجرائم التي يجوز فيها الصلح، وهل يترتب على اتفاق التحكيم منع الالتجاء للقضاء الجنائي؟.

وقد ذهب أستاذنا الدكتور فتحي إسماعيل والي للقول بعدم جواز التحكيم في المسائل الجنائية، سواء بالنسبة للجرائم التي لا يجوز فيها الصلح أو تلك التي لا يجوز فيها الصلح^(٥٧٠).

الواقع - بحق - أن إجازة المشرع للصلح في بعض الجرائم مثل جرائم التهرب الجمركي وجرائم التهرب الضريبي وجرائم الضرب وإصدار شيك بدون رصيد والمخالفات والجنح التي لا تتجاوز العقوبة المقررة لها حداً معيناً والجرائم المنصوص عليها في المواد ٢٤١، ٢٤٢، ٢٦٥، ٣٢١ من قانون العقوبات المصري لا يجعل من الأفعال المكونة لتلك الأفعال الإجرامية محلاً لاتفاق التحكيم؛ إذ الصلح في هذه الحالة يعد سبباً لانقضاء الدعوى الجنائية، غير أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المالية المتعلقة بتلك الجرائم، ويترتب على اتفاق التحكيم في تلك المسائل قضاء المحكمة الجنائية بعدم اختصاصها بنظر الشق المدني دون أي تأثير على الشق الجنائي، والذي لا ينقضي إلا بتصالح المضرور عن الجريمة، وليس بمجرد إبرام اتفاق تحكيم،

(=) على الصلح انقضاء الدعوى الجزائية"، ونصت المادة ٨٣ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون ٥٢ لسنة ٢٠٠٦ بتعديل قانون العقوبات الاتحادي رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ على حق النيابة العامة في تنفيذ العقوبة الجنائية متى تنازل المجني عليه أو تصالح في الجنح المنصوص عليها في المواد ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣٩، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٩٤، ٣٩٥، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، وفي السرقة والاحتيال وخيانة الأمانة وإخفاء الأشياء المتحصلة منها إذا كان المجني عليه زوجاً للجانى أو كان أحد أصوله أو فروعاه.

(٥٧٠) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٦.

واتفاق التحكيم بالنسبة للشق الجنائي غير جائز لمخالفته للنظام العام، لكن إذا تصالح المضرور من الجريمة فلا يجوز له التمسك بالطريق الجنائي، فإذا ما التجأ للنيابة العامة لتحريك الدعوى الجنائية أو عن طريق الادعاء المباشر كان للخصم الآخر الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالصلح.

وأساس ذلك أن الدعوى الجنائية هي ملك المجتمع والنيابة العامة هي التي تباشرها نيابة عن المجتمع، والتصالح لا يعد تنازلاً عن الدعوى العمومية وأنه سبب لانقضاء الدعوى الجنائية، ومن ثم لا يتصور الاتفاق مسبقاً على التحكيم بشأن تلك الجرائم، وبطلان كل اتفاق يخالف ذلك لمخالفته للنظام العام. غير أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على التحكيم بشأن المسائل المالية المتعلقة بتلك الجرائم، واتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يغلق الطريق الجنائي وإنما يلزم الأطراف بعدم الالتجاء للطريق المدني.

تجدر الإشارة أن الأطراف في الصلح في الجرائم التي يجوز فيها الصلح لا يتنازلون عن الدعوى الجنائية، لأن الأطراف لا يملكون الدعوى الجنائية حتى يمكن الكلام عن التنازل أو عدم التنازل عنها وأنها ملك النيابة العامة، وأن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون إثبات للصلح كسبب لانقضاء الدعوى الجنائية.

ويترتب على اتفاق التحكيم غير المتضمن للصلح في هذه الحالة عدم اختصاص المحكمة الجنائية بنظر الشق المدني، ولا يترتب عليه منع المحكمة الجنائية من نظر الدعوى الجنائية أو الاستمرار في نظرها، ويترتب على التصالح في جرائم الضرب وجرائم الشيك وانقضاء الدعوى الجنائية حق الأطراف في الاتفاق على التحكيم بالنسبة للحقوق المالية المترتبة على تلك الجرائم.

١٣٦- ومنع الاتفاق على التحكيم في المسائل الجنائية لا يمنع من

الاتفاق على التحكيم في الأوراق التجارية مثل الشيك أو الكمبيالة أو السند الإذني؛ إذ يجوز الاتفاق على التحكيم في الشيك إذا كان الشيك قد تم إصداره تنفيذًا لالتزام وارد في عقد يتضمن شرط التحكيم لكل ما ينشأ من العقد أو متعلقًا به أو مرتبطًا به أو ما يثور من منازعات حول تنفيذ العقد، وعندئذ يمتد شرط التحكيم إلى ما يثور من نزاع حول ما يثور من نزاع حول الشيك، الذي هو أداة تنفيذ العقد^(٥٧١).

ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام في دولة الإمارات العربية المتحدة استقر القضاء على بطلان شرط التحكيم في المنازعات الناشئة عن تنفيذ الوكالة التجارية بين الوكيل والموكل، حيث أناط المشرع الاختصاص بالفصل فيها لمحاكم الدولة وبطلان كل شرط يخالف ذلك، بما في ذلك شرط التحكيم، إلا أن تكون الوكالة غير مقيدة بسجل الوكلاء التجاريين، فلا يجوز عندئذ رفع دعوى بشأنها أمام المحاكم للاتفاق على التحكيم^(٥٧٢).

١٣٧- وتتواتر أقوال الفقهاء بعدم جواز الاتفاق على التحكيم في مسائل الإفلاس لتعلقه بالنظام العام^(٥٧٣)، وأساس ذلك أن المشرع نظم مسائل الإفلاس على أساس ضمان المساواة بين الدائنين، وحماية مصالح جماعة الدائنين من

(٥٧١) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٦.

(٥٧٢) حكم المحكمة الاتحادية العليا الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٠ ق جلسة ٢٥/٦/٢٠٠٠، السنة ٢٢، ص ١٩٦ وما بعدها.

(٥٧٣) انظر على سبيل المثال: د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٢٤، ص ٦٦؛ د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، بند ٥٩، ص ١٢٤؛ د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٤٠، ٤١؛ د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ص ٢٥٤.

تصرفات المدين، وأن اختصاص القضاء المصري بتلك المسائل هدفه المحافظة على النظام العام^(٥٧٤)، كما لا يتصور الحكم بالإفلاس من قبل هيئة التحكيم، غير أن ذلك لا يمنع من امتداد شرط التحكيم السابق للحكم بالإفلاس وفترة الريبة إلى السنديك باعتباره الممثل القانوني للقانوني للخلف الخاص للمدين^(٥٧٥).

الفرع الخامس

موضوع اتفاق التحكيم والطلبات الإضافية والعارضة

١٣٨- الطلبات تنقسم إلى طلبات أصلية وطلبات عارضة، والطلب القضائي *La demande en justice* بأنه عمل إجرائي بواسطة الخصم يمكنه من الالتجاء أو الدخول أو الاتصال الفعلي بالقاضي للحصول على حكم في موضوع النزاع المعروض عليه^(٥٧٦).

(٥٧٤) للمزيد: د. مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، بند ٢٦، ص ٤٠، ٤١.

(٥٧٥) د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، بند ٢٥، ص ٦٦، ٦٧.

(576) Loic CADIAT «Droit Judiciaire Privé», Deuxième édition, n° 982. p. 922, Pierre JULIEN et Natalie FRICERO «Droit Judiciaire Privé» L.G.D.J., op. cit., n° 30, p. 19, Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile», D., 1999, n°138, p. 173 et 174.

حيث علق VINCENT وجود الطلب على ضرورة وجود إدعاء *prétention*، وأنه بدون هذا الإدعاء لا يوجد طلب قضائي.

Cass. Soc. 10 Juil. 1996, RTD, 1996, Obs. Perrot, Cass. 3 er Civ, 14 Juin 1989, Bull. III, n° 137.

ولقد وضح هذا، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مرجع سابق، بند ٢٤، ص ٥٠، فعرّف الطلب القضائي بأنه العمل الإجرائي الذي يعلن به المدعي رغبته (=

وفي توضيح ذلك، فقد ذهب بعض الفقه إلى القول أن الطلب القضائي هو الإجراء أو العمل القانوني الذي يعتبر شرطاً لمباشرة الدولة ولايتها القضائية ويسمى عمل شرط *acte-condition* لتحريك النشاط القضائي للدولة؛ إذ القاضي لا يستطيع صيانة مصالح الأفراد وحمايتهم من تلقاء نفسه *office de juge* ولو تعلق الأمر بالانظام العام^(٥٧٧).

وعلى نحو ما ذكرنا آنفاً الطلبات تتنوع في القانون المصري إلى طلبات أصلية فاتحة للخصومة وطلبات عارضة يبيدها الخصم أثناء سير الدعوى، وقد نصت عليها المادة ٦٣ من قانون المرافعات المصري، على أن الخصومة ترفع بورقة تسمى صحيفة افتتاح الدعوى أو ورقة التكاليف بالحضور، كما أنها تتنوع إلى طلبات عارضة يبيدها الخصوم أثناء سير الدعوى^(٥٧٨).

وفي القانون الفرنسي الجديد تتنوع الطلبات إلى طلبات أصلية؛ وهي *entame une instance ou introducve* الطلبات الفاتحة للخصومة *d'instance ou le demande initiale*.

(=) في الحصول على حماية من القضاء، والتعريف السابق يقصر الطلب القضائي على الطلب الفاتح للخصومة، والذي بمقتضاه يكون للمدعي الحق في الحصول على حكم لصالحه، وهو ما يتعارض مع تصورنا للحق في الدعوى، والذي هو حق في الحصول على حكم في موضوع النزاع، سواء أكان للمدعي أو للمدعى عليه، وأنه حق مترتب على استعمال حق اللجوء للقضاء بالمطالبة القضائية، كما عرفها إبراهيم نجيب سعد بأنها الإجراء أو العمل القانوني الذي يعتبر شرطاً لمباشرة الدولة ولايتها القضائية، د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج ١، بند ٢١٩، ص ٥٣٨.

(٥٧٧) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مرجع سابق، ج ١ بند ٢١٩، ص ٥٣٨.

(٥٧٨) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مرجع سابق، بند ١٣٥، ص ٢٦٢.

وقد عرفتها المادة ٥٣ من قانون المرافعات بأنها الطلبات البادئة للخصومة، وهي الطلبات التي تتم بواسطة الخصم كمبادرة منه لطرح الخصومة على القضاء **La demade initiae est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un process en soumettant au juge ses demandes incidentes** ، وتنوع إلى طلبات عارضة **pretentions** ، وهي الطلبات التي يبيدها الخصوم أثناء سير الدعوى من أي من الخصوم، وهي عديدة منها: **La demande additionnelle** الطلب الإضافي، و**La demande reconventionnelle** الطلب المقابل، و**La demande en intervention** (٥٧٩).

من ثم تتنوع الطلبات في الخصومة القضائية، فقد تتعلق بإدعاء يطرح على محكمة الدرجة الأولى أو الثانية من المدعي تطبيقاً لحق الالتجاء للقضاء، وقد يتعلق بحقه في الحصول على حكم في موضوع النزاع، مثال طلب حجز الدعوى للحكم، وقد يتمثل في دفاع من المدعي عليه كطلب المقاصة أو الإدعاء بالتزوير أو طلب وقف تنفيذ الحكم أو المنازعة في تنفيذه عن طريق الإشكال في التنفيذ تطبيقاً لحق الالتجاء للقضاء، وقد يتعلق بحقه في الحصول على حكم في موضوع النزاع كطلبه فتح باب المرافعة أو حجز الدعوى للحكم.

١٣٩ - وفي خصومة التحكيم يقوم المحكّم أو المدعي بتقديم بيان دفاعه على نحو ما تنص عليه المادة ٣٢ من قانون التحكيم المصري، وهو ما يسمى عملاً بطلب التحكيم أو صحيفة التحكيم، خلال المدة التي يتفق عليها الأطراف، أو المدة التي تحددها هيئة التحكيم، ويجوز للمدعي عليه وفق الفقرة

(٥٧٩) للمزيد عن أنواع الطلبات. انظر:

Jean VINCENT et Serge GUINCHARD «Procédure Civile» D., 1999, n° 138. p. 174, et n° 1147 – 1152. p. 802 et s.

الثانية من نفس المادة أن يقوم بتقديم مذكرة رد على بيان الدعوى في الميعاد الذي يتفق عليه الأطراف أو تحدده هيئة التحكيم وفق إجراءات التحكيم.

١٤٠- فهل من المتصور تقديم طلبات إضافية وعارضة من أطراف الخصومة بعد تقديم المدعي لبيان الدعوى وتقديم المدعي عليه لمذكرة الرد أو الجواب على بيان الدعوى أمام هيئة التحكيم، وهل من المتصور القول بثبات النزاع أمام هيئة التحكيم على المسائل التي تم تحديدها في مشاركة التحكيم عملاً بنص المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم؟.

الواقع بحق أنه يكون لأطراف اتفاق التحكيم تعديل طلباتهم ودفاعهم وإضافة طلبات جديدة وتقديم طلبات عارضة، طالما ارتبطت هذه الطلبات بموضوع اتفاق التحكيم. ولا علاقة لذلك بفكرة ثبات وتطور النزاع، فثبات النزاع فكرة لا تنطبق على الخصومة أمام محكمة أول درجة، وأن المقصود بها عدم تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف باستثناء الطلبات التي تمثل تطوراً للنزاع، وأن الفقه الجديد قد اعتد بمبدأ تطور النزاع أمام محكمة الاستئناف.

وبالرجوع لأنظمة التحكيم الدولية نجد أنها تكفل للمدعي عليه في خصومة التحكيم تقديم طلبات عارضة بما فيها طلب المقاصة القضائية أو التمسك بحق ناشئ عن نفس العقد بقصد التمسك بالمقاصة، إلى جانب كفالتها للمدعي الحق في تعديل طلبته ودفاعه، حيث نصت المادة ٣/١٩ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال بصيغتها عام ١٩٧٦ على أن "للمدعي عليه أن يقدم في بيان الدفاع، أو في مرحلة لاحقة من إجراءات التحكيم إذا قررت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر هذا التأخير، طلبات عارضة ناشئة عن نفس العقد أو أن يتمسك بحق ناشئ عن نفس العقد بقصد الدفع بالمقاصة، وهو نفس ما نصت عليه نصت الفقرة ٣ من المادة ٢١ من قواعد التحكيم

التجاري الدولي الأونسيترال بصيغتها عام ٢٠١٠ على حق المدعى عليه في خصومة التحكيم في تقديم دعوى متقابلة أو أن يستند إلى دعوى مقامة لغرض الدفع بالمقاصة، شريطة أن تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك.

ونصت المادة ٢٠ من قواعد التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) لعام ١٩٧٦، على حق المدعى عليه في تعديل واستكمال الطلبات والدفاع، بقولها "يجوز لكل من الطرفين خلال إجراءات التحكيم تعديل طلبات وأوجه دفاعه أو استكمالها إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن من غير المناسب إجازة التعديل لتأخر وقت تقديمه أو لما قد ينشأ عنه من ضرر من للطرف الآخر أو لأية ظروف أخرى، ومع ذلك، لا يجوز إدخال تعديلات على طلب يكون من شأنها إخراج هذا الطلب بعد تعديله من نطاق شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم"، وهو نفس ما نصت عليه المادة ٢٢ من قواعد التحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ٢٠١٠ (٥٨٠).

إذ المبدأ هو الجواز ما لم ترَ هيئة التحكيم عدم مناسبة التعديل لتأخر وقت تقديمه، وأنه لا يجوز تقديم طلبات من شأنها إخراج هذا الطلب بعد تعديله من نطاق شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم.

(٥٨٠) نصت المادة ٢٢ من قواعد التحكيم التجاري (الأونسيترال)* لعام ٢٠١٠ على أنه "يجوز لأي طرف أثناء إجراءات التحكيم أن يعدل أو يستكمل دعواه أو دفاعه، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن السماح بذلك التعديل أو الاستكمال ليس مناسباً بسبب التأخر في تقديمه أو ما ينشأ عنه من ضرر للأطراف الآخرين أو بسبب أي ظروف أخرى، ولكن لا يجوز تعديل أو استكمال الدعوى أو الدفاع، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة، بحيث تخرج الدعوى المعدلة أو المستكملة، أو الدفاع المعدل أو المستكمل، عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم"

وبنفس القدر نص قانون التحكيم المصري في المادة ٢/٣٠ على حق المدعي عليه في الرد على طلب التحكيم، وحقه أن يُضمن هذا الرد أو المذكرة أية طلبات عارضة أو متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر ذلك^(٥٨١)، كما كفل في الفقرة الأولى من نفس المادة للمدعي الحق في تقديم بيان دعواه في الميعاد المتفق عليه أو الذي تحدده هيئة التحكيم، يتضمن اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه، وشرح لوقائع النزاع وتحديد للمسائل محل النزاع وطلباته، وكل أمر آخر يوجب اتفاق التحكيم ذكره، فضلاً عما نصت عليه المادة ٣٢ والتي كفلت لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم، ما لم ترَ هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع^(٥٨٢).

ويشترط لتقديم المدعي عليه ادعاء مقابل - كما هو الحال في الخصومة القضائية - وجود ارتباط بين هذا الادعاء والخصومة المطروحة على التحكيم^(٥٨٣)، وتوافق المصلحة في الادعاء^(٥٨٤).

(٥٨١) د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مرجع سابق الإشارة، بند ١٥٨ ص ٢٢٣ وما بعدها.

(٥٨٢) نصت المادة ٣٢ من قانون التحكيم المصري، على أنه "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعاً من تعطيل الفصل في النزاع".

(٥٨٣) د. فتحي والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق الإشارة إليه، بند ١٩١ ص ٣٥٣.

(٥٨٤) عكس ذلك، د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال " التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية" الطبعة الأولى ١٩٩٨ بند ٤٤٦ ص ٦٤٣؛ حيث اكتفيا بأن يكون صاحب الدعوى المقابلة طرفاً في اتفاق التحكيم، لأن الارتباط مع الطلب الأصلي شرط لازم في أي ادعاء متقابل ولو أمام المحكمة.

وفي تقديرى، فإن النصوص السابقة في القانون المصري تكفل لأطراف الخصومة تعديل طلباتهم ودفاعهم، وأن للمدعي عليه تقديم طلبات عارضه وطلب المقاصة القضائية، والمطالبة بأي حق ناشئ عن العقد، كما يكون له تقديم ذلك في مرحلة لاحقة ما لم ترَ هيئة التحكيم، أن تقديمه جاء متأخراً، وأن ذلك لا يرتبط باشتراط تحديد المسائل المتنازع عليها في مشاركة التحكم وإلا كان الاتفاق باطلاً، بل إنها كانت أكثر رحابة من أنظمة التحكيم الدولية في تقرير هذه الحقوق، وأن اشتراط تحديد المسائل المتنازل عليها في مشاركة التحكيم لا يتعارض مع كفالة حق المدعي في تعديل طلباته ودفاعه، ولا يتعارض مع حق المدعي عليه في تقديم طلبات عارضه وطلب المقاصة القضائية، والمطالبة بأي حق ناشئ عن العقد، والمطالبة بتقديم ذلك في مرحلة لاحقة ما لم ترَ هيئة التحكيم.

وفي قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الأمر أكثر وضوحاً في حالة عدم وجود قانون تحكيم مستقل عن قانون الإجراءات المدنية، وأن النصوص من ٢٠٣ حتى ٢٠١٨ تنظم أحكام التحكيم، علاوة على النص في المادة ٢٠٣ على تحديد المسائل المتنازع عليها في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى، الأمر الذي يجعل الوضع أكثر مرونة عن قانون التحكيم المصري، وبالتالي تسري على خصومة التحكيم ما يسري على الخصومة القضائية، عملاً بأن قواعد التشريع الواحد تكمل بعضها البعض، وأنه لا يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

ومن المقرر في قضاء محكمة تمييز دبي، أنه " التزام المحكمين بنقاط النزاع المحددة في نطاق مشاركة التحكيم طالما كانت في حدود مشاركة التحكيم ...، وأنه يجوز الحكم بحل الشركة لأسباب مسوغة وهذا ضرب من الفسخ، كما أنه من المقرر أنه ولئن كان المحكمون أصلاً لا يملكون تعدي نقاط

النزاع المحددة من الخصوم في مشاركة التحكيم والمحالة إليهم من المحكمة، بحيث لا يجوز لهم التعرض لأي نزاع آخر، إلا أنه يجوز لهم بموافقة الموقعين على تلك المشاركة باعتبارهم أصحاب الحق في تعديل طلباتهم الناشئة عنها...»(٥٨٥).

الجدير بالذكر أن مشروع التحكيم الإماراتي الذي أعد من وزارة العدل في عام ٢٠١٠ قد تضمن بهذا الخصوص نفس الأحكام والمواد في قانون التحكيم المصري، نقلاً عن قواعد التحكيم التجاري الدولي والأونسيترال والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال لعام ١٩٨٥.

(٥٨٥) حكم محكمة تمييز دبي، في الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٠٠٥ جلسة ١٩٩٨/٧/٢٧.

الخاتمة

١٤١- وفي ختام بحثنا لاتفاق التحكيم دراسة في ضوء الفقه والقضاء في قانون التحكيم المصري والقانون الفرنسي الجديد وقانون الإجراءات المدنية الإماراتي وقوانين وأنظمة التحكيم المقارنة، أسأل الله العلي العظيم أن أكون قد وفقت في اختيار موضوعه ومعالجة بعض الجوانب الهامة المتعلقة به، وقد تناولت البحث في ثلاثة مباحث: الأول، خصصته لدراسة مفهوم اتفاق التحكيم، والثاني، وخصصته لأركان وشروط اتفاق التحكيم، والثالث، خصصته لنطاق اتفاق التحكيم.

وقد قسمت المبحث الأول إلى عدة مطالب، تناولنا في المطلب الأول التعريف باتفاق التحكيم، والمطلب الثاني خصصته لطبيعة اتفاق التحكيم، حيث توصلنا في هذين المطلبين إلى أن اتفاق التحكيم ليس إلا عقد مدني ذو طبيعة خاصة، وأن اتفاق التحكيم لا يسلب القضاء اختصاصه الأصيل بنظر النزاع، بل يفرض على الأطراف الالتزام بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار في دون قضاء الدولة، وأن الاتفاق على التحكيم لا يتضمن منع محاكم الدولة من نظر النزاع، بل يكون للطرف الآخر التمسك بوجود اتفاق التحكيم قبل أي دفاع أو طلب موضوعي، وأن التجاء الشخص للقضاء مع وجود اتفاق التحكيم لا يعتبر تنازلاً عن اتفاق التحكيم برمته.

وفي المطلب الثالث تناولنا صور اتفاق التحكيم، حيث حصرنا صور اتفاق التحكيم في صورتين، هما: شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وتوصلنا للاختلاف بين التشريعات العربية في استعمال التعبيرات القانونية التي قد تثير الغموض واللبس في الاستعمال الدقيق لها، كما أشرنا لآخر تعديلات القانون الفرنسي الجديد بشأن شرط ومشاركة التحكيم.

وفي المطلب الرابع، تناولنا خصائص اتفاق التحكيم، مثال استقلال اتفاق التحكيم وعدم تعلقه بالنظام العام وعدم تجزئة اتفاق التحكيم، وقد توصلنا في هذا المبحث إلى استقلال اتفاق التحكيم شرطاً أو مشاركة عن العقد الأصلي، وعدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام؛ إذ يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً، كما أنه اتفاق لا يقبل التجزئة.

وفي المبحث الثاني تناولت أركان وشروط صحة اتفاق التحكيم، وقد خلصت إلى أن اتفاق التحكيم كأى عقد مدني يقوم على مجموعة من الأركان مثل الرضا والمحل والسبب، وأنه يترتب على تخلف أحد هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم وعدم وجوده، وهو ما يستتبع التزام المحكمة برفض الدفع بوجود اتفاق التحكيم في حالة كون النزاع مطروحاً أمام القضاء، وفي حالة كون النزاع مطروحاً أمام هيئة التحكيم، فيتعين الحكم بعدم الاختصاص، وفي حالة مخالفة هيئة التحكيم؛ لذلك يكون الطعن في حكم التحكيم عن طريق دعوى البطلان.

وفي المبحث الثالث تناولت نطاق اتفاق التحكيم في جانبه الشخصي والموضوعي، وقد خلصت فيه إلى أن اتفاق التحكيم كأى عقد مدني لا يلزم سوى أطرافه، مع مراعاة امتداده للخلف العام والخاص والكفلاء والحالات الأخرى المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير، كما تطرقنا لحالة اتفاق التحكيم في حالة المفاوض من الباطن وتعدد العقود ومدى إمكان امتداده لسند الشحن ومجموع الشركات والتضامن بين الدائنين والمدينين، ومدى جواز الإحالة بين القضاء والتحكيم والعكس، وحالة تعدد إجراءات التحكيم أو التحكيم المتوازي، ومدى جواز التدخل في خصومة التحكيم، ومدى جواز إدخال غير أطرافه، وفي النطاق الموضوعي، تناولت القاعدة في أن التحكيم يكون في كل ما يجوز فيه الصلح، ولا يجوز في موضوع يتعلق بالنظام العامة، والتحكيم في العقود

الإدارية، وموضوع اتفاق التحكيم والطلبات العارضة.

١٤٢- وفي ختام دراستنا لاتفاق التحكيم ننتهي إلى مجموعة من التوصيات نجملها على النحو الآتي:

١- نقترح تعديل نص المادة ١/١٣ من قانون التحكيم المصري والعماني رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وقانون الإجراءات الإماراتي للنص على سلطة المحكمة بنظر موضوع النزاع في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو غير قابل للتطبيق، أسوة بنص المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات الفرنسي الجديد المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١٣ يناير ٢٠١١، وأسوة بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسيترال بصيغته عام ١٩٨٥ واتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ليكون نصها على النحو الآتي: «للمحكمة التي ترفع أمامها دعوى يوجد بشأنها اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم الاختصاص بنظر الدعوى إذا كان النزاع قد رفع أمام هيئة التحكيم ما لم يكن هذا الاتفاق لاغ أو باطل أو غير قابل للتطبيق»، كما نقترح إضافة هذا النص لمشروع قانون التحكيم الإماراتي.

٢- نوصي أن تراعى في مشروع قانون التحكيم الإماراتي اعتبارات النظام العام الداخلي، وأن يجمع بين دفتيه التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، دون الانصراف فقط لأحكام قانون التحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) أو لأي نظام قانوني مأخوذ منها مثال قانون التحكيم المصري الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٣- نوصي أن يراعى في مشروع قانون التحكيم بدولة الإمارات الاعتماد

على النصوص المطبقة فعلاً في قوانين الدول مثل القانون الفرنسي والمصري، والانتباه للنصوص التي قضى بعدم دستورتها في القضاء المصري.

٤- نوصي بأن يراعي مشروع قانون التحكيم الإماراتي النص على استقلال شرط التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص لهيئة التحكيم، بحيث يكون لها سلطة الفصل في اختصاصها.

٥- اقتراح تعديل المادة ٢ من نظام التحكيم في الأوراق المالية والسلع الصادر بقرار رئيس الهيئة رقم ١ لسنة ٢٠٠١ لينص فقط على كفالة حق الأطراف على التحكيم دون فرض نظام التحكيم المعمول في الهيئة عليهم، ليكون لهم اختيار تطبيق هذا النظام أو أي نظام آخر يرضونه.

٦- اقتراح النص في قانون التحكيم المصري ومشروع قانون التحكيم الإماراتي ضم إجراءات التحكيم في حالة تعدد إجراءات التحكيم والأخذ بنص المادة ١٠٤٦ من قانون المرافعات الهولندي.

٧- النص في القانون المصري بشكل واضح على الإدخال والتدخل واختصاص الغير في خصومة التحكيم.

٨- العمل على عقد المؤتمرات العربية في مجال التحكيم بهدف توحيد المصطلحات القانونية في مجال التحكيم.

٩- ضرورة الاهتمام في تشريعات البلاد العربية بتحديد النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، والنص صراحة على تحديد الحالات التي لا يجوز فيها التحكيم بشكل موحد.

١٠- العمل على عمل قانون عربي استرشادي موحد بشأن التحكيم يحدد الأسس التي يقوم عليها التحكيم.

١١- ضرورة الربط بين مراكز التحكيم في البلاد العربية والمؤسسات والجامعات المهمة بالتحكيم.

١٢- التنسيق بين غرف الصناعة والتجارة في الدول العربية بشأن المنازعات المتعلقة بالتحكيم في منازعات سوق المال.

تم بعون الله وتوفيقه

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

د. إبراهيم أحمد إبراهيم:

- التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٠.

د. إبراهيم أمين النضياوي :

- مسئولية الخصم عن الإجراءات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧.

د. إبراهيم حرب محيسن:

- طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، ١٩٩٩.

د. إبراهيم نجيب سعد:

- القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٧.

د. أبو العلا النمر:

- المشاكل العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

د. أبو زيد رضوان:

- الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة الكويتية، السنة الأولى، عدد ٢ يوليو ١٩٧٧.
- الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

د. أحمد ابراهيم عبد التواب

- الدفع بوجود اتفاق التحكيم، دراسة في قانون المرافعات القطري والمقارن. الناشر، السنة
- النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق الإجرائي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٦.
- طبيعة التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور بمجلة الميزان الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، عدد أبريل ٢٠٠٧، ومجلة الحق الصادرة عن جمعية الحقوقيين، العدد الثاني مارس ٢٠٠٨، ومنشور ضمن أعمال مؤتمر التحكيم التجاري الدولي الذي نظّمته جامعة الإمارات لدولة الإمارات العربية المتحدة في أبو ظبي في الفترة من ٢٨ - ٣٠ أبريل ٢٠٠٨.

د. أحمد أبو الوفا:

- التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- نظرية الدفوع في قانون المرافعات، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثامنة، ١٩٨٨.

د. أحمد السيد صاوي:

- الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧١.
- التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢، ٢٠٠٤.

د. أحمد السيد صاوي:

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. أحمد حسان مطاوع:

- التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

د. أحمد حشيش:

- نحو فكرة عامة للوساطة الإجرائية باعتبارها عوناً للقضاء، بحث منشور ضمن فعاليات المؤتمر الذي أقامته كلية الحقوق جامعة طنطا في ٢٥ مارس ٢٠٠٢.

د. أحمد خليل:

- التعارض بين الأحكام القضائية، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.
- قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.

د. أحمد صدقي:

- مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- قواعد المرافعات في دولة الإمارات" دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٤.
- التدابير التحفظية اللازمة للفصل في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. أحمد شرف الدين:

- التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في قانون التحكيم الجديد، بحث غير منشور.
- الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وأثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ٢٠٠٧.
- قواعد التحكيم، اتفاق التحكيم، إجراءات الخصومة والحكم فيها، ٢٠٠٧.

د. أحمد شوقي عبد الرحمن:

- النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٥.

د. أحمد عبد البديع شتا:

- شرح قانون التحكيم المصري، دراسة مقارنة، ٢٠٠٢/٢٠٠٣.

د. أحمد عبد الرحيم:

- عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة ١٩٩٤.

د. أحمد عبد الكريم سلامة:

- التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية.
- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، الطبعة الأولى.

أ. أحمد قمحة بك و عبد الفتاح السيد بك:

- التنفيذ علمًا وعملاً، مطبعة النهضة، ١٩٢٤.

د. أحمد ماهر زغلول:

- أصول وقواعد المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. أحمد محمد حشيش:

- طبعة المهمة التحكيمية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠.

د. أحمد مخلوف:

- اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.

د. أحمد مسلم:

- أصول المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.

د. أحمد مليجي:

- قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٦.

د. أحمد هندي:

- تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.
- المشكلات العملية في قانون المرافعات الشرعية ونظام التحكيم السعودية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

د. أسامة أحمد بدر:

- حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٨.

د. أسامة أحمد شوقي المليجي:

- هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- مجلس تأديب وصلاحيه القضاء، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. أسامة الشناوي:

- المحاكم الخاصة في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٠.

د. أشرف الرفاعي:

- اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.

د. أمال الفزائري:

- دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٣.

د. أنور أحمد رسلان:

- التحكيم في العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، ع ١، س ٦، يناير ١٩٩٨.
- هيئات التحكيم وهل تعد جهات قضائية أو هيئات ذات اختصاص قضائي وفقاً لحكم المادة ٢/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا، المجلة الدستورية، العدد ٣، السنة الأولى، ٢٠٠٣.

د. أنور على أحمد الطشي:

- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية،
٢٠٠٩.

د. أكثر أمين الخولي:

- بدء التحكيم وسيره طبقاً لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة
دبي، ورقة عمل قدمت لمؤتمر التحكيم التجاري، المنعقد في دبي بتاريخ
٢٨-٢٩ مايو ١٩٩٥.

د. السيد عبد العال تمار:

- كفالة حق التقاضي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

د. أياد محمود بردان:

- التحكيم والنظام العام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية.

د. أيمن سعد سليم:

- التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. إيناس الخالدي:

- التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

د. بليغ حمدي محمود:

- الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة
الجديدة، ٢٠٠٧.

د. باسمه لطفي دباس:

- شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥.

د. توفيق حسن فرج:

- المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨١.

د. جابر جاد نصار:

- التحكيم والتوفيق في بعض منازعات الدولة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. حسام الدين فتحي ناصف:

- التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية،
٢٠٠٥.

د. حسن كيره:

- المدخل إلى القانون منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٩٣.

د. حسني المصري:

- التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.

د. حفيظة الحداد:

- النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، منشورات الحلبي، الكتاب
الثاني.

- العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية،
١٩٩٦.

د. حفيظة الحداد:

- التحكيم بالإشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية، مجلة الحقوق، ١٩٩٥.
- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، ١٩٩٦.
- الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٧.

د. دويب حسين عبد العظيم:

- التحكيم في العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، بحث منشور في منشورات مؤتمر كلية القانون جامعة الإمارات الذي عقد في أبوظبي في الفترة من ٢٠-٢١ مايو ٢٠٠٨.

د. رأفت محمد رشيد ميقاتي:

- تنفيذ أحكام المحكمين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

د. رمزي سيف:

- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٦١.

م. زكريا محمود عبد العليم:

- منهج التحكيم في منازعات الإنشاءات، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٤.

د. سامية راشد:

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، الكتاب الأول.

د. سامي عبد الباقي:

- التحكيم التجاري الإلكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د. سحر عبد الستار أمار يوسف:

- المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، ٢٠٠٦.

د. سعيد السيد قنديل:

- التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

الأستاذ/ سليم رستم باز:

- شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ١١٦٣.

د. سيد أحمد محمود:

- خصومة التحكيم القضائي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- أصول التقاضي وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- مفهوم التحكيم وفقاً لقانون المرافعات، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- نظام التحكيم دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦.
- سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر، في القانون المقارن الكويتي والمصري، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٧.

د. شريف خاطر:

- التحكيم في العقود الإدارية، بحث مقدم لمؤتمر كلية القانون جامعة الامارات في التحكيم التجاري الدولي الذي عقد في أبوظبي في مايو ٢٠٠٨.

د. شمس مرغني:

- التحكيم في منازعات المشروعات العام، دراسة مقارنة، ١٩٧٤.

د. صلاح الدين جمال الدين:

- التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.

د. عادل الطببائي:

- الجوانب الدستورية والقانونية في عمليات إنشاء هيئة التحكيم، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، ع ١، س ١٥، ١٩٩٣.

د. عبد الحميد أبوهيف:

- طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، مطبعة الاعتماد، ١٩٢٣.

د. عبد الحميد الأحديب:

- موسوعة التحكيم في البلاد العربية، دار المعارف، ج ١.

د. عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، مصادر الالتزام، ج ١، ج ٢.
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي.

د. عبد المنعم الشرقاوي:

- نظرية المصلحة في الدعوى، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٤٨.

د. عبد المنعم الشرقاوي ود. فتحي اسماعيل والي:

- المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٧٦، ١٩٧٧.

د. عبد المنعم زمزم:

- قانون التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

د. عز الدين عبد الله:

- تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، بحث منشور بمجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل الإماراتية، العدد ١٩ س ... ٦ أبريل ١٩٧٩.

د. علاء محيي الدين مصطفى:

- التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام التحكيم دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦.

د. على الحديدي:

- دور الخبير الفني في الخصومة، دراسة مقارنة، رسالة جامعة القاهرة، غير معروف سنة النشر.
- التحكيم القضائي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

د. على الحليدي:

- القضاء والتقاضي وفقاً لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج ٢، إجراءات التقاضي، ٢٠٠٦.

الأستاذ/ على حيدر:

- درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، ج ٤، دار النهضة، بيروت.

د. على رمضان بركات:

- خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، ١٩٩٦.

د. على سالم إبراهيم:

- ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٨.

د. على سيد قاسم:

- نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- شرط التحكيم ومجموعة الشركات، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري لكلية القانون جامعة الإمارات المنعقد في أبوظبي، مايو ٢٠٠٨.

م. عليوة فتح الباب:

- التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، نقابة المحامين، لجنة الفكر القانوني، ٢٠١٢.

د. فايز رضوان:

- القانون البحري في دولة الإمارات العربية المتحدة، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥.
- قانون الطيران المدني طبقاً للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٠، أكاديمية شرطة دبي، الطبعة الثانية، ٢٠٠٦.

د. فايز رضوان:

- اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول يناير ٢٠٠٧.

د. فتحي اسماعيل والي:

- التنفيذ الجبري في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية.
- الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٧.

د. محسن شفيق:

- التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

د. محمد إبراهيم موسى:

- التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

د. محمد السيد الفقي:

- القانون التجاري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.

د. محمد حسام لطفي:

- التحكيم في إطار مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لوزارة العدل اليمنية:
www.qada.gov.ye/malkeah.asp,p.1

د. محمد حسين منصور:

- الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٦.

د. محمد سعد خليفة:

- محاولة لوضع تنظيم قانوني للعلاقة بين الخصوم والمحكمين، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.
- مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

د. محمد سعيد عبد الرحمن:

- القوة القاهرة في قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

د. محمد عبد الفتاح ترك:

- التحكيم البحري، دار الجامعي الجديدة للنشر، ٢٠٠٥.

د. محمد فتوح محمد عثمان:

- الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٠٣، س ٢٧، يوليو ٢٠٠٠.

أ. محمد كمال عبد العزيز:

- تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، طبعة ١٩٧٨.

د. محمد نور شحاته:

- تنفيذ أحكام المحكمين في التشريعات العربية والمقارنة، بحث مقدم لمؤتمر اتحاد كليات الحقوق العربية الذي عقد بالقاهرة في الفترة من ٢٠-٢٢ مايو ٢٠٠٦.

أ. محمد هاني إسماعيل:

- قضاء تمييز دبي التجاري، المبادئ التي قررتها محكمة تمييز دبي في أحد عشر عامًا، ١٩٨٨ - ١٩٩٩، طبعة ٢٠٠٠.

د. محمود سمير الشرقاوي:

- التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

د. محمود مصطفى يونس:

- نظرات في الإحالة لعدم الاختصاص القضائي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.

- نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

- قوة أحكام المحكمين وقيمتها أمام قضاء الدولة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

- النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مجلة الأمن والقانون، ع ٢، السنة ١٣ يوليو ٢٠٠٥.

د. محمود مصطفى يونس:

- حجية أحكام المحكمين ومدى تعلقها بالنظام العام في القانون الإماراتي والمصري والفرنسي، مجلة الحق، العدد الحادي عشر مارس ٢٠٠٦.
- المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

د. محمود محمد هاشم:

- استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ٢٦، يناير ويوليو ١٩٨٤.
- النظرية العامة للتحكيم، دار الفكر العربي، ١٩٩٠.

د. مجدي قاسم:

- التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مؤتمر أسواق الأوراق المالية والسلع، غرفة صناعة وتجارة دبي في الفترة من ٦ - ٨ مارس ٢٠٠٧.

د. محمود مختار بريري:

- التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.

د. مصطفى البنداري:

- مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥.

د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال:

- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

د. مصطفى قنديل:

- دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار النهضة العربية،
٢٠٠٤.

د. مصطفى كمال طه:

- أساسيات القانون التجاري، منشورات الحلبي الحقوقية.
- العقود التجارية، دار الفكر الجامعي ٢٠٠٥.

د. معوض عبد التواب:

- المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ١٩٩٧.

د. ممدوح محمد على مبروك:

- مدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

د. منصور مصطفى منصور:

- السبب في الالتزامات الإرادية، خلاصة دروس في المقرر الخاص لطلاب
الدراسات العليا بكلية شرطة دبي، ١٩٩٨ ، ١٩٩٩.

د. منير عبد المجيد:

- الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف بالإسكندرية،
٢٠٠٠.

منير وممدوح الجنبيهي:

- الاعتراف بقرار التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.

د. ناجي عبد المؤمن:

- الوجيز في مبادئ قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

د. ناجي عبد المؤمن:

- مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، ورقة عمل مقدمة للدورة التمهيدية الأولى بمركز التحكيم الدولي لاتحاد المحامين الأفريقي والدولي والتي عقدت في الفترة من ٢٣/٧/٢٠٠٥ حتى ٢٨/٧/٢٠٠٥.

د. ناريمان عبد القادر:

- اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، طبعة أولى، ١٩٩٦.

د. نبيل إسماعيل عمر:

- الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨١.
- الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام وغيرها من السندات التنفيذية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٠.
- التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤.

د. هدى عبد الرحمن:

- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ارتباط المنازعات والطلبات في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

د. وجدي راغب:

- النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٤.
- تأصيل الجانب الإجرائي في هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، س ٧ ع ١، مارس ١٩٨٣.
- مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

BERNARD, Alfred :

- L'arbitrage volontaire en droit privé, Bruxelles : Bruylant, 1937.

BERNARDINI, Piero :

- L'arbitrage en Italie après la réforme, Rev. De L'arbitrage, n° 3, 1999.

BOUCOBZA, X. :

- La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international, Rev. Arb., 1998

COUCHEZ, Gérard

- Procédure civile, éditions Sirey.

CROZE, Herve et CHRISTIAN, Morel

- Procédure Civile, PUF, éd. 1988.

DAVID, R.

- L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1982.

DESDEVISES, Yvon :

- Action en justice, *in* : Juris-Classeur de Procédure Civile, Fasc, 125-5, 1997,

FILLION-DUFOULEUR, Bernard et LEBOULANGER, Philippe

- Le Nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb. 1994.

FOUCHARD, Philippe

- L'arbitrage Commercial International, Dalloz, Paris, 1965.
- La laborieuse réforme de la clause compromissoire par Loi 15 Mai 2001, Revue de l'arbitrage, 2001.

FOUSTOUCOS, A.C.

- L'arbitrage - interne et International - en Droit Privée, Thèse Paris, 1973, éd. 1976.

GARSONNET et CEZAR-BRU

- Traité de procédure civile et commerciale, 3 RED, SIREY, PARIS, 1912.

GLASSON, Tisser et MOREL

- Traité de Procédure Civile, 1936, t. V.

GOUTAL, Jean-Louis

- L'arbitrage et les tiers, Rev. Arb., 1988.

JULIEN, Pierre et FRICERO, Natalie

- Droit Judiciaire Privé, L.G.D.L, éd. 2001.

KASSIS, A.

- Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit International, t. 1, Paris, L.G.D.J, 1987.

LASTENOUSE, Pierre

- Le règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, Rev. Arb., 2001

LEBOULANGER, Philippe et SLIM, Hadi

- Chronique de Jurisprudence étrangère, Rev. De L'arbitrage, n° 4, 2004.

MAYER, Pierre et BOUREL, Pierre.

- Arbitrage international et immunités des états étrangers - à propos d'une jurisprudence récente», Revue arbitrage, 1982.

MOTULSKY, Henri

- Le droit subjectif et l'action en justice écrits, Etudes et Notes de procédure civile, Dalloz, 1973.

OPPETIT, B.

- La clause arbitrale par référence, Rev. Arb., 1990.

PERROT, Roger

- Institutions judiciaire, 3^e éd., Paris, 1989.

REYMOND

- La clause arbitrale par référence, Recueil de travaux Suisses sur l'arbitrage international, Zürich, 1984.

ROBERT, J.

- Arbitrage Civil et Commercial en Droit International, Dalloz, 4^e éd, 1967.

TERRÉ, François

- Introduction générale au droit, DALLOZ, 1998.

VINCENT Jean et GUINCHARD. Serge

- Procédure Civile, 1999.

ثالثاً: أحكام القضاء:

- ١ - أحكام القضاء المصري.
- ٢ - أحكام المحكمة الاتحادية العليا.
- ٣ - أحكام محكمة تمييز دبي.
- ٤ - أحكام محكمة نقض أبوظبي.
- ٥ - أحكام النقض الفرنسي.
- ٦ - أحكام القضاء الأردني.

رابعاً: القوانين

- ١ - قانون التحكيم المصري.
- ٢ - قانون الإجراءات المدنية الإماراتي.
- ٣ - قانون التحكيم الفرنسي.

- ٤ - نظام التحكيم السعودي.
- ٥ - قانون التحكيم العماني.
- ٦ - قانون التحكيم في الكويت.
- ٧ - قانون التحكيم القطري.
- ٨ - قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي.
- ٩ - قانون التحكيم الصيني.
- ١٠ - قانون التحكيم الهولندي.
- ١١ - القانون المدني المصري.
- ١٢ - القانون المدني الفرنسي.
- ١٣ - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

الفهرس

٧	مقدمة
٢٧	مشكلة الدراسة وتساؤلاتها
٢٩	تقسيم الدراسة
	المبحث الأول
٣١	مفهوم اتفاق التحكيم
	المطلب الأول
٣٣	التعريف باتفاق التحكيم
	المطلب الثاني
٤٤	طبيعة اتفاق التحكيم
	المطلب الثالث
٦١	صورتا اتفاق التحكيم
٦٣	الفرع الأول: شرط التحكيم
٩٠	الفرع الثاني: مشاركة التحكيم
	المطلب الرابع
١٠٩	خصائص اتفاق التحكيم
١١٢	الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم
١٢٩	الفرع الثاني: عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام
١٥١	الفرع الثالث: عدم تجزئة اتفاق التحكيم

المبحث الثاني

أركان اتفاق التحكيم وشروط صحته

١٧٧

المطلب الأول

أركان اتفاق التحكيم

١٨٣

١٨٤

الفرع الأول: الرضا

٢١٤

الفرع الثاني: محل اتفاق التحكيم

٢١٩

الفرع الثالث: سبب اتفاق التحكيم

المطلب الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم

٢٢٥

٢٢٦

الفرع الأول: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

٢٤٥

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

المبحث الثالث

نطاق اتفاق التحكيم

٢٦٧

المطلب الأول

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

٢٦٩

٢٧٠

الفرع الأول: مبدأ نسبية اتفاق التحكيم

٢٩٢

الفرع الثاني: امتداد اتفاق التحكيم لغير عاقيه

الفرع الثالث: مدى إمكان ضم التحكيمات في حالة تعدد إجراءات

٣٠٨

التحكيم أو التحكيم الموازي

٣١٤	الفرع الرابع: مدى إمكانية ضم إجراءات خصومة قضائية لإجراءات خصومة تحكيم
٣٢٢	الفرع الخامس: مدى إمكانية ضم إجراءات التحكيم لإجراءات خصومة قضائية
٣٣٢	الفرع السادس: مدى جواز التدخل في خصومة التحكيم وسلطة هيئة التحكيم

المطلب الثاني

٣٤٧	النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم
٣٤٨	الفرع الأول: اتفاق التحكيم لا يجوز إلا فيما يجوز فيه الصلح
٣٥٦	الفرع الثاني: عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام
٣٦٣	الفرع الثالث: مدى جواز التحكيم في المنازعات الإدارية
٣٨٤	الفرع الرابع: مدى جواز التحكيم في المسائل الجنائية والمسائل المالية المترتبة عليها
٣٩٠	الفرع الخامس: موضوع اتفاق التحكيم والطلبات الإضافية والعارضة
٣٩٨	الخاتمة
٤٠٣	المراجع
٤٢٧	الفهرس